

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA - UPAD



SAN MARTIN, 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

TEL.: 943-000712 Fax / Faxes: 943-000701 NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/003946

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2017/0003946

Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 / Proz.arr.ap.2L XXXX/2017 - R

S E N T E N C I A N.º 513/2019

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

D. IÑIGO SUAREZ ODRIOZOLA

Dª. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

D. FELIPE PEÑALBA OTADUY

En DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN, a veintiocho de junio de dos mil diecinueve.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Segunda - UPAD, constituida por los/as Ilmos/Ilmas. Sres./Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario XXX/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Donostia - UPAD Civil, a instancia de XXXXXX- XXXXXX (apelantes - demandantes), representados por la Procuradora Dª Ainhoa Kintana Martínez y defendidos por la Letrada Dª Maite Ortiz Pérez, contra UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO (apelada - demandada), representada por el Procurador D. Fernando Mendavia González y defendida por la Letrada Dª Elena Valero Galaz; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 22 de septiembre de 2017.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de septiembre de 2017 el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de San Sebastián dictó Sentencia, que contiene el siguiente Fallo:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Kintana, en representación de xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx, frente a Union de Creditos Inmobiliarios S.A Establecimiento Financiero de Crédito, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad, por su carácter abusivo, de las siguientes cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario suscrita por las partes con fecha 14 de octubre de 2008: Clausula Tercera 3º y Clausula Sexta 3º en lo relativo a la utilización del año ficticio de 360 dias; Clausula Quinta referida a los gastos a cargo del prestatario en lo relativo a los gastos de constitución, modificación y cancelación de la hipoteca, en concreto los aranceles notariales y registrales, e impuestos; Clausula Sexta referida a los intereses moratorios; y Clausula Sexta B) apartado a) sobre resolución anticipada del contrato en caso de impago de alguna de las cuotas del préstamo, Y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a abonar a los actores las sumas de **722,61 euros** en concepto de gastos notariales y de **229,76 euros** en concepto de gastos registrales. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso Recurso de apelación contra ella que fue admitido, y elevados los autos a esta Audiencia se señaló día para votación y fallo el 20 de junio de 2019.

TERCERO.- Ha sido el Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado. D. Felipe Peñalba Otaduy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del debate en esta instancia

La Ilma.Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de San Sebastián ha dictado sentencia que estima en parte, en los términos recogidos en el primer antecedente de la presente resolución, la demanda interpuesta por xxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx contra UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO (en lo sucesivo UCI) en ejercicio de una acción individual de nulidad de condiciones generales obrante en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes con fecha 14 de mayo de 2009 y reclamación de cantidades derivadas de la misma.

La parte demandante recurre en apelación la indicada sentencia y la parte demandada la impugna.

En concreto, la representación de los actores interesa su revocación parcial al objeto de que se condene a UCI al pago de las costas ocasionadas.

Dicha parte fundamenta su recurso con base en la consideración de que se han aceptado todas las pretensiones de la demanda o, al menos, lo han sido de forma sustancial (se ha declarado la nulidad de las cuatro cláusulas del contrato de préstamo hipotecario señaladas en la demanda y se ha rechazado un solo apartado de una de las citadas cláusulas que no representa cantidad económica alguna, pues sus mandantes se encontraban exentos del impuesto de AJD). El criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de la instancia en casos similares al presente se impongan al banco demandado.

La representación de UCI se opone al recurso de apelación interpuesto de contrario y, a su vez, impugna la sentencia de instancia. Aunque la parte impugnante efectúa consideraciones sobre diversos pronunciamientos de la sentencia de instancia, en el suplico de su escrito, que es el que determina y precisa su pretensión, y al que esta Sala va a limitar su examen, interesa única y exclusivamente que se acuerde: 1.- Revocar la declaración de nulidad de la cláusula 5ª y la condena a su representada a devolver lo abonado en aplicación de la misma; y 2.- Revocar el pronunciamiento del fallo relativo a las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, debiendo incluirse un pronunciamiento que prevea expresamente la sustitución de esta cláusula por lo previsto en el art.693.2 LEC.

La parte impugnante sustenta su impugnación con base en las consideraciones que, en síntesis, son las siguientes:

1.- En relación a la cláusula de gastos. La cláusula cumple los requisitos de inclusión y transparencia (se entregó folleto informativo y oferta vinculante). La cláusula es perfectamente lícita por haber sido plenamente aceptada por la parte prestataria, no impuesta unilateralmente por la entidad y no producir desequilibrio entre las partes. El prestatario encargó su tramitación a una gestoría asumiendo los costes de Notaría, Registro e Impuestos. La sentencia establece erróneamente la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos. La voluntaria renuncia al derecho a la prueba impidió conocer las circunstancias que rodearon la asunción de los pagos cuya reintegración se reclama, lo que debe llevar en cualquier caso, a dejar sin efecto la condena dineraria. La sentencia condena al abono de 952,37 € pagados supuestamente por el prestatario en aplicación de dicha cláusula, sin que tener en cuenta que sólo se aportan 3 facturas y se incluyen gastos que no son relativos a la constitución de la hipoteca.

2.- En relación a la cláusula de vencimiento anticipado. La consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula es la sustitución de la cláusula declarada nula por el derecho nacional y, en concreto, por lo dispuesto en el art.693.2 LEC. Cabe aplicar la posibilidad de aplicar supletoriamente la norma nacional ante la declaración de nulidad de una cláusula contractual (así, STJUE de 21 de enero de 2015). La sentencia impugnada infringe la doctrina sentada por la STS nº 705/2015.

La representación de los apelantes se opone a la impugnación formulada de contrario y solicita su desestimación con condena en costas a la parte impugnante.

SEGUNDO.- Recurso de apelación interpuesto por UCI

Vistos los términos en que ha quedado formulado el debate en esta alzada, procede analizar en primer lugar la impugnación formulada por la entidad financiera apelada.

1.- Cláusula de gastos

La STS nº 222/2015, de 29 de abril, declara:

“4.- Es un hecho notorio que en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet, primera venta de vivienda, etc.) la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional. Quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él. Tal circunstancia no solo resulta corroborada por la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente.

5.- Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial”.

Asimismo, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha reiterado en recientes sentencias nº 46 a 49 de 23 de enero de 2019, las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, partiendo de los criterios expuestos por la doctrina de la TJUE (así, STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12 (Constructora Principado)), han declarado la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación, pues en supuestos como el presente, en que el contrato de préstamo es posterior al TRLCU, ello supone una vulneración del art.89.3.c) del TRLCU.

Por otra parte, tal y como dispone el art.3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, el profesional que afirme que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba, habiendo reiterado la Sala 1ª del Tribunal Supremo que la carga de la prueba de que una cláusula pre-redactada 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 (así, entre otras, STS 649/2017, de 29 de noviembre).

En el caso de autos, la cláusula controvertida atribuye al prestatario-consumidor todos los gastos derivados de la operación con carácter omnicomprendido. En este sentido, la cláusula quinta de la escritura de subrogación reza: “Serán de cargo de la parte prestataria todos los gastos originados por la presente operación, tanto los que se hayan originado como los que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago”. No se ha justificado que, con carácter previo al otorgamiento de la escritura, los gastos controvertidos hubieran sido objeto de negociación específica. Y no basta a estos efectos con una aceptación tácita de la cláusula, sin que tampoco quepa identificar conocimiento y negociación, porque el hecho de que una cláusula haya sido conocida por el consumidor no significa que haya sido negociada por éste.

Por todo lo cual, la actuación del banco ocasiona a los actores-consumidores un desequilibrio no permitido haciendo recaer sobre ellos obligaciones que no les corresponden con lesión de su situación jurídica en la relación contractual mantenida con aquél, sin que sea óbice para ello que la cláusula sea clara en sus términos.

Y, en consecuencia, procede confirmar el pronunciamiento declarativo de la sentencia de instancia de nulidad de la cláusula controvertida.

Cuestión distinta es que, como señalan las SSTS nº 848 y 849 de 15 de marzo de 2018, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad, haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito y, en concreto, por lo que atañe al caso de autos, los gastos de notaría y registro.

Sobre dicha cuestión se han pronunciado las recientes sentencias del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, fijando doctrina jurisprudencial al respecto en los términos siguientes:

A.- Gastos notariales

El art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

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

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

La sentencia de instancia atribuye este gasto por mitad a ambas partes, por lo que se ajusta al criterio jurisprudencial expuesto, y si bien la parte apelante mantiene que las facturas reclamadas por dicho concepto (facturas nº 1046 y nº 370 obrantes a los folios 85 y 86) incluyen gastos que no son relativos a la constitución de la hipoteca, no especifica cuáles, ni determina su importe. Ahora bien, se ha producido un error material en la sentencia de instancia porque la cantidad satisfecha por gastos notariales asciende a 1.426,69 € (y su mitad a 713,35 €), lo que debe ser subsanado, sin que ello dé lugar a una estimación parcial del recurso de apelación, pues se trata de una mera rectificación de un error material para cuya subsanación no era precisa la interposición de recurso de apelación.

B.- Gastos del registro de la propiedad

El Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que: "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

La parte demandante reclama la mitad del importe, y así le ha sido concedido en la sentencia de instancia, sin que tampoco precise la parte apelante en su escrito de recurso qué conceptos de los facturados en la minuta obrante al folio 87 de los autos no deberían estimarse. En todo caso, aun cuando se descontasen los conceptos: hipoteca cancelación, nota de afección y cancelación de afección, la cantidad debida por la entidad bancaria sería superior a la reclamada y establecida en la sentencia de instancia.

Por tanto, en este punto también debe desestimarse el recurso de apelación planteado.

2.- Cláusula de vencimiento anticipado

La cláusula sexta b establece en su apartado a): “No obstante el vencimiento pactado, U.C.I. podrá declarar vencido de pleno derecho el préstamo y hacer exigibles la totalidad de las obligaciones de pago contraídas por la Parte Prestataria, cuando ésta no satisficiera alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en la escritura”.

Esta sala se ha pronunciado en anteriores ocasiones (así, por ejemplo, **auto de fecha 8 de abril de 2016**) sobre la abusividad de cláusulas de vencimiento anticipado en supuestos similares al presente con base en la doctrina de la SSTS nº 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 y nº 79/2016, de 18 de febrero.

En concreto, la primera sentencia citada expone: "En cuanto a la jurisprudencia del TJUE , la sentencia de 14 de marzo de 2013 , asunto C-415/11 , sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que:

«En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo». 3.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de

13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves".

En los casos examinados por la Sala Primera del Tribunal Supremo se trataba de cláusulas de vencimiento anticipado recogidas en contratos de préstamo hipotecarios del banco BBVA en el que se contempla la posibilidad de que el banco pueda exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses.

En el presente caso, la cláusula vencimiento anticipado tampoco vincula la facultad resolutoria del contrato de préstamo por parte del banco a parámetros cuantitativamente o temporalmente graves desde el momento en que se faculta a éste para declarar el vencimiento anticipado del préstamo en caso de incumplimiento por el deudor de cualquiera de las cuotas de interés o amortización en un contrato de préstamo cuya amortización está prevista en 480 cuotas mensuales, esto es, 40 años.

Por otra parte, tras el dictado de la STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) que resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo y el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona, tampoco procede establecer, tal y como solicita la parte apelante, que la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula sea la sustitución de la cláusula declarada nula por el derecho nacional y, en concreto, por lo dispuesto en el art.693.2 LEC.

La parte dispositiva de la STJUE de 26 de marzo de 2019 establece que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal (art.693.2 LEC) que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencia especialmente perjudiciales".

Del citado pronunciamiento se infiere que para que la actuación del juez nacional que ponga remedio a la nulidad de la cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal (art.693.2 LEC) no contravenga los arts.6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, el TJUE se deben cumplir cumulativamente dos requisitos, a saber: 1.- Que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva; y 2.- Que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Por lo que respecta al primer requisito, el TJUE ya había declarado (así, STJUE de 21 enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, apartado 33, que se remite a la STJUE de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai en sus apartados 82 a 84) que "Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No

obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (véase, en este sentido, la sentencia, Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartados 82 a 84)” (la cursiva es nuestra).

Pues bien, puede definirse la cláusula de vencimiento anticipado como aquella estipulación consignada en un contrato que concede la facultad unilateral a una de las partes contratantes para resolverlo antes de su terminación con base en el incumplimiento de determinadas obligaciones asumidas por la otra parte contratante. En concreto, y por lo que respecta a un contrato de préstamo como el de autos consistiría en la facultad unilateral del prestamista de resolver el contrato una vez se acredite el impago por parte del prestatario de una cuota del mismo comprensiva de capital e intereses. Resulta evidente que el contrato de préstamo puede subsistir sin la referida cláusula y su eliminación supondría simplemente la exclusión de una ventaja de la que goza el prestamista.

También es verdad que la STJUE de 26 de marzo de 2019, entre las consideraciones que hace para fundamentar su decisión, hace referencia al “enfoque objetivo” que se ha de adoptar para determinar si la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado tendrá como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir. En concreto, declara en su apartado 60: “Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 2012, Pernicová y Perenic, D-453/10, EU:C:144 , apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría que como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir”. A su vez, el apartado 32 de la STJUE de 15 de marzo de 2012, Pernicová y Perenic, remite a las conclusiones del Abogado General en sus puntos 66 a 68, señalando el punto 68 como factores decisivos a los efectos de determinar que el contrato objetivamente no puede subsistir: 1.- La posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato; y 2.- Excepcionalmente, podría considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas.

Como se ha expuesto, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no obsta a la aplicación del contrato, que sigue subsistiendo. Y, por otra parte, tampoco cabe concluir que la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado determine una modificación de la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato de préstamo mercantil, como es el caso. La subsistencia o no de la cláusula de vencimiento anticipado no altera la esencia del contrato de préstamo dinerario consistente en la entrega por parte del prestamista de una cantidad de dinero al prestatario con la obligación de éste de devolverlo en su caso con determinados intereses en un determinado plazo (arts.312 y 314 del Código de Comercio). De hecho, como pone de relieve el auto de 15 de mayo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona, la cláusula de vencimiento anticipado no se ha considerado a efectos de aplicación de la Directiva 13/93/CEE como elemento que defina el objeto principal del contrato (art.4.2 de la citada Directiva).

Por tanto, faltando el primer presupuesto exigido por el TJUE no cabe poner remedio a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal (art.693.2 LEC).

Y, por otra parte, tampoco consideramos que concurra el segundo presupuesto. La STJUE de 26 de marzo de 2019 hace referencia a que “*la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales*” (la cursiva es nuestra). Como hemos indicado, la exclusión de la cláusula de vencimiento anticipado no determina la anulación del contrato, por lo que no le puede exponer a consecuencias perjudiciales derivadas de ésta. La exclusión de la facultad del prestamista de dar por vencido el préstamo con carácter anticipado no le expone “per se” a consecuencias perjudiciales al consumidor. El prestatario, se anule o no la cláusula, seguirá adeudando al banco prestamista las cantidades no satisfechas en el momento de interposición del procedimiento de ejecución, incrementadas con las devengadas con posterioridad y sus respectivos intereses; y seguirá expuesto a que éste le reclame la cantidad adeudada. La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, en la medida en que no comporta la anulación del contrato, no determina que sea exigible del prestatario el pago del importe del préstamo pendiente de devolución (riesgo que se apunta en el apartado 58 de la de STJUE de 29 de marzo de 2019). Es cierto que la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado puede dar lugar a que la entidad prestamista opte por instar la resolución del contrato de préstamo al amparo del art.1.124 CC, como admite la STS de Pleno nº 432 de 11 de julio de 2018, pero ello no es una consecuencia de la exclusión del contrato de la cláusula declarada abusiva, sino una opción a la que puede acudir o no el banco prestamista, sin que pueda afirmarse a priori que ello va a exponer al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, porque no se puede anticipar que la demanda del banco prestamista vaya a ser estimada (deberá valorarse si el incumplimiento del prestatario puede calificarse como esencial y, como tal, justificativo de la resolución pretendida).

Y, en consecuencia, procede confirmar el pronunciamiento declarativo de nulidad por abusividad de la referida cláusula establecido en la resolución impugnada.

TERCERO.- Impugnación formulada por xxxxxx- xxxxxxxxxx

El art. 394 LEC tiene por finalidad a través de la condena en costas tanto el resarcir, a la parte a cuyo favor se establece, de los gastos realizados para que no sufra perjuicio patrimonial quien ha tenido necesidad de acudir a los tribunales en defensa de derechos que le han sido reconocidos, como en sentido contrario, y por el principio de indemnidad el reconocer, a la parte que ha sido absuelta de los pedimentos del actor, el derecho a repercutir contra ella los gastos provocados por su llamada al proceso.

La imposición de costas se basa fundamentalmente en el principio del vencimiento objetivo de forma que las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. Ahora bien, como en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, se introduce un criterio de flexibilidad en la aplicación del mismo dando un cierto margen de arbitrio judicial para justificar la no imposición de costas con arreglo a determinadas circunstancias excepcionales, esto es, cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho.

Por otra parte, teniendo en cuenta las normas de equidad en la aplicación del principio del vencimiento se viene a considerar que se ha producido una estimación sustancial de la demanda en supuestos en los que la pretensión se ha estimado en sus aspectos más importantes cualitativa o cuantitativamente (así, STS de 14 de diciembre de 2015).

Esta Sala ha declarado en reciente **sentencia nº 533 de fecha 26 de octubre de 2018**: “siendo cierto que esta Sala ha considerado hasta el momento presente en procedimientos como el que nos ocupa que la estimación de algunas de las pretensiones de la parte demandante no había de conllevar la condena de la parte demandada al abono de las costas, es también lo cierto que la misma ha llegado a la conclusión, tras la oportuna reunión de todos sus integrantes, de que una estimación de la pretensión contenida en la demanda, en cuanto a la declaración de nulidad de una o de varias de las cláusulas de los contratos concertados, ha de estimarse una estimación sustancial de la misma.

En efecto, esta Sala ha llegado a considerar que la estimación de la pretensión formulada por la parte demandante, en cuanto a la declaración de nulidad de una o varias cláusulas, al margen de las consecuencias que de ello han de derivarse, ha de considerarse una estimación sustancial de la demanda, lo que ha de conllevar la condena

de la demandada al abono de las costas devengadas con motivo de la tramitación del procedimiento en la primera instancia, y ello de conformidad con lo dispuesto en el art.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Por todo lo cual, aun cuando la demanda no se ha estimado en su integridad, al producirse una minoración del importe de la cantidad debida por la entidad financiera respecto de la cantidad inicialmente reclamada en la demanda como consecuencia de la nulidad de la cláusula de gastos, entendiéndose dicho pronunciamiento accesorio y derivado de la nulidad declarada, estimamos que se ha producido una estimación sustancial de la demanda.

Por último, no cabría invocar la existencia de dudas de derecho como motivo justificador de la no imposición de costas a la entidad bancaria demandada, pues ello supondría aplicar la excepción prevista en la norma procesal en materia de costas en perjuicio del consumidor que ha vencido en un litigio entablado con fundamento en su derecho a no verse vinculado por una cláusula abusiva y le haría asumir a éste los gastos derivados de su defensa y representación a pesar de haber ganado el pleito, lo que constituye un obstáculo para la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión consagrado en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (así lo ha entendido el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia nº 419/2017, de 4 de julio, en relación a la cláusula suelo).

Por todo lo cual, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por los actores.

CUARTO.- Costas

De conformidad con lo dispuesto en el art.398.2 LEC, la estimación del recurso de apelación determina que no se condene en las costas derivadas del mismo a ninguno de los litigantes.

De conformidad con lo dispuesto en el art.394.1 LEC, por remisión del art.398.1 LEC, la desestimación de la impugnación de la sentencia formulada por UCI determina que se condene a dicha parte en las costas derivadas de la misma.

QUINTO.- Depósito

La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso por lo que respecta al recurso de apelación interpuesto, que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso por lo que respecta a la impugnación formulada, que la inadmisión de la misma y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de xxxxxxxx-xxxxxxx y DESESTIMAR la impugnación formulada por la representación de UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de San Sebastián en los autos nº 261/17, REVOCANDO PARCIALMENTE la misma única y exclusivamente por lo que se refiere al pronunciamiento de costas que se imponen a la entidad financiera demandada y corrigiendo el error material relativo a la cuantía de la cantidad debida en concepto de **gastos notariales que ascienden a 713,35 €**; permaneciendo invariables los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada.

No se efectúa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas, en esta alzada, derivadas del recurso de apelación interpuesto.

Se condena a UNIONDE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO al abono de las costas causadas en la presente alzada derivadas de su impugnación.

Devuélvase a xxxxxxxxxxxx-xxxxxxx el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Transfírase por el Letrado de la Administración de Justicia de origen el depósito efectuado por UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

Frente a la presente resolución se podrá interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante esta Sala recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 477 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los motivos previstos en el art. 469 LEC, pudiendo presentarse únicamente este último recurso sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477.2 LEC

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 1858/0000/12/2597/17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª 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.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.