

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N ° 1

(ANTIGUO MIXTO N° 1)

Plaza del Adelantado s/n

San Cristóbal de La Laguna

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Demandante Andrés Roda Hernández

Demandante Andrés Roda Hernández

Demandado CAIXABANK

**SENTENCIA**

En la ciudad de San Cristóbal de La Laguna a 13 de Diciembre de 2019,

Vistos por mí,

del Juzgado de 1° Instancia número uno de esta ciudad y su partido, ha sido el Juicio Ordinario Núm. 2775/2019 de referencia, sobre nulidad de condición general de contratación y reclamación de cantidad en el que comparecen como demandantes representados por el Procurador de los tribunales D. bajo la dirección letrada de D. Andrés Roda Hernández, y como demandado la entidad mercantil CAIXABANK. S.A. representada por la Procuradora de los tribunales y asistida del letrado

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por, mediante su representación procesal en autos, se presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad mercantil CAIXABANK, S.A., en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró que aplicación suplicaba que se dictara sentencia por la que, dicho sea en síntesis, se declare la nulidad de determinadas cláusulas que refleja en su demanda, existentes en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 29 de Junio de 2012, que une a las partes, con restitución de las prestaciones en los términos solicitados en su escrito rector, más intereses y costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la sen-anda, se confirió traslado de la misma y de los documentos presentados a la mercantil demandada, la cual presentó escrito de contestación en el que tras los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicaba que se desestime íntegramente la demanda interpuesta, con imposición de costas a la parte actora.

**TERCERO.-** Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa la misma tuvo lugar el día 12 de Diciembre de 2019, con las finalidades que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). exhortándose a las mismas para que llegaran a un acuerdo, que no se logró. Tras fijar los hechos controvertidos conforme a lo que se indicaba en los respectivos escritos rectores con las aclaraciones efectuadas en dicho acto, en el que la adora desistió del IAJD. del 50% de los gastos notariales, del 50% de los gastos de gestoría y de la declaración de nulidad de la cláusula que impone la comisión de apertura, reclamando a efectos restitutivos la mitad de los gastos de notaría por importe de 364.416, la mitad de los gastos de gestoría por importe de 180,00 € y el 100% de los gastos de registro por importe de 217.356, haciendo un total de 761.76€. Asimismo, reclama los importes cobrados indebidamente por aplicación de la cláusula suelo incluidos en el periodo de Enero a Septiembre de 2013. A dichos desistimientos se opuso la demandada a efectos de costas. Se admitió como única prueba la documental y no habiendo sido impugnada por los litigantes, conforme al artículo 429 8 de la LEC.) quedaron los autos pendientes de dictar sentencia sin necesidad de previa celebración de juicio. Todo ello, conforme al resultado que consta en soporte audiovisual.

**CUARTO.-** En la sustanciación del o presente procedimiento se han observado las formalidades y las prescripciones legales

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En los presentes autos ejercita la actora acción para declarar la nulidad de cláusulas abusivas, puesto que las partes en fecha de , suscribieron con la entidad demandada un préstamo hipotecario, y se fija en la cláusula Tercera Bis un tipo de interés mínimo de 3 50%, siendo así que lo que se suscribió fue contrato a interés variable que resultó ser una hipoteca a interés fijo, dada la imposición de la delimitación, no se facilitó información de forma clara y transparente, siendo así que el actor es un consumidor, Frente a ello se opone la demandada argumentando en apretada síntesis, que la actora acudió voluntariamente a dicha entidad bancaria, se realizó un proceso de contratación en el cual la actora era plenamente conocedora de las condiciones del contrato, así como fue informado y se manifestó la voluntad consientes de la cláusula que hoy se solicita la nulidad, siendo la cláusula en cuestión clara y objetiva, y en conclusión que existió información precontractual, así como durante la negociación pues en cuanto a la negociación del préstamo, existieron negociaciones previas, pues se negociaron las condiciones financieras de la operación, incluida la incorporación de una cláusula de limitación a la variación de los tipos de interés con independencia de la situación económica y se negoció de forma individual, asimismo se le hicieron en la suscripción del préstamo hipotecario por el Notario las advertencias oportunas, la redacción de la cláusula es clara y comprensible.

Además, que ya le fueron restituidas las cantidades por cláusula suelo, por lo que solicita sea desestimada la demanda.

La consideración o no del actor como consumidor en el préstamo hipotecario examinado, obliga al conocimiento de la evolución, que a la vista de la normativa aplicable y del Derecho de la Unión, ha experimentado la noción de consumidor la cual como ya se venía afirmando desde hace tiempo no responde a un criterio meramente subjetivo e invariable en función de cuál sea su actividad o ámbito habitual de desenvolvimiento profesional.

Así, del artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. procede el concepto de consumidor que acoge nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, RD-Leg 1/2007. de 16 de noviembre (LGDCU), conforme al cual lo son las personas físicas que acuden con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. El designio de la Directiva lo resume su artículo 6 al establecer que "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas", y a él obedece el art. 83 de la LGDCU.

Como explica la STJUE de 3 de septiembre de 2015, la Directiva define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (sentencias *Asbeek Brusse* y de *Man Garabito*, C-488/11. apartado 30. y C-537/13, EU: C: 2015U4 apartado 21) Recuerda igualmente que una misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional, y que el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y. en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio. Señala, por último, que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2. letra b). de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga. En el mismo sentido, la STS de 3 de junio de 2016 señala que "de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C- 110/14), para decidir si el contrato está sujeto a la normal vía de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante".

Por su parte la Ley de Crédito al Consumo de 24/6/2011 no aplicable al supuesto de autos, pero cuya referencia al consumidor es perfectamente válida establece en su artículo 2 "en similares

*términos que la anterior, que "A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional"*

Asimismo, puesto que el concepto de consumidor procede de derecho comunitario, resultan de interés las distintas definiciones que encontramos en varias Directivas Comunitarias, de las que señalaremos algunas a título de ejemplo. Así en la Directiva 85/577/CEE) referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, se define al consumidor como "toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúa para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional" (art. 2.1). En la Directiva 87/102/CEE) se considere al consumidor como "la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión". Y finalmente, en la Directiva 1999/44/CEE) referente a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, se señala como tal a "toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional".

Avanzando algo más en la consideración o no de consumidor del demandante, hemos de referirnos a la reforma del mencionado *art 3 TRLGCU por la Ley 3/2014 de 27 de marzo*. Así, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el *art. 1.1° C Com.*

Así viene declarado por nuestro TS en sus recientes sentencias de fecha 16 de enero de 2017 y de 30 de enero de 2017, en la que textualmente y en relación con la posible adquisición con finalidad de inversión en parte, dice lo siguiente: «La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación

de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión»...

Por todo lo expuesto, hemos de considerar la condición de consumidor del demandante de acuerdo con la normativa aplicable.

**SEGUNDO.-** Entrando en el fondo del asunto, y al respecto de la cláusula suelo la Sentencia del Pleno del TS de 9-5-13 parte de la consideración de que las comúnmente conocidas como "cláusulas suelo " tienen el carácter de condición general de la contratación por estar preredactadas y predispuestas por las Entidades financieras prestamistas para su incorporación a una pluralidad de contrato y no están en realidad negociadas individualmente, y añade el TS, que 'la existencia de una regulación normativa bancaria en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores no es óbice para que la Ley de Condiciones generales de la Contratación) sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario. Se refiere el Tribunal a la Orden de 5-5- 12. sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que, tienen un alcance meramente formal tendente a promover un efectivo conocimiento por parte del prestatario de aquellas cláusulas de contenido económico del préstamo de mayor relevancia. Deber de información que se extiende a la fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia orden Ministerial, una mayor capacidad de elección del consumidor. Pero las recomendaciones de dicha Orden en absoluto quieren decir que en la práctica real se materialicen las obligaciones formales establecidas en la misma con una verdadera fase de negociación entre la entidad financiera y el consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas cláusulas. Al contrario, es una realidad notoria que las cláusulas del tenor de las aquí examinadas son redactadas siempre por la entidad financiera que con posterioridad las incorpora, primero a la oferta vinculante a que se refiere el art. 5 de existir la misma y posteriormente las plasma en la escritura de préstamo, cuyo contenido, presume la norma, ha de coincidir con la oferta vinculante, Consecuencia de lo anterior y estando las cláusulas preredactada por la entidad, corresponde a esta acreditar que la cláusula ha sido objeto de negociación individual La STS citada, también destaca, que la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés forma parte imprescindible del precio que debe pagar el prestatario y define el objeto principal del contrato, pero ello no impide que deba efectivamente analizarse el control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta cuando se proyecta sobre elementos esenciales del contrato, teniendo por objeto que el adquirente conozca, o pueda conocer, con sencillez, tanto la que pudiera llamarse "carga económica", que realmente supone para él el contrato celebrado, esto

es la onerosidad o sacrificio matrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se requiere obtener como la carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica, tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

**TERCERO.-** Partamos de la base, de que las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato, así como -repetimos- conocer el real reparto de riesgo de la variabilidad de los tipos. Es preciso que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia, cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forme imperceptible, en su beneficio. Corresponde, ciertamente, a la libre iniciativa empresarial el fijar el interés al que presta el dinero y el diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comunique de forma clara, comprensible y destacada cuál es ésta, pues el diente debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado pues un diferencial variable a un tipo superior podría aprovecharse mejor de las bajadas de los tipos de interés que otro inferior al que se adiciona, sin embargo, una cláusula suelo con una barrera superior. De ahí el hincapié en la exigencia de transparencia por parte de la jurisprudencia del TS.

La ya citada STS de 9-5-13, para llevar a cabo ese control de transparencia ha marcado una serie de directrices, a saber:

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutan en una disminución del precio del dinero que se revelaría como engañosa al desplazar el foco de atención del consumidor, cuando, en realidad se estaría tratando de una operación con un interés mínimo fijo que difícilmente se beneficiara de las bajadas del tipo de referencia (tipo nominalmente variable al alza y a la baja sería en realidad exactamente variable al alza).
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato por cuanto las Entidades le dan un tratamiento impropriamente secundario, el consumidor no percibe su propia relevancia.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación imprescindible a la fijación de un techo (o tipo máximo de interés), pues la oferta conjunta de ambos puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascarados y diluyen la atención del consumidor

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de constatar, en fase precontractual.

f) La inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible, sobre el coste compartido con otros productos de la entidad Las referencias expuestas no constituyen un catálogo exhaustivo de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquiera otra, ni tampoco la presencia aislada de alguna de ellas es condición suficiente para que deba considerarse una cláusula suelo (o suelo-techo) como no transparente como se encargó de precisar el Auto del Tribunal Supremo de 3-6-13, aclaratorio de la referida STS de 9-5-13,

**CUARTO.-** En el presente supuesto veamos si las cláusulas en cuestión n el control de transparencia aludido. Las mismas figuran en los contratos, y fija sin que en ningún caso los tipos de interés pueda llegar a ser inferiores al 3,50%. Insistir debemos en que como dijo la STS de 9-5-13, las cláusulas suelo son lícitas. Su Inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas. No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes, su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado. La condena a cesar en su uso y a eliminadas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus actos, sino en la falta de transparencia y ésta no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de información suministrada. Pues bien a la vista de lo expuesto consideramos que la cláusula suelo impugnada era abusiva, y por ello, debía ser anulada , por cuanto, aun siendo verdad que su redacción no resulta muy enrevesada pero se encuentra inserta en una maraña de información sobre los intereses tanto en la cláusula anterior como en lo expuesto a continuación y aún teniendo en cuenta que el prestatario pudo elegir libremente cualquiera de las ofertas que hay en el mercado, y aún también, teniendo presente que el Notario intervino, al advertir las condiciones de la operación» manifestación de los otorgantes de su consentimiento informado, a pesar de todo eso. Insistimos la cláusula no superar el control de transparencia; pues si acudimos al auto del TS de 3-6-13, aclaratorio de la STS de 9-5-13, observamos que afirma que "el perfecto conocimiento de la cláusula, de su transcendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios". Y concluye:"... La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución presumible para el ... a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más que al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin

necesidad de que concurra ningún otro requisito...". Y ello resulta, sin duda aplicable al supuesto enjuiciado ya que no se ha acreditado que a la actora se le ofreciera la información exigida, y la carga de tal acreditación era de la entidad bancaria (Sentencias de esta Sala de 10-12-12 y 10-5-13).

No consta, pues, en conclusión, que la demandada, se haya dado información clara, precisa y transparente sobre la aplicación de desarrollo de la cláusula suelo en cuestión a lo largo de la ejecución del contrato realizando simulaciones de los distintos escenarios ante la razonablemente presumible evolución de los tipos de interés, con la expresa advertencia de la inaplicabilidad del índice de referencia cuando los tipos bajaran de la presión contractual. Por ello, compartimos la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión. En suma, en el caso se comprueba que no hay prueba alguna de que CAIXABANK S.A., incidiera en la cláusula suelo en su negociación con el consumidor, para que éste fuera perfectamente cabal de lo que estaba contratando y en fin de cómo iba a devolver el préstamo, pues ninguna prueba se ha practicado acreditativa de ello.

**QUINTO.-** De lo que ha quedado expuesto, hemos de incidir a continuación sobre los efectos de la nulidad de dicha cláusula, pues la falta de transparencia e indebida incorporación de las cláusulas discutidas es determinante de su abusividad y por ende de nulidad de las mismas, aunque no del contrato. Consecuencia de ello procede estimar la demanda en tanto solicita la nulidad de la cláusula en cuestión por lo que habrán de serle reintegradas tal y como solicitó la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas conforme a lo recogido en el artículo 1303 C.c., solución que tras un periodo en el que se entendía la aplicación de la doctrina del TS. esto es. la retroactividad hasta el 6 de mayo de 2013, finalmente ha sido acogida la solución prevista en el C.c. por el TJUE en la sentencia publicada el día 21 de diciembre de 2016 solución acorde a los artículos G 1 y 7 d - la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, por ello estimamos procede el reintegro de la totalidad de la cantidad desde la celebración del contrato, hasta la eliminación de dicha cláusula.

**SEXTO.-** Respecto a te cláusula de gastos, tal y como recogen numerosas sentencias y que de forma resumida traslada la de la AP de Barcelona de 25 de marzo de 2019 "La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en dos resoluciones distintas respecto del carácter abusivo de las cláusulas relativas a los gastos del contrato de préstamo hipotecario (i) la STS 705/2015. de 23 de diciembre de 2015. en el ámbito de una acción colectiva, y (ii) la Sentencia 147/2018, de 15 de marzo de 2018 en el ámbito de una acción individual

En la STS 705/2015 de 23 de diciembre de 2015, el TS justifica el carácter abusivo de la cláusula de gastos en que aparecía expresamente recoja en el listado de cláusulas que la Ley considera



abusivas (la llamada lista negra), concretamente, en el artículo 89.3ª del TRLGDCU. También alude a que la estipulación ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, lo que replica una remisión a la norma general sobre cláusulas abusivas del artículo 82.1 del RDL 1/2007 (EDL 2007/557) (artículo 3.1 de la Directiva 93/13) (EDL 1993/1561 C« que c ce lo siguiente "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.

Las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo de 2018, insisten en esa misma idea y la desarrollan en relación con los efectos, esto es, analizan a qué concretos conceptos alcanza la declaración de nulidad. De todas esas sentencias del TS podemos deducir que el fundamento de la abusividad de la cláusula de gastos en la jurisprudencia del TS es doble;

(i) De una parte, porque se encuentra expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la Ley tipifica como abusivas en concreto en las del artículo 89.3º TRLGDCU.

(ii) De otra, en la cláusula general de abusividad del art. 82 TRLGDCU al considerar el Tribunal Supremo que se trata de una cláusula que impone al consumidor todos los gastos de forma indiscriminada."

Debiendo destacarse que la parte actora realmente reclama la restitución de los gastos de notaría, registro y gestoría.

No cabe ninguna duda de que estamos ante una condición general de contratación conforme a lo establecido por el artículo 1.1 de la Ley 7/1998 y la Directiva Europea 93/13) "las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"

Tampoco puede existir ninguna duda de que, pese a que se especifiquen ciertos gastos, comisiones, tal y como recoge la sentencia que la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de enero de 2018. el carácter omnicomprensivo de la repercusión de los mismos justifica su declaración de nulidad p abusiva y su expulsión del contrato Precisamente, por no distribuir de forma equitativa los mismos, por ignorar por completo quién es el obligado legalmente o reglamentariamente a su abono o por no valorar quién pudiera ser el único beneficiado por ellos.

Ya existe una jurisprudencia clara del Tribunal Supremo sobre cada uno de los gastos cuya devolución se interesa en el presente procedimiento.

Así respecto a los aranceles notariales y registrales; ha establecido el Tribunal Supremo "El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto 'La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables' (numero 2°). como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3°). 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. 89.3.3° letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art, 89.3.3° letra c). Asimismo, se consideran siempre abusiva \_ las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4°) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89,3.5°).

Los gastos de notaría deben imponerse por mitad. Según recoge el Tribunal Supremo el artículo 63 del Reglamento de Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en el Arancel, la norma sexta del anexo II del RD 1426/1989 de 17 de noviembre 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 fueran varios a todos ellos solidariamente".

Precisamente, por dicho motivo, concluye el Tribunal Supremo afirmando que la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben restituirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (517.2.4 LEC) mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo con garantía hipotecaria a un interés generalmente más beneficioso que los que podrían obtenerse en otros préstamos sin dicha garantía.

Gastos del Registro de la Propiedad. El Real Decreto 1427/1989 de 17 de noviembre establece en su norma octava, anexo H, apartado 1° que " los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles

también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b y c del artículo 6 de la ley hipotecar' se abonarán por el transmitente o el interesado".

Es decir, recoge el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre otras en las dictadas el 23 de enero de 2019, que el criterio en este caso no es quien pueda resultar beneficiado sino que el gasto le corresponde a aquél a cuyo favor se inscribe o anote el derecho. Razones por las que dado que la garantía se inscribe a favor de éste. debe quien asuma el coste que se genere por la actuación.

Por todo ello, las cláusulas controvertidas son nulas ya que implican un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, lo que determina su abusividad, tal y como ha manifestado reiteradamente el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de enero de 2019, entre otras.

En cuanto al efecto de dicha nulidad no puede ser más que la condena a la entidad a la restitución de los importes indebidamente abonados por el cliente y que debieran haber sido pagados por la misma, conforme a los criterios descritos, es decir, deberá abonar a la actora el 50% de los gastos de notaría por importe de 364.41, el 50 los gastos de gestoría por importe de 18C.Q06 euros y el 100% de los gastos de Registro por importe de 217,35 euros, lo que hace un total de 761,76 euros.

**SÉPTIMO.-** Para dar solución a la solicitud de nulidad de la cláusula que sustenta los intereses moratorios establecidos en el préstamo hipotecario, consistente en aumentar 8 puntos el interés remuneratorio aplicable, con las siguientes consideraciones y conclusiones:

1.- El Auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 (Asunto C-602/13) no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios. sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 4.3 y lo hace de la siguiente forma:

*«...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas,.... (el juez no puede). reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicho facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 (al), eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Es cierto*

*que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva 'por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art 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"»*

2 - De la misma manera, la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482 /13, C 484/13, C 485/13 y C-487 13) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor diciendo. *«Es dado 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 art. 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 nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando al consumidor en ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización»*

3. - El Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ya referido ha dispuesto:

*« Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del art. 4, apartado 1 del Decreto- ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del art. 1108 del Código Civil, se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerado, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13), el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios.*

*»Así pues, no cabe sino considerar que. en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de las normas nacionales.*

*»Los arts. 6, apartado 1. y 7 apartado 1. de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario,*

*siempre que la aplicación de tales normas nacionales no prejuzgue la apreciación del carácter "abusivo" de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva».*

4. - El mismo auto del TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de Intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que. en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no. A cuyo efecto nos dice: *«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo"-en el sentido del art. 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».*

5. - En este sentido, cualquier comparativa que efectuemos entre los intereses moratorios establecidos en la escritura de préstamo hipotecario que nos ocupa, con otros intereses moratorios previstos normativamente en nuestro Derecho, incluso atendiendo a las previsiones del propio Tribunal Supremo (incremento en más de dos puntos porcentuales los intereses remuneratorios pactados; STS de 22.04.15) nos llevaría a la conclusión de considerar abusivos los intereses moratorios establecidos en la escritura que nos ocupa y con ellos nula la cláusula no negociada individualmente (cuando menos no se haya acreditado que lo fuera), que los ampara, precisamente, por tal abusividad.

Debiendo recordar que el TJUE no admite que el límite cuantitativo del artículo 114.3 LH tenga como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas (*"...De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora (STJUE de 21.01.2015), ni mucho menos que. una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, sea directamente aplicable.*

6. - Por lo tanto, siendo la doctrina emanada del TJUE aplicable al presente supuesto, no podemos más que concluir que en el préstamo hipotecario que nos ocupa, se ha establecido un

inaceptable interés moratorio (claramente abusivo) que supone un incremento de 8 puntos porcentuales sobre el remuneratorio, por lo que no cabe duda el carácter abusivo de la cláusula por la que se establece el interés de demora en el referido contrato de préstamo, teniendo en cuenta, insistimos, que, en ningún caso, la parte actora ha acreditado que la misma fuera objeto de negociación alguna Y es que resulta evidente, como otro parámetro a tener en cuenta para declarar la abusividad de una cláusula según el TJUE, que la demandada, como profesional, no podía, en ningún caso razonablemente estimar que, tratando de forma legal y equitativa con el consumidor (parte actora), éste hubiera aceptado esa cláusula en el marco de una negociación **individual** (STJUE de 14 03.2013).

7. - Y la consecuencia de ello la ha previsto el mismo TJUE, al establecer, como ya dijimos, la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13), cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios: debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos, Es más. el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no. Por tanto, y atendiendo al principio de "no vinculación", consagrado por el TJUE, la entidad financiera no podrá cobrar cantidad alguna en concepto de intereses moratorios para el caso de impago por parte del prestatario, sin perjuicio del devengo de los intereses remuneratorios, tal y como ha establecido la reciente STS de 28 de noviembre de 2018.

**OCTAVO.-** Respecto a la nulidad de la cláusula que establece el afianzamiento, la renuncia establecida en el préstamo hipotecario a los beneficios de orden, división y excusión que recogen los arts. 1830 y ss del Código Civil, vulnera lo previsto en el art. 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de Abril de Condiciones Generales de la Contratación, en cuanto a que determina nulas las condiciones generales abusivas como las previstas en el art. 10 bis y DA 1ª de la Ley 27/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Norma refundida en la actualidad en el RDL 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, debiendo tenerse en cuenta especial [en lo referente a cláusulas abusivas) los arts. 80 y siguientes del mencionado RDL 1/2007.

La renuncia a los derechos de excusión, división y orden coloca a los fiadores solidarios en una situación semejante a la del deudor principal, pese a no serlo, lo que supone un desequilibrio injustificado que perjudica a los consumidores.

Se trata de una estipulación no negociada individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Finalmente, debe afirmarse que una previsión como la discutida; un aval a un contrato de préstamo que ya contaba con garantía hipotecaria, en absoluto, puede considerarse "definición del objeto principal del contrato" del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, pues en definitiva se trata de un préstamo al que se añaden dos garantías, una real hipotecaria, y otras personales, que podría subsistir sin tales avales, sin la hipoteca e incluso sin el interés remuneratorio, puesto que el contrato de préstamo es esencialmente gratuito según el art. 1755 del Código Civil que establece " no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado".

**NOVENO.-** En cuanto a la comisión por reclamación de posiciones deudoras por importe de 15 euros estipulada en el contrato de 29 de Junio de 2012 hemos de decir que el art. 80.1 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 (TRLGDCU) dispone que. en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir, entre otros, el requisito de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

El Art. 85 TRLGDCU dispone; Cláusulas nulas por vincular cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario: (3) Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso que concurren motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse, unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él. siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo

aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

(6) Las cláusulas que suponga la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuaria que no cumpla sus obligaciones

El Artículo 36: cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.

Artículo 87: Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. (5) Las estipulaciones que provean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. (6) La fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Artículo 89: Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. (3) La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario.

Junto a lo anterior, la normativa bancaria, para la resolución del recurso planteado se ha tener en cuenta en la fecha de la contratación sobre esta materia es la siguiente - Orden de 12 de diciembre de 1989. sobre tipos de interés y comisiones normas de actuación, información a clientes y publicidad; de las entidades de crédito (derogada por la OM 2899/2011). El apartado quinto de su primer capítulo decía "Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente. No obstante, las entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España unas tarifas de comisiones y gastos repercutible- con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el negocio. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

La Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, dispone en su norma tercera apartado que "no se tarificarán servicios y operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimientos de sus obligaciones contractuales" así como que las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o



gastos habidos ", El artículo quinto de la OM de 19 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuaciones información a clientes y publicidad, señalando que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España reitera en su memoria que las comisiones de este tipo y su devengo está directamente vinculado con la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor debiendo analizar cada caso acreditando que efectivamente se han realizado gestiones encaminadas al recobro. Cuando la actividad sea prestada por entidades que no sean de crédito y sus agentes, se aplica la ley 2/2009 de 31 de marzo, que 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 que en su artículo 5 también establece que "las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito".

En el supuesto que nos ocupa nos encontramos ante una cláusula que establece un recargo por parte de la entidad demandada, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, que no responde al coste particular e individualizado de una actuación concreta que la misma haya podido desarrollar sino que se trata de una cuota fija que el prestatario se ve obligado a abonar por el simple hecho de incurrir en descubierto, aunque dicho descubierto se regularice de forma inmediata a producirse, además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora, por lo que a tenor de lo expuesto es claro que la cláusula supone imponer al consumidor injustamente una carga carente de fundamento, encontrándose suficientemente sancionada su conducta incumplidora a través del recargo por intereses de demora, por lo que no cabe sino concluir que la citada cláusula debe ser declarada nula por abusiva.

**DÉCIMO.- Cláusula de reserva de la facultad de transferir a cualquiera los derechos, acciones y obligaciones dimanantes del contrato sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia** El artículo 242 del Reglamento hipotecario dispone que del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222. a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley. Es por ello que se considera que la cláusula no cumple el mínimo deber de transparencia e información al deudor.

La STS (*Sala de lo Civil, Sección 1ª*) núm 792/2009 de 16 de diciembre declara la abusividad de una cláusula de renuncia a la notificación de una cesión de contrato, si b en el propio Tribunal Supremo hace extensible su conclusión al supuesto de la cesión del crédito hipotecario: " *Para responder a este motivo debo significarse que la cesión a que se refiere la cláusula lo es de*

contrato. Así resulta de la referencia a préstamo, y no a derecho de crédito derivado del préstamo, y de manera incontestable resulta en el texto de la póliza de Caja Madrid [no recogido en el fundamento de la resolución recurrida] que se refiere a transferir «todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que, el efecto, le concede el art. 149 de la vigente Ley Hipotecaria ». A pesar del confusionismo del texto, no cabe duda de que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir en su totalidad unitaria como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio y 6 de noviembre de 2.006. 8 de junio de 2.007, 3 de noviembre de 2.008. 30 de marzo de 2.009). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento (SS. entre otras, 19 de septiembre de 2.002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2.003, 19 de febrero de 2.004, 16 de marzo de 2.005, 29 de junio de 2.006, 8 de junio de 2.007, 3 de noviembre de 2.008), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, en el caso apartados 2ª -reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del Contrato sin motivos válidos especificados en el mismo-, (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar alguna de las garantías de éste), y 14 -imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor-, como de la normativa general de los arts. 10.1,c) y 10 bis. 1. párrafo primero, de la LGDCU).

Sostiene la resolución impugnada que la cláusula genérica que transcribe recoge una cesión de crédito, y no una cesión de contrato, y acoge la tesis de la parte recurrida de que la cláusula no se opone a la aplicabilidad de los artículos 1.198, 1.527 y 1.887 CC.

Si así fuere, la cláusula [que transcribe la resolución recurrida] no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts 1.112, 1.528) y 1.878 CC y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido (SS. 1 de octubre de 2.001, 15 de julio de 2.002, 26 de marzo y 13 de julio de 2.004. 13 de julio de 2.007, 3 de noviembre de 2.009). 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. 1.288 CC), es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponerle la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cadente) 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 (S. 1

de octubre de 2,001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales). La 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 e; apartado 11 de la DA 1ª LGDC) que considera abusiva la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos". La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC) se justifica por imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente. La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El art. 149 LH admite que puede 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 esta 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)"*

La cláusula se declara nula por razón de abusividad y se tiene por no puesta en el contrato.

Por consiguiente, si el propio Reglamento hipotecario considera la notificación como un derecho del deudor, tiene justificación que se considere abusiva al amparo de lo que establece el art. 86.7 TRLGDCU, es decir, la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario, aunque nos cueste comprender cuáles sean realmente los presuntos derechos a los que se refiere la renuncia.

Es por ello que se considera que la cláusula no cumple el mínimo deber de transparencia e información al deudor.

Finalmente en cuanto a la cuantía del procedimiento, versando la presente demanda sobre nulidad por abusiva de una cláusula de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, es correcto acudir al Juicio Ordinario, con fundamento en el artículo 249.1.5º de la L.E.C que prevé que las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la

contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, se decidirá por los trámites del Juicio Ordinario, cualquiera que sea su cuantía.

La cuantía de este tipo de reclamaciones será indeterminada toda vez que:

Se trata de un Procedimiento en el que la «ACCIÓN PRINCIPAL» que se ejercita es la de nulidad de la cláusula suelo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 249.1.5° de la L.E.C. que señala que:

*«Se decidirá en Juicio Ordinario, cualquiera que sea su cuantía;*

*[...] 5° Las demandas que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12° del apartado 1° del artículo 250».*

De tal forma que se ha fijado con absoluta claridad y precisión el objeto del Procedimiento, que no es otra sino la declaración de nulidad de la cláusula suelo, por no superar los controles de inclusión y de transparencia.

Siendo que la devolución de cantidades, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.303 del C.C., es una consecuencia lógica de la declaración de nulidad, que no puede ir por separado de dicha petición principal. Pero, no deja de ser una petición accesoria a la acción principal y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 de la L.G.D.C.U. No necesitando de petición expresa, debiendo acordarse de oficio por el Órgano Juzgador, tal y como dispone el Tribunal Supremo en sus sentencias, ya que se trata de los efectos legales inherentes de la declaración de nulidad no tratándose de acciones distintas sino todo lo contrario, la devolución de cantidades es consecuencia lógica de la declaración de nulidad. Por tanto, no pueden solicitarse de forma separada. Pero es más. si observamos lo dispuesto en el artículo 251 de la L.E.C), que contiene las reglas de determinación de la cuantía, aparentemente no encontramos ninguna en la que tenga encaje la acción de nulidad de la cláusula suelo, por lo que podríamos concluir que estamos ante cuantía indeterminada.

**DÉCIMOPRIMERO.** Estimada sustancialmente la demanda se imponen las costas a la parte demandada, dada la estimación de la demanda al haberse declarado la nulidad de pleno derecho solicitada por el actor siendo que la diferencia de cantidades por las que prospera la demanda no afecta en absoluto a su pretensión principal, sino únicamente a las consecuencias restitutorias de la misma.

Por último, hemos de considerar la doctrina establecida por el Pleno del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 04.07.17 que, condenando en costas a CAIXABANK, tanto de la primera como

de la segunda instancia, (aplicable también al caso de autos) en un caso de nulidad de cláusula suelo, nos dice

*"Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera que 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 las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado, Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:*

1.a) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues no mantuvo en el art. 394. de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación "pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de Informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos En suma: se produciría un efecto disuasorio inverso – no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio."

Vistos los artículos citados y demás de aplicación al caso

#### **FALLO:**

Que ESTIMANDO sustancialmente la demanda interpuesta por la parte actora, mediante su representación procesal en autos, contra la entidad demandada CAIXABANK S.A:

1. - DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la estipulación referente a la "cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo suscrito por el actor y la demandada

en virtud de la cual se fijó como límite mínimo a la variación de los tipos de interés

3,50%.

2. - DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades que se hayan cobrado de más mediante la aplicación de dicha cláusula en el periodo de tiempo comprendido de Enero a Septiembre de 2013, a determinar en ejecución de sentencia mediante la realización de los siguientes cálculos:

a) Cálculo matemático consciente en restar a las cantidades realmente abonadas durante dicho período, las que se deberían haberse abonado conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene -sin cláusula suelo- — y a todos los efectos a ello inherentes en cuanto a la modificación del capital pendiente de amortización y la realización de las revisiones sucesivas, así como los intereses de las cantidades abonadas de más desde el momento de su pago hasta su devolución por aplicación del tipo de interés legal del dinero, incrementado en dos puntos desde el dictado de la sentencia, condenando a la entidad demandada igualmente a realizar un nuevo cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable sin la aplicación de la cláusula suelo.

3. - DEBO DECLARAR y DECLARO la nulidad de pleno derecho de la cláusula predispuesta

como condición general de la contratación, referida a la cláusula de gastos las cuales habrán de tenerse por no puestas quedando eliminadas del contrato^

4. - DEBO CONDENAR y CONDENO a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora en concepto de gastos notariales, registrales y de gestión la cantidad de 761,76 euros, más el interés legal del dinero desde el cobro indebido, incrementado en dos puntos a partir del dictado de esta sentencia.

5. - DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de pleno derecho de la cláusula de la indicada escritura de préstamo hipotecario relativa a los intereses moratorios, condenando a la demandada a que, con efecto restitutorio, devuelva a la actora las cantidades cobradas en virtud de la referida cláusula, más los intereses legales correspondientes.

6. - DEBO DECLARAR y DECLARO la nulidad de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas debiendo terminar las mismas manteniendo el resto del contrato, debiendo devolver la de cantidad lo indebidamente cobrado por comisiones por reclamación de posiciones deudoras, más el interés legal del dinero desde el cobro indebido, incrementado en dos puntos a partir del dictado de esta sentencia,

7. -DECLARAR y DECLARO la nulidad de la cláusula litigiosa relativa al afianzamiento del contrato de préstamo hipotecario, la cual habrá de tenerse por no puesta, quedando eliminada del contrato.

8. - DEBO DECLARAR y DECLARO la nulidad de la cláusula que impone la cesión del crédito sin notificación al prestatario.

9. - DEBO DECLARAR y DECLARO la subsistencia del resto del contenido del mencionado contrato de préstamo hipotecario.

10. - DEBO CONDENAR y CONDENO a la entidad demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Iltma, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (artículo 55 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente de la notificación, en el que se deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 LEC. De conformidad con lo dispuesto en el punto 3º de la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, introducida por la LO 1/2009 de 3 de Noviembre, será necesario acreditar haber efectuado la consignación del depósito de 50 euros en la Entidad de Crédito o en la Cuenta de Depósitos y Consignación del Juzgado

Así por esta sentencia, la pronuncio. mando y firmo