

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 8 DE SAN SEBASTIÁN - UPAD CIVIL

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST.JAUREGIA, 1-1ªPLANTA - CP./PK: 20012

TEL.: 943-000738 FAX: 943-000706

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/011159

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2017/0011159

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 1765/2017 - H

SENTENCIA N.º 971/2020

JUEZ QUE LA DICTA: D./D.ª EVA CERÓN RIPOLL

Lugar: Donostia / San Sebastián

Fecha: treinta de septiembre de dos mil veinte

PARTE DEMANDANTE: XXXXXXXXXXXXX

Abogado/a: D./D.ª JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ

Procurador/a: D./D.ª AINHOA KINTANA MARTINEZ

PARTE DEMANDADA CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GIPUZKOA Y
SAN SEBASTIAN - KUTXA

Abogado/a: D./D.ª

Procurador/a: D./D.ª SANTIAGO TAMES ALONSO

OBJETO DEL JUICIO: DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO

Vistos por mí, la Ilma. Sra. Dña. Eva Cerón Ripoll, Magistrada- Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia Nº 8 de Donostia- San Sebastián, y su Partido Judicial, los presentes auto de Juicio Ordinario Nº 1765/2017, seguidos en este juzgado, a instancia de la Procuradora Dña. Ainhoa Kintana Martínez, actuando en representación de xxxxxxxxxxxxxxxx, bajo la dirección letrada de D. José Mª Erausquin Vázquez sustituido por la Letrada Dña. Maite Ortiz; frente a "KUTXABANK, S. A.", representada por el Procurador D. Santiago Tames Alonso, y defendida por el Letrado D. Igor Ortega Ochoa; y sobre nulidad de condiciones generales de la contratación; y, en atención a los siguientes

Y, en virtud del poder que me confiere la Constitución y el ordenamiento jurídico, en el nombre del Rey, dicto la siguiente Sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23 de octubre de 2017, por la meritada representación procesal de XXXXXXXX, se formuló demanda contra "KUTXABANK, S. A.", cuyo conocimiento corresponde a este Juzgado, alegando los hechos, y después los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación y concluía su escrito con la súplica que previos los oportunos trámites legales, se dicte sentencia en la que se accediera en su integridad al contenido de la súplica de su demanda.

SEGUNDO.- Por decreto de este Juzgado se admitió la demanda y se dio traslado de la misma a la demandada, para su contestación en el plazo legal de veinte días establecido, quien se opuso a la misma en el plazo establecido. Se convocó a las partes a la celebración de audiencia previa, donde una vez resueltas las posibles cuestiones procesales, se procedió a delimitar el objeto de debate, y a la proposición de prueba por las partes comparecientes y, propuesta prueba, se admitió toda ella, convocándose a las partes para la celebración de la vista.

Celebrada a la vista a la que comparecieron por las meritadas representaciones procesales de las partes, se practicó toda la prueba por su orden legal y, las partes emitieron oralmente su resumen de los hechos y la valoración de los hechos y de derecho; quedando, seguidamente, los autos pendientes de la presente resolución.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes

La parte actora ejercita, de forma principal, acción de nulidad de condición general de contratación, obrantes en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre XXXXXXXX y

"KUTXABANK, S. A." (antes, "CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GUIPÚZOCA Y SAN SEBASTIÁN"), el día 12 de noviembre de 2008 y, en concreto, de la cláusula TERCERA.BIS relativa al "tipo de interés variable", a la cláusula CUARTA referente a "Comisiones y Compensaciones" correspondientes a la comisión de apertura y comisión por reclamación de posición deudora, y la cláusula QUINTA correspondiente a los "Gastos a cargo de la Parte Prestataria", y a la cláusula OCTAVA relativa a la "Cesión de Crédito".

Al considerar que las mismas son nulas al entender, que dichas cláusulas fueron predispuestas por la entidad bancaria, sin ser negociadas individualmente, que están redactadas de forma indeterminada y genérica, y que generan un importante desequilibrio entre las partes, ya que por dichas cláusulas se imponen al consumidor el abono de cantidades que competen a la entidad demandada, como son los de Registro, Gestoría, Notaría cuya restitución, en su mitad, por la entidad bancaria reclama, como consecuencia de la nulidad de la cláusula pretendida, entre otras.

Fundamenta el demandante su pretensión en los artículos 6, 7, 10, 52, 248, 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), artículos 1258, 1265, 1300, 1303 del Código Civil (en adelante, CC), artículos 2, 5, 7, 9, 10 de la Ley de 13 de abril de 1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), y artículos 59 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU).

Por la parte demandada se opone a la pretensión actora, en primer lugar discutiendo la cuantificación que realiza la demanda, de la cuantía del proceso como cuantía indeterminada, al entender posible la fijación de la cuantía en una suma determinada así como a la comisión de apertura y los intereses de demora. En segundo lugar, se allana parcialmente a la declaración de nulidad de la cláusula QUINTA (gastos) y, en todo caso, al reajuste de los porcentajes fijados por el Tribunal Supremo, a partir de la STS de 23 de enero de 2019; a la cláusula SEXTA (intereses de demora 17,25%), a la cláusula CUARTA, parcialmente y en lo relativo solo y exclusivamente, a la comisión por reclamación de posición deudora; y, a la nulidad de la renuncia de la parte prestataria a la notificación de la cesión del crédito de la cláusula OCTAVA, y común denominador respecto de la 4ª y 6ª, a la restitución de las cantidades abonadas por tales conceptos o en exceso.

Y, seguidamente, en todo caso, defiende la validez y claridad de la cláusula TERCERA.BIS del "tipo de interés variable", así como la de comisión de apertura (CUARTA) y al reintegro de las cantidades reclamadas en concepto de gastos, todas ellas, impugnadas, afirmando el conocimiento que de las mismas tenía la actora, en el marco de una negociación individualizada, oponiéndose a la nulidad solicitada y reclamando la desestimación de la demanda. Invoca en fundamento de su pretensión las mismas disposiciones citadas en la demanda a sensu contrario.

SEGUNDO.- Hechos controvertidos

Así las cosas, resulta que son cuestiones a resolver en los siguientes fundamentos jurídicos al ser controvertidas entre las partes las siguientes, a saber:

1. Determinación de la cuantía del procedimiento.
2. Resolución sobre el allanamiento planteado por la demandada.
3. Resolución sobre la validez de la cláusula relativa a la comisión de apertura.
4. Valoración sobre la consideración de condición general de la cláusula controvertida. Valoración sobre el carácter abusivo de las cláusulas discutidas tales como los gastos, comisión de apertura, comisión por reclamación de posición deudora, a la “tipo de interés variable” y al cesión del crédito. Consecuencias de la nulidad si procede.
5. Costas procesales.

TERCERO.- Determinación de la cuantía del procedimiento

Fija la demanda la cuantía del procedimiento como indeterminada, en invocación del artículo 253.3 LEC. Se opone a ello la parte demandada al entender posible la determinación de la cuantía en las cantidades sobre las que solicita devolución la parte actora, entendiéndose que debe ser esa suma la que determine la cuantía del procedimiento.

Sobre esta cuestión, debe realizarse en primer lugar la siguiente aclaración, en el sentido de no considerar necesario la resolución sobre la cuestión planteada en la fase declarativa del procedimiento. La LEC impone a la parte demandante la obligación de fijar la cuantía de la demanda con claridad y precisión, cuestión que se torna de suma importancia puesto que es decisiva para una diversidad de efectos: acceso a casación, o para el cálculo posterior de los honorarios profesionales y, en definitiva, para la tasación de costas.

Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada para contestar, ésta puede mostrar su conformidad con la cuantía, situación que no suscitaría mayor problema; puede guardar silencio, lo que implícitamente supondría una aceptación, u oponerse por considerarla inadecuada, lo que ha ocurrido en el presente caso.

Lo que subyace en la cuestión que se nos propone en esta ocasión es el problema de la impugnación de la cuantía de la demanda sin inadecuación de procedimiento. En relación con la cuantía del procedimiento, debemos partir de una premisa legal, y que, por así disponerlo el art.255 LEC, en la fase declarativa del procedimiento la impugnabilidad de la cuantía señalada en la demanda (tanto por vía de control de oficio ex art.254 LEC, como por parte del demandado) no es absoluta, sino relativa, pues solo puede cuestionarse cuando de la correcta determinación de la cuantía dependa la clase de procedimiento o la posibilidad de recurrir en casación la sentencia que en vía de recurso de apelación dicte la Audiencia Provincial.

Es cierto que, en el Juicio Ordinario, el art. 255 LEC señala que el demandado impugnará «(...) la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía en la contestación a la demanda y la cuestión será resuelta en la audiencia previa al juicio», pero sólo cuando concurren los presupuestos de su apartado 1, es decir cuando ello afecte al procedimiento a seguir o a la procedencia de la casación, pues no olvidemos que el art.422 se refiere a la «inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía» y dentro de la función sanadora de la audiencia previa no está previsto como incidente de determinación de la cuantía del juicio, lo que complicaría innecesariamente dicho acto.

Cuando la impugnación de la cuantía no afecte a la adecuación del procedimiento debe entenderse que el Juzgador no tiene obligación de pronunciarse sobre dicha cuestión en la audiencia previa, y muchas veces no se resuelve esta cuestión porque es de recordar, con la Sentencia de la AP Valencia, sec 8ª, núm. 435/2005, de 18 de julio: “(...) que si se acuerda la continuación del juicio por los trámites del ordinario la solución pasa por continuarlo y sin entrar en otras consideraciones sobre el exacto valor del interés económico del objeto del proceso que podrá, en su caso, tener importancia y consideración, en el trámite de tasación de costas y en su hipotética impugnación por excesivas, pero no en esta fase declarativa en la que únicamente importa la cuantía para determinar la clase de juicio”.

En consecuencia, si se sigue el cauce del juicio ordinario por tratarse de alguna de las materias relacionadas en el art.249.1 (asuntos que deben sustanciarse a través del juicio ordinario por razón de la materia, cualquiera que sea su cuantía) o, en el caso de que la cuantía que considere correcta el demandado también exceda de seis mil euros o se trata de un proceso cuyo interés económico es indeterminado (art.253.3 LEC-EDL), el demandado no podrá impugnar la cuantía porque no va a alterar el tipo de procedimiento declarativo ya instado por el actor.

En estos casos queda abierta la discusión para fijarse la cuantía real en la fase de ejecución o de tasación de costas. Considero que la cuantía fijada por el actor no deviene firme si el demandado la impugna en la contestación ratificándola en la audiencia previa, por lo que si no existe acuerdo entre las partes acerca de dicho extremo y no habiéndose podido pronunciar el Tribunal por no darse los requisitos legales para ello exigidos por los art.255 y 422 LEC, no puede entenderse fijada la cuantía del procedimiento establecida en la demanda por la simple admisión a trámite de la misma, y por ello, considero, junto con el sector mayoritario de autores, que en estos casos es trámite adecuado para su determinación el incidente de impugnación de costas, como presupuesto necesario para llevar a efecto la tasación procedente. Cabe recordar que la impugnación de la tasación de costas basada en la relación de la cuantía del pleito con los honorarios debe tramitarse por excesivas, siendo este el momento procesal adecuado para la discusión y resolución de esta cuestión.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, y a pesar de la no necesaria resolución de esta cuestión en este trámite, igualmente nada excluye que intente fijar la cuantía con carácter definitivo, bien en el acto del juicio, artículo 443.2 LEC en caso del verbal por razón de la cuantía, o en el caso del ordinario dentro de la Audiencia Previa, art.422 LEC, por lo que se procede a la resolución de esta controversia en la presente resolución al haber sido ya

planteada por las partes, en aras a la economía procesal, sin perjuicio de su planteamiento en futuros procedimientos por los trámites oportunos.

Entrando en la resolución de la cuestión de fondo, puede anticiparse ya la decisión de la misma. La cuantía del procedimiento de una demanda de nulidad de una cláusula contractual como la que nos ocupa, debe considerarse de cuantía indeterminada al perseguirse la nulidad por abusiva de una condición general de la contratación.

La controversia entre partes se expone de la siguiente manera. Se presenta una demanda de nulidad de una cláusula de la hipoteca, solicitando que se declare nula por abusiva la citada cláusula del préstamo hipotecario y en su consecuencia se solicita también, la devolución o reintegro de las cantidades que indebidamente se hubieran abonado en aplicación de esa cláusula que se considera nula. El consumidor (demandante de este pleito) señala en la demanda “cuantía indeterminada“, al considerar que es aplicable lo dispuesto en el artículo 253.3 LEC: “Cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario.”

"KUTXABANK, S. A." (parte demandada), sostiene que la cuantía del procedimiento (sobre todo a efectos de costas) es determinada y no cuantía indeterminada, representada por la cantidad solicitada en devolución, toda vez que el precepto aplicable es el artículo 252.2ª de la LEC: “ Cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, la cuantía de la demanda se calculará de acuerdo con las reglas siguientes: 2ª. Si las acciones acumuladas provienen del mismo título o con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. Pero si el importe de cualquiera de las acciones no fuera cierto y líquido, sólo se tomará en cuenta el valor de las acciones cuyo importe sí lo fuera.”

En este sentido debe concluirse la controversia considerando la cuantía del procedimiento como indeterminada, por lo que no son aplicables las reglas de los artículos 251 y 252 LEC, en base a los siguientes razonamientos. Lo primero que hay que precisar es que el procedimiento a tramitar no se determinó por la cuantía, sino por la materia. Se ha aplicado la regla del art. 249.1 .5º LEC , por ejercitarse “acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia“. El cauce procesal, por tanto se ha determinado por la materia, siendo irrelevante la cuantía, aunque sea preceptiva designarla conforme al art. 253.1 LEC , a efectos de acceso a casación, postulación y costas. Para cumplir con la exigencia de determinar la cuantía, el art. 253.1 LEC remite a los preceptos que le preceden, los arts. 251 y 252 LEC .Debe determinarse la cuantía con claridad y precisión según el art. 253.2, sin que sea posible “hacer recaer sobre el demandado la carga de determinar la cuantía“. Si no fuera posible hacerlo, el art. 253.3 LEC dispone el remedio, que es entender de cuantía indeterminada según el art. 253.3 LEC.

La demanda pretende de un lado la declaración de nulidad de la cláusula del préstamo hipotecario, y de otro, se reclama que, en consecuencia, se condenara al Banco a abonar las

cantidades que se pagaron como consecuencia de la aplicación de la cláusula previamente declarada nula. Por tanto, si no hay nulidad no hay condena a cantidad, de modo que no se trata de dos acciones acumuladas, ni siquiera de forma subsidiaria, ni pueden tener la consideración accesoria de frutos, rentas o intereses, a que se refiere el artículo 252 LEC. La reclamación de cantidad es tan solo la consecuencia directa e ineludible, en el caso de estimación de la nulidad pretendida, que es el objeto esencial del litigio.

No existen, por tanto, dos acciones acumuladas ni una con petición accesoria de frutos, rentas o intereses, sino una sola que tiene por su estimación unas consecuencias que incluyen la reclamación dineraria. Lo que pretende el demandante es la declaración de nulidad, por abusiva, de una cláusula que contiene el préstamo con garantía hipotecaria. Ello supone, como consecuencia incluso apreciable de oficio, que se han de pagar las cantidades que tuvo que satisfacer el consumidor en aplicación de esa previsión. Por tanto no es aplicable el art. 252.2 LEC, que regula la pluralidad de objetos, porque no hay acciones acumuladas (la segunda petición no puede plantearse sin que previamente se estime la primera), sino una sola, la petición de nulidad por abusiva de la cláusula que acarrea la consecuencia dineraria que se expone en la demanda.

Aclarado lo anterior, resulta de aplicación el art. 253.3 LEC se aplica si “el actor no puede determinar la cuantía ni siquiera de forma relativa, por carecer el objeto de interés económico”. No es posible identificar el objeto del pleito, que es la nulidad de la cláusula, con sus consecuencias, que sí revisten interés económico determinable. Ese proceso que sólo persigue la nulidad debe también concretar la cuantía, por exigencia del art. 253.1 LEC, siendo lo más coherente que, al versar sobre una cuestión jurídica, se considere indeterminada.

Razonamientos como los expuestos son recogidos entre otras por la SAP de Vizcaya (Sección 4ª), de fecha 26.03.2018, o la SJPI 11 bis Bilbao 6 septiembre 2017, cuyo FJ 6º responde a esta controvertida cuestión argumentando; “En cuanto a la cuantía del procedimiento, que ha sido cuestionada por la demandada, la misma debe considerarse indeterminada por quedar comprendida en los supuestos del artículo 253.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000). Ello es así en tanto que se ejercitan acciones declarativas de nulidad de cláusulas abusivas, de las que derivan, como "efecto ex lege", determinadas "consecuencias ineludibles de la validez" (STS 102/2015 de 10 de marzo (LA LEY 37090/2015)) y donde la valoración de las mismas corresponde llevarla a cabo de oficio al juzgador. El ejercicio de estas acciones dota al proceso de un objeto que no se limita un mero interés económico propio de una reclamación de cantidad, que no puede calcularse conforme a las reglas legales de determinación de la cuantía y que no puede confundirse con aquellos supuestos en los que, con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios como sostiene la demandada. En los casos de nulidad de cláusulas abusivas, los efectos de la declaración de dicha nulidad, como señala el Tribunal Supremo, se producen ex lege, sin que para la restitución de las cantidades que correspondan sea necesaria una petición accesoria relativa a una cuantía determinada impuesta por el principio dispositivo.”

Por todo lo expuesto, se fija la cuantía del procedimiento como indeterminada.

CUARTO.- Allanamiento de la demandada

Según establece el artículo 21 LEC; “ Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso.”

No puede establecerse la misma conclusión respecto al allanamiento parcial sobre la cláusula de gastos. El allanamiento debe ser completo e incondicionado respecto a la pretensión de que se trate. No concurriendo en este caso dichas circunstancias, ya que la demandada pretende el allanamiento con los efectos jurídicos que ella desea, y que son diferentes a los reclamados por la actora, siendo inescindibles estas consecuencias jurídicas de la pretensión de nulidad planteada y que deben ser objeto de prueba y valoración para la determinación final de los mismos, por lo que no procede la admisión del allanamiento al referirse tan sólo al efecto declarativo de la pretensión de la actora, pero no a los efectos de la misma, que son parte integrante de dicha pretensión.

QUINTO.- Relato de hechos

Con la intención de clarificar la controversia se procede a fijar el relato fáctico en base a los hechos sobre los que no existe controversia por las partes o quedan acreditados por la prueba practicada en el proceso. Así de esta forma puede establecerse, documento 1 de la demanda, que la parte demandante, XXXXXXXXXXXX suscribió con “KUTXABANK, S. A.”, contrato de préstamo hipotecario de fecha 12 de noviembre de 2008 y, en concreto, interesa se declare la nulidad de las siguientes cláusulas: la cláusula TERCERA.BIS relativa al “tipo de interés variable”, a la cláusula CUARTA referente a “Comisiones y Compensaciones” correspondientes a la comisión de apertura y comisión por reclamación de posición deudora, y la cláusula QUINTA correspondiente a los “Gastos a cargo de la Parte Prestataria”, y a la cláusula OCTAVA relativa a la “Cesión de Crédito”.

Y, en base a estos hechos, alega la parte demandante, que se declare la nulidad de dichas cláusulas por abusivas y la condena de la demanda a restituir las cantidades que la parte demandante hubiera abonado como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas desde la celebración del contrato, e igualmente la nulidad del resto de cláusulas que imponen unos gastos al consumidor que no debía asumir necesariamente o, incluso, que debían haber sido satisfechos por la propia entidad financiera en el caso de los gastos, e igualmente en relación al vencimiento anticipado, demora y comisiones, causando un desequilibrio importante en

perjuicio del consumidor, teniendo por tanto el carácter de abusivas, solicitando por ello que se declare su nulidad, con el reintegro de las partidas que específica y que dice abonadas en aplicación de dicha cláusula.

"KUTXABANK, S. A." se allana parcialmente a la declaración de nulidad de la cláusula QUINTA (gastos); a la cláusula SEXTA (intereses de demora 17,25%), a la cláusula CUARTA, parcialmente y en lo relativo solo y exclusivamente, y a la nulidad de la renuncia de la parte prestataria a la notificación de la cesión del crédito de la cláusula OCTAVA, y común denominador a todas ellas menos a la 5ª, a la restitución de las cantidades abonadas por tales conceptos o en exceso.

SEXTO.- Comisión de Apertura

Solicita la demanda la nulidad de la cláusula obrante en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 12 de noviembre de 2008, en su cláusula CUARTA, que establece una comisión de apertura por la concesión del préstamo, al entender la misma como abusiva. Se opone a ello la demandada reclamando su validez.

La resolución de esta cuestión ha quedado establecida por la STS 44/19 de 23 de enero de 2019. En relación a este tipo de cláusulas establece las siguientes conclusiones:

La legislación permite este tipo de cláusulas. Así, quedan admitidas, en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990. Y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, por la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito contemple la comisión de apertura en su artículo 5.2.b), primer inciso: "En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito ".

Forma parte del precio del préstamo. La comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo.

En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido.

La normativa que regula la comisión de apertura, según indica el TS en el artículo 5.2.b de la Ley 2/2009, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto. Entiende la sentencia que sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones inherentes al negocio bancario, que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE). Por tanto, concluye la mencionada sentencia que, el principio de realidad del servicio remunerado no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo.

No es exigible un control de proporcionalidad, entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo. La fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto. Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es “proporcionado” al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, supone un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13.

Excluido el control de contenido, la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia. Sobre este control de transparencia la Sentencia de 23 de enero de 2019, parte del conocimiento generalizado en el consumidor sobre la existencia de este tipo de comisiones. Así establece:” Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.”

A este conocimiento que la Sentencia atribuye al consumidor sobre dichas cláusulas, debe añadirse que en el presente caso, la redacción de la cláusula se presenta gramaticalmente de forma clara y sencilla en la escritura, siendo de fácil comprensión por su lectura, el sentido de la misma, de manera que el consumidor queda obligado precisamente por la concesión del préstamo al abono de una cantidad fija o proporcional al importe del préstamo.

Por lo expuesto, y en aplicación de la doctrina jurisprudencial citada, debe entenderse superado el control de transparencia en este caso, considerando por tanto válida la cláusula impugnada y desestimando la demanda en este apartado.

SÉPTIMO.- Negociación individual de la cláusula.

La parte demandada afirma en su contestación a la demanda, que se trata de cláusulas que fueron individualmente negociadas y aceptadas expresamente por el consumidor, mientras que la actora por su parte alega que se trata de condiciones generales de la contratación en las que no existió negociación alguna entre las partes.

La sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno, núm. 265/2015, de 22 de abril establece a este respecto que “[...] Es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, en su párrafo 19.

En definitiva, el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predisuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente [...]”.

En este sentido, se dice también en la STS 222/2015, de 29 de abril, que la negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.

Esta idea es desarrollada igualmente por el Tribunal Supremo, en su conocida sentencia de 9 de mayo de 2013, exponiendo sobre esta cuestión que:

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

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

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

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.”

Corresponde al empresario, en este caso la entidad demandada, acreditar que las cláusulas impugnadas han sido objeto de negociación individual, y, en el presente caso, tal circunstancia no se ha acreditado, más allá de la manifestación de la propia parte interesada, pues no se ha practicado prueba alguna al respecto, siendo la única prueba practicada la documental, de la que en modo alguno puede concluirse el carácter negociado de la cláusula, siendo en todo caso, difícil aceptar, que de contar con ese supuesto poder de negociación por el actor, se aceptará firmar unas cláusulas que generan una clara situación de desequilibrio respecto a la otra parte contractual. Ante la falta de prueba, cabe concluir que no existió dicha negociación y que por tanto nos hallamos ante condiciones generales de la contratación (artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y art. 82.2 del TRLDCU.

OCTAVO.- Control de validez de la cláusula gastos

La cláusula en cuestión, dado que no incide en el objeto principal del contrato, debe ser sometida al control previsto en el 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el cual establece que “ La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Para llevar a cabo ese control de abusividad debemos partir de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE y en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios(art.10 bis en la LGDCU anterior) y otras leyes complementarias, el cual establece que “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

De modo que son tres los requisitos que han de concurrir para que podamos hablar de cláusula abusiva. En primer lugar debe tratarse de una estipulación no negociada individualmente, lo cual ya ha quedado fijado en virtud de las reglas que rigen la carga de la prueba; en segundo lugar, la cláusula ha de ser contraria a las exigencias de la buena fe contractual; y en último lugar debe generar un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor.

Los dos últimos elementos han sido precisados en cuanto a su contenido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, entre otras, la STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus S.A. & Jesús Gutiérrez García, C-421/14, declara que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un “desequilibrio importante” entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en el derecho nacional. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, 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 en el derecho nacional vigente.

Por otro lado, esta misma STJUE, en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “contrariamente a las exigencias de la buena fe”, señala que, habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente, que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, APARTADO 69). De modo que la buena fe es entendida como una regla de conducta, un juicio del comportamiento del predisponente, que ha de ser leal y equitativo, o lo que es lo mismo, un deber de no aprovecharse de la posición de dominio que le viene conferida por la predisposición. De manera que una cláusula es contraria a la buena fe cuando obedece a una distribución de los derechos y obligaciones del contrato que se ha hecho teniendo en cuenta exclusivamente los derechos del predisponente.

Sólo puede calificarse como contraria a la buena fe, la cláusula, cuando de su lectura se comprueba todos los gastos que derivan del contrato, se han impuesto a una sola parte, el consumidor. Circunstancia, que necesariamente se califica como desproporcionada y ajena completamente, al carácter recíproco de las obligaciones que para las partes han de surgir del contrato. De una cláusula como la expuesta, donde todas las cargas por los gastos se establecen sobre el consumidor, quedando liberada la entidad bancaria de cualquiera de ellos, sólo puede concluirse que, se trata de una distribución de las obligaciones que ha realizado el predisponente teniendo en cuenta únicamente sus derechos e intereses, estableciendo un desequilibrio evidente entre las prestaciones de las partes.

Asimismo, debe indicarse que una cláusula idéntica ha sido declarada nula por la SAP de Guipúzcoa 129/2018, Sección 2ª de 19 de marzo de 2018.

Con independencia de que la atribución al consumidor de algunos de los gastos pueda vulnerar normas de carácter imperativo, la propia forma en que la cláusula está redactada, o el carácter onmicomprensivo de su contenido, resultan en sí contrarios a la regulación contenida en los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU como iremos viendo a continuación en la determinación de los gastos reclamados, siendo en todo caso la cláusula considerada como abusiva y por tanto nula.

En relación con la cláusula de gastos controvertida, igualmente resulta aplicable, como fundamento jurídico de la abusividad lo dispuesto en el artículo 89 TRLGDCU, el cual establece que “En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...] 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: 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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).[...] c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”.; así como la doctrina jurisprudencial aplicable, en especial la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, que permite la aplicación de este artículo no sólo a la compraventa de viviendas, sino también al préstamo hipotecario, al entender que la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición y que, por tanto, el precepto resulta de aplicación en ambos supuestos.

Se analizará a continuación, no sólo a la luz del artículo 89 del TRLGDCU, sino de toda la legislación vigente, y una vez declarado el carácter abusivo y por tanto nulo de la cláusula, la procedencia de la reclamación por la demanda de los distintos gastos que se han abonado a través de la cláusula controvertida.

NOVENO.- Gastos notariales y registrales

Tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, antes indicada; "El art. 89.3 TRLGDCU 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, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), 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 añade "en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como

el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación."

También así se prevé en la normativa reglamentaria de aplicación. De acuerdo con la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente.

Y análogamente, el obligado al pago de los derechos del Registrador es aquella o aquellas personas a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a quien haya presentado el documento, aunque en todo caso se abonarán por el presentante que sea transmitente del derecho o que tenga interés en asegurar el derecho que se pretende inscribir; por otra parte, los derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes la soliciten (cfr. la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad).

En cuanto a los gastos registrales, la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que "1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquellos 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) de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado 2. Los derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".

En la STS 550/2000, de 1 de junio, la Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. En el presente caso, al igual que en el analizado en la citada sentencia, se han impuesto todos los gastos de notaría y registro al prestatario de forma indiscriminada, generando en perjuicio del consumidor un importante desequilibrio que hace presumir la no aceptación de tal cláusula por el prestatario en una negociación individualizada en igualdad de condiciones, siendo por ello contraria a las exigencias de la buena fe. Por consiguiente, la imposición de todos los gastos Notariales y Registrales al prestatario genera un desequilibrio en las prestaciones. Dicha cláusula es abusiva en la medida que hace cargar al consumidor con todos los gastos derivados de la preparación de la titulación, también los que son a cuenta del Banco porque este tiene interés en inscribir el derecho. Por lo que de conformidad con el artículo 89.3 TRLGDCU debe declararse abusiva esta distribución.

DÉCIMO.- Gastos de gestoría

Respecto a los gastos de gestoría, cabe entender incluidos estos en la genérica previsión que establece que serán de cuenta del deudor todos los gastos que origine el otorgamiento de la escritura.

Respecto a los gastos de gestoría, la práctica habitual en las entidades bancarias, es la de requerir la intervención de una empresa gestora que lleve a cabo la tramitación precisa para la constitución del préstamo hipotecario. Evidentemente, se trata de una intervención que si bien resulta útil para las partes, no es necesaria. La imposición al consumidor del pago de los gastos de gestoría, sin que éste hubiera tenido la opción de rechazar dicha intervención, ni de conocer la repercusión económica de la misma, resulta abusivo. Y así se plasma en el artículo

89 del TRLDCU que establece que “En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...] 4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. 5. 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 [...]”.

Como se establece en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, de 24 de marzo de 2017 " Se trata de una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios que responde, por una parte, a asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción; y, por otra, a facilitar al prestatario-hipotecante la realización de esos trámites, que pueden abarcar otros como sucede en este caso. Es decir, su inclusión obedece a los intereses de ambas partes y a ambas beneficia."

Como regla general la entidad gestora es elegida o designada por el Banco, quien tiene el interés en su actuación en lograr la inscripción del derecho hipotecario, necesario para su existencia. Pero no hay que olvidar que la gestión también beneficia al consumidor, por cuanto supone la realización de trámites de carácter técnico o burocrático ante el fedatario público y el registrador, necesarios, no sólo para la constitución de la hipoteca, sino también para la formalización del préstamo concedido al consumidor. Partiendo de ello, será abusiva la cláusula que imponga su pago íntegro al consumidor, y válida cuando establezca una distribución equitativa entre ambas partes.

En el presente caso, imponiéndose estos gastos en su totalidad al consumidor, procede declarar su abusividad y consiguiente nulidad, no sólo por la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 89.3 a) del TRLCU (que considera abusiva "3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: 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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)", sino también porque genera, en

detrimento del consumidor, un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones que cada una de las partes ostenta en la relación contractual, no habiendo sido aceptada esa cláusula por el consumidor en una negociación individual en igualdad de condiciones, siendo por ello contraria a la buena fe. Es por todo lo anterior que resulta abusiva la aplicación de la cláusula que impone al consumidor el pago de los gastos de gestoría.

UNDÉCIMO.- Consecuencias de la nulidad de la cláusula gastos

Por todo lo expuesto en los fundamentos anteriores procede la nulidad de la cláusula de gastos de los presentes contratos, a excepción del contenido referido al pago de gastos de cancelación, estimando la demanda en lo referente a esta cláusula y los extremos expuestos. Por lo que respecta a las consecuencias de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas o fragmentos de las mismas contenidos en la escritura por razón de su abusividad, hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a tenor del cual "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas". Excluida del contrato la cláusula abusiva, en lo que respecta a los gastos, se estará a la normativa de aplicación para determinar quién debió asumir cada uno de los mismos, con derecho a reintegro de lo indebidamente abonado. Criterio que queda expuesto y fijado, en lo que nos interesa, por la SAP Guipúzcoa de 19 de marzo de 2018.

Continua exponiendo esta Sentencia, en lo que nos interesa en este caso:” Ahora bien, como expone la SAP de Pontevedra de 28 de marzo de 2017, "la expulsión del contrato de la cláusula de gastos no implica sino actuar como si la misma no se hubiera incluido en él", pero ello no determina automáticamente que deban devolverse al prestatario las cantidades que éste ha devengado como consecuencia de la cláusula declarada nula, sino establecer a cuál de las partes contratantes corresponde su abono teniendo presente que dicha cláusula debe tenerse por no puesta.

Es por ello que esta Sala mantiene la primera postura y entiende que procede examinar en el caso de autos a cuál de las partes contratantes corresponde el abono de cada uno de los conceptos reclamados, debiendo señalarse con carácter previo que la documentación acompañada con el escrito de demanda evidencia de manera suficiente el abono de los gastos que se reclaman.

1.- Aranceles del Notario

La persona obligada al pago de los gastos notariales viene determinada por la Norma Sexta del Anexo II "Normas generales de aplicación" del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, que establece que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueran varios, a todos ellos solidariamente".

Igualmente, el art. 63 del Reglamento Notarial dispone que la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por Arancel Notarial.

Como declara la STS nº 705/2015, de 23 de diciembre, de la Sala 1^a, constituida en Pleno, "Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)".

Por tanto, el Tribunal Supremo en esta sentencia identifica como interesado a la persona beneficiada por el otorgamiento de la escritura pública.

Por otra parte, para la celebración del contrato de préstamo no es preciso el otorgamiento de escritura pública, pudiendo haberse realizado este contrato mediante documento privado con arreglo al principio de libertad de forma consagrado en el art. CC, mientras que el art. 145 LH sí que exige que las hipotecas se constituyan en escritura pública y se inscriban en el Registro de la Propiedad. Y, por consiguiente, el otorgamiento de la escritura pública constituye un presupuesto necesario para la constitución de la hipoteca, pero no para el otorgamiento del préstamo.

De lo anterior se concluye que quien tiene interés en el otorgamiento de la escritura pública y, por tanto, en la intervención del Notario, es la entidad bancaria, que así puede constituir el derecho real de hipoteca e inscribirlo en el Registro de la Propiedad, obtiene un título ejecutivo con la posibilidad de la ejecución especial prevista en los arts. 685 y ss. LEC y obtiene una condición preferente o privilegiada como acreedor del deudor (arts. 1.923.3^o y 1927 CC) incluso en situaciones concursales (arts. 89 y 90.1.1^o LC).

Y, en consecuencia, se estima que la entidad bancaria es la que debe asumir el coste de los aranceles notariales.

2.- Aranceles del Registro

El Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que los derechos del registrador se pagarán por aquél o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también 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, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten.

No existe controversia en el hecho de que la hipoteca se constituye e inscribe a favor de la entidad financiera, que se beneficia del derecho real de garantía inscrito a su favor, por lo que el gasto que ello comporta debe ser asumido por ella.

Y, en consecuencia, se estima que la entidad bancaria es la que debe asumir el coste de los aranceles del Registro.

3.- Impuesto de Actos Jurídicos Documentados

Con independencia de las consideraciones que efectúa la STS nº 705/2015, de 23 de diciembre, de la Sala Primera, constituida en Pleno, la determinación de quién es el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, con respecto a un préstamo con garantía hipotecaria, corresponde al Derecho Administrativo, por lo que al mismo habrá de atenderse para resolver la cuestión. En este sentido, la jurisprudencia contencioso-administrativa, al interpretar la legislación fiscal vigente, ha declarado que el sujeto pasivo de dicho impuesto es el deudor hipotecario. Así, por ejemplo, entre otras muchas, la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 2006 declara: “En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD, y en relación, asimismo, con el art. 18 del Reglamento de 1981, hoy art. 25 del vigente de 29 de Mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca” (Cfr SSTs 19 y 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2004 y 20 de enero de 2006, por citar sólo algunas de las más recientes). Y la propia Sala Primera del Tribunal Supremo en nota de prensa de fecha 28 de febrero de 2018, en relación a los recursos de casación nº 1211/2017 y 1518/17, ha manifestado: “En los casos concretos sometidos a enjuiciamiento, en el Tribunal Supremo se discutía ya únicamente lo relativo al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. El Tribunal ha estimado en parte los recursos de casación interpuestos por los consumidores afectados y ha establecido que sobre dicho impuesto deben distinguirse diversas situaciones: a) Por la constitución del préstamo, el pago incumbe al prestatario. Sobre este particular, se remite a la jurisprudencia constante de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, que ha establecido que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario. b) Por el timbre de los documentos notariales, el impuesto correspondiente a la matriz se abonará por partes iguales entre prestamista y prestatario, y el correspondiente a las copias, por quien las solicite. El fallo ha sido comunicado ya a los procuradores de las partes. El texto íntegro de las sentencias se dará a conocer en los próximos días”. Aun cuando a día de hoy se desconoce el texto íntegro de las citadas sentencias, es evidente el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo remitiéndose en cuanto al pago del citado impuesto por la constitución del préstamo hipotecario a lo dispuesto por la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. Por último, en el ámbito del Territorio Histórico de Gipuzkoa la Norma Foral 18/1987, de 30 de diciembre, determina en su art. 8 d) que, en la constitución de préstamos, el prestatario será el sujeto pasivo del citado impuesto. Y, en consecuencia, dicho concepto debe ser abonado por el prestatario.

4.- Gastos de gestoría

La parte actora manifiesta en el hecho tercero de su demanda que para la gestión de todos los trámites relacionados con el préstamo hipotecario la entidad bancaria demandada requirió la intervención de UGH GESTION HIPOTECARIA, S.L.

Por consiguiente, la actuación profesional objeto de retribución cuestionada comprende la realización de gestiones que benefician a ambas partes (a la entidad bancaria porque asegura la debida inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad y a la prestataria realizando la liquidación de tributos ante la Hacienda Foral que le corresponden, como es el impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados).

Por todo lo cual, con independencia de que la gestoría fuera elegida por la entidad bancaria, la actuación profesional se ha desarrollado y lo ha sido en beneficio de ambas partes, por lo que la solución equitativa es que prestataria y prestamista abonen al 50% dicho concepto.

5.- Gastos de tasación del inmueble hipotecado

A efectos de determinar a cuál de las partes contratantes corresponde abonar los gastos de tasación del inmueble hipotecado deberá atenderse a quién es el interesado en que lleve a efecto dicha actuación, debiendo precisarse que, si bien la entidad bancaria elige habitualmente la sociedad de tasación que va a prestar dicho servicio, ello no impide al consumidor encomendar dicha función a una empresa distinta, pues las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, están obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario (art. 3 bis I, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).

A este respecto, por una parte, no puede desconocerse que la constitución de una garantía hipotecaria supone que el préstamo tiene menos riesgo y que los tipos de interés aplicados en dichos supuestos son inferiores y, por tanto, con un coste financiero menor para el consumidor. El ofrecimiento de una garantía real inmobiliaria es requisito para la obtención de este tipo de préstamo de las entidades bancarias y, estando el consumidor interesado en dicha modalidad, debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida.

Pero, por otra parte, no puede obviarse que la entidad bancaria está interesada en asegurarse que el dinero prestado está cubierto por la garantía ofrecida por el prestatario. Además, para que la entidad bancaria pueda titularizar los créditos hipotecarios en su beneficio es preciso que los bienes hipotecados sean tasados (art. 7.1 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario). Y, por último, para que la misma pueda seguir el proceso de ejecución específico para bienes hipotecados previsto en los arts. 681 y siguientes LEC es

necesario que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine un tipo de subasta (art. 682.2.1º LEC) que, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Y, por tanto, mediante la tasación del bien se cumplen los requisitos que la normativa procesal impone para posibilitar la ejecución del bien hipotecado por un cauce específico para ello, algo en lo que está evidentemente interesada la entidad bancaria.

Por todo lo cual, la solución equitativa es que prestataria y prestamista abonen al 50% dicho concepto.”

En el presente caso, y aplicando la doctrina establecida en la mencionada sentencia, "KUTXABANK, S. A." deberá devolver al consumidor la parte actora la mitad de los gastos que el prestatario abonó, en concepto de gastos notariales, de gestoría y el 100% de los registrales, generados a la demandante, como parte prestataria, en la escritura de préstamo hipotecario de 12 de noviembre de 2008; quedando acreditados el pago de estos gastos por la documental aportada con la demanda, procede la estimación en la forma expuesta.

Las cantidades objeto de condena se incrementarán con los intereses legales desde el momento del pago de cada una de ellas por el consumidor (art. 1303 del Código Civil). Así mismo, devengarán los intereses de mora procesal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el dictado de la presente resolución.

DUODÉCIMO.- Comisión por reclamación de posición deudora

1.- La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

2.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática.

3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión.

Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

4.- En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales:

"No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen".

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), referida -entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva.

5.- Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU.

6.- La declaración de abusividad, al ser un efecto previsto en la Ley, no puede suponer infracción de los arts. 1101 y 1255 CC. Ni la interpretación que hace la Audiencia Provincial tampoco los infringe.

Respecto del art. 1255 CC, el carácter de condición general de la contratación de la cláusula controvertida excluye su aplicación, puesto que la autonomía de la voluntad del cliente se reduce a la decisión de contratar o no, pero carece de capacidad para excluir negociadamente una cláusula predispuesta e impuesta.

En cuanto al art. 1101 CC, la mora del deudor generará los correspondientes intereses moratorios, al tratarse de deuda dineraria, pero la comisión no se incluye en dicha previsión legal, puesto que no retribuye la simple morosidad, ya que en tal caso sería redundante con los intereses de demora (produciéndose el solapamiento que hemos visto que el TJUE considera ilícito), sino unos servicios que hay que justificar.

7.- Por lo que, cabe concluir declarando la abusividad de dicha cláusula y, por ende, su nulidad; debiendo ser eliminada del contrato, manteniéndose la vigencia del resto de las cláusulas.

DECIMOTERCERO.- Sobre la cláusula de cesión del crédito a terceros.

La parte demandante fundamenta su pretensión de nulidad al considerar abusiva la estipulación del contrato por virtud de la cual la entidad acreedora se reserva la facultad de transferir a cualquier otra persona o entidad todos los derechos derivados del contrato sin necesidad de tener que notificar la cesión al deudor, quien renuncia al derecho que le concede el art. 149 LH, implica la renuncia al derecho a ser notificado cuando exista una cesión de derechos supone una merma de sus derechos.

Debemos partir de que la cesión de crédito es admitida, con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 1.112 del Código Civil y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1.526 y ss. del Código Civil; es igualmente admitido que al no ser el deudor cedido parte del negocio jurídico de cesión no es necesario su conocimiento ni consentimiento para la perfección del aquél.

En todo caso, la cesión de crédito no puede perjudicar los derechos del cedido, por lo que si la desconoce y satisface la prestación al primitivo acreedor cedente queda libre de su obligación y nada puede reclamar el nuevo acreedor cesionario (artículo 1.527 del Código Civil), pero si, por el contrario, el cedido tiene conocimiento de la cesión, sólo libera la obligación si paga al cesionario.

Además, el deudor cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones objetivas o reales que pudiera oponer a su primitivo acreedor, debiendo tener en cuenta que el artículo 1.198 del Código Civil señala que el deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión.

La cesión del crédito hipotecario también está contemplada en los artículos 149 y ss. Y 176 de la Ley Hipotecaria (LH) y artículos 242 a 244 del Reglamento Hipotecario (RH). Y en lo que aquí nos interesa, el artículo 151 de la LH recuerda que cuando se haya omitido la notificación, cuando haya de realizarse, será responsable de los perjuicios el cedente, y el artículo 242 del RH indica que del contrato de cesión se habrá de dar conocimiento al deudor salvo que hubiera renunciado a ese derecho en escritura pública o se tratase del supuesto previsto en el artículo 150 de la LH, es decir, hipoteca constituida para garantizar obligaciones transmisibles por endoso o títulos al portador.

Sobre la discusión sobre la nulidad de la cláusula de renuncia a la notificación de la cesión de crédito se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de septiembre de 2009, donde tras analizar la nulidad por abusiva de una cláusula de cesión del contrato, analiza la de cesión de crédito considerando que "La cláusula no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts. 1112, 1528 y 1878 Código Civil y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión del contrato, el consentimiento del deudor cedido... Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación "contra proferentem" (art. 1258 CC) es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil.

Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª LGDCU. La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (ST 1 de octubre de 2001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2002). Letrada renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido y muy concretamente el apartado 11 de la NDA 1ª LGDCU que considera abusiva "la privación o

restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos". La Código Civil se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.

La misma doctrina es aplicable a la cesión de crédito hipotecario. El artículo 149 LH admite que pueda cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esa falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso".

Por consiguiente, la cláusula impugnada debe reputarse abusiva por imponer una limitación de derechos de conformidad con el artículo 86.7 TRLGDCU además de privar o restringir al consumidor de las facultades de compensación de créditos (artículo 86.4 TRLGDCU).

DECIMOCUARTO.- Sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en materia de IRPH

Bajo los auspicios de la reciente, esperada y novedosa Sentencia dictada, el día 3 de marzo de 2020, por la Gran Sala, al resolver la Cuestión Prejudicial Nº 125/2018 (en adelante, C- 125/18), se precisa transcribir literalmente sus conclusiones para la resolución del presente caso: "En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.”

DECIMOQUINTO.- El control de transparencia de la cláusula IRPH

En la demanda es una acción declarativa de nulidad, dirigida precisamente a obtener la declaración de nulidad de la cláusula controvertida, la TERCERA.BIS de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 12 de noviembre de 2008, y en consecuencia a esta declaración la restitución de sus efectos al momento anterior a su declaración. De la postura de la demandada, tanto en la actuación extrajudicial como en la contestación, no puede deducirse que en modo alguno acepte dicha declaración de nulidad, ya que en ningún momento así lo menciona o reconoce. No es ésta la pretensión de la parte actora, que pretende un pronunciamiento concreto y claro como es la nulidad o no de la cláusula de limitación de variación de los tipos de interés, pretensión a la que no puede concluirse que acceda el demandado, ya que no lo manifiesta en este sentido, ni formula su contestación bajo la fórmula

del allanamiento, por lo que sólo puede concluirse que su pretensión de entender resuelta la controversia con la inaplicación de la cláusula, careciendo de un pronunciamiento sobre su legalidad, choca con la pretensión de la demanda, lo que hace discrepar a este órgano, sobre que la acción ejercida se encuentre satisfecha por la postura del demandado, sin perjuicio de la controversia que en todo caso se continuaría sobre la procedencia o no del reintegro de cantidades abonadas durante su aplicación. Por lo que procede entrar a resolver sobre la nulidad pretendida, pese a la inaplicación de la cláusula.

En relación a la nulidad de la cláusula, tal y como se deduce de las diversas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 49), el denominado IRPH es perfectamente lícito, pero su eficacia está sujeta a un control legal que en realidad está integrado por un doble control: el de inclusión o control formal, que debe garantizar que éstas lleguen a conocimiento del consumidor (control de incorporación y de transparencia); y el de contenido o control material, que debe garantizar la exclusión de las cláusulas que sean abusivas para el adherente.

El primero de dichos controles, control de inclusión o control formal, actúa en la fase de perfección y persigue garantizar la correcta formación de voluntad contractual por parte del adherente, imponiendo que las cláusulas cumplan una serie de requisitos para su incorporación al contrato, que son los positivos que expresa el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (transparencia, claridad, concreción y sencillez) y los negativos que contiene el art. 7 LCG (no incorporación de las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles). En definitiva el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula, sólo si puede incorporarse el contrato, a diferencia del control de contenido, que impone el análisis de la validez de las distintas cláusulas del contrato que se ha formalizado correctamente. En el caso de contratos celebrados con consumidores se impone un control de transparencia adicional sobre las cláusulas relativas al objeto principal del contrato que la STS 9 de mayo de 2013 denomina "doble filtro", que impone que el adherente consumidor conozca o pueda conocer la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener.

En el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 se concluyó que las cláusulas allí examinadas convertían los préstamos de interés variable en préstamos a interés mínimo fijo, y que la oferta como préstamos a interés variable se revelaba engañosa, al darse en los contratos un tratamiento secundario a las cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés, pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato. Se consideró, en definitiva, que las cláusulas analizadas no eran transparentes por las siguientes razones:

1º) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato;

2º) Se insertaron de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas;

3º) No existían simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento de los tipos de interés en el momento de contratar;

4º) No existía información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, en caso de existir;

5º) Ubicación de las cláusulas entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Posteriormente el Tribunal Supremo aclaró la citada sentencia en el sentido de que las razones aludidas no constituyen un elenco de circunstancias tasadas a tener en cuenta en el control de transparencia de las cláusulas predispuestas, el cual se configura como un parámetro objetivo o abstracto de validez de tales cláusulas, distinto del régimen general de error o vicio en el consentimiento del Código Civil.

DECIMOSEXTO.- Transparencia de la cláusula IRPH objeto del pleito

A la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta ha de procederse en el caso al examen del control de inclusión y transparencia de la cláusula cuya nulidad se insta, toda vez que como se ha expuesto está vedado el control de contenido.

Pues bien, analizando en el caso concreto la cláusula controvertida y las circunstancias concurrentes para la incorporación de la misma al contrato, valorando la prueba practicada, se estima que dicha cláusula no reúne los requisitos legalmente exigidos para su incorporación al contrato, a los meros efectos formales, pues no están redactadas de forma clara y comprensible en la escritura pública. Así, si partimos de la Estipulación Tercera.Bis el cual responde al siguiente tenor literal:

“(…) TERCERA.BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE

El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH- CAJAS.

Se entiende por IRPH- CAJAS la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a TRES años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado.

Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para períodos anuales contados a partir de la finalización del periodo a tipo fijo, procediéndose a la revisión del tipo de interés al término de cada período.

Para el caso de que desaparezca en un futuro el precitado tipo de referencia, las partes acuerdan que el nuevo tipo de interés sustitutivo será, en todos los caso, el resultante de incrementar al EURIBOR UN MARGEN DE un punto PORCENTUAL DE INTERÉS, durante toda la vida de la operación (...)"

La redacción de la cláusula controvertida no es, por tanto, en los términos gramaticales expuestos, clara, de manera que no toda persona con aptitud suficiente para contratar un préstamo hipotecario y comprender la dinámica y características esenciales del mismo podría entender con ciertas dificultades el significado y alcance de dicha cláusula siendo que sean necesarios especiales conocimientos para la adecuada comprensión de tal estipulación.

Ahora bien, el hecho de que la cláusula esté redactada en términos gramaticalmente claros y precisos no determina por sí solo la validez de la misma, pues como se ha reiterado es preciso "que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato", como señalan las STS de 26 de mayo de 2014 y de 8 de septiembre de 2014. Añade ésta última sentencia que "Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13, declarando, entre otros extremos, que: <<El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Asimismo, como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia 138/15, de 24 de marzo, los presupuestos mínimos de transparencia "no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación –en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio". O como dicen las sentencias del Tribunal

Supremo n.º 241/13, de 9 de mayo, y n.º 222/2015, de 29 de abril, “la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

En definitiva, en el caso la cláusula no es perfectamente comprensible desde un criterio gramatical, lo que por sí no basta para que la cláusula pueda considerarse plenamente eficaz, pues es preciso, además, que se haya incluido en condiciones tales que el adherente consumidor pueda percibir la trascendencia de la misma en la vida del contrato, dada su capital importancia.

Pues bien, no se estima que el proceso de incorporación de la cláusula en este contrato ha sido transparente, y ello al haberse incluido la cláusula en el núcleo de la definición del tipo de interés variable, en la estipulación tercera, referida en exclusiva a la determinación del interés. Así como, teniendo en cuenta sobre todo la información precontractual que no se facilitó al demandante, que permite considerar que cuando acudió a la notaría para el otorgamiento de la escritura pública no sabía de la existencia de la cláusula y del sacrificio económico que la misma podía suponerle.

Y es que en el caso la cláusula financiera TERCERA.BIS relativa al tipo de interés referenciado al IRPH- CAJAS, en apariencia, no es gramaticalmente comprensible, ni menos cierto el hecho de que no se suministró al consumidor información suficiente para su adecuada comprensión, pues no se entregó a la parte demandante días antes del otorgamiento de la escritura del préstamo, folleto informativo, solo una oferta vinculante (doc. 2 contestación demanda), en la que se observa un mero formulario relleno con datos escuetamente y sin explicación alguna, carencia que también se aprecia en la ausencia de explicación alguna por el Notario autorizante, ni tampoco consta en los presentes autos la Ficha de Información Personalizada (FIPER) y, así, no se cumple con lo dispuesto en el art. 23 de la Orden EHA/2899/2011, en cuya virtud “En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima”.

En definitiva, se constata la ausencia de información que la parte demandada estaba obligada a facilitar al demandante para que le permitiera tomar conocimiento del mínimo que iba a pagar como consecuencia de la existencia de la cláusula IRPH y, en consecuencia, la importante trascendencia de ésta en la vida del contrato, por lo que la demanda debe ser estimada.

En materia de costas, el art. 394.2 de la LEC, establece que en el caso que ninguna de las partes hubiera visto íntegramente estimadas sus pretensiones cada parte abonará las costas ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad. Criterio que resulta de aplicación al caso, al haber sido desestimadas las pretensiones sobre una de las cláusulas, la de apertura, obligando a la continuación del procedimiento para la resolución jurídica exclusivamente sobre un efecto, que ha sido desestimado.

FALLO

Que debo ESTIMAR y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Ainhoa Kintana Martínez, actuando en representación de XXXXXXXXXXXX, bajo la dirección letrada de D. José M^a Erausquin Vázquez sustituido por la Letrada Dña. Maite Ortiz; frente a "KUTXABANK, S. A.", representada por el Procurador D. Santiago Tames Alonso, y defendida por el Letrado D. Igor Ortega Ochoa; y debo,

1. DECLARAR y DECLARO la nulidad de la Cláusula TERCERA.BIS; debiendo dejarla sin efecto y tenerla por no puesta; manteniéndose la vigencia del resto de las cláusulas del préstamo; y debo CONDENAR y CONDENO a la restitución de las cantidades que la actora haya pagado indebidamente por la aplicación de dicha cláusula, tanto en lo referido al tipo medio IRPH- CAJAS como en lo referido al tipo sustitutivo Euribor + 1%, más los intereses legales de esas cantidades desde que se efectuó su pago y hasta su efectiva devolución, y los intereses del artículo 576 de la LEC desde el dictado de esta sentencia.
2. DECLARAR y DECLARO la nulidad de la Cláusula de comisión por reclamación de posición deudora, contenida en la cláusula CUARTA; debiendo dejarla sin efecto y tenerla por no puesta; manteniéndose la vigencia del resto de las cláusulas del préstamo; y, debo CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada a la restitución de las cantidades que la actora haya pagado de más en aplicación de dicha cláusula, más los intereses legales de esas cantidades desde que se efectuó su pago y hasta su efectiva devolución, y los intereses del artículo 576 de la LEC desde el dictado de esta sentencia.
3. DECLARAR y DECLARO la nulidad de la Cláusula QUINTA relativa a los gastos de la escritura; debiendo dejarla sin efecto y tenerla por no puesta; manteniéndose la vigencia del resto de las cláusulas del préstamo; y, debo CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada a restituir el 100% de los gastos derivados del Registro de la Propiedad, y la mitad de los gastos notariales, gestoría, que resulten acreditados documentalmente, excluyéndose el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados; más los intereses legales de esas cantidades desde que se efectuó su pago y hasta su efectiva devolución, y los intereses del artículo 576 de la LEC desde el dictado de esta sentencia.

4. DECLARAR y DECLARO la nulidad de la Cláusula referente la cesión de créditos, de la cláusula OCTAVA; debiendo dejarla sin efecto y tenerla por no puesta; manteniéndose la vigencia del resto de las cláusulas del préstamo.

5. DESESTIMAR y DESESTIMO la pretensión sobre declaración de la nulidad de la Cláusula CUARTA, relativa a la comisión de apertura; debiendo ABSOLVER y ABSUELVO a la parte demandada de dicha reclamación.

Cada parte abonará las costas ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 2812 0000 04 1765 17 , indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15.ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Llévese el original al libro de Sentencias y expídase testimonio de la misma para incorporarlo a las actuaciones.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, EVA CERÓN RIPOLL, Magistrada Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de San Sebastián.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.