

# JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 BIS ALICANTE

Avenida AGUILERA,53 TELÉFONO:

N.I.G.: 03014-42-1-2017-0021710

**Procedimiento: JUICIO ORDINARIO Nº 002308/2017 MB**

## **SENTENCIA N º 815/2018**

En Alicante, a 21 de septiembre de 2018.

\*, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, habiendo visto los precedentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 2308/17 a instancia \* contra la mercantil **BBVA SA**, compareciendo ambas partes representadas por Procurador y defendidas por Letrado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-Por la representación procesal de la parte actora se interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil demandada, y previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicó al Juzgado que se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos formulados en la demanda, con imposición de costas a dicha parte.

**SEGUNDO.**-Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada al objeto de que compareciera en autos y contestara a la demanda, se personó en tiempo y forma y contestó a la demanda, oponiéndose a la pretensión ejercitada con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes.

**TERCERO.**-Convocadas ambas partes a la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, propusieron como medios de prueba los que estimaron oportunos para la acreditación de los hechos alegados.

Habiéndose admitido tan sólo la documental, quedaron los autos conclusos para sentencia.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.- PRETENSIONES DE LAS PARTES**

En el presente procedimiento la parte actora, solicita que se declare nula por abusiva la **cláusula quinta** del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por los litigantes **el 9-11-2001 solicitando la condena a devolver la cantidad de:**

**504,74 euros por gastos notariales**

**180,58 euros por gastos registrales**

**230,07 euros por gastos de gestoría**

**Asimismo, se solicita la nulidad de:**

**la cláusula de, vencimiento anticipado, interés de demora (solicitando la restitución de la cantidad de 227,18 euros) y comisión de apertura (reclama la cantidad de 631,06 euros).**

Se da por reproducida la contestación a la demanda.

**En cuanto a la alegación sobre prescripción y caducidad alegadas en la contestación a la demanda**, tal cuestión ha sido resuelta por nuestra Audiencia Provincial de Alicante en sentencia n.º 106/18 de 12-3-18 sección 8ª en el sentido de que se evidencia la imposibilidad, no sólo general sino en particular, cuando de contratos entre profesionales y consumidores se trata, de disociar la nulidad de la abusividad con sus consecuencias que son efectivamente restitutorias pero en absoluto autónomas de la nulidad ni de su impronta en tanto la restitución no tiene otra causa que la nulidad misma (FD 2ª).

A mayor abundamiento la SAP de Avila de 2-11-17 afirma *“Comenzando por el primero de los motivos esgrimidos, la caducidad de la acción ejercitada, además de las referencias jurisprudenciales invocadas en la sentencia de instancia, que se dan aquí por reproducidas, cabe traer a colación la STS de 12 de Enero de 2.015 , según la cual "No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el [art. 1301 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala [núm. 569/2003, de 11 de junio \(LA LEY 2348/2003\)](#), que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984 ), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 ) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983 ).*

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

*«Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"».*

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del

consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

*Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.*

5.- Al interpretar hoy el [art. 1301 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el [art. 3 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#).

La redacción original del [artículo 1301 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#), que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el [art. 1301 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

**En el presente caso, descartado en atención a tal doctrina, que el día inicial del cómputo del plazo de caducidad fuera el de la perfección del contrato -tal y como pretende la parte recurrente-, por ser éste de tracto sucesivo y complejo, teniendo en cuenta que la constitución del préstamo con garantía hipotecaria se suscribió el día 3 de Julio de 2.002, con un plazo de amortización de 25 años, es claro que dicho contrato ni siquiera ha llegado a agotarse y, en consecuencia, el plazo para el cómputo de la caducidad tampoco se ha iniciado, por lo que el motivo se desestima” .**

## **SEGUNDO.-CONCEPTOS PREVIOS**

Antes de entrar a resolver sobre el fondo del asunto es útil para una mejor comprensión de la presente resolución fijar una serie de conceptos expuestos a continuación:

### **1. Carácter de consumidor de la parte actora.**

Para definir consumidor pueden utilizarse dos tipos de nociones diferentes; una amplia y una concreta. La noción amplia o abstracta entiende como consumidor a todas los ciudadanos, que aspira a tener una adecuada calidad de vida. La noción concreta, entiende como consumidor al adquirente de bienes o servicios para su uso privado.

El legislador español, establece un concepto concreto de consumidor, siendo el resultado de la trasposición de las directivas europeas al Derecho interno. Esta definición vine recogida en el art 3 TRFLCOYU "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. El consumidor y usuario definido en esta ley, es la persona física o jurídica, que actúa en el ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional. De tal forma, que es el individuo que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlo, ni directamente ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por tanto es consumidor las personas físicas que actúen sin propósitos comerciales, aun cuando tengas ánimo de lucro, y las personas jurídicas y entidades sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial.

A pesar de no ser una cuestión controvertida no cabe duda que la parte actora ostenta la condición de consumidor.

**2. Cláusula quinta** del contrato de hipoteca como condiciones generales de la contratación.

El art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación dispone " Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

En desarrollo de este precepto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sintetiza los requisitos que deben de contener las cláusulas para que las mismas puedan

ser consideradas como condiciones generales de la contratación. Estos requisitos son los siguientes:

- 1) **Contractualidad:** son " Cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- 2) **Predisposición:** la cláusula ha de estar pre redactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, ya que su principal característica es no ser fruto del consenso entre las partes después de una fase de tratos previos.
- 3) **Imposición:** La incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o el servicio sobre el que versa el contrato nada más se puede obtener mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- 4) **Generalidad:** las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que se van a realizar.

En sentido contrario, para que una cláusula incorporada al contrato sea considerada como resulta irrelevante, la autoría material. La apariencia externa, su extensión y cualquier otra circunstancia y que el adherente sea un profesional o un consumidor.

En cuanto a los contratos de hipoteca, el alto tribunal, en las STS 4 de noviembre de 2010 y del 29 de diciembre del 2010 ha reconocido el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a la escritura de un préstamo hipotecaria suscritas por las entidades financieras. De la misma forma la STS de 9 de mayo del 2013 , entiende que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe de calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o contenido, de tal forma que se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe de renunciar a contratar.

**En el caso en autos objeto, la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario es una condición general de la contratación.** Por tanto, no es una cuestión controvertida que deba de resolverse en esta sentencia.

### 3.-Carga de la prueba

En el caso expuesto, para determinar a quién le corresponde la prueba de la negociación y de la transparencia hay que acudir de las reglas generales sobre la distribución de la carga de las pruebas enumeradas en el art 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la regla especial para el ámbito de los consumidores y usuarios en el artículo 82.2 TRLDCYU que establece que "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato". Estos preceptos son objeto de desarrollo por la STS del 9 de mayo del 2013 .

1. La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe de calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o contenido, de tal forma que se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o deben de renunciar a contratar.

2. No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

3. Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de la cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teóricas, de escoger entre las diferentes ofertas de distintos empresarios.

4. La carga de la prueba de que una cláusula pre redactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrario dirigidas por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

### **TERCERO.- CUESTIONES CONTROVERTIDAS**

Sentadas las posiciones de las partes, resulta como controvertido en el caso de autos, la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario que impone al consumidor el pago de una serie de gastos, recogidos en el hecho primero de la demanda.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, para decidir sobre la validez o nulidad de las cláusulas impugnadas es necesario llevar a cabo un análisis individualizado de cada una de ellas, aplicando para ello, la normativa legal y reglamentaria sobre esta materia, y las resoluciones jurisprudenciales dictadas hasta la fecha. En cuando a la cláusula de gastos, se resolverá, estudiando de forma individualizada cada uno de los gastos que se atribuyen al prestatario.

### **CUARTO.- CLAUSULA DE GASTOS. GASTOS NOTARIALES, REGISTRALES, GESTORIA, TASACIÓN, ASÍ COMO IMPUESTO DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS.**

Se da por reproducida dicha cláusula.

Pues bien, de la dicción de la cláusula en cuestión se deduce, sin dificultad alguna, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación del inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y de la constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaría, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esta misma.

En efecto, la generalización de la cláusula es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que pudieran devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca amén de cualquier otro coste, incluso procesal, en caso de que el Banco accionara contra el prestatario por incumplimiento de su obligación de devolución del préstamo. Y ello sin efectuar discernimiento alguno de lo que, conforme a la ley, correspondería a la entidad prestamista hacer frente, como interesada que está en la operación, en concreto, en que la misma se garantice mediante una hipoteca.

Es así que el carácter omnicomprensivo de la cláusula (la entidad bancaria no asume ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario) impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad.

En resumen, sin dificultad alguna de valoración conforme a los criterios de equilibrio de derechos y obligaciones, la cláusula que nos ocupa no resiste este primer análisis. Como se ha dicho, debe hacerse abstracción de la mayor o menor trascendencia económica de la aplicación de la cláusula. Lo relevante es que, por la omnicomprensividad en la atribución de todo tipo de gasto pensable, previo, presente y futuro, al prestatario, se genera un evidente desequilibrio que debe conducir a la nulidad de la cláusula.

**El Tribunal Supremo, en la reciente sentencia 148/2018 de 15 de marzo de 2018**, viene a declarar la abusividad de aquellas cláusulas que imponen al consumidor todos los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de la adquisición de una vivienda, reiterando la doctrina ya sentada en las sentencias 550/2000, de 1 de junio, 842/2011, de 25 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre.

De este modo, y aplicando la referida jurisprudencia al caso concreto en litigio, no hay duda de que la cláusula de gastos que contiene la hipoteca suscrita es nula, en tanto no distingue entre los gastos que genera el otorgamiento de la hipoteca los que debe abonar el hipotecante y la entidad prestamista, sino que impone de una forma indiscriminada al prestatario la totalidad de los gastos, expresando como tales los de tasación del inmueble, otorgamiento de la escritura, gestión ante el Registro de la Propiedad y pago de tributos.

Como afirma **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante sección 8ª de 19-4-18** *“vista la doctrina establecida por la STS de 23 de diciembre de 2015 sobre el carácter abusivo de estos gastos parece evidente que la conclusión no puede ser otra que la de afirmar que la imposición a la prestataria con carácter exclusivo de todos los gastos correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario es una conducta contractualmente abusiva que vicia de nulidad la cláusula que los impone lo que merece un pronunciamiento positivo, no desde la perspectiva de su aplicabilidad sino desde el marco de la existencia contractual misma de la cláusula y, por consiguiente de un pronunciamiento autónomo en la parte dispositiva de la sentencia en relación a la pretensión así deducida en la demanda que en el caso, es la primera de las ejercitadas.*

*Procede en consecuencia estimar el motivo y declarar la nulidad de la cláusula quinta sin matiz ni limitación alguna, estimación que afecta a la pretensión principal”*

Por otro lado, en relación a los **gastos notariales, registrales, gestoría e impuesto de actos jurídicos documentados** la cuestión ha sido resuelta de manera pacífica por la Audiencia Provincial de Alicante. Así daremos por reproducida su reciente **sentencia de 7 de mayo de 2018, sentencia n.º 206/18 rollo de sala n.º 639 (m-269)17 :**

*“SEGUNDO. La nulidad, por abusiva, de la cláusula de imputación de gastos notariales y registrales al consumidor prestatario.-*

*Confirmaremos, por sus acertados razonamientos, la muy correcta sentencia de instancia, que ha condenado a la entidad bancaria demandada a abonar a la parte prestataria la cantidad que ésta pagó por gastos notariales registrales y de gestoría, a consecuencia de la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos -inserta en escritura de préstamo hipotecario-, en lo que se refería a tales conceptos. Desestimaremos, pues, el motivo impugnatorio planteado por aquélla, remitiéndonos los fundamentos de dicha resolución, que damos por reproducidos, a fin de evitar inútiles reiteraciones.*

*En la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, objeto del procedimiento, se incluyó una cláusula que imputaba al prestatario la totalidad (no un porcentaje) de los gastos ocasionados por el otorgamiento de la misma y por la inscripción de dicho título en el Registro de la Propiedad. En cumplimiento de dicha estipulación, aquél abonó íntegramente.*

*El art. 89 TRLGDCU ("Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato"), en su número tercero, indica que, "En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario".*

*Es preciso, pues, analizar la ley para determinar a quién se atribuye el pago de los gastos de documentación y de registro de un préstamo hipotecario.*

*La norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone que "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".*

*Por su parte, la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece, en su número 1, que "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento...".*

*Tales normas han sido interpretadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el sentido de que cuando se ignora la normativa indicada (que permitiría una distribución equitativa de estos gastos) y se imponen en exclusiva al prestatario, la cláusula es nula y el pago de tales derechos corresponde a la entidad bancaria prestamista. Así, en sentencia de Pleno de 23 diciembre de 2015 se razona que "...en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real) que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC) (...) no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista".*

*También la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha acogido ese criterio, en Resolución de 27 de abril de 2016, cuando razona que "En consecuencia, respecto a dichos gastos concretos, (...) opera la normativa de consumidores y constituyen cantidades a cargo del acreedor que no pueden ser atribuidas en exclusiva al prestatario".*

*Esta Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante tiene criterio formado sobre la cuestión, reiterado en multitud de resoluciones, en el sentido de que "si la imposición a la prestataria con carácter exclusivo de todos los gastos del arancel notarial y registral correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario constituye una cláusula abusiva, las cantidades abonadas por esos conceptos deberán ser restituidas en virtud de lo previsto en el artículo 1.303 del Código Civil al no existir causa justificativa de ese desplazamiento patrimonial". Argumento del que hemos concluido no solo la nulidad de la cláusula financiera que impone tales gastos al prestatario sino también, como decimos, la condena a restituir los importes abonados por en tal concepto por el prestatario, pues simplemente se le han impuesto, prescindiendo de la normativa analizada.*

*No nos encontramos ante una cláusula que prevea una distribución, entre las partes, del gasto producido por la intervención notarial y registral (la Resolución DGRN citada recuerda que "... en cuanto a los gastos de constitución, al constituir el préstamo hipotecario una realidad inescindible en que están interesadas tanto el*



consumidor -en el préstamo-, como el profesional -en la hipoteca-, de la posibilidad de pactar la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral"), sino de una estipulación que, sin motivo, lo impone en su totalidad al prestatario, de modo que (en palabras del Supremo) "...ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)".

Por tanto, no es aceptable pretender que, en el presente procedimiento, el Tribunal acuerde lo que las partes no pactaron (la distribución equitativa o proporcional del gasto), siendo lo procedente la devolución del pago realizado por tales conceptos, una vez afirmado el carácter abusivo de la cláusula que no previó un reparto equitativo de su importe, con lo que la entidad prestamista se benefició, indebidamente, del pago atribuido en su totalidad al consumidor. Indebidamente porque, como ya ha dicho este Tribunal, la máxima interesada en tales actuaciones es la entidad bancaria, pues ni el otorgamiento de la escritura ni la inscripción registral son imprescindibles para el contrato de préstamo.

#### TERCERO. Los gastos de gestoría.-

En relación con los gastos de gestoría, hemos de confirmar, por sus propios fundamentos, a los que nos remitimos, la condena a su pago por parte de la entidad demandada, debiendo incidirse en dos cuestiones:

En primer lugar, no consta que el servicio de tramitación o de gestoría prestado por un tercero sea necesario e imprescindible para que pueda presentarse la escritura en la Oficina Liquidadora ni para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. Así pues, la imposición de estos gastos a la parte prestataria constituye una cláusula abusiva al incardinarse en el supuesto previsto en el artículo 89.4 del TR LGDCU: "La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados".

En segundo lugar, la tramitación administrativa de la escritura del préstamo hipotecario después de su otorgamiento ante el Notario es un servicio instrumental que se realiza por un tercero en beneficio de la entidad prestamista. Las cantidades abonadas por la parte prestataria habrán de producir el interés legal desde la fecha en que fueron satisfechas.

CUARTO. La imputación al consumidor del pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, con relación al otorgamiento de escrituras de préstamo o crédito hipotecario -

La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018, ha resuelto la cuestión que constituye objeto de apelación, efectuando una serie de razonamientos jurídicos, sobradamente publicados y conocidos, a los cuales nos remitimos, sin necesidad de copia o de transcripción, a fin de evitar inútiles reiteraciones.

En dicha sentencia, y tras confirmar, como hemos dicho, la doctrina jurisprudencial que mantiene la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula, inserta en una escritura de préstamo o crédito con garantía hipotecaria, que atribuye "...indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario", el Tribunal Supremo precisa que "...una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad...".

Con una decisión que ya está siendo objeto de crítica en distintos ámbitos jurídicos (pues, se afirma, podría afectar al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, en doctrina jurisprudencial del TJUE, ya que la declaración de nulidad debería acarrear, inexorablemente, la devolución de las cantidades que el prestatario abonó en su virtud, restableciendo la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula), el TS ha razonado que, una vez anulada dicha cláusula, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento, con lo que habrá que acudir a su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con jurisprudencia asentada aplicable tanto a préstamos como a créditos con

garantía hipotecaria, en el sentido de que el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario). Tras el análisis de dicha normativa, la mencionada STS establece en su Fallo las siguientes reglas: "En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales".

QUINTO. Aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.-

En lo que interesa al ámbito de la apelación, la sentencia recurrida ha desestimado la pretensión de condena del pago de la cantidad abonada por el prestatario, en concepto de impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

La otrora demandante insiste en su pretensión de que la entidad bancaria debe ser obligada a abonar a la parte prestataria lo que ésta pagó en tal concepto.

Conforme a la doctrina sentada por el TS en la sentencia analizada en el anterior fundamento, que este Tribunal asumirá, el pago de dicho impuesto correspondía a la parte prestataria, por lo que desestimaremos el motivo impugnatorio".

**En cuanto a los gastos de tasación**, nuestra Audiencia Provincial de Alicante los excluye. Afirma la sentencia de 26-4-18 nº 189/18 que "en relación con los gastos de tasación del inmueble su imputación al prestatario hipotecante no suscita dudas de legalidad. Se trata de un gasto precontractual que normalmente asume el comprador en tanto que obliga a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal, como en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca".

#### **QUINTO.-EFECTOS**

La parte actora en el suplico de la demanda también solicita la devolución de las cantidades que se detallan en el HECHO I.

Al haberse declarado la nulidad de la cláusula quinta respecto de la atribución de dichos gastos, procede la restitución de la cantidad de **915,39EUROS(notaria, registro, gestoría)**.

Las consecuencias de la abusividad conforme ha señalado la STJUE de 21 de diciembre de 2016 el alcance de la declaración de nulidad comporta, la restitución al consumidor de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario así como la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en

aplicación de la cláusula declarada abusiva. Efecto de la nulidad, previsto en el artículo 83 TRLCYU y concretado en el Real Decreto Legislativo 1/2007 implica que el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que se estipulan en dicha cláusula.

#### **SEXTO.- INTERESES**

Las cantidades a devolver al actor por la entidad bancaria **devengarán interés legal desde la fecha en que fueron cobradas**, por aplicación del artículo 1303 del Código Civil. El global resultante devengará el interés legal del artículo 576 LEC desde el día de hoy.

#### **SEPTIMO.- INTERES DE DEMORA**

En cuanto al interés de demora, solicita la demandante la nulidad de la cláusula 6ª en la escritura de préstamo hipotecario, **19%**. La cláusula se da aquí por reproducida.

Este interés de demora, se establece como una **cláusula penal** lo que constituye la propia esencia de los intereses moratorios, que constituyen una especie de pena pactada derivada del incumplimiento de una obligación principal, consistiendo, más o menos, en una cláusula penal que se contiene en los contratos como promesa accesoria y condicionada a la obligación principal, con doble función, una reparadora y otra punitiva, cuya finalidad es la de evitar la existencia de unos perjuicios para los casos de deficiente o total incumplimiento (STS de 20 de mayo de 1986).

En la actualidad, el interés de demora en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual se encuentra limitado por el art [114.3 de la Ley Hipotecaria \(LA LEY 3/1946\)](#) en su nueva redacción dada por la [Ley 1/2013 de 14 de Mayo \(LA LEY 7255/2013\)](#) de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que establece que no podrán ser superiores al triple del interés legal del dinero. En concreto, establece que tales intereses no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero.

No obstante, conforme a la doctrina del TJUE el límite legal previsto en el artículo 114 LH no puede servir de parámetro exclusivo para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Efectivamente, el [auto del TJUE de 11 de junio de 2015 \(LA LEY 86873/2015\)](#) declaró que, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114. 3 LH no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional e los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad e la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual. De tal manera, que el límite cuantitativo del citado precepto no tiene como función servir de pauta al control judicial e las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas.

A este propósito, los parámetros para poder determinar cuándo es razonable la sanción establecida en el contrato y cuándo no, en el caso del pacto sobre intereses, no son seguros, pero sí numerosos, como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial de forma reiterada. Entre ellos se puede encontrar una norma de derecho imperativo (Art. 114 LH), aunque no la única.

También el [artículo 1108 CC \(LA LEY 1/1889\)](#) ofrece un parámetro de gran valor, pues es precisamente su aplicación lo que el acto incluido en el contrato pretende soslayar.

A este respecto, la [STJUE de 14 de marzo de 2013 \(caso Aziz\) \(LA LEY 11269/2013\)](#) se refiere a cuáles pueden ser esos parámetros para enjuiciar la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios en estos términos, y señala que el juez deberá por un lado comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera pactado nada entre las partes o en diferentes contratos de ese tipo celebrados entre consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Asimismo, dicha sentencia alude a distintos parámetros a los que han acudido los tribunales como son, el art. 20.4 de la Ley 6/2011 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, (establece un límite de 2,5 veces el interés legal del dinero, esto es, aproximadamente un 10%), el [art. 7.2 de la Ley 3/2004 \(LA LEY 1704/2004\)](#) por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, (establece un tipo de interés en defecto de pacto, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales), así como el [art 576 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) (a falta de pacto entre las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero).

En el caso en concreto, la cláusula establece un interés de demora de cuatro puntos porcentuales por encima del interés legal del dinero, que si bien, no puede considerarse excesiva y notoriamente desproporcionada, sí que ha de considerarse desproporcionada teniendo en cuenta que el tipo máximo pactado de interés variable aplicable al préstamo es de un 13%, así como teniendo en cuenta que supera los parámetros contenidos no solo en normas imperativas, como el previsto expresamente para préstamos hipotecarios del art. 114 LH, o art. 20 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, sino que también vulnera parámetros consolidados jurisprudencialmente, como los dos puntos porcentuales adicionados al interés remuneratorio establecido para préstamos de carácter personal.

Por tanto, ha de concluirse que se trata de un tipo de interés que lleva implícita una indemnización por incumplimientos no esenciales ni graves de obligaciones del prestatario, desproporcionado.

Por todo lo expuesto ha de concluirse que dicha cláusula es abusiva por vía del [art. 82 TRLGCU \(LA LEY 11922/2007\)](#), y específicamente, en los términos del artículo 85.6 del mismo cuerpo legal que establece la abusividad de aquellas cláusulas por vincular el contrato a voluntad del empresario, cuando supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

En este sentido cabe citar la **STS nº 364/16 de tres de junio de 2016 que establece:**

"4.- *Control de contenido de la cláusula de intereses.* La cláusula 6ª del préstamo hipotecario respecto del que se juzga su carácter abusivo, fija un interés de demora del 19%.

En la sentencia 265/2015, de 22 de abril, razonamos por qué la cláusula de intereses de demora es

susceptible de control de contenido de abusividad (si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato):

«La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el [Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios \(LA LEY 11922/2007\)](#), prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario.»

También resulta de aplicación la argumentación que hacíamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre el sentido de la cláusula de intereses de demora, su finalidad indemnizatoria y disuasoria, y el límite que supone, cuando se contrata bajo condiciones generales de la contratación con consumidores, que esta indemnización no sea abusiva por ser desproporcionadamente alta:

«es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor [...], y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización "desproporcionadamente alta"».

De tal forma que lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva, es «el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento».

5.- Para llevar a cabo este examen, como expusimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, el TJUE ha establecido unas pautas:

«En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos ([STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11 \(LA LEY 11269/2013\)](#), caso \*, párrafos 68 y 74).

»El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C- 415/11, caso \*, párrafo 69).

»Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo».

Con carácter general, el [art. 1108 CC \(LA LEY 1/1889\)](#) establece, para el caso en que no exista pacto entre las partes, un interés legal de demora equivalente al interés legal del dinero.

Y, de forma específica para los préstamos o créditos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la [Ley 1/2013, de 14 de mayo \(LA LEY 7255/2013\)](#), modificó el art. 114 LH e introdujo un límite a los intereses de demora, al prescribir que «no

podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Esta regla legal, en virtud de la disposición transitoria 2ª de la Ley, se aplica también a los contratos anteriores, en cuanto que permite el recálculo de los intereses moratorios establecidos en esos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal.

Como hemos recordado en la [sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, \(LA LEY 204975/2015\)](#) de acuerdo con la doctrina del TJUE, contenida en la [sentencia de 21 de enero de 2015 \(caso Unicaja\) \(LA LEY 28/2015\)](#) y en el auto de 11 de junio de 2015 (caso BBVA):

«el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del [artículo 85.6 TRLGDCU \(LA LEY 11922/2007\)](#).

[...]

» Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución -ATJUE de 11 de junio de 2015 (asunto BBVA)-, el límite cuantitativo fijado por el vigente [art. 114.3 de la Ley Hipotecaria \(LA LEY 3/1946\)](#) (triple del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la [sentencia 265/2015](#), son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal».

El Tribunal de Justicia ha vuelto a incidir en esta idea, en su auto de 17 de marzo de 2016, C-613/15 (caso Ibercaja): «[...] los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la [Directiva 93/13 \(LA LEY 4573/1993\)](#) no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora [...] quede limitada a criterios como los definidos en el [artículo 114 de la Ley Hipotecaria \(LA LEY 3/1946\)](#). [...]» (apartado 33).

6.- La consecuencia de lo anterior es que, al margen de la finalidad perseguida por el legislador de 2013 al introducir ese límite del interés de demora en el art. 114 LH, ese límite no garantiza el control de abusividad. Puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo.

Se da la coincidencia de que, en el presente caso, la cláusula 6ª del préstamo hipotecario es la misma respecto de la que se pronunció este tribunal en dos ocasiones sobre su carácter abusivo. Primero en la [sentencia 705/2015, de 23 de diciembre \(LA LEY 204975/2015\)](#), con ocasión de una acción colectiva, y luego en la [sentencia 79/2016, de 18 de febrero, \(LA LEY 8157/2016\)](#) con ocasión de una acción individual. Con una diferencia, en aquellos

casos la cláusula había sido declarada abusiva en la instancia, mientras que en el presente caso el tribunal de apelación no apreció la abusividad.

En realidad, y en lo que ahora interesa, en las [sentencias 705/2015, de 23 de diciembre \(LA LEY 204975/2015\)](#), y [79/2016, de 18 de febrero](#), nos hicimos eco de la reseñada doctrina del TJUE sobre que el límite previsto en el art. 114.3 LH no garantiza el control de abusividad, a la vez que confirmamos el criterio seguido en la [265/2015, de 22 de abril](#), respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios.

«(E)l [art. 114.3 Ley Hipotecaria \(LA LEY 3/1946\)](#) no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia [265/2015, de 22 de abril](#), para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado» ( [sentencias 705/2015, de 23 de diciembre \(LA LEY 204975/2015\)](#), y [79/2016, de 18 de febrero](#) ).

Pero en los reseñados precedentes no establecimos ningún criterio objetivo, similar al que sí introdujimos en la sentencia [265/2015, de 22 de abril](#), sobre cuándo puede considerarse abusivo el interés pactado.

7.- En aquella sentencia [265/2015, de 22 de abril](#), llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Para llegar a esta conclusión seguimos el siguiente razonamiento:

«en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la [Ley del Contrato de Seguro \(LA LEY 1957/1980\)](#), durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

»La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».

»La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el [art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#) para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el

cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

»La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».

En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las [sentencias 705/2015, de 23 de diciembre \(LA LEY 204975/2015\)](#), y [79/2016, de 18 de febrero](#), que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.

**8.-** De este modo, en el presente caso, el interés de demora pactado del 19% era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo y así debía haber sido apreciado por la sentencia recurrida.

También lo sería, en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado conforme al límite legal del art. 114.3 LH. Este límite operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos.

### **TERCERO** *Consecuencias de la declaración de abusividad*

**1.-** En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que respecto de los préstamos personales establecimos en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, tal y como declaramos en las [sentencias 705/2015, de 23 de diciembre \(LA LEY 204975/2015\)](#), y [79/2016, de 18 de febrero](#)

Como razonamos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Así concluimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril:

«Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada»

En nuestro caso, la consecuencia lógica es que la liquidación de intereses debía haberse realizado



conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo".

**El criterio ha sido confirmado por la STJUE de 7 de agosto de 2018.**

Por lo expuesto, aplicando la Jurisprudencia del TS, considerándose abusivo el interés de demora superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio, tal como expone la citada STS, que extiende a los préstamos hipotecarios el criterio fijado en la anterior STS de 22 de abril de 2015, declarándose nula la cláusula en cuestión por ser abusiva al exceder de dicho límite, continuará el devengo del interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo, que cumple la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

Resultando procedente la declaración de nulidad de la cláusula aludida, conforme al argumentario expuesto más arriba, **se solicita por la parte demandante la condena a la restitución de las cantidades que debió abonar la parte demandada como consecuencia del aumento del hecho imponible sobre el que se calcula el referido tributo.**

En relación a esta petición, hemos de tener en cuenta que en el artículo 30.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece al fijar el hecho imponible del tributo que, "la base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará como base el capital y tres años de intereses", de lo que se sigue que la liquidación del mismo se hizo sobre la cuantía en que los contratantes declararon la responsabilidad hipotecaria. Importe el mencionado, en el que se incluye la previsión correspondiente a los intereses moratorios, de forma que, declarada la nulidad de la cláusula de interés moratorio por abusiva, y realizado el recálculo por la parte actora del tributo correspondiente, resulta acreditado que como consecuencia de la aplicación de la referida estipulación la parte prestataria hubo de abonar a la Agencia Tributaria un importe superior al que habría tenido que pagar en caso contrario, y que **se cuantifica en la cantidad de 227,18 euros. A ello debe añadirse el interés legal desde la fecha del respectivo cobro.**

Debiéndose concretar, que dicha cantidad es el perjuicio directo que soportó la parte demandante, y que debe de ser restituido, ello por cuanto, como es bien sabido, nos hallamos decidiendo sobre los efectos de unas cláusulas declaradas nulas, lo que significa que la situación de las partes afectadas tiene que volver a tener la misma situación, personal y patrimonial, que tenían con anterioridad a la aplicación de las cláusulas y reponer las cosas al estado que tenían antes de la celebración de los contratos (SSTS de 26 de julio de 2000).

**OCTAVO.- COMISION DE APERTURA**

Sobre la conocida como comisión de apertura no hay unanimidad en los criterios de la llamada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales.

Así, en algunas sentencias no se la considera abusiva y se decide su

mantenimiento. Por ejemplo, SAP de Alicante, sección 8ª, núm. 304/2016 de 4 de noviembre, la SAP de Valencia, sección 9ª, núm. 258/2018 de 4 de abril, así como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Secc. 1ª, de 1 de febrero de 2018 (ROJ: SAP LE 5/2018 -ECLI:ES:APLE:2018:5) se dice que el coste de apertura no es un acto vinculado a la formalización del contrato de préstamo, por cuanto se sustenta en el coste de gestiones y servicios financieros previos a él y, aunque tenga como finalidad principal suscribirlo, la comisión de apertura no se vincula con el acto de formalización del contrato, porque el servicio financiero del que se deriva la comisión de apertura no tiene como finalidad dar forma al contrato y validarlo con su inscripción u otros actos precisos para su eficacia jurídica. Esto es, se mantiene porque no se integra en el contrato, al corresponder a una fase previa. La SAP Madrid, Secc. 9ª, de 23 de noviembre de 2017 (ROJ: SAP M 16225/2017 -ECLI:ES:APM:2017:16225), con cita de la SAP de Tarragona Secc. 1ª nº 41/2017 de 7 de febrero de 2017, parte de su definición por el Banco de España como la que remunera a la entidad bancaria por los trámites que debe realizar correspondientes a la formalización y puesta a disposición del cliente de los fondos prestados, consistiendo habitualmente en un porcentaje sobre la cantidad que se presta, correspondiendo a las gestiones y análisis que debe realizar para verificar la solvencia del cliente y los términos de la operación solicitada. Con esta base y considerando que retribuye actividades y gestiones llevadas a cabo por la entidad bancaria, concluye es lícito su cobro al cliente, en la medida que se trata de abonar unos servicios realmente prestados.

Sin embargo, es mayoritario en los tribunales de apelación el criterio de considerar que se trata de una cláusula abusiva. Sostiene esta corriente de opinión judicial que no corresponde a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, tal como se establece en el párrafo segundo del art. 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios ("Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos"), por lo que la aplicación del principio de "realidad del servicio remunerado" da lugar a su declaración de abusividad, si no se acredita la prestación del servicio.

En el mismo sentido, se añade que no se entiende la razón de que deba ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio) lo que motiva al prestamista a contratar. Y si bien el art 87.5LGDCU admite la facturación de aquellos costes no repercutidos, su interpretación no debe ser extensiva y su importe ha de adecuarse al servicio efectivamente prestado, que deberá probarse por el profesional.

La referencia en la normativa sectorial a dicha comisión no impide la aplicación de la legislación protectora de los consumidores (STS 9 de mayo de 2013), tanto porque aquella normativa impone la realidad del servicio, como por obvias razones de jerarquía normativa.

No es óbice a lo dicho que la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito contemple la comisión de apertura en su artículo 5.2.b), primer inciso: "En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u

otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito". Se trata de una norma que ni concreta la cuantía de la comisión y que, refiriéndose a ella en términos tan generales, no debe prevalecer sobre el art. 87.6 del TR de la Ley de Consumidores y Usuarios (RD Legislativo 1/2007) que, siendo norma especial, considera abusivas las cláusulas que impongan al consumidor una retribución por servicios no prestados efectivamente. A ello se añade en el presente caso la ausencia del folleto informativo y de la oferta vinculante, lo que no ha acreditado el profesional que se opone a la reclamación y a quien incumbía la prueba de los hechos favorecedores de su postura.

Y en el proceso la falta de prueba de la prestación de tales servicios, que no se acreditan por la facturación del 1% sobre el principal del préstamo equivale a su inexistencia ("quod nos est in actis non est in mundo2).

Esta línea favorable a la nulidad por abusiva de la cláusula sobre comisión de apertura se contiene, entre otras, en la la SSAP de Asturias, secciones 1ª y 7ª de 2 de febrero de 2018, SAP de Las Palmas, sección 4ª, núm. recurso 1103/2017 de 20 de abril de 2018, SAP de Soria, sección 1, de 15 de enero de 2018 (ROJ: SAP SO 6/2018-ECLI:ES:APSO:2018:6), SSAP de Oviedo, sección 6, de 19 de enero de 2018 (ROJ: SAP O 162/2018 – ECLI:ES:APO:2018:162); Secc 1ª de 1 de febrero de 2018 (ROJ: SAP O 229/2018-ECLI:ES:APO:2018:229), que cita las anteriores del mismo tribunal de 30 de julio de 2015, de 2 de junio de 10 de octubre de 2017; también, limitando esta cita a las más recientes, en la SAP de Baleares, Secc. 5ª, de 1 de febrero de 2018 (ROJ: SAP IB 170/2018ECLI:ES:APIB:2018:170; y la SAP de Castellón, sección 3ª, núm. 132/2018 de 19 de abril).

La SAP de Castellón se mostró igualmente contraria a la eficacia de dicha comisión de apertura en el Auto núm. 178 de 234 de junio de 2017, si bien se trataba de un supuesto peculiar, en la medida en que en el contrato litigioso no era clara la intervención de una entidad financiera. Y si bien es cierto que la admitimos en la Sentencia núm. 45 de 15 de febrero de 2017, la diferencia con el presente caso es que en aquél se pudo comprobar que se incluía en la oferta vinculante entregada al cliente y no se añadía a la comisión de estudio, duplicidad esta que censura el Banco de España".

Doctrina la mayoritaria, con la que coincide este juzgador, dado que la **recepción de la solicitud de préstamo, el estudio propiamente dicho de solvencia son actividades internas de la entidad bancaria que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente. La entidad financiera pretende justificar el devengo de la comisión en el uso de recursos materiales y humanos puestos a disposición del cliente. Sin embargo, ésta es una actividad inherente a la propia de su negocio bancaria, característicos de la actividad bancaria; estamos hablando por ello de costes inherentes a la explotación de su negocio, que se sufragan con sus propios recursos, y no a costa del prestatario que, eso sí, retribuirá al prestamista por vía del interés pactado a modo del correspondiente beneficio para que la operación comercial le resulte ventajosa.**

**Entendida la comisión como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato de préstamo se perfecciona**

con la entrega del dinero. Y si se entiende como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo), se hace igualmente difícil comprender por qué razón lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio).

Ciertamente la actual L.G.D.C.U. en su art. 87.5 reconoce la legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos costes no repercutidos en el precio (indisolublemente unidos al inicio del servicio) pero, además de que su interpretación debe de ser restrictiva con restringida proyección a determinados sectores empresariales, **el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de L.G.D.C.U. y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar.**

Pero es que además, y por encima de todo eso, asimismo se ha de ponderar que, como declara la sentencia del T.S. de 9-05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados, (FJ.9), la existencia de una regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la L.C.G.C. (ni por ende de la L.G.C.U.), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la **comisión de apertura** sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

En definitiva, **dado que la referida comisión de apertura no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamo) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad**, debiendo restituir la parte demandada la cantidad de **631,06 euros, más intereses legales desde la fecha del cobro**.

#### **NOVENO.- COSTAS**

En cuanto a las costas, al tratarse de una estimación total, se impondrán las costas a la parte demandada ex art. 394.1 de la LEC.

Vistos los preceptos legales y generales de aplicación.

#### **FALLO**

**Que ESTIMO TOTALMENTE la demanda interpuesta por la representación de \* Y \* contra la mercantil BBVA SA y en consecuencia:**

**1) Declaro la nulidad por abusiva de la cláusula 5ª del contrato de préstamo hipotecario de fecha 9-11-2001.**

**2) Condeno a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 915,39 EUROS en aplicación de la cláusula declarada nula, más intereses legales desde la fecha de su cobro.**

**3) Declaro la nulidad de la cláusula de interés de demora, cláusula 6ª, teniéndola por no puesta, debiendo devengarse, en caso de impago, el interés remuneratorio y**

**condenando a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 227,18 euros, más intereses legales desde la fecha de su cobro.**

**4) Declaro la nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura, teniéndola por no puesta, debiendo restituir la parte demandada a la parte actora la cantidad de 631,06 euros, más intereses legales desde la fecha de su cobro.**

**5) Se condena en costas a la parte demandada.**

**La cantidad declarada devengará el interés legal del dinero con arreglo a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento Civil desde el dictado de esta sentencia.**

**Subsistiendo la vigencia del resto del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución.**

**Una vez firme la sentencia diríjase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo (art. 22 de la ley 22/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación).**

**Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.**

**Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días ( artículos 455 y ss LEC) ante este juzgado, el cual no tendrá efectos suspensivos, exponiendo las alegaciones en las que base su impugnación, los pronunciamientos que impugna, y el precepto que resulta infringido el cual será resuelto por la Audiencia Provincial de Alicante.**

**No se admitirá el recurso a trámite si quien lo pretende no acredita, al prepararlo, que ha consignado en la cuenta de depósitos de este juzgado 50 euros.**