



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 2
C/ Alcalde Juan Doreste Casanova- Plaza de
Vargas
Arucas
Teléfono: 928 21 15 00
Fax.: 928 21 15 03
Email.: mixto2.arucas@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Juicio verbal (250.2)
Nº Procedimiento: 0000340/2025
NIG: 3500641120250000937
Materia: Nulidad
Resolución: Sentencia 000207/2025
IUP: UR2025005702

Intervención:
Demandante
Demandado

Interviniente:
[REDACTED]
Bbva

Abogado:
Ezequiel Benito Sanchez
[REDACTED]

Procurador:
[REDACTED]
[REDACTED]

SENTENCIA

En Arucas, a 30 de abril de 2025.

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr./a. D./Dña. [REDACTED], JUEZ titular de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Arucas los presentes autos de Juicio verbal (250.2), nº 0000340/2025 seguido entre partes, de una como demandante D./Dña. [REDACTED], dirigido por el Letrado D./Dña. EZEQUIEL BENITO SANCHEZ y representado por el Procurador D./Dña. [REDACTED] y de otra, como demandada D./Dña. BBVA, sobre Nulidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Procurador D./Dña. [REDACTED], en la representación que tiene acreditada se interpuso demanda de Juicio verbal (250.2) en la que después de exponer los hechos y fundamentos jurídicos que aquí se dan por reproducidos, terminaba suplicando se dictase en su día Sentencia por la que se estimara la demanda, condenando a la demandada-

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda y convocadas las partes para la celebración del juicio verbal, compareció la actora, que se ratificó en sus pretensiones, solicitando el recibimiento del pleito a prueba. La demandada contestó a la demanda, oponiéndose y solicitando sentencia absolutoria con imposición de costas a la actora. Recibido el pleito a prueba, se practicaron los medios propuestos y admitidos con el resultado que es de ver en autos.

TERCERO: En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- En primer lugar es preciso analizar la cuestión referida a la excepción planteada relativa a lo que denomina prescripción de la acción.

Como bien sabemos, las acciones de nulidad no prescriben nunca, y es esta la que se

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o 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.





ejercita, junto con una pretensión accesorio de reclamación de cantidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que en los casos de nulidad absoluta o radical la acción es imprescriptible (SSTS de 21 de enero de 2003, RJ 563; 24 de abril de 2013, RJ 3692; 19 de noviembre de 2015, RJ 5501; 6 de octubre de 2016, RJ 4756). En este sentido, la citada STS de 19 de noviembre de 2015 dispone que “ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o adquisición de obligaciones subordinadas. Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo (RJ 2013, 4596))”.

Sin embargo, la acción para reclamar la restitución de las cantidades abonadas por el consumidor en aplicación de la cláusula de gastos nula sí prescribe, en un plazo de cinco años. Hasta el año 2015 el plazo general de prescripción del art. 1964 CC era de quince años.

La Ley 42/2015 modifica este precepto, reduciendo el plazo a cinco años. Es necesario examinar el juego temporal de estos plazos de prescripción. De una correcta interpretación de los arts 1939, 1964.2, 1969 CC y la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 42/2015 (que establece una eficacia retroactiva parcial) resulta lo siguiente. Si la acción de restitución ha nacido antes del 7 de octubre de 2015 (que es el día siguiente al de la entrada en vigor de la Ley 42/2015), la regla es que se aplica el plazo de prescripción de quince años, conforme a la vieja redacción del artículo 1964 CC. Pero si la acción debía de durar más allá del 7 de octubre de 2020, pues la prescripción de quince años debía operar después de esa fecha, la acción prescribe el 20 de octubre de 2020. En cambio, si la acción de restitución ha nacido después del 7 de octubre de 2015, prescribe a los cinco años, conforme a la nueva redacción del art. 1964.2 CC.

En cuanto al inicio del cómputo del plazo, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la buena fe de las partes sirve para valorar la “posibilidad de ejercicio de la acción” del art. 1969 CC, pues modula la diligencia exigible a los sujetos a los que afecta la prescripción. Así, el día a quo debe iniciarse desde que el consumidor conoció o debía haber conocido los hechos determinantes de su pretensión, esto es, que la cláusula era nula y, por tanto, él tenía derecho a reclamar ciertas cantidades. Si el prestatario conoce (o debía haber conocido) esa circunstancia, el plazo prescriptivo debe correr, pues no hay que proteger a un acreedor (prestatario) poco diligente. Como la prescripción funciona normalmente como excepción, la regla del conocimiento potencial (que podía haber conocido los hechos, si hubiera actuado con diligencia) opera en materia probatoria del siguiente modo: al deudor que alega la excepción (en este caso, al prestamista) le incumbe probar que el acreedor (prestatario) conocía los hechos que fundamenten la pretensión (esto es, la nulidad de la cláusula y la posibilidad de reclamarle algunas cantidades) o que se dan las circunstancias que deberían haber llevado al demandante (prestatario), actuando con la diligencia exigible, a conocer la nulidad de la cláusula.

Conforme a lo expuesto, no puede fijarse con carácter general una fecha concreta en la que debe comenzar a correr el plazo de prescripción. Habrá que estar al caso concreto, pues el



conocimiento o la posibilidad de conocer que la cláusula de gastos es nula puede variar de un consumidor a otro. Sin embargo, a estos efectos puede tener cierta importancia la STS de 23 de diciembre de 2015. Es esta la primera vez en la que el Tribunal Supremo declara abusiva la cláusula de gastos. Dada la notoriedad de la sentencia y la enorme publicidad que se ha hecho de la misma, podría sostenerse que desde la publicación de esta sentencia (el 21 de enero de 2016, que es cuando se publica en la web del Consejo General del Poder Judicial) el consumidor podía conocer que la cláusula de gastos era nula y que él podía reclamar al prestamista el abono de ciertas partidas económicas. Ello no significa que esa fecha deba constituir el dies a quo de la acción de restitución de cantidades en todos los casos, pues algunos consumidores, dadas sus circunstancias personales, quizás habían conocido (o podían haber conocido) antes esos datos. En definitiva, aunque hayan transcurrido más de quince años desde que el prestatario pagó ambas comisiones, no por ello habrá prescrito su derecho a reclamar la devolución de esas cantidades. Pues el dies a quo del plazo de prescripción se retrasará hasta que el prestatario conoció o debió haber conocido que era titular de ese derecho, debiendo entenderse que como muy tarde debió haber conocido esos hechos el 21 de enero de 2016.

Por tanto, la acción no está prescrita.

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora, una acción declarativa de nulidad de diversas condiciones generales de la contratación, contenidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria que nos ocupa.

En concreto, se solicita la nulidad, en primer lugar, de la Clausula de la comúnmente conocida como "Cláusula IRPH ". Se interesa dicha declaración de nulidad por entender que la cláusula es abusiva y que adolece de falta de transparencia y de gastos a cargo del prestatario que trataremos de forma separada.

SEGUNDO.- El contrato de préstamo hipotecario en el que se insertan las cláusulas cuya nulidad se insta, dada su tipología, dado su objeto (financiación para la adquisición de vivienda) y dado el carácter de las partes contratantes (entidad prestadora del dinero y particulares ajenos a actividad comercial o empresarial), se encuentra en el ámbito de la contratación de consumo, siéndole de aplicación la normativa especial de defensa de consumidores, tanto de carácter comunitario, como nacional.

En el ámbito comunitario la piedra angular para la defensa de los consumidores es la Directiva 93/13/CEE el 30 de septiembre de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, "Directiva 93/13/CEE"). Y es que esta norma tiene carácter de disposición imperativa "que pretende reemplazar el equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas" (Sentencias Mostaza Claro, Pannon GSM y Asturcom Telecomunicaciones, entre otras Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "TJUE").

El sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE parte de la premisa de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo



referido a la capacidad de negociación, como en lo referido al nivel de información. Esta situación de inferioridad le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

El apartado primero del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE señala que se considerarán abusivas las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente "(...) si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

A continuación el apartado segundo del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE afirma que "Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión." Y añade dicho precepto que "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión." Asimismo asume la carga de la prueba "El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente".

En el Anexo a la Directiva, al que se remite el artículo 3, apartado 3, se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas, en su número 1, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. No obstante, la lista que contiene el referido anexo sólo sirve como orientación sobre qué tipo de cláusulas pueden ser declaradas abusivas, y no tiene carácter exhaustivo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE "El carácter abusivo de una cláusula contractual ha de apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa". Establece el segundo apartado de dicho precepto una limitación al señalar que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

Además, el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE prevé las consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula entre consumidor y profesional. Así, dicho precepto impone a los Estados miembros la obligación de establecer que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional no vincularán al consumidor, y prevé "que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

La Directiva 93/13/CEE ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia del TJUE. A título de ejemplo, entre otras muchas numerosas resoluciones, puede destacarse la Sentencia de 30 de mayo de 2.013 dictada en el asunto C-488/11, que resume la posición actual del



TJUE en defensa de los consumidores, haciendo referencia, entre otras, a las importantísimas Sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, asunto C-618/10 , y de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, asunto C-472/11 .

Recuerda dicha Sentencia que "el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios a estos efectos, deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional".

Y además incide dicha Sentencia en que "(...) el papel que el Derecho de la Unión atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello".

Es importante reseñar que la citada Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2.013 dictada en el asunto C-488/11 señala las consecuencias que debe deducir el juez nacional de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual. Y es que, como se afirma igualmente en las Sentencias del Banco Español de Crédito, y de y Banif Plus Bank, el TJUE ha interpretado el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor.

Esta vertiente jurisprudencial ya se reflejaba de firma clara en la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2.009, Pannon GSM, asunto C-243/08 , que afirmó con rotundidad que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello.

La Sentencia del TS de 9 de mayo de 2.013 , en relación a las cláusulas suelo estableció el ya clásico paradigma de que al ser tales cláusulas definidoras de un elemento esencial del contrato, como es el precio, no procede el control judicial de su equilibrio. En consecuencia el TS veta el control de equilibrio en cláusulas definidoras de elementos esenciales del contrato.

En cuanto a la normativa nacional, la Directiva 93/13/CEE fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico fundamentalmente a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, "Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación"), en la que se llevó a cabo la incorporación de la citada Directiva mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera , modificaba el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Actualmente estas disposiciones legales junto con otras normas de transposición de Directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios, se hallan refundidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se



aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante "RDL 1/2007"), que derogó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los consumidores y usuarios y entró en vigor el 31 de noviembre de 2.007.

Entre sus preceptos, cabe destacar el artículo 3, que establece que "son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". Además han de destacarse igualmente el artículo 82, que define las cláusulas abusivas, y el artículo 83 que señala que " las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. (...)".

Situados en el marco legal y jurisprudencial es importante poner de manifiesto que la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2.013 desarrolló además una serie de parámetros a tener en cuenta para determinar el carácter abusivo de una cláusula, y para verificar realizar el necesario control del equilibrio en las cláusulas suscritas en la contratación con consumidores.

No obstante, en este punto ha de traerse a colación la relevante Sentencia del TS de 9 de mayo de 2.013 . Dicha Sentencia concluye, como ya se ha indicado, que, siendo definida una determinada cláusula (en el caso de la sentencia, la cláusula suelo) como un elemento esencial del contrato como es el precio, debe excluirse el control de su equilibrio, conforme al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE . Este argumento es aplicable a todos aquellos conceptos que se consideren un elemento esencial del contrato.

Así pues, según el TS las cláusulas que forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, define el objeto principal del contrato, al cumplir con una función descriptiva esencial. Afirma el TS que el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. Sin embargo, pese a la afirmación anterior, concluye el TS que "sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio".

Se plantea por la parte demandante, como una de las cuestiones, la nulidad de la cláusula IRPH, por producir desequilibrio y ser por tanto abusiva. En este caso, como ya se ha indicado, no puede llevarse a cabo un control del equilibrio en la relación entre consumidor y profesional respecto de la referida cláusula, por ser ésta definitoria de un elemento principal . Sin embargo, la Sentencia del TS analiza la posibilidad de que se someta la cláusula a un doble control de transparencia.

Según el TS, el primer control a realizar es a efectos de incorporación en el contrato según las exigencias generales de los artículos 5.5 y 7 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación , en relación con la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) : redacción transparente, clara, concreta y sencilla, con oportunidad real de ser conocidas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Y ello "tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores" . Es preciso puntualizar que la citada Orden Ministerial es de aplicación en los supuestos en los que el capital prestado es inferior a 150.000 euros.



El segundo control a realizar tiene por objeto constatar que "(...) la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" . En consecuencia, afirma el TS que "las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de tipos" sin que " sea preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo - máxime cuando el recorrido al laza no tiene límite-" . En consecuencia, el segundo control de transparencia requiere verificar la "comprensibilidad real " de la importancia de la cláusula suelo "en el desarrollo razonable del contrato", y determina la licitud de la cláusula en el ámbito de consumo, si el consumidor puede identificarla como definidora del objeto principal del contrato.

Así puede resumirse, en líneas muy generales y a grandes rasgos, el actual marco normativo y jurisprudencial en materia de contratos bancarios celebrados entre un profesional y un consumidor. En este marco, analizaremos las cláusulas objeto del presente litigio.

TERCERO.- Entrando a valorar las cuestiones controvertidas planteadas, respecto de la Clausula IRPH, ha de concluirse, en primer lugar, que la cláusula controvertida constituye condición general de la contratación. Ello puesto que está incorporada como modelo tipo a una pluralidad de contratos, y ha sido predispuesta por el empresario, de tal modo que el adherente no tiene otra posibilidad que aceptarla o rechazarla, sin posibilidad de negociar de forma singularizada, reuniendo por tanto los requisitos que el artículo 1 apartado primero de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación exige para que se trate de una condición general de contratación.

En segundo lugar, la documental aportada con la demanda y en la audiencia previa evidencia, aunque no se ha discutido este extremo, que la parte demandante ostenta la condición de consumidor, en la acepción que recoge el artículo 3 del RDL 1/2007 . Así, consta que el objeto del préstamo hipotecario no tiene relación alguna con una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión de la parte prestataria.

Ello conllevaba la consiguiente obligación de la entidad bancaria de advertir sobre la cláusula IRPH, y cumplir sus correspondientes deberes de transparencia e información con adecuada diligencia.

En tercer lugar, ha de concluirse que no procede realizar un control de equilibrio de la cláusula IRPH, tal y como se ha argumentado en el Fundamento Jurídico anterior, al que se hace remisión. Pero sí ha de verificarse un control de transparencia en los términos exigidos por la jurisprudencia del TS.

Esta cuestión ha resultado muy discutida en los últimos años, dadas las particularidades de la Clausula IRPH. Sin embargo, la STJUE de 3 de marzo de 2.020, dictada en el caso Gómez del Moral Guasch (C-125/18), ha venido a zanjar esta discusión. El TJUE declara en dicha Sentencia que la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre



un consumidor y un profesional, en virtud de la que el tipo de interés que pagaré el consumidor varía en función del índice de referencia basado en los préstamos hipotecarios de las cajas de ahorros, índice que está previsto en la normativa nacional, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, "cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa." Esto se explica porque esa cláusula no refleja disposiciones legales o reglamentarias de carácter imperativo, a efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE .

Procede, por tanto, efectuar los controles de transparencia. La Sentencia del TS de 9 de mayo de 2.013 , desarrolla una serie de parámetros orientativos. Se trata de unos indicios que, de concurrir, pueden permitir apreciar esa comprensión real del consumidor de que la cláusula controvertida forma parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica. Y es que en definitiva, debe verificarse si el consumidor comprende la cláusula incluida en el contrato en cuestión.

Los criterios que señala el TS pueden resumirse, entre otros, en aspectos tales como que

- 1) La transparencia material en contratos de consumo se refiere al control de la existencia de una información suficientemente clara que permita la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato; que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener.
- 2) Que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.
- 3) Que no esté enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.
- 4) Si existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- 5) Si hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- 6) Que se haya informado perfectamente del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo.
- 7) Si, pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, se le da un tratamiento impropio secundario, en el sentido de no llegar a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas del prestatario, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

En la Sentencia de 3 de marzo de 2.020, el TJUE aborda de nuevo la cuestión de las facultades de los jueces nacionales a la hora de comprobar la transparencia de una cláusula que se refiera al objeto principal del contrato. El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE establece que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá, entre otros, a la definición del objeto principal del contrato, siempre que dichas



cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. El TJUE ha destacado a ese respecto que las cláusulas contractuales deben siempre cumplir el requisito de la redacción clara y comprensible, insitiendo en que "la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras."

Es preciso, en definitiva, realizar el ya clásico doble control de transparencia, formal, y material.

En el presente caso, la simple lectura de la Cláusula IRPH permite concluir que su redacción es concreta, sencilla y comprensible. Se da, por tanto, transparencia formal en su incorporación.

A la hora de analizar si se da transparencia material, es preciso analizar los aspectos controvertidos planteados por la entidad demandada.

Por una parte, ha de analizarse si el hecho de que la parte demandante haya cumplido durante un largo periodo con su obligación de pago, supone un reconocimiento de la validez y eficacia de las cláusulas en cuestión.

Nada más lejos de la realidad. Es cierto que la parte demandante ha ido pagando las cuotas hipotecarias. Sin embargo ha de recordarse que el TS en Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2.004 estableció que "Para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquel, es preciso que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, además de todo ello, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Por ello, la jurisprudencia exige una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (SS., entre otras, de 9 de mayo , 13 de junio y 31 de octubre de 2000 , 26 de julio de 2002 , 13 de marzo de 2003), es decir, una eficacia jurídica bastante para producir una situación de derecho contraria a la sostenida por quien lo realiza; y ello implica, como reiteran ininidad de sentencias, la finalidad o conciencia de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo o esclareciendo de modo inalterable la situación jurídica de que se trata. Y como consecuencia, el principio general del derecho -fundado en la confianza y la buena fe que debe presidir las relaciones privadas- no es aplicable cuando los actos tomados en consideración tienen carácter ambiguo o inconcreto (Sentencias 9 mayo 2000 , 23 julio y 21 diciembre 2001 , 25 enero y 26 julio 2002 , 23 mayo 2003), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico (SS. 9 mayo 2000 , 15 marzo y 26 julio 2002 , 23 mayo 2003)."



En el presente caso, no puede concluirse en modo alguno que el pago de las cuotas hipotecarias, que son automáticamente cargadas por la entidad demandada, revele de manera inequívoca la conformidad de la parte demandante con la validez de la Cláusula IRPH, y mucho menos la comprensión de su alcance. Ninguna prueba adicional, más allá de la documental, se aporta sobre este extremo.

Dicho lo cual, analizando específicamente si se da transparencia material en la cláusula controvertida, se llega a la conclusión de que concurren algunos de los parámetros fijados por el TS para determinar la falta de transparencia. Así:

- 1) La Cláusula se sitúa junto a otras informaciones o condiciones contractuales que dificultan su identificación y la conciencia de su trascendencia;
- 2) Ello conduce a afirmar que la parte demandante puede tener dificultades para percibir que se trataba de una cláusula que define el objeto principal del contrato y que incide directamente en la obligación de pago;
- 3) La documentación que consta en autos no permite acreditar que la entidad demandada informara de forma bastante y clara al consumidor al suscribirse el contrato sobre el contenido y finalidad de la cláusula IRPH;
- 4) Tampoco consta en la escritura mención al hecho de que se llevara a cabo la práctica de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en fase precontractual, ni la práctica de advertencias claras, precisas y comprensibles sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Tal y como considera razonable la STJUE de 3 de marzo de 2020, de la documental aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información hubiera podido dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

- 5) No se utiliza la expresión abreviada IRPH, siglas que más allá de su reciente popularidad, distaban de ser conocidas para el ciudadano medio en este país;
- 6) Tampoco se define con precisión dicho índice de referencia, sino que nos encontramos ante una cláusula que establece que la definición de ese índice está en una Circular, es decir, es una cláusula con remisión normativa. La remisión normativa no es considerada válida como información precontractual o contractual por la jurisprudencia, puesto que el contrato ha de contener perfectamente definidos los elementos del mismo y las fórmulas de cálculo, especialmente los elementos esenciales;
- 7) Además, no consta prueba que acredite que la entidad demandada cumplió debida y suficientemente con su obligación de información sobre la cláusula en cuestión a la parte



demandante. Así resultó de la prueba practicada, en particular, de las manifestaciones de Armando, el profesional que trabajaba en la entidad bancaria, y que asistió a la parte demandante para la suscripción del préstamo. El testigo reconoció no haber explicado a los clientes cómo funcionaba la referida cláusula, y afirmó no recordar si explicó o no las características del IRPH.

Así pues, no se considera que la Cláusula IRPH supere en el presente caso el doble control de transparencia. Ello conlleva que los demandantes, como consumidor medios, "normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz", no estaban en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

En conclusión, la valoración conjunta de todas las circunstancias expuestas impone apreciar la falta de transparencia y consecuente nulidad la Cláusula IRPH contenida en el contrato. Ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5, 7 y 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Se plantea qué efectos ha de tener la declaración de nulidad de la cláusula IRPH. Conforme a los artículos 5, 7 y 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la declaración de nulidad conlleva la inaplicación de la cláusula en cuestión. Procede por tanto condenar a la parte demandada a eliminar la referida cláusula del contrato controvertido.

Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de la Cláusula IRPH, el TJUE recuerda en la Sentencia de 3 de marzo de 2020 que la Directiva 93/13/CEE no se opone "a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales." Ello puesto que tal anulación del contrato podría en principio tener el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que llegue incluso a exceder de la capacidad económica del consumidor en cuestión, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca.

En base en la citada resolución del TJUE, han de tenerse en cuenta dos premisas fundamentales. Por una parte, la opción de que el préstamo siga desplegando su eficacia, suprimiendo el IRPH, y dejando el préstamo sin intereses no es una opción viable en nuestro ordenamiento jurídico ya que desnaturaliza el contrato de préstamo mercantil que por definición debe ser oneroso. Por otra parte, la nulidad total del contrato de préstamo, declarando su vencimiento anticipado, sería gravemente perjudicial para el consumidor, en los términos desarrollados en el Sentencia del TJUE.



En atención a lo expuesto procede declarar aplicable al préstamo hipotecario, el EURIBOR. Y procede condenar a la entidad financiera demandada al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, utilizando como índice de referencia el EURIBOR y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad se ha declarado.

Por tanto, la cantidad a reintegrar se calculará determinando la diferencia que resulte entre estos dos conceptos: los intereses remuneratorios abonados desde el inicio del contrato y hasta la última que efectivamente se abone hasta sentencia con aplicación del tipo remuneratorio impuesto; los intereses que hubiera correspondido abonar en tal periodo, si se hubiera aplicado el EURIBOR a un año más el diferencial previsto de 0,15 puntos.

Se invita a las partes a que efectúen de mutuo acuerdo la liquidación de los conceptos adeudados, extrajudicialmente. De no llegar a un acuerdo, en fase de ejecución de esta Sentencia, la parte demandada deberá proceder a la liquidación de los conceptos anteriores, conforme al artículo 719 LEC, teniendo en cuenta los pronunciamientos contenidos en esta Sentencia.

A propósito de los gastos reclamados y de la cláusula que los contenga, para el caso de que se considere abusiva, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 705/2015 indica que el art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto <<"La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2o), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3o). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición) a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3o letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3o letra c). Igualmente, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4o) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5o). (...) Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia la cláusula discutida no sólo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución



equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (artículo 89.2 TRLGCU)">>.

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

Del mismo modo, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes - aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Es decir, que lo relevante para que una cláusula sea considerada condición general de la contratación es el proceso seguido para su inclusión en el contrato. El apartado 165 de la referida Sentencia establece las siguientes consideraciones sobre la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas:

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



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

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

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

A la hora de aplicar esta doctrina al caso concreto hay que tener en cuenta la norma que atribuye al empresario la carga de probar que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente (arts. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE y art. 82.2.2º TRLGDCU), así como la regla general que establece el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (SSTS de 2 de marzo de 2009 ,6 9 de marzo de 2009 , 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013). Advierte en este sentido la STS de 9 de mayo (ap. 156) que es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación están absolutamente predeterminados; quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar; así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, a que alude el art. 9 del TRLGDCU; en él se trasluce la situación por la cual el consumidor se ve avocado a aceptarlo tal y como le es ofrecido o desistir, con poco margen para la negociación.

Pues bien, como ya se ha venido señalando en los párrafos anteriores, la demandada no ha probado que las cláusulas impugnadas hayan sido fruto de una negociación individualizada entre las partes, y puede suponerse únicamente un muy limitado tracto negocial en el que la entidad bancaria hace una oferta determinada que está previamente configurada y es irrevocable, y el consumidor se ve obligado a aceptar la cláusula. Así las cosas, ninguno de los documentos que se acompañan acreditan la existencia de una verdadera negociación sobre ninguna de las cláusulas impugnadas, sin que se haya propuesto otro medio de prueba distinto a la presunta negociación previa que existió entre las partes. Resulta evidente, por tanto, que no puede considerarse en ningún caso una negociación libre e individualizada y que nos encontramos ante unas cláusulas prerredactadas por la entidad bancaria que se ponía como condición necesaria en este tipo de contrataciones. Por ello, se llega a la conclusión que la parte actora, desde el momento en que solicitó el préstamo con garantía hipotecaria, se vio abocada a aceptar esta cláusula como parte necesaria del contrato. Debiendo añadirse que en nuestra realidad social y económica, así como en los casos que vienen impetrando la acción de la justicia, es notorio que los préstamos hipotecarios a interés variable otorgados en la misma época que la escritura objeto de estas actuaciones incorporaban cláusulas prerredactadas como las que son objeto de impugnación.



Baste concluir sopesando, a propósito de la incidencia que podría tener el hecho de que nos encontremos ante una cláusula insertada en contrato que inicialmente no se concertó con la parte demandante sino con la empresa promotora, cuál habría de ser el nivel de información exigido a la entidad bancaria al no ser ella la que propiamente suscribió el contrato que da lugar a la subrogación. En este particular, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 190/2014 de 14 de mayo dispone que “el hecho de estar obligado el vendedor a dar al comprador los datos relativos a la escritura de hipoteca, no elimina la obligación informativa del banco que la otorgó y que debe aceptar la subrogación del nuevo deudor, y ello aunque no intervenga en la escritura que finalmente se firme, pues la subrogación lleva consigo un trámite previo a realizar en la oficina bancaria, en el que el cliente debe ser informado por los empleados del banco de las condiciones financieras de un préstamo hipotecario que en su día se concedió al promotor para construir la urbanización, información comprensiva como mínimo del saldo pendiente de hipoteca, duración e intereses y en este caso especialmente si hay cláusula suelo techo, y el cliente tras comprender, negociar tales condiciones y manifestar su conformidad, deberá facilitar los datos que le pidan para valorar su solvencia, y una vez se acepte la operación por el banco se le abrirá una cuenta donde cargarán las cuotas de amortización y se pasarán los datos a Notaría para otorgamiento de escritura. Sostener por tanto que la entidad carece de obligación informativa alguna es tan absurdo como sostener que la entidad bancaria es ajena a toda esta tramitación del expediente de subrogación”. Pues bien, de la misma manera que el banco se informa de la capacidad económica del futuro prestatario antes de concederle un préstamo, es en ese momento previo cuando el banco ha de facilitar al consumidor la información sobre las condiciones del préstamo mismo. Información que ha de comprender todos los aspectos de la escritura que afecte a la órbita de negociación con la entidad bancaria.

CUARTO.- La reciente SAP de Asturias de 2 de Junio de 2017, en relación a una cláusula parecida a la que venimos examinando en el caso de autos, declara lo siguiente: “Lo primero es analizar la posible abusividad y luego, las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que una vez expulsada en su caso, la misma del contrato, el reintegro o no que se pretende de los gastos asumidos por el consumidor en su aplicación dependerá en cada caso de lo que establece el derecho positivo. Quiere decirse con ello que en relación a esta hipotética obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo de quién debe soportarlo, como si esa estipulación no existiera, de modo que la nulidad sólo alcanzará al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma



correspondían; de hecho la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Tribunal Supremo que analizábamos ordena la cesación en el uso de la cláusula por la atribución indiscriminada al consumidor de cuantos gastos comporte el negocio en cuestión, pero razona abiertamente que al menos una parte de ellos han de ser de cargo del prestatario, de manera que en relación a estos no puede decirse que la cláusula sea abusiva. El artículo 82.2 del RD admite la nulidad parcial cuando advierte que “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato”. Así al contrario, cuando la condición traslade al consumidor gastos que deberían correr a cargo del empresario habrá de apreciar su abusividad, con la consiguiente obligación de reintegro en aquellos gastos que hayan sido impuestos injustificadamente al consumidor.

De igual modo, resulta necesario advertir la novedosa interpretación que supone la reciente doctrina recogida en las Sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/20198 del TS, de 23/01/2019, por la cual es preciso señalar que la intervención notarial interesa a ambas partes, puesto que 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 por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede respecto de las hipotéticas escrituras de modificación del préstamo hipotecario -en su caso-, puesto que ambas partes estarían interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

Así, en lo concerniente a los aranceles notariales, se estima adecuado a derecho apreciar, en primer lugar el interés del consumidor en la intervención del Notario, pues a este corresponde la formalización de la escritura pública del préstamo hipotecario y ulteriores copias y testimonios de la misma y supone la formalización o documentación con los efectos que prevén los artículos 143 y siguientes del Reglamento del Notariado del préstamo que se concede en su favor a través de la constitución de la garantía hipotecaria y en segundo lugar, el interés de la entidad de Crédito por cuanto constituye un requisito imprescindible para que la escritura tenga acceso al Registro de la Propiedad con la posibilidad de adquirir el título ejecutivo constitutivo de la garantía real. De este modo, lo conveniente es distribuir los porcentajes para el pago de los aranceles notariales en un 50% para ambas partes en los términos de la reciente Jurisprudencia, cuya diferencia encuentra su justificación en el hecho de que la entidad de crédito ostenta un interés principal en la formalización del préstamo como el Tribunal Supremo expresaba en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 en contraposición con el interés del consumidor. Esta solución obedece al criterio marcado en el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de Notarios, en su Anexo II, norma sexta establece que “La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario, y en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente” bajo el prisma de las



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.



mencionadas STS 44, 46, 47, 48 y 49/2019. La norma diferencia entre la persona interesada y el sujeto requirente del servicio, dado que en la escritura no se aprecia qué parte requirió la prestación del servicio, debemos de acudir al criterio de la persona interesada, que en defecto del requirente deberá abonar la factura emitida por el Notario, y como ocurre en el presente supuesto, cuando son varios los interesados, deberán abonarla solidariamente.

Por lo tanto, se debe concluir que ambas partes son interesadas en el otorgamiento de la escritura pública ante notario, puesto que la entidad bancaria mediante la intervención notarial ostenta así un título ejecutivo constitutivo de su garantía real (artículo 2.2 LH) que podrá hacer efectivo en caso de impago por parte del consumidor, acudiendo a los procedimientos especiales que prevé nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil; y el consumidor, es el que se beneficia del préstamo hipotecario, sin el cual no podría adquirir el importe para la compra de su vivienda, concediéndole una serie de beneficios para poder hacer frente al pago de la misma mediante cuotas de amortización mensuales, intereses inferiores a los que se aplicarían si el préstamo fuera de carácter personal, mayor capital prestado, etc.

En relación a los aranceles registrales, no existe jurisprudencia en torno a la materia que permita realizar una distribución equitativa de su pago, pues el interés principal en la realización de las actuaciones registrales corresponde en su totalidad al Banco, y ello por cuanto que la inscripción del préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad tiene un carácter constitutivo y es la única finalidad que persigue la inscripción. El Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores, dispone en el Anexo II, en la regla octava "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo también exigibles a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las lestras b) y c) de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. Los derechos correspondientes a las certificaciones o manifestaciones serán a cargo de quienes los soliciten". La Ley Hipotecaria en su artículo 6 dispone "La inscripción de los títulos en el Registro podrán pedirse indistintamente: a) por el que adquiera el derecho". Mediante el acceso al registro del contrato de préstamo, la entidad bancaria, como acreedora del crédito garantizado, ostentará un título ejecutivo, y adquirirá la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución especial previsto para estos supuestos. Es por ello que se impone el abono en su totalidad a la entidad de crédito, pues la cláusula se reputa abusiva y vulneradora de la legislación de consumidores y usuarios toda vez que provoca un fuerte desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato.

Y en lo atinente a los gastos de tasación, El artículo 89.3 TRLCU 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 " (número 2º), como " La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario " (número 3º).

El propio artículo atribuye la consideración de abusiva a una cláusula, cuando se trate de



compraventa de viviendas, a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (artículo 89.3.3º, letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (artículo 89.3.3º, letra c).

Asimismo, se consideran siempre como abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (artículo 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (artículo 89.3.5º).

Partiendo de lo anterior debe decirse, en cuanto a los gastos de tasación, que, conforme a la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario (en adelante LMH), la tasación del inmueble es obligatoria para poder constituir una hipoteca en garantía de un préstamo. Ahora bien, tampoco esta ley -ni ninguna otra norma- señala a quién ha de corresponder el abono de los gastos de esta tasación en la relación entre prestamista-prestatario. Sobre esta cuestión, la ya citada Sentencia Núm. 613/2018, de la Audiencia Provincial de Almería, Secc. 1ª, de 19 de octubre de 2.018, señala que, "al tratarse de un gasto impuesto por la entidad crediticia, no negociado, y que se puede estimar como una actividad tendente a saber cuál es el valor del bien a fin de calcular el riesgo hipotecario y que como tal interesa al banco, que impone su abono al prestatario sin posibilidad de elección, por lo que debe asumir el gasto". Por ello, los gastos de tasación deben ser impuestos en su totalidad al Banco.

Finalmente, en cuanto a los gastos de gestoría, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante su sentencia 555/2020 de 26 de octubre, establece que: "5. Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como «cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad». Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación."

Por lo tanto el cambio de criterio obedece a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha acomodado a la STJUE de 16 de julio de 2020, y que como con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría, se acuerda que sea el banco quien pague el 100 %.

Dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia



conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, y a la vista del artículo 1303 CC, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones. Más dicha restitución ha de tener por objeto únicamente aquellas cantidades que el consumidor hubiese satisfecho de más, por corresponder el abono de parte de su cuantía a la entidad de crédito.

En consecuencia, a la entidad bancaria le corresponde el reintegro solamente de las cantidades derivadas de la indebida imputación total de los gastos hipotecarios de notaría, siendo solamente el 50% de tales aranceles notariales (356,29€), tasación (409,81 euros) y gestoría (406,60 euros) lo que supone la cantidad total de 1.172,70 euros.

En relación a la concreta comisión de apertura, en la Norma Tercera en su apartado, 1bis b) se establece que se devengará una sola vez y englobará cualesquiera gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionados por la concesión del préstamo. Igual previsión se contiene también en el Anexo de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios.

Por su parte, la citada Norma Tercera de la Circular, en su apartado 3, dispone que “Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Consecuentemente, no podrán exigirse comisiones de apertura o similares en los descubiertos en cuenta corriente por valoración, o reiterarse su aplicación en otros descubiertos no pactados que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta”.

En la actualidad esta cuestión se encuentra regulada en la Ley 2/2009, de 21 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y se servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. El artículo 5.1, apartado 2b), en relación a la comisión de apertura, establece que “en los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito.

Tal y como señala la SAP de Asturias 306/2017, de 14 de septiembre de 2017, que a su vez cita la SAP de Asturias 230/2015, de 30 de julio de 2015, “la comisión de apertura responde a la disponibilidad inicial del nominal que conlleva la concesión del préstamo o crédito, siquiera la limitación cuantitativa establecida tanto en la Circular como en la Ley citada, al disponer que integrará cuantos gastos genere la concesión o tramitación del préstamo o crédito, sugiere que, desde el plano normativo, la tan dicha comisión tanto comprende el servicio de poner a disposición del prestatario o acreditado el nominal como los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente bancario este servicio (pues al respecto conviene recordar como la normativa sectorial distingue las comisiones de los gastos que, en alguna ocasiones, en los contratos impropriadamente se nombran como comisiones).



Una vez enmarcada la regulación de este tipo de comisiones, es necesario analizar la posible abusividad de la misma pues, tal y como señala la mencionada SAP de Asturias de 30 de julio de 2015, “la existencia de una regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la L.C.G.C. (ni por ende de la L.G.C.U.), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites”.

Pues bien, nos encontramos, como ya se ha razonado en el Fundamento de Derecho tercero, ante una condición general de la contratación, siendo pacífica la condición de consumidores del prestatario. Con respecto a la misma se debe realizar el mismo control de contenido que se efectuará para la cláusula quinta, de gastos. Por tanto, sólo queda comprobar si se produce un desequilibrio para los consumidores que, ex artículo 82.1 del TRLGDCU, permita concluir que se trata de una cláusula abusiva. Así, en la práctica bancaria es frecuente que las entidades financieras establezcan este tipo de comisiones, fijando de forma arbitraria la cuantía por este concepto, existiendo variedad de cuotas, dependiendo de la entidad. Lo que puede ser abusivo (cuando suponga una indemnización desproporcionada) y, además ilegal (si no responde a gastos efectivamente habidos), es aprovechar la existencia de la cláusula para pretender cobrar del prestatario cantidades que sólo responden al ánimo de lucro de la entidad y no a la efectiva indemnización por gastos habidos. Es decir, reclamar automáticamente una comisión con independencia de las gestiones efectivamente realizadas.

En este sentido, en el presente supuesto nos encontramos con que la parte actora alegó en su escrito de demanda haber abonado la cantidad de 382,50 euros en concepto de comisión de apertura del préstamo hipotecario. En la cláusula no se mencionan los concretos servicios llevados a cabo por la entidad que justifiquen el abono de dicho importe. Tampoco ha presentado la entidad demanda prueba alguna que permita a esta juzgadora valorar si la cantidad hoy reclamada se corresponde con servicios prestados o con gastos efectivamente habidos. Por ello, no puede sino declararse abusiva dicha cláusula ya que no ha quedado acreditado que la misma se corresponda a un servicio o gasto real y efectivo alguno. En el supuesto de considerarla como un posible gasto inherente a la operación de la concesión del préstamo, tampoco ha quedado probada su proporcionalidad. Como señala la citada SAP de Asturias de 30 de julio de 2015, “si se entiende la citada comisión como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, desde el arquetipo normativo de esta clase de contratos, tal y como se regula tanto en el CC como en el Código de Comercio, no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero, y si se entiende como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo), del mismo modo se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio), además de que la normativa sectorial al referirse a los "gastos inherentes a la actividad de la empresa" para la concesión del préstamo hace aún más difícil la identificación del gasto”.



Por tanto, habiendo declarado la abusividad de dicha cláusula, los efectos de la declaración, tal y como dispone el artículo 83 del TRLGDCU, suponen que la misma sea declarada nula y se tendrá por no puesta, debiendo restablecerse la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. En este sentido, la propia escritura pública, no impugnada por ninguna de las partes y redactada conforme a la minuta de la entidad bancaria, dispone que la comisión se liquidó y abonó en el acto de otorgamiento, mediante cargo que la prestamista realizó de su importe en la cuenta corriente de los actores; además, no consta que con posterioridad al otorgamiento de la escritura la parte demandada haya efectuado reclamación por el impago de dicha cantidad ni ejercitado alguna de las facultades que se reservó para el caso de incumplimiento de las obligaciones del préstamo (cobro de comisiones, vencimiento anticipado, entre otras), como sería lo propio si la comisión no hubiera sido satisfecha. Por lo tanto, la entidad demandada deberá restituir a la actora la cantidad efectivamente abonada en este concepto, que será la de 871,12 euros según la literalidad de la propia escritura.

QUINTO.- Tales cantidades se incrementarán en el interés legal desde que se efectuó su pago por el consumidor (artículo 1108 y 1303 CC). Devengarán el interés por mora procesal del artículo 576 LEC que establece que “toda sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto entre las partes o por disposición especial de la ley”. Al no existir pacto en el presente supuesto, la cantidad que debe satisfacer el demandado devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total y completo pago.

SEXTO.- En materia de costas en procedimientos con consumidores, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 16 de julio de 2020 respondía a una cuestión prejudicial precisamente planteada en un procedimiento de nulidad de la cláusula de gastos de un contrato de préstamo hipotecario respecto a la imposición de costas a la entidad bancaria en caso de declararse la nulidad de dicha cláusula por abusiva pero no concederse al consumidor la devolución de todas las cantidades solicitadas. La Sentencia fundamentaba que: “En este caso, la Directiva 93/13 reconoce al consumidor el derecho de acudir a un juez para que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual y para que se deje sin aplicar. Pues bien, condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial”. “(...) el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales”.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.



Por tanto, estimada la pretensión principal y declarado el carácter abusivo de las cláusulas, las costas se imponen a la entidad bancaria con independencia de las cantidades indebidamente pagadas que se reintegren al consumidor.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

ESTIMO LA DEMANDA formulada por la representación referida y en consecuencia

1.- DECLARO NULA por abusiva la cláusula IRPH del contrato de préstamo hipotecario, tanto la que establece el índice de referencia principal como el sustitutivo, y en consecuencia, CONDENO al demandado a la devolución de las cantidades resultantes de aplicar el Euribor y a hacer el recálculo de las cuotas que hubieran resultado como consecuencia de la aplicación del índice de referencia Euribor.

2.- DECLARO la NULA la cláusula "Gastos" a cargo de la parte prestataria y CONDENO a la entidad financiera BANCO BBVA a abonar el principal e intereses, como consecuencia de esta nulidad.

Se invita a las partes a que efectúen de mutuo acuerdo al liquidación de los conceptos adeudados, extrajudicialmente. De no llegar a un acuerdo, en fase de ejecución de esta Sentencia, la parte demandada deberá proceder a la liquidación de los conceptos anteriores, conforme al artículo 719 LEC , teniendo en cuenta los pronunciamientos contenidos en esta Sentencia.

Ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento, y de los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC desde la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN.

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

EL/LA JUEZ

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
SERGIO ALIAGA HERRERA - Magistrado-Juez	30/04/2025 - 10:34:32
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos puede ser comprobada la autenticidad de esta copia mediante el número de documento electrónico siguiente: A05003250-351c10712fcdfb08d74c5e6030d1746005710556	
El presente documento ha sido descargado el 30/04/2025 9:35:10	