

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 17
PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00081/2019

TRAVESSA DE'N BALLESTER, 20-3ER.
Teléfono: 971219493, Fax: 971219498
Correo electrónico:
Equipo/usuario: 001
Modelo: S40000

N.I.G.: 07040 42 1 2018 0001768

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000301 /2018

Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS
DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. -, -
Procurador/a Sr/a. -, -
Abogado/a Sr/a. ,
DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA
Procurador/a Sr/a. -
Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A N° 81/2019

En Palma de Mallorca a 4 de febrero de dos mil diecinueve.

Vistos por la Ilma. -, MAGISTRADA titular del Juzgado de Primera Instancia Número Diecisiete de Palma de Mallorca, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO 301/2018 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandantes - y -, con Procuradora -, frente a la entidad financiera BANCO SANTANDER S.A., con Procuradora -, sobre NULIDAD RADICAL DE CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN ESCRITURA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA Y CONDENA A RESTITUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN APLICACIÓN DE DICHAS CLAUSULAS NULAS, se dicta esta sentencia en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora actora se presentó demanda de Juicio Ordinario, que por reparto correspondió a este Juzgado, frente a la entidad financiera demandada en la que, tras exponer en párrafos separados y numerados los hechos en que fundaba su pretensión y alegar los fundamentos de derecho que entendió aplicables al caso, terminaba por pedir al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare cuanto se interesa en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Por Decreto se admitió a trámite de la demanda, emplazando a la demandada, con las formalidades legales de

rigor, a fin de que, en el plazo de veinte días, se personase en autos y contestase a la demanda representada por Procurador y asistida de Letrado, lo que se verificó en tiempo y forma, oponiéndose a la misma.

TERCERO.- Contestada en tiempo y forma la demanda, recayó Providencia declarándolo así, convocando simultáneamente a las partes a la Audiencia Previa prevista en los artículos 414 y ss. de la LEC, a cuyo acto asistieron parte actora y demandada representados por sus respectivos Procuradores y con asistencia de sus Letrados. Intentado sin efecto el acuerdo o transacción y no existiendo cuestiones procesales que pudieran obstar la prosecución del proceso y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, procedieron las partes, con mediación del tribunal, a fijar los términos de debate, concretando los hechos controvertidos y aquellos otros en los que existía conformidad, acordando seguidamente el recibimiento a prueba al no existir acuerdo entre las partes para finalizar el litigio ni existir conformidad sobre los hechos; admitiéndose aquellas que se reputaron pertinentes, consistentes en documental por reproducida y testifical y disponiendo seguidamente lo necesario para su práctica en el acto del Juicio, que quedó finalmente señalado para el día 29 de enero de 2019.

CUARTO.- Llegado el día y hora señalado para la celebración del Juicio, al que asistieron todas las partes debidamente representadas por Procurador y asistidas de Letrado, se practicaron las pruebas que en su día fueron admitidas en forma legal con el resultado que obra en el soporte en que fue grabada la sesión; tras lo cual se dio trámite escrito de conclusiones a parte actora y demandada y verificado que ello fue, se acordó por S.S.^a dar por terminado el juicio, quedando los autos vistos y conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con base en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios y la legislación en materia de condiciones generales de la contratación, se ejercita por la parte actora acción de declaración de nulidad por abusivas y faltas de transparencia de determinadas cláusulas contenidas en la escritura de constitución de los préstamos con garantía

hipotecaria de fecha 24 de enero de 2007. Se solicita la declaración de nulidad de las cláusula de intereses de demora, de vencimiento anticipado e imputación de gastos (Notaría, Registro, Gestoría e IAJD) y de las cláusulas 2.1, 2.2, 3.1 y 3. Bis del contrato de préstamo hipotecario, denominado "hipoteca tranquilidad", relativos a la cláusula de amortización, apartados 2.1 y 2.2.; clausula de interés fijo subapartado 3.1., y cláusula de interés variable, por su carácter abusivo, por falta de transparencia y subsidiariamente, por error esencia y excusable de los prestatarios.

En relación a estas cláusulas de la denominada "hipoteca tranquilidad" se solicita:

1. Declare nulas las cláusulas 2.1, 2.2, 3.1 y 3. bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito por los actores el 24 de enero de 2007, por su carácter abusivo por falta de transparencia o, subsidiariamente, por error esencial y excusable de los prestatarios.

2. Declare la vigencia del préstamo suscrito sin las cláusulas declaradas nulas, como un préstamo sin interés, con un plazo de amortización de cuarenta años y condene a la entidad demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo con arreglo a estos parámetros.

2 .1 Subsidiariamente, para el caso de que se considere válida la cláusula 3 bis respecto del interés variable, declare la vigencia del préstamo suscrito sin las cláusulas declaradas nulas, como un préstamo sin interés durante los diez primeros años y referenciado a Euribor más 0,70 p.p. durante el resto de la vigencia del préstamo, con un plazo de amortización total de cuarenta años y condene a la entidad demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo con arreglo a estos parámetros.

2.2. Más subsidiariamente, para el caso de que se considere válida la cláusula 3 bis respecto del interés variable y procedente la operación de integración judicial, declare la vigencia del préstamo suscrito sin las cláusulas declaradas

nulas, como un préstamo con interés variable referenciado a Euribor más 0,70 p.p., con un plazo de amortización de cuarenta años y condene a la entidad demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo con arreglo a estos parámetros.

2.3. Más subsidiariamente aún , para el caso de que se consideren válidas las cláusulas 3.1 y 3 bis respecto del interés fijo y del variable y procedente la operación de integración judicial, declare la vigencia del préstamo suscrito sin las cláusulas declaradas nulas, como un préstamo con interés fijo al 4.9 % los diez primeros años de vigencia del préstamo y variable referenciado a Euribor más 0,70 p.p. durante el resto de la vigencia del mismo, con un plazo de amortización de cuarenta años, y condene a la entidad demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo con arreglo a estos parámetros.

3. Condene a la entidad demandada a restituir a los demandantes, en virtud del art. 1.303 CC, la diferencia entre las cantidades que hubiesen satisfecho hasta ese momento en los distintos vencimientos del préstamo y las que tendrían que haber pagado, de acuerdo con el nuevo cuadro de amortización, incrementadas con los intereses legales devengados desde la fecha de cada vencimiento; cantidades a reintegrar que a día de hoy serían las siguientes:

- Préstamo con interés devengados por la tranquilidad, con un plazo de amortización de cuarenta años: OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTIÚN EUROS CON VEINTINUEVE CÉNTIMOS (89.521,29 €)

- Documento N.º 2 de la demanda-.

- Préstamo sin interés durante los diez primeros años y referenciado a Euribor más 0,70 p.p. durante el resto de la vigencia del préstamo, con un plazo de amortización total de cuarenta años: OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS EUROS CON DOCE CÉNTIMOS (88.732,12€) - Resultantes de la totalidad de intereses abonados los diez primeros años de conformidad al Documento N°2 de la demanda, más los intereses abonados en el periodo de interés variables de conformidad con el Documento N°2 menos lo que tendría que haber abonado de conformidad la

aplicación de Euribor + 0,70% según el Documento N° 3 en ese mismo periodo- .

- Préstamo con interés variable referenciado a Euribor más 0,70 p.p., con un plazo de amortización de cuarenta años: CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO EUROS CON NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (43.322,71 €) -intereses abonados según el Documento N.º 2 menos los abonados según el Documento N.º 3-.

- Préstamo con interés fijo al 4,9 % los diez primeros años de vigencia del préstamo y variable referenciado a Euribor más 0,70 p.p. durante el resto de la vigencia del mismo, con un plazo de amortización de cuarenta años: MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS CON VEINTITRES CÉNTIMOS (1.667,23 €) € intereses abonados según el Documento N.º 2 menos los abonados según el Documento n° 4 de los aportados junto con el escrito de demanda.

En el acto de la Audiencia Previa se desiste de la reclamación de cantidad en relación al IAJD y a la mitad de los gastos de Notaría y Gestoría, pero dicho desistimiento no es aceptado por la parte demandada.

Por su parte, la demandada se opone a la demandada, oponiéndose, alegando la plena validez de las cláusulas controvertidas, que fueron negociadas individualmente con el prestatario y no impuestas por la entidad financiera, siendo además las cláusulas sencillas y de fácil comprensión, cumpliendo los controles de transparencia exigidos por la normativa comunitaria de defensa de los consumidores y usuarios. En relación a la cláusula de gastos se resalta que el obligado al pago del ITPyAJD es el prestatario, por lo que en ningún caso cabe obligar a la demandada a de restitución de esta cantidad. Alega además la demandada que la escritura pública se otorgó en presencia de fedatario público (Notario) que da fe de su contenido así como de que la parte prestataria ha sido informada del contenido de la escritura.

En lo referente a la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento ejercitada subsidiariamente por la parte actora se opone la excepción de caducidad de la acción.

SEGUNDO.- En lo relativo a la nulidad de las cláusulas de amortización, interés fijo e interés variable contenidas en la denominada "hipoteca tranquilidad", ejercitada con carácter principal por la actora, se pretende la declaración de nulidad de las siguientes cláusulas:

" 2ª AMORTIZACIÓN

2.1. **Plazo:** El presente préstamo tiene un plazo de duración que podrá variar dependiendo de las variaciones del tipo de interés. Ello, no obstante, dicho período **no podrá sobrepasar el día 1 de febrero de 2047**, fecha que las partes constituyen como vencimiento del presente contrato.

2.2. **Número de cuotas de amortización, importe, periodicidad, fechas de liquidación y pago de las mismas:** Transcurrido, en su caso, el periodo de carencia de capital detallado en el apartado siguiente, el préstamo se amortizará mediante un máximo de **480 cuotas mensuales**, comprensivas de capital e intereses, que se pagarán los días uno de cada mes natural, siendo calculadas conforme al sistema francés de amortización.

La primera de ellas se pagará el día **1 de marzo de 2.007** y la última no más tarde del indicado día del vencimiento.

Hasta el día **1 de febrero de 2008**, el préstamo se amortizará por medio de **doce cuotas de SETECIENTOS OCHENTA Y DOS EUROS CON SETENTA Y CUATRO CÉNTIMOS DE EUROS (782,74 €)** cada una. A partir de esa fecha, el importe de las cuotas posteriores para cada período anual, se incrementará a razón de **2.50% cada año**, sobre el importe de las cuotas del período inmediatamente anterior.

El número total de cuotas que hayan de precisarse para la amortización completa del préstamo variará por causa de las revisiones de tipo de interés aquí convenidas. En consecuencia, la parte de dichas cuotas correspondiente a amortización de capital vendrá dada por la diferencia que exista entre el importe total de la cuota y los intereses que hubiera devengado el capital pendiente de pago durante el periodo mensual a que la cuota corresponda.

Excepcionalmente, si se diera el caso de que los intereses devengados excedan del importe aquí fijado para una cuota de amortización, calculado según se establece en esta escritura, dicha cuota no amortizará capital sino que comprenderá únicamente los intereses devengados, hasta donde alcance y el exceso, si lo hubiera, se capitalizará en la forma prevista en el art. 317 del Código de Comercio, incorporándose al capital pendiente de amortizar.

Llegada la fecha máxima fijada para el vencimiento del préstamo, la parte acreditada deberá pagar en esa última cuota, además del importe de dicha cuota, el correspondiente al capital del préstamo no amortizado. (...)

3ª INTERESES ORDINARIOS

3.1. **Tipo de interés y fórmula de cálculo:** El capital dispuesto y no amortizado del préstamo, desde el día de hoy, devengará diariamente un interés nominal anual del **4.9%**, invariable hasta el día **1 de febrero de 2017**. A partir de dicha fecha, el tipo aplicable podrá variar conforme más adelante se establece. (...)

3° BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE 3° BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE

3 bis.1.- Periodicidad de las revisiones: *Cada periodo de 12 meses posterior a la fecha final del periodo de interés inicial que se ha indicado en la Cláusula 3ª, se denomina "periodo de interés".*

3. bis.2.- Diferenciales y redondeos: *En cada periodo de interés hasta que finalice el plazo del contrato, se aplicará un tipo de interés nominal que será la suma resultante de añadir 0.70 puntos al "tipo de referencia" o 0.50"al tipo de referencia sustitutivo".*

Alega la demandada, en relación a la denominada "hipoteca tranquilidad", que no es un producto complejo, sino muy sencillo, una hipoteca que empieza con un tipo de interés fijo y continúa con uno variable y con un sistema de amortización creciente que aparece perfectamente explicado en la escritura de constitución, para dar la oportunidad a los prestatarios, normalmente jóvenes de pagar menos en un primer momento cuando se supone que su capacidad económica es más limitada y tienen más gastos derivados de la compra de una vivienda, para ir pagando más a medida que se consolida su situación económica a lo largo del tiempo.

Defiende la entidad financiera la bondad de este producto para sus clientes, que de hecho se publicitó de una manera que esta Juzgadora considera muy agresiva utilizando la fotografía de una joven pareja durmiendo plácidamente en una cama con el slogan: "Hipoteca Tranquilidad. Con la misma cuota para siempre. Y no te preocuparán las subidas del tipo de interés".

Alega asimismo la demandada que no estamos ante ningún problema de cláusulas abusivas. Lo que subyace es un oportunismo económico, surgido una vez que el cliente conoce cuál ha sido la evolución de los tipos de interés, pero que nada tiene que ver con la existencia de cláusulas abusivas. El reproche se centra, en puridad, en el importe nominal del tipo fijo. El puro número. La actora considera que era excesivo pactar un tipo fijo del 4,90% en un préstamo que se suscribió en el mes de enero del año 2007. Si el tipo fijo hubiera sido del 1%, no estaríamos aquí. La intención (y el interés) de la

Parte Actora en pedir la declaración de nulidad de la Cláusula Interés Fijo es muy clara: beneficiarse a posteriori de la drástica e imprevisible bajada de los tipos de interés. ¿Acaso se puede sostener con éxito que un consumidor desconoce las consecuencias económicas del pacto de un tipo de interés fijo que, además, se ubica en el clausulado resaltado en negrita con un tratamiento principal y protagonista? En caso de que fuera cierto, las cláusulas de intereses de la práctica totalidad de los préstamos hipotecarios serían nulas. Para conseguir su objetivo, la Parte Actora desprecia absolutamente los criterios de legalidad de las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato. No se puede someter a esas cláusulas a un control de tipo económico como el que pretende la demanda, según tiene establecido el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia. Lo ha vuelto a declarar en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (Documento nº 5, la "STS IRPH", en la que declara que un préstamo hipotecario sometido al índice de referencia IRPH ENTIDADES no es nulo por falta de transparencia: "en la práctica, la Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible".

Frente a estas consideraciones del producto, la actora considera analizando las ventajas para la entidad prestamista derivadas de la contratación de la "hipoteca tranquilidad", que, de manera correlativa a la mayor onerosidad que para los prestatarios supone la contratación del producto denominado como "hipoteca tranquilidad" respecto de la contratación de un préstamo a interés fijo y duración determinada, la entidad financiera obtiene por la contratación de este producto un mayor rendimiento, por las siguientes razones:

- Se asegura durante el primer año de vigencia del préstamo una práctica carencia de capital, puesto que, aunque se satisface por los prestatarios la cantidad de 9.392,88 €, sólo 266,84 € se destinan a amortización de capital.

- Durante los años sucesivos el ritmo de amortización es muy lento, como acredita el hecho de que al llegar al décimo año de

amortización, sólo se haya amortizado 16.566,74 € del capital inicialmente prestado de 186.367 €. Mientras que, si se hubiera estipulado un préstamo con el mismo interés fijo y una duración de cuarenta años, se habría amortizado 19.360,65 € de capital; o si se hubiera firmado un préstamo hipotecario a Euribor + 0.70 p.p. el mismo sería 31.861,49 €.

-La amortización tan lenta de capital no sólo supone alargar la duración del préstamo en beneficio de la entidad acreedora, sino que además los intereses nominales, que se calculan aplicando el tipo de interés previsto sobre el capital pendiente de amortización, sean superiores.

- La entidad al fijar un interés fijo del 4,90 % se aseguró mantener una tasa de interés muy alta durante los siguientes diez años, blindándose así frente a la previsible bajada del Euribor en el medio plazo.

-A fecha actual, en la que los actores han comenzado el segundo período previsto en la escritura de préstamo hipotecario, mis mandantes están haciendo frente a unas cuotas desproporcionadamente altas -1.001,97 €- donde, a pesar de que en estas 10 últimas mensualidades se está amortizando más principal que pago de intereses, ello es debido a que los tipos de interés se encuentra a la baja como consecuencia de la coyuntura que está viviendo la economía española. Sin embargo, si el Euribor estos dos últimos meses se hubiera venido situando en ratios más elevados -como, por ejemplo, un 4% o un 5%- , puesto que mis representados tendrían igualmente que abonar una cuota de 1.001,97€ -puesto que la cuota que ha de abonar se calcula directamente de forma geométrica con respecto a la del año inmediatamente anterior podría darse la paradójica situación de que el importe previsto a pagar durante estos meses no alcanzare a pagar la totalidad de los intereses que mis representados han de cubrir durante dicho período. Como consecuencia de esto, según prevé la propia escritura de préstamo, los intereses que no se alcanzaren a pagar durante estas cuotas se habrían de añadir al capital pendiente de amortizar y, junto con éste, iría generando intereses nuevamente, puesto que es la propia escritura de préstamo hipotecario la que prevé en su clausulado que la cuota pagadera efectivamente por mis representados irá, de forma

principal, destinada al pago de los intereses generados en dicha mensualidad y, sólo subsidiariamente y para el supuesto de que sobrase algo, se destinará el restante a la amortización del principal.

Todas estas ventajas las logró la entidad financiera con el señuelo para los prestatarios de gozar de la tranquilidad que proporcionaba el tener una cuota fija, que además era muy baja, si bien en realidad la cuota no resultaba ser fija, ni tan baja, puesto que aumentaba a un ritmo del 2,5 % anual, lo que trasladado a un horizonte de 40 años es un incremento bastante considerable y ocultando que el coste absoluto del préstamo en términos de intereses nominales a satisfacer durante toda la vigencia del préstamo sería elevadísimo.

Además, la tranquilidad para los prestatarios de contar con una cuota fija durante la vigencia del préstamo también se podría haber conseguido mediante la contratación de un préstamo a interés fijo y duración determinada, pero claro está, esta fórmula no habría resultado tan lucrativa para la entidad financiera.

Aunque en relación a este tipo de hipotecas todavía no existe un criterio jurisprudencial pacífico por parte de las Audiencias Provinciales y tampoco existe resolución del TS, esta Juzgadora se inclina por el criterio establecido por **la SAP de Madrid de 14 de junio de 2018, Sección 25**, al examinar la demanda colectiva interpuesta en relación a este mismo producto del BANCO SANTANDER señala que: *"La cuestión fundamental con relación a la oferta vinculante no sólo es que se haya entregado efectivamente al prestatario, sino que en ella se expresen con claridad las condiciones esenciales del préstamo y luego sean trasladadas al negocio en el momento de firmarlo. Esta es, en realidad, una actuación administrativamente reglada para marcar pautas de comportamiento de la entidad bancaria en su deber de informar al consumidor sobre el producto financiero antes de concertarlo, pero ni es la única, ni por el hecho de presentarla necesariamente debe entenderse debidamente proporcionada la información, ni por no haberla entregado debe tampoco alcanzarse la conclusión inequívoca de no haber informado adecuada y suficientemente al prestatario, suponiendo únicamente una presunción a favor o en contra de su grado de diligencia, dependiendo de si fue o no entregada, que deberá analizarse valorando también la naturaleza del producto, teniendo para ello en especial consideración si se trata o no de un tipo de negocio de conocimiento general, tanto teórico como práctico, y asimilado por el común de los consumidores como un medio de características tan habituales que no precise de especiales explicaciones para comprender su trascendencia económica, o, por el contrario, que saliéndose de esa pauta de normalidad, sea extraño, o contenga matices infrecuentes que no permitan al consumidor reconocer su coste o riesgos de acuerdo con los conocimientos básicos que por información general y experiencia común se le presuma, de modo que para captar su verdadera entidad precisen de un análisis profundo y guiado por el emisor del producto, que para ese fin deberá hacerlo superando la inercia de favorecer sus propios intereses económicos. Es en esos términos como*

entendemos deben utilizarse los criterios interpretativos desarrollados por el Tribunal Supremo, a su vez extrayéndolos de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, criterios que se han ido actualizando desde la Sentencia invocada por la recurrente, de 9 de mayo de 2013. A esos efectos, contrariamente a lo argumentado por la Sra. Magistrado de primera instancia, el hecho de haberse dictado las Sentencias del Alto Tribunal en litigios donde el contrato debatido no sea el mismo sometido a consideración del Juez o Tribunal ante quien se invoca su Doctrina, no es óbice para afrontar la interpretación del negocio litigioso de acuerdo con las reglas marcadas en aquellas Sentencias, cuyo valor general puede ser fácilmente trasladado, como ocurre en este caso, siendo esa, además, la voluntad del propio Tribunal que las elaboró.

El principal de esos criterios de interpretación es el desarrollado a partir de la Sentencia 834/2009 , y que recientemente se reiteró en otras como la 608/2017 , diciendo: "... se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. /// Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo .". Más precisión en la definición del alcance interpretativo de esta Doctrina la encontramos en la Sentencia 36/2018 , donde dice "..., la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento. /// »Por eso, **el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó** ». /// En las sentencias 464/2013, de 8 de septiembre , y 367/2017, de 8 de junio , hemos advertido que, en función de esa finalidad o razón de esta exigencia de transparencia, la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos su cumplimiento. /// Es cierto que en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo , declaramos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia». Pero, como también hemos puntualizado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio , lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. "

Esta Doctrina pretende homogeneizar el modo de interpretar la prestación del consentimiento del consumidor en negocios jurídicos o cláusulas, nada habituales en otros tiempos, donde se ve expuesto a un riesgo no perceptible en el momento de firmar el contrato, unificando con ello la hermenéutica, no sólo de los contratos de préstamo con cláusula suelo, sino también de otros tan diferentes como los préstamos en divisa o referenciados a ellas, las permutas de intereses o SWAP, participaciones preferentes y obligaciones convertibles necesariamente en acciones, y por ello extenderla a otros celebrados con consumidores, aún no tratados, donde puedan percibirse rasgos de exposición al riesgo difíciles de detectar. Por añadidura, los demás Tribunales debemos asumir tales criterios y adecuar la interpretación de los

contratos a esos postulados, aunque ello suponga apartarnos de posiciones mantenidas con anterioridad.

[...] Como hecho de partida para evaluar el deber de información exigido en este caso a la entidad bancaria, está la publicidad del producto, pues ésta es la que atrae al consumidor anunciando un medio de financiación atractivo. Aunque no nos ha sido posible encontrar entre los más de 2.400 folios presentados por la parte actora en el ejercicio de su acción el muchas veces anunciado en la demanda como documento 1, donde se contiene la publicidad del producto con la frase: " pedir elegir pagando menos, para ir más desahogado al principio, y después tu cuota sólo se incrementará un 2,5% cada año, así siempre sabes exactamente lo que vas a pagar ", tampoco niega la parte demandada que se hubiera empleado; por eso lo tomamos como hecho cierto. La información que se proporciona en la publicidad incide en el factor más positivo: " ir más desahogado al principio ", es decir, pagar inicialmente una cuota menor a la que en ese momento se ofertaba en el mercado financiero para un préstamo hipotecario normal. Se indica como única contrapartida el incremento de un 2,5% anual de la cuota, pero ninguna referencia hay a otro factor fundamental, que es el interés remuneratorio fijo de un 5% o más durante diez años. Esto exigía una mayor información, y para ello el Banco entregó a algunos de los demandantes la oferta vinculante, pero no a todos, pues de los 35 sólo consta firmada la recepción por 11. En las ofertas vinculantes que sí constan entregadas se indica, entre otras cosas:

" El préstamo se amortizará en un plazo variable en función del tipo de interés, con una duración máxima de 480 meses a contar desde el primer pago, más un periodo de carencia de amortización de capital que comprende desde la fecha de formalización hasta el día 1 del mes natural siguiente, fecha en la que el prestatario efectuará el primer pago, sólo de intereses, salvo que la fecha de formalización coincida con el día 1 del mes natural, en cuyo caso no existirá periodo de carencia, pagándose la primera cuota de amortización. La amortización se efectuará mediante un máximo de 480 cuotas los días 1 de cada mes natural, comprensiva de capital e intereses. Las primeras 12 cuotas de amortización ascenderán a ...(la cuantía depende cada caso) creciendo anualmente a una tasa del ...(2 ó 2.5%, según los casos), sobre el importe de las cuotas del periodo inmediatamente anterior. La cuota atiende, en primer lugar, al pago de intereses y el sobrante a amortizar capital. Si el importe de la cuota no cubriera totalmente los intereses devengados, la cuantía no cubierta se incorporará al capital pendiente de amortizar".

Unos párrafos después de explicar el mecanismo y comisiones para el reembolso total o parcial del préstamo, dice en cuanto a los intereses ordinarios, incluidos en un apartado distinto : "Se devengarán desde la entrega del préstamo a un tipo anual del (5 ó 5.75%, según los casos), " hasta 120 meses desde el primer pago o en su caso, desde el día de la firma si el préstamo se formaliza el día uno del mes natural. Posteriormente el interés será variable, liquidándose cada mes natural ."

Llama la atención en el encuadre sistemático de la oferta que no se especifique el porcentaje de capital que se iría amortizando con cada cuota, ni siquiera si lo haría de forma variable o constante. Sabido es por conocimiento general que en los préstamos sujetos a un largo plazo de amortización suele satisfacerse al principio en cada cuota una mayor cantidad de intereses que de capital, para situarse a la inversa al final. También lo es que las entidades bancarias no indican, por lo común, en qué modo se realiza esa operación, pero sí entregan al prestatario, siendo muy habitual en las escrituras de préstamos a interés fijo, un cuadro de amortización, lo cual posibilita al prestatario conocer cuánto va a ir amortizando del capital con el pago de cada cuota. En los casos estudiados se echa de menos esa información, pese a establecerse un plazo de amortización con interés fijo durante 10 años. Pero, además, todavía se hace más necesario porque, al contrario de lo habitual, la cuota crece a un ritmo constante y acumulado durante toda la vida del contrato, de manera que, pese a pagarse inicialmente una cuota inferior, se iría incrementando en una proporción que el Banco pudo explicar fácilmente en un cuadro de amortización, mientras para el prestatario no resulta sencillo obtenerla, y menos cuando se trata de una previsión

inicial a 10 años. De esa manera, el consumidor a quien se hace la oferta sabe con seguridad que la cuota aumentará al ritmo de un 2 ó 2.5% anual durante una previsión de pago extendida a un máximo de 40 años, para lo que deberá prever el aumento de sus ingresos a un ritmo equivalente. Pero al desconocer en qué proporción se amortiza capital con cada cuota, y depender de este factor el plazo de duración del préstamo, la información suministrada no es completa. Por otro lado, en este tipo de contrato de préstamo a interés remuneratorio mixto (fijo y variable) ofrecidos cuando el de referencia está al alza, hay un componente especulativo por la apuesta de futuro que implica para las dos partes durante un periodo largo de 10 años, pero así como el Banco se encuentra cubierto durante ese tiempo frente a la variación por encima del interés pactado gracias a que la amortización de capital será muy pequeña, el prestatario no sólo no se beneficia de las bajadas del tipo de interés, sino que en caso producirse ese escenario durante un largo periodo de tiempo, como así ha ocurrido, la carga económica se agrava al no poder amortizar más capital, ni, por tanto, reducir el plazo de amortización. De ese modo, los 10 años de plazo fijo se muestran, en realidad, como un periodo de carencia temporal en el que no puede variar (salvo casos de amortizaciones parciales del préstamo) el plazo máximo de vencimiento, no fácilmente perceptible.

En las escrituras de préstamo no hay variaciones respecto a las ofertas vinculantes que constan recibidas, y, por tanto, las carencias apreciadas en aquéllas existen también en el documento notarial, con el agravante para quienes no recibieron la oferta vinculante de que ni siquiera consta la información precontractual antes expuesta. Todo ello nos lleva a concluir que la información proporcionada por la demandada a los prestatarios no ofrecía los datos necesarios para comprender la trascendencia económica del negocio, y menos en un momento, como fue el año 2007, cuando se firmaron los contratos, en la cumbre de expansión económica, con los sueldos más elevados y los precios del mercado inmobiliario tan altos que obligaban a contraer grandes deudas hipotecarias, escenario que cambió casi de manera repentina en los años posteriores, como es de conocimiento notorio, y también lo es que ya se daban avisos sobre la inminente crisis, sin duda más fácil de percibir y conocer para una Entidad financiera de elevado rango, como lo era entonces BANESE, que, además, ya había sido adquirido por BANCO DE SANTANDER.

A esto se añade que el capital pendiente de amortizar podría, incluso, aumentar en el caso de acumularse cuotas donde no se cubrieran los intereses devengados. Y no es fácil entender a qué se está refiriendo el Banco cuando incluye esa mención en la oferta desligándola de la cláusula reguladora del interés variable. Por otro lado, en las escrituras de préstamo dice sobre ese particular: " Excepcionalmente, si se diera el caso de que los intereses devengados excedan del importe aquí fijado para una cuota de amortización, calculado según se establece en esta escritura, dicha cuota no amortizará capital sino que comprenderá únicamente los intereses devengados, hasta donde alcance y el exceso, si lo hubiera, se capitalizará en la forma prevista en el artículo 317 del Código de Comercio , incorporándose al capital pendiente de amortizar. /// Llegada la fecha máxima fijada para el vencimiento del préstamo, la parte acreditada deberá pagar en esa última cuota, el correspondiente al capital del préstamo no amortizado ".

La valoración realizada nos lleva a considerar que la demandada no cumplió adecuadamente el deber de información precontractual respecto a la cláusula objeto de análisis, a efectos de conocer su relevancia económica y las consecuencias perniciosas que podría ocasionar al prestatario en el curso de los diez primeros años de vigencia del contrato, por lo que procede estimar en este punto el recurso y la demanda, debiéndose declarar la nulidad de las dos primeras cláusulas".

Se considera plenamente aplicable este criterio jurisprudencial al caso de autos en que no consta que existiera oferta vinculante, ni acredita la entidad financiera demandada la información precontractual o contractual -más allá de la

escritura de préstamo hipotecario- que se entregó a los prestatarios y que les permitiera conocer y valorar las consecuencias económicas del producto a lo largo de toda la vida del préstamo hipotecario, en comparación con otras alternativas.

Comparece en el acto del juicio como testigo -,
antigua empleada del Banco Español de Crédito, que trabajó después para Banesto y ahora para el BANCO SANTANDER, si bien ninguna luz puede arrojar la testigo sobre la comercialización del producto porque no intervino personalmente en el mismo, y nada sabe de cómo se informó a los actores o de la información precontractual que se les facilitó. No sabe si se hicieron simulaciones que incluyeran cuadros de amortización del préstamo, en los diferentes escenarios, en supuestos de subidas o bajadas del EURIBOR, o que se hiciera un cuadro de amortización comparativo con otros préstamos hipotecarios: sin cuota creciente, sólo a renta fija o sólo a renta variable. Considera esta Juzgadora que acreditar que se suministró esta información es esencial en el caso de autos por tratarse de un producto, no complejo pero si "especial" "no habitual" o diferente al concepto que la mayoría de los consumidores medios tienen de un préstamo hipotecario. Existen en este producto demasiadas variables que hubieran exigido de la entidad financiera un especial deber de diligencia en la información suministrada para cerciorarse de que los clientes comprendían exactamente todas las variables del producto y sus posibles implicaciones económicas a largo plazo.

Se aporta por la parte demandada informe pericial de -, que concluye afirmando:

PRIMERA.- La información facilitada en la Escritura del préstamo suscrito el 24 de enero de 2007 es clara, sencilla y completa para comprender todas las características, efectos y riesgos del préstamo hipotecario contratado por los -.

La estructura y funcionamiento de ese préstamo no entraña mayor dificultad que cualquier otro préstamo hipotecario referenciado a un tipo de interés variable. Y los términos

empleados en la Escritura no presentan especial dificultad y son los habituales en cualquier contrato bancario.

SEGUNDA.- El Préstamo Hipotecario contratado por los - no está sometido a ningún riesgo relativo a la variación del tipo de interés durante los 10 primeros años de vigencia del préstamo. Como se indica en la cláusula tercera de la Escritura, durante ese periodo, el tipo de interés sería fijo, del 4,90%.

A partir del décimo año de vigencia del préstamo, el tipo de interés sería variable: Euribor hipotecario a un año más un diferencial de 0,70 puntos hasta el vencimiento. Por ello, desde ese momento, el préstamo estaría sometido al mismo riesgo que cualquier otro préstamo hipotecario que se contratan a tipo de interés variable, que son la mayoría de los celebrados en España.

TERCERA.- En la Escritura se acordó que el importe del préstamo sería devuelto pagando una cuota creciente anualmente en un 2,5%, durante toda la vida del préstamo, con independencia de la evolución de los tipos de interés. Esto favorece a los prestatarios, ya que les permite conocer el importe de las cuotas que deben pagar durante toda la vida del préstamo.

CUARTA.- Las características del préstamo hipotecario contratado por los - se ajustan a la situación del Euribor y de la inflación en el momento de la contratación del préstamo (24 de enero de 2007). Porque:

a) La tendencia de los tipos de interés en el momento en que se contrató el préstamo era claramente alcista, y nada hacía sospechar que los tipos de interés se desplomarían.

b) Tiene plena lógica económica que en la Escritura se acordara un crecimiento anual del 2,5% ya que, si bien la tendencia de la inflación de España era decreciente hacia el 2% marcado como objetivo por las autoridades de la Unión Europea, la realidad es que históricamente España siempre ha presentado una tasa de inflación superior a la media europea. Por ello, era

previsible que el incremento de la cuota que debería afrontar el prestatario se vería compensado con la subida de sus ingresos salariales, al menos en el porcentaje de la tasa inflación, que es como generalmente se actualizan los salarios en España.

Comparece en el acto del juicio la perito ratificando y aclarando su informe si bien a pregunta expresa de esta Juzgadora manifiesta la testigo no conocer, en el caso concreto, cómo se realizó la oferta de contratación, ni la información precontractual o contractual que se entregó o facilitó verbalmente a los actores, más allá del contenido del contrato por ellos suscrito.

En atención a lo expuesto y conforme al criterio jurisprudencial expuesto, aplicable al caso de autos, procede declarar la nulidad las cláusulas 2.2 y 3.1., de la denominada "hipoteca tranquilidad" suscrita por los actores y en consecuencia condenar a la demandada a recalcular el importe de las cuotas de los contratos citados de acuerdo con lo que habría correspondido aplicar teniendo en cuenta cuál sería el interés variable aplicable en cada momento, la cuota que hubiera correspondido amortizar desde la primera sin aplicar el efecto corrector de la cuota creciente, y la proporción de capital que se amortizaría en cada una de ellas aplicando los criterios de un préstamo a interés variable ordinario más favorable para los prestatarios que hubiese estado disponible en la misma entidad bancaria prestamista en el momento de la concertación de los contratos.

Debiendo desestimarse la pretensión principal de la actora de declarar vigente el préstamo suscrito entre las partes como un préstamo sin interés, y el resto de los suplicos subsidiarios en relación al producto denominado "hipoteca tranquilidad".

TERCERO.- Es objeto de controversia la cláusula QUINTA de la escritura de préstamo hipotecario, que, con carácter genérico, atribuye al prestatario la totalidad de los gastos, tributos e impuestos que origina la escritura, así como su inscripción registral.

Cabe indicar que en el caso de autos es plenamente aplicable a la parte actora la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

Lo primero que llama la atención de estas cláusulas, tal y como puso de manifiesto la STS de 23 de diciembre de 2015 y

destaca la reciente SAP de Palma de Mallorca, sección 5ª, de 9 de noviembre de 2017, **es su redacción abierta y con vocación omnicomprendensiva, que evidencia su falta de proporcionalidad y de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes**, lo que de por sí sólo es suficiente para considerar estas cláusulas como abusivas.

- Análisis jurisprudencial

Con carácter previo es necesario evaluar la normativa reguladora.

- Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6.^a del Anexo II) dispone que «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».
- el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad (norma 8.^a del Anexo II) la obligación se impone a «aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación». Si bien en caso de que la inscripción la solicite quien transmite el derecho o quien tenga interés en asegurar el derecho a inscribir, el arancel deberá abonarlo el transmitente o el interesado.

Tales preceptos han sido considerados e interpretados en la **STS, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, SENTENCIA 705/2015, DE 23 DE DICIEMBRE, REC 2658/2013,** en la que considera que los gastos notaria, aranceles notariales, como los de los Registradores de la Propiedad, cuando se trata de escritura de préstamos con garantía hipotecaria, el interés principal en la documentación e inscripción en el Registro de la Propiedad es el de la entidad bancaria, dado el carácter constitutivo de la inscripción, que le permite obtener título ejecutivo, y la posibilidad de recurrir a un procedimiento de ejecución especial (art 1875 cc, 2.2 lh, 685 LEC) .

El TS considera que dicha cláusula, por la que se atribuye al prestatario el pago de tales gastos no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos, como consecuencia de la intervención notarial o registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si el beneficiario por el préstamo es el cliente, y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del

prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que ni hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, y que además aparece recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas, artículo 89.2 TRLDCYU.

Por estos conceptos se reclaman en el caso de autos las siguientes cantidades (documentos 4 a 9 de la demanda):

Notaría: 521,48 €

Registro: 166, 34 €

Gestoría: 348 €

IAJD: 2.795,51 €.

A la vista de lo anterior, y las conclusiones y consideraciones dadas por el TS, podemos decir que la cláusula en concreto, objeto del presente procedimiento, debe declararse nula, al imponer a los demandantes la totalidad de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura, que se refieren a conceptos que no solo revierten a favor de la parte prestataria, sino también de la entidad, si tenemos en cuenta que a tenor de los artículos 685.2 y 4 LEC, en los que se exige la aportación con la demanda ejecutiva, para el caso de bienes hipotecados y pignorados, que se acompañe certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción, y la subsistencia de la hipoteca, o por otro lado, el artículo 682.2.1º LEC, donde se prevé que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.

Ni que decir tiene el efecto beneficioso para la entidad de la existencia de un crédito garantizado con hipoteca, siempre que aparezca inscrita, si lo analizamos desde el punto de vista de la prelación de créditos, artículo 1923.3º cc, donde los créditos hipotecarios y los refaccionarios, ANOTADOS E INSCRITOS en el Registro de la Propiedad, gozan de preferencia sobre los bienes hipotecados o los que hubieran sido objeto de refacción.

La declaración de abusiva, comportará la nulidad, y la consiguiente inaplicación de una cláusula con condición general

de la contratación, no negociada, redactada y predispuesta por la entidad.

Consecuencias de la declaración de nulidad

Debe seguirse el criterio establecido por el **TS en sentencia 44/2019 de 23 de enero de 2019**, que señala, en relación a los gastos notariales y registrales: "*Decisión del tribunal: pago de los gastos de notario y registrador de la propiedad en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores 1.- No se discute en el recurso el carácter abusivo de la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos ocasionados por la preparación, la formalización, la subsanación, la tramitación y la modificación del préstamo hipotecario, la constitución y la cancelación de la garantía, además de otros gastos que aquí no son relevantes. En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, ya declaramos la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque «no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que 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)».* Lo que se cuestiona en el motivo del recurso son los efectos que debe tener esa declaración de abusividad sobre los gastos notariales y de registro de la propiedad. 2.- Aunque la cláusula declarada nula recoge una amplia gama de aranceles notariales y registrales, la consideración conjunta de la sentencia impugnada y de la petición formulada en el suplico del recurso de casación lleva a la conclusión de que solo se cuestiona la atribución al banco del pago íntegro de los aranceles notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario y de los aranceles registrales de la inscripción de la hipoteca. 3.- Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde. 4.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 respecto de los predisponentes de cláusulas abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según

preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato. 5.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas. Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-483/2016, caso Zsolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt: «34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva». 7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Así lo hemos declarado en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre. 8.- La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que la demandante invocó para fundar la pretensión de que el banco pagara todos los aranceles de notario y de registrador, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación. En esa sentencia se consideró abusivo que, a falta de negociación individualizada, se cargara sobre el consumidor el pago de gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre la base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación. Eso es lo que corresponde hacer en esta resolución. 9.- En las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos con relación al pago del 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, lo siguiente: «Como

el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)». 10.- Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta». Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación. 11.- El art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel. Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. 12.- A su vez, 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: «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las 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». 13.- Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía. 14.- Es decir, como la normativa notarial vigente habla en general de «interesados», pero no especifica si, a estos efectos de redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor (por la obtención del préstamo) como el prestamista (por la garantía hipotecaria), es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento, que fue la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. 15.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad,

establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, 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, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado». CASACIÓN/2982/2018 24 Con arreglo a estos apartados del art. 6 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c). 16.- A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. 17.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. 18.- La consecuencia de lo expuesto es que solo puede estimarse el motivo en lo que respecta a la mitad de los gastos de aranceles notariales correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario, que corresponde pagar al prestatario, pero no en cuanto a los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista [...] Decisión del tribunal: pago de los gastos de gestoría 1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, son aplicables los razonamientos expuestos al resolver el anterior motivo, relativos a que se trata de pagos que han de realizarse a terceros por su intervención profesional relacionada con el préstamo hipotecario. 2.- En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. 3.- Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. 4.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad, que fue también la solución acordada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, procede la estimación del motivo.”

Señalando la STS nº 46/2019 de 23 de enero de 2019: “Gastos notariales 1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel. En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios

conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. A su vez, 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: «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las 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». Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento. 2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación”.

En cuanto a las copias, señala la STS nº 49/2019 de 23 de enero de 2019: “- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés”.

En atención a lo expuesto procede condenar a la parte demandada a la restitución de la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura ante el Registro de la Propiedad.

CUARTO.- En lo relativo al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, debe seguirse el criterio jurisprudencial ya consolidado en la jurisprudencia del TS, en sentencias, como la de 44/2019, de 23 de enero de 2019, con remisión a resoluciones anteriores señalando que: “La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, puesto que lo único que hace es aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento. Si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta

sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos: «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». Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018. Y no quedan cuestionadas por el Real Decretoley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna”.

En atención a lo expuesto, debe desestimarse en este punto la pretensión actora en lo referente a la restitución de la cantidad pagada en concepto de IAJD.

QUINTO.- En relación a la cláusula de intereses moratorios pactada de incremento de 6 puntos sobre el interés nominal, 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 accesorio 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 diferente 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 desproporcionado, sí que ha de considerarse desproporcionado 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) (triplo 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 introducimos 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.

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.

SEXTO.- Se establece en la escritura objeto de la presente litis que la entidad financiera podrá exigir anticipadamente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en caso de falta de pago en sus

vencimientos de una parte cualquiera del capital del capital o sus intereses.

El artículo 693.2 LEC dispone que *"Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, **tres plazos mensuales** sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo"*.

En cuanto a la validez o nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2.013, en su apartado 73, alude a criterios para decidir la cuestión en los siguientes términos:

"73. En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo."

Dicha doctrina se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 1/2.013, con modificación de la redacción del artículo 693.2 LEC, exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.

La STS de 23 de diciembre de 2.015 considera abusiva una cláusula que faculta la resolución por el incumplimiento de un solo plazo de amortización, en lo más relevante, en los siguientes términos:

1.- En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras).

3.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

4.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición

general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado , que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "(1)a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".....

En parecido sentido se pronuncia la STS de 16 de febrero de 2.016: "Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares pues, aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en

que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado , que no es per se ilícita.

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).” La STJUE de 26 de enero de 2017 establece criterios para apreciar una posible abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, en los siguientes términos:

“El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

- Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en

los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en

relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

72 Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores -los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales-, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como resulta de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 68, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

73 Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha

declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54).” En el mismo sentido, el auto TJUE 11 de junio de 2.015, refiere:

“(A) fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica”

“En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Conforme a dicha doctrina jurisprudencial, se exige que dicho control de abusividad se realice en abstracto de acuerdo con la redacción de la cláusula en el préstamo hipotecario, y no en función de la entidad del incumplimiento del deudor.

A modo de resumen, y tal como se recoge en la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2.017, cabe considerar que “sin perjuicio que a priori el acreedor, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, está facultado a reclamar la totalidad de lo adeudado antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo (arts. 1129 y 1124 del Código Civil), y que, por tanto una cláusula que prevé el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, no es abusiva per se, sí que lo puede ser atendiendo a aquéllos supuestos en que no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, por no vincularse

a parámetros cuantitativa o temporalmente graves, que es lo que acontece en el caso”.

El Tribunal Supremo en auto del Pleno de 8 de febrero de 2.017 tiene planteada una cuestión prejudicial sobre esta cláusula, la cual pide acumularse a otras planteadas por otros tribunales españoles con las siguientes preguntas, en interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

“1.º- ¿ Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad?. 2.º- ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?.”

Conforme a la cláusula antes indicada el incumplimiento de un solo plazo de amortización es suficiente para facultar a la entidad bancaria al vencimiento anticipado, sin necesidad de valorar si el incumplimiento es esencial o no. La sanción de resolución anticipada de todo el préstamo hipotecario ante

cualquier incumplimiento del prestatario, sin ningún grado de proporcionalidad entre dicha facultad y el incumplimiento, provoca un desequilibrio grave entre los derechos de las partes en beneficio del prestamista, con una consecuente falta de proporcionalidad entre la sanción y el incumplimiento en un préstamo hipotecario cuya duración inicialmente prevista en cuanto a su amortización era muy superior, por el solo hecho de que el consumidor deje de abonar una sola mensualidad. Asimismo, desde la perspectiva de la subsidiariedad, no se contempla una opción proporcionada para el caso de un incumplimiento no esencial, sino tan solo la resolución anticipada ante el menor incumplimiento de una mensualidad. Esta cláusula es incardinable en el artículo 87 TRLGCGU por falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe y en perjuicio del consumidor, y, por tanto, abusiva.

En atención a lo expuesto y siguiente el criterio jurisprudencial del TJUE debe declararse la nulidad, en su totalidad, de la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota de amortización del préstamo hipotecario.

SÉPTIMO.- En relación a las costas, estimada parcialmente la demanda interpuesta, conforme a lo previsto artículo 394.2 LEC, no procede hacer imposición expresa de las mismas, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

FALLO

ESTIMANDO PARCIALMENTE COMO ESTIMO la demanda presentada por - y -, con -, frente a la entidad financiera BANCO SANTANDER S.A., con Procuradora -, **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, intereses de demora y de gastos de constitución de hipoteca (Notaría, Registro, Gestoría) contenidas en la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria de 24 de enero de 2007, y, en consecuencia, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la parte demandada a la restitución de

la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura ante el Registro de la Propiedad, más los intereses legales desde la fecha de cada pago.

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad la cláusula 2.2 y

3.1., de la denominada "hipoteca tranquilidad" suscrita por los actores en fecha 24 de enero de 2007 y en consecuencia, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la demandada a recalcular el importe de las cuotas de dicho préstamo de acuerdo con lo que habría correspondido aplicar teniendo en cuenta cuál sería el interés variable aplicable en cada momento, la cuota que hubiera correspondido amortizar desde la primera sin aplicar el efecto corrector de la cuota creciente, y la proporción de capital que se amortizaría en cada una de ellas aplicando los criterios de un préstamo a interés variable ordinario más favorable para los prestatarios que hubiese estado disponible en la misma entidad bancaria prestamista en el momento de la concertación de los contratos.

Sin expresa imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN.: Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el cual se interpondrá por medio de escrito presentado ante este Juzgado dentro del plazo de **VEINTE DÍAS**, a partir del siguiente al de su notificación en la forma establecida en el artículo 458 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, adviértase a las partes que el recurso no se admitirá a trámite si no acreditan, **al interponerlo**, haber constituido, mediante su consignación en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, **un depósito por importe de 50 euros**, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, así como el **importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden jurisdiccional civil** establecida por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias

Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012), modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013), modificada nuevamente por el **artículo 11 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero**, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015).

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Magistrado Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de la que yo, la Secretaria, doy fe.