



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1  
C/ Párroco Hernández Benítez nº 10  
Telde  
Teléfono: 928 13 87 31  
Fax.: 928 13 87 20  
Email.: instancia1.tel@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario  
Nº Procedimiento: 0000512/2017  
NIG: 3502642120170003019  
Materia: Sin especificar  
Resolución: Sentencia 000291/2018  
IUP: TR2017020725

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante	██████████	María Aranzazu Jurado Alcoriza	██████████
Demandante	██████████	María Aranzazu Jurado Alcoriza	██████████
Demandado	BANCO SANTANDER S.A.		██████████
Perito	██████████		
Perito	██████████		

## SENTENCIA

En Telde, a 28 de septiembre de 2018.

Vistos por Doña María Luisa Moreno Vera, Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de este partido, los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el núm. 512/2017 seguidos a instancia de Don ██████████, representados por el Procurador de los Tribunales ██████████ y bajo la dirección jurídica del letrado ██████████ contra la entidad BANCO SANTANDER S.A representada por la procurador de los ██████████.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio de ordinario contra el mencionado demandado, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado una sentencia condenatoria en los términos que ahora damos por reproducidos.

Que se declare la nulidad por abusiva:

1º.- Declarar la Nulidad de pleno derecho de la Estipulación Financiera

TERCERA APARTADO B)- AMORTIZACIÓN, en sus Subapartados, 1, 2,3 ,5 y

6 de la Estipulación Financiera TERCERA APARTADO C) .- INTERESES



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



ORDINARIOS, en su Subapartado 1º , de la Estipulación Financiera TERCERA

C) BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE, en sus Subapartados C.Bis.1, C.Bis.2, C.Bis.3, y C.Bis.4, y de la Estipulación Financiera TERCERA APARTADO F)

TASA ANUAL DE EQUIVALENCIA (TAE) insertas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria que suscribieron los actores en fecha 7 de Septiembre de 2007 con el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA, del que trae causa el BANCO SANTANDER SA, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia, tanto de incorporación como de comprensibilidad, y manifiesto carácter abusivo.

2º.- Condenar a la entidad bancaria demandada a tener que volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario, sin devengo de intereses, desde el inicio del préstamo, en fecha 7 de Septiembre de 2007, y hasta la fecha prevista para su vencimiento, es decir, hasta el 1 de Octubre de 2047.

3º.- Condenar a la entidad bancaria demandada a tener que devolver a los actores la cantidad resultante de los intereses cobrados en virtud de las estipulaciones declaradas nulas, bien mediante ingreso de dichas cantidades en la cuenta de que son titulares los demandantes, o bien, alternativamente, mediante la compensación e imputación del importe de los intereses pagados en virtud de las estipulaciones declaradas nulas, al principal pendiente de amortizar, realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas a elección de los actores.

4º.- Declarar la nulidad de la Estipulación Financiera SÉPTIMA GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO, de la escritura de préstamo hipotecario que suscribieron los actores en fecha 7 de Septiembre de 2007, relativa a los gastos de la intervención notarial, registral, y pago de impuestos del préstamo hipotecario, condenando a la entidad bancaria demandada a devolver a los actores el siguiente importe:

· La suma de 3.198,03€ abonada para pagar los gastos notariales, registrales, honorarios de gestoría e impuestos vinculados al otorgamiento y formalización de la escritura de Subrogación y Novación del préstamo hipotecario que suscribieron en fecha 7 de Septiembre de 2007, más los intereses que se devenguen hasta el completo cumplimiento de la obligación



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



de pago.

5º.- Declarar la nulidad de la Estipulación Financiera, - RESOLUCIÓN ANTICIPADA.

6º.- Condenar a la entidad bancaria demandada al pago de las costas causadas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la entidad demandada para que compareciese y contestase a la demanda en el plazo de veinte días, lo que hizo en el sentido de oponerse, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado: sentencia desestimatoria con condena en costas

TERCERO.- El día 21 de FEBRERO de 2018 tuvo lugar la celebración del juicio, practicándose en el mismo toda la prueba propuesta por las partes y declarada pertinente con el resultado que obra en autos, quedando los autos conclusos para Sentencia.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar Sentencia en atención al volumen de asuntos que pesa sobre este Juzgado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora acción de nulidad de dos cláusulas incluidas en el contrato de compraventa con subrogación de hipoteca y Novación de la misma suscrito por los actores fecha 7 de septiembre de 2007 con la entidad Banco Español de Crédito S.A hoy Banco Santander alegando que los actores no fueron informados ni asesorados de ningún modo acerca de las condiciones generales y particulares del contrato, solicitando la condena de la entidad demandada en los términos expuestos.

La parte demandada se opuso a la demanda planteada de contrario, interesando el citado de una Sentencia desestimatoria sobre la base de las siguientes alegaciones:

En primer lugar, considera que todas las cláusulas discutidas fueron fruto de una negociación individualizada, y que no constituyen condiciones generales de la contratación. Alega asimismo que la presente demanda carece de fundamento, y responde a un carácter puramente oportunista, derivado del malestar del demandante al haber pactado un préstamo hipotecario con un tipo fijo durante los diez primeros años, sin haberse podido beneficiar de la bajada de los tipos de interés producidas en los últimos años. Alega que la celebración del préstamo hipotecario se produjo en un contexto de tendencia alcista de los tipos de interés, que se mantuvo hasta finales del 2008 y añade que la hipoteca tranquilidad ofrecía la posibilidad de elegir por parte del cliente entre la modalidad de cuota constante y la de cuota creciente, y dichas opciones se le explicaron a los actores, así como las implicaciones económicas de cada una de ellas, pudiendo los demandantes haber elegido la que creyó más oportuna. Sobre la oferta vinculante, afirma que en el caso de autos, no estaba obligada la entidad a proporcionarla, pero no obstante, afirma que la misma sí que existió, según se desprende de las manifestaciones del propio Notario. Además, afirma que el proyecto de escritura estuvo en la Notaría, a disposición del actor, durante tres días hábiles anteriores a la fecha del otorgamiento.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



Añade que la cláusula de interés fijo es clara, legible y comprensible, fue conocida por la actora y supera el doble control de transparencia sin que pueda ser declarada abusiva. Lo mismo alega respecto de la cláusula de interés variable, sin que pueda ser declarada abusiva porque no causa en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que pudiera ser contrario a la cláusula general del artículo 82.1 del TRLCU.

En cuanto a la cláusula IRPH, alega que la misma es válida no solo legalmente sino también, la propia jurisprudencia, ha dado carta de validez a la misma.

En cuanto a la cláusula de amortización, defiende la válida incorporación e incluso alega:

4. Por su parte, tanto la Audiencia Provincial de Barcelona 92 como la Audiencia

Provincial de Madrid han concluido la transparencia de una cláusula relativa al sistema de amortización creciente después de calificarlo como un sistema favorable para el consumidor porque permite el pago de cuotas iniciales inferiores".

En los fundamentos jurídicos de la contestación, la demandada sigue alegando:

B) La transparencia formal, material y ausencia de abusividad del pacto del incremento anual de la cuota

C) La transparencia formal, material y ausencia de abusividad del pacto de la composición de las cuotas

D) La transparencia formal, material y ausencia de abusividad del pacto del límite del período de amortización

E) La transparencia formal, material y ausencia de abusividad del pacto de capitalización de intereses la validez de los pactos de capitalización ha sido expresamente reconocida por el Tribunal Supremo<sup>98</sup>

: "el anatocismo pactado expresamente en el contrato de préstamo hipotecario se admite, como se deduce, a sensu contrario, del artículo 1109, primer párrafo, segundo inciso, del Código Civil y se desprende del principio de la autonomía de la voluntad, básico en el derecho privado y proclamado en el artículo 1255 del Código Civil y reconocido en el artículo 31 7. primer inciso. del Código de Comercio".

F) La transparencia formal, material y ausencia de abusividad de los otros pactos impugnados de la Cláusula Amortización

H) Validez de la Cláusula TAE

La impugnación de la TAE contemplada en la cláusula que recoge la demanda, está abocada al fracaso. Esa parte del contenido de las escrituras no regula derechos y obligaciones de las partes, sino que es una "cláusula meramente informativa".



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



Igualmente defiende la validez de la cláusula de gastos, que supera el doble control de transparencia, además de que nunca se podría derivar, de una posible declaración de nulidad de la misma, la condena a la entidad demandada al abono de las cantidades pagadas por los actores en función de esta cláusula.

SEGUNDO.- Con carácter previo a analizar la controversia planteada, debe indicarse que, dada la fecha de las del contrato de compraventa con subrogación de hipoteca y Novación de la misma suscrito por los actores fecha 7 de septiembre de 2007 , aunque se hagan constantes referencias normativas a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), la norma vigente en dicho instante era el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y deberá entenderse que las menciones que se hacen en esta resolución a los artículos de la LGDCU, se hacen asimismo a los artículos correspondientes y correlativos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Dado que la parte demandante funda sus pretensiones en la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios, es cuestión de capital importancia para la resolución de esta litis determinar si los actores son o no consumidores o usuarios.

El discernimiento de si la parte actora tenía o no la condición de consumidora en el contrato litigioso es trascendente para seleccionar el control al que debe someterse la cláusula discutida, como seguidamente se razona.

Para aplicar la legislación interna sobre consumidores y usuarios, y fundar la declaración de nulidad de las cláusulas contractuales controvertidas en esas normas, así como en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, es preciso que la parte demandante tenga la consideración de consumidora o usuaria conforme a los preceptos previamente citados.

Debe recordarse, en el ámbito del derecho comunitario, que en el *artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE* , se da un concepto de cláusulas abusivas directamente encaminado a la defensa de los consumidores: " *Se considerarán cláusulas 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* ".

A su vez, de acuerdo con su artículo 2, una cláusula contractual será abusiva si causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, implica una ejecución del contrato indebidamente desfavorable para el consumidor, implica una ejecución del contrato significativamente diferente a aquella que el consumidor podía legítimamente esperar u/o es incompatible con las exigencias de la buena fe.

De todo ello se deduce que, como regla general, tienen carácter abusivo aquellas cláusulas que presenten los siguientes caracteres cumulativos o simultáneos:

- a ) Que aparezcan en un contrato en el que intervenga un consumidor.
- b ) Que no vengán negociadas individualmente.
- c ) Que supongan quebranto o contradicción con la buena fe.
- d ) Que se revele un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones y contraprestaciones que se establecen para las partes.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



e) Y finalmente, que de todo ello se deriven un perjuicio para el consumidor contratante.

La Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre armonización de normas sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, obliga a los tribunales españoles desde su publicación a interpretar la legislación española vigente en la materia de conformidad con ella.

El legislador español traspuso la Directiva 93/13 a través de un doble mecanismo: elaborando ley de condiciones generales de la contratación, y, al propio tiempo, intensificando el control de los contratos de adhesión celebrados con consumidores, lo que hizo mediante la introducción de unas normas específicas sobre cláusulas abusivas, modificando en su *Disposición Adicional Primera la entonces vigente Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

Ello ha obligado en nuestro ordenamiento a diferenciar entre condición general de contratación y cláusula abusiva, tal como explica la Exposición de Motivos de la LCGC.

En el marco de este último texto legal ha de distinguirse, de forma paralela a lo establecido en la Directiva, y tal como aclara la Exposición de Motivos aludida en el párrafo anterior, entre un control de incorporación y un control de contenido.

El control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato para garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por parte del adherente, por lo que tiene trascendencia en la formación del consentimiento. El control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si esta puede o no incorporarse válidamente al contrato (artículos 5 y 7 LCGC: información, transparencia, claridad, concreción y sencillez; regla contra proferentem; nulidad de las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles). A este control de incorporación se superpone un control adicional de transparencia (o doble control de transparencia), pero solo para los contratos con condiciones generales concertados con consumidores (artículos 80 y 81 TR), como explicitó la *STS, Sala Primera, de 9 de mayo de 2013*.

El control de contenido, por su parte, afecta al significado de cada estipulación contractual de un contrato correctamente formado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 LCGC: "1 . [s]erán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ", hoy 82 y ss. del Texto Refundido. En dicho precepto se distinguen ambos tipos de controles con nitidez.

Por tanto, en el ordenamiento español vigente las técnicas de control de contenido por abusividad de las cláusulas se limitan a los contratos en los que intervenga un consumidor. En los casos de contratación entre empresarios, este control debe detenerse en el análisis que entra dentro del ámbito del art. 8.1 LCGC.

La *Sentencia 227/15, de 30 de abril, de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, analiza la cuestión de la siguiente forma:



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



" La normativa contenida en la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación, es aplicable a todas las condiciones generales, se encuentren en contratos concertados con consumidores o en contratos en los que ninguna de las partes merece esta consideración.

Pero dicha ley no establece un régimen uniforme para unas y otras. Mientras que las normas relativas a la incorporación (art. 5 y 7) y a la interpretación de las condiciones generales (art. 6) son aplicables a todo tipo de condiciones generales, el régimen de la nulidad de las condiciones generales es diferente según que el contrato en el que se integren se haya celebrado o no con un consumidor.

Mientras que en el caso de que el adherente no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, solo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil, en el caso de que el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un consumidor, es aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.

El art. 82 de dicho Texto Refundido establece que « se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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».

2.- Varias conclusiones pueden extraerse de lo expuesto. La primera, que en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente.

Una segunda conclusión sería que, en nuestro ordenamiento jurídico las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1255 del Código Civil, y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación".

Así, puede concluirse, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las sentencias de 10 de marzo, de 7 de abril y de 28 de mayo de 2014, que un contrato, aún integrado por condiciones generales, en el que el adherente no ostenta la condición de consumidor, queda excluido del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, de manera que se debe aplicar el régimen general del contrato por negociación, como recuerda la



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



más reciente *STS, Sala Primera, de 30 de abril de 2015* , y reitera la *STS, Sala Primera, de 30 de junio de 2015* , y las normas relativas a la incorporación contractual de la cláusula que contienen los *artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril* .

Por tanto, si el adherente no tiene la condición de consumidor, el régimen aplicable a la cláusula impugnada será el previsto en la LCGC, *artículos 5 , 7 y 8.1, así como el aplicable a cualquier cláusula contractual negociada inter partes, pero no es de observancia el sistema de control contenido en la LGDCU* , al contrario de lo que ocurriría si el prestatario hubiera sido consumidor (  *artículo 59.3 LGDCU* )

Mientras que en el caso del adherente consumidor podemos distinguir un régimen o control específico de incorporación -  *artículo 5 y 7 LCGC y artículo 80.1 a ) y b) LGDCU* - y de validez o contenido (nulidad de cláusulas abusivas,  *artículos 82 y 85 a 90 de la LGDCU* ) al que se remite el artículo 8.2 LCGC, este último no es aplicable en los casos en los que el adherente es un empresario, pues para predicar la nulidad de una condición general de contratación interempresarios es preciso que se vulnere una norma imperativa o prohibitiva (salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención -  *artículo 8.1 LCGC-*),  *que es la respuesta general contemplada para cualquier acto jurídico en el artículo 6.3 CC* , o que la estipulación no se haya incorporado al contrato de acuerdo con las prescripciones contenidas en los artículos 5 y 7 LCGC.

La consecuencia de todo lo expuesto hasta ahora es que el control de transparencia en sentido estricto, contemplado en la  *STS, Sala Primera, número 241/13, de 9 de mayo de 2013* , no entra en juego en caso de adherentes no consumidores, ya que dicha sentencia " ...  *se dictó en el ámbito de la tutela de los consumidores y se aplicaron mecanismos de control de la contratación seriada propios de esa legislación protectora, en concreto, el control de transparencia real*", como dicen los *AATS, Sala Primera de 3 y 24 de junio de 2015* , que rechazan el acceso a la casación de sentencias que no aplicaron el control de transparencia en litigios de cláusulas suelo concertadas por adherentes no consumidores

En definitiva, en el caso de contratos entre profesionales, las normas aplicables son los  *artículos 5 , 7 y 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril* , sobre el control de incorporación (que no de transparencia en el sentido previsto en la  *STS, Sala Primera, 241/13* ), el límite a la voluntad contractual que proviene de las normas imperativas y prohibitivas, y las disposiciones generales de la contratación del Código Civil, incluyendo la posible vulneración de principios contractuales como la buena fe.

En cambio, el control de transparencia (que no puede quedar reconducido o asimilado a un solo control acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la fórmula empleada, sino que pretende comprobar que el consumidor pueda evaluar las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo del contrato), que resulta ser un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", solo es aplicable en el caso de adherentes consumidores.

De forma absolutamente diáfana, y con afán aclaratorio y compilador, la  *STS, Sala Primera, número 367/2016* , ha abordado la cuestión, y razona los motivos por los cuales el doble control de transparencia que se diseñó en la  *STS, Sala Primera, de 9 de mayo de 2013* , es únicamente aplicable a los casos en que el adherente es consumidor, e indica cuál debe ser el régimen jurídico proyectable a los casos, análogos al que ahora nos ocupa, en que el **adherente es un profesional o empresario:**



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	





" **TERCERO.-** El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial.

1.- La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade:

«Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios».

Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores.

2.- A su vez, la Sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo , como no podía ser menos dada la meritada previsión legal, rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente en el fundamento jurídico 201 recordó que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, al decir:

«En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-».

Esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor la han resaltado también, en similares términos, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo ; 166/2014, de 7 de abril ; y 688/2015, de 15 de diciembre . Esta última, además, respecto de la caracterización del control de las condiciones generales de la contratación en contratos entre profesionales, afirmó que:

«[l]a exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del art. 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores».

La sentencia 246/2014, de 28 de mayo , fijó la siguiente doctrina jurisprudencial:

«La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación».

Y en fin, la sentencia 227/2015, de 30 de abril, estableció:

«[e]n nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente»

[...]

«las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC».

3.- Por su parte, las sentencias de Audiencias Provinciales que la recurrente invoca para apoyar su tesis, en su mayoría no afrontan el problema de la relación entre profesionales, sino que tratan casos en que se superpone o confunde la cualidad de consumidor y profesional del prestatario, bien porque aunque el préstamo se solicitó para el negocio, lo que se hipotecó fue la vivienda del prestatario, bien porque el inmueble hipotecado era al mismo tiempo el domicilio del prestatario y la sede de su negocio, bien porque se considera que un empresario puede actuar como consumidor en determinada operación bancaria ajena a su ámbito profesional.

CUARTO.- Imprudencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores.

1.- La recurrente, consciente de las limitaciones antes indicadas relativas a la improcedencia de un control de abusividad respecto de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, postula que sí pueden someterse a lo que la jurisprudencia de esta Sala ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

2.- Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación ( sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio ; 827/2012, de 15 de enero de 2013 ; 820/2012, de 17 de enero de 2013 ; 822/2012, de 18 de enero de 2013 ; 221/2013, de 11 de abril ; 241/2013, de 9 de mayo ; 638/2013, de 18 de noviembre ; 333/2014, de 30 de junio ; 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril ; y 705/2015, de 23 de diciembre ).



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



Como recordamos en la sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre , ya dijimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo , y 138/2015, de 24 de marzo , que este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato:

«conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto 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 realizada a cambio de la prestación económica que se quiere 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».

3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.

QUINTO.- La buena fe como parámetro de interpretación contractual.

1.- Establecidas las conclusiones precedentes y vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1.258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato).

2.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente ( sentencias 849/1996, de 22 de octubre; y 1141/2006, de 15 de noviembre ). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación .".

Más recientemente, ha reiterado esta doctrina la STS, Sala Primera, de 18 de enero de 2.017 .

En definitiva, el control de transparencia previsto en la STS, Sala Primera, número 241/2013 , para las condiciones generales de la contratación que establecen límites a la variación del tipo de interés , y para otras condiciones generales de la contratación, únicamente es de observancia si se trata de cláusulas insertas en contratos en que han sido adherentes consumidores y usuarios, casos en los que son aplicables las normas tuitivas de los derechos de los consumidores y usuarios que fundan el régimen de control diseñado en la resolución antes indicada. Si los adherentes no tienen la consideración de consumidores y usuarios, únicamente puede analizarse si se incorporaron válidamente las condiciones generales al contrato o no, según lo previsto en los artículos 5 y 7 de la LCGC, o si vulneran norma imperativa o prohibitiva, o si son o no conformes a la normativa general de obligaciones y contratos que rige en nuestro derecho.

Asentado lo anterior, procede analizar si la demandante es o no consumidora en este contrato.

El concepto de consumidor que aparecía inicialmente codificado en la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -vigente en el momento en que se



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



concertó el contrato de préstamo litigioso- hacía referencia a las personas que intervienen "como destinatarios finales" en la adquisición, utilización o disfrute de los bienes, productos o servicios de que se trate. El Tribunal Supremo, a la vista de tal norma, señaló repetidamente que este concepto venía referido " *al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico.....no a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios* " ( STS, Sala Primera, 15 diciembre 2005 y las que en ella se citan)

A su vez, en su redacción anterior, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TR), simplificando el concepto que anteriormente daba el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (precepto este último que era el vigente al firmarse el contrato litigioso), definía al consumidor o usuario de la siguiente forma:

" *A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional ."*

Posteriormente, y de acuerdo con la modificación del TR operada por el apartado uno del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre («B.O.E.» 28 marzo), el citado precepto ofrece el concepto de consumidor o usuario que seguidamente se reproduce:

" *A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

*Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial ."*

Así pues, en el derecho español pueden ser consumidores y usuarios tanto las personas jurídicas como las físicas, salvo determinadas excepciones que autoriza el referido artículo 3 del TR, como la prevista en el artículo 151 del propio TR. Lo realmente trascendente es que el contratante sea el destinatario final del producto contratado, es decir, que actúe en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, sin que llegue incorporar el bien o servicio a su actividad productiva.

Por su parte, la Directiva Comunitaria 93/13, en su artículo 2, conceptúa al consumidor como toda persona física que, en los contratos regulados por dicha norma, actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial.

La doctrina del Tribunal Supremo ha aceptado que el criterio definitorio del concepto de consumidor o usuario sea el de destinar los bienes o servicios a fines privados o particulares, y no al ejercicio de su actividad profesional o empresarial. En este sentido, cabe citar el Fundamento de Derecho Tercero de la STS, Sala Primera, de 18 de junio de 2.012 :

" *Respecto a la primera cuestión, hay que señalar, en términos generales, que la normativa de*



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000, y 15 de diciembre de 2005, nº 963, 2005). Todo ello, sin perjuicio de que la ley de Crédito al Consumo aplicable al presente caso, Ley 7/1995, de 23 de marzo, excluía de su aplicación, artículos 6 a 14 y 19, a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, exclusión que se contempla de un modo pleno en su actual regulación dada por la Ley 16/2011, de 24 de junio (artículo 3. a ).".

La sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, en el asunto C- 110/14, caso Costea vs. SC Volksbank România, tras recordar la doctrina sentada en la sentencia Di Pinto (C 361/89, EU:C:1991:118, apartado 15) en relación con el concepto de consumidor, reitera:

" 26 En efecto, un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional, un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra, con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad contemplada en el apartado 18 de la presente sentencia.

27 En tal caso, aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas (véase la sentencia Iba, C 537/13, EU:C:2015:14, apartado 23), ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

28 Por lo que respecta al hecho de que el crédito nacido del contrato de que se trata esté garantizado mediante una hipoteca contratada por un abogado en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicho abogado, como un inmueble perteneciente al citado bufete, procede declarar que, según ha señalado, en esencia, el Abogado General en los puntos 52 a



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



54 de sus conclusiones, tal hecho carece de incidencia en la apreciación realizada en los apartados 22 y 23 de la presente sentencia.

29 En efecto, el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito.

30 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete."

Por tanto, es el destino del objeto del contrato a la actividad comercial, empresarial o profesional del adherente, lo que determina la no inclusión de la operación en el ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores.

No obstante, es preciso matizar que, en casos de actos mixtos, es decir, aquellos en que el bien o servicio se destina a satisfacer necesidades personales y también a actividades comerciales o profesionales, el silencio del artículo 3 TRLGCU debe colmarse con las pautas que aporta la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, que aclara, en su considerando décimo séptimo, que en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. Y en similar sentido puede citarse el considerando duodécimo de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de octubre, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Esta idea también subyace en la STJUE de 20 enero 2005 (Caso Johann Gruber), que analiza el concepto de consumidor con objeto de determinar el ámbito de aplicación del artículo 13 del Convenio de Bruselas referente a la competencia judicial. Dicha resolución estableció que "( una) persona que ha concluido un contrato referente a un bien destinado a un uso en parte profesional y en parte ajeno a su actividad profesional no puede prevalerse del beneficio de las reglas de su competencia específicas previstas en los arts. 13 a 15 del mencionado Convenio, salvo si el uso profesional es marginal hasta el punto de tener un papel despreciable en el contexto global de la operación de que se trate, de tal forma que el aspecto extraprofesional que predomine no tendrá incidencia a estos efectos". Por ello, como criterio general, en los actos mixtos habrá que estar al predominio de las actividades de consumo, empresariales o profesionales



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



No establece el legislador a quién corresponde la carga de la prueba de la condición de consumidor. El TRLGDCU impone la carga de la prueba al consumidor en determinados supuestos y respecto de concretos hechos, como por ejemplo, el artículo 139, referido a la prueba del defecto en el caso de daños causados por productos, y al empresario en la mayoría de los casos, como por ejemplo en los artículos 69.2, 76, 82.2, 100.3, y 140. En todos los casos se trata de la prueba de hechos positivos. Por lo tanto, deberá estarse al principio procesal de que quien alega tiene la carga de probar, y también a las normas sobre la carga de la prueba, y, en concreto, a los principios de proximidad a la fuente de la prueba y facilidad probatoria, recogidos en el *artículo 217.1, 2, 3 y 7 de la LECiv*.

Teniendo en cuenta lo expuesto, debe concluirse que la parte demandante tiene la condición de consumidora en el préstamo litigioso. Y ello por las siguientes razones.

En el caso de autos, es hecho no controvertido, y, por tanto, exento de prueba, que la parte actora es consumidora (*artículos 399, 400, 401, 404, 405, 428 y 281.3 de la LECiv*), ya que la parte demandada no ha negado dicho extremo en ninguno de los trámites de alegación que se han desarrollado durante esta litis. Antes al contrario, en el momento procesal contemplado en el *artículo 428 de la LECiv*, ambas partes pusieron de manifiesto que no era hecho discutido que los demandantes intervenían en la relación jurídica controvertida como consumidora.

**TERCERO.-** Como se ha apuntado en el Fundamento precedente, el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en contratos en que interviene un consumidor o usuario exige que la estipulación sea considerada una condición general de la contratación.

El *art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación*, establece el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: "*Son condiciones generales de la contratación 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*".

Y el apartado 2º del mismo precepto aclara que "*[E]l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión*".

A la luz de esta norma, la *STS de 9 de mayo de 2013* concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante 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.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	





c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, 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.

Asimismo, la citada *sentencia de 9 de mayo de 2013* aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertada, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo, y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el *art. 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo*, de 5 de abril, dispone que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula 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, por otra); segundo, que el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes; y, tercero, que el cumplimiento por el profesional de los deberes de información, sean los generales o los exigidos por la normativa sectorial, no excluye la naturaleza de condición general de la contratación.

Para entender cuándo una cláusula negocial resulta "impuesta", debe acudir a diferentes textos legales. Así, el *artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo*, dispone que "[s]e 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 el *artículo 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reitera que "[S]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente..."

El elemento determinante para constatar la naturaleza "impuesta" de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación.

En el caso de autos, sobre la base expuesta en los párrafos precedentes, en primer lugar, debe sostenerse que no consta que las cláusulas en cuestión hayan sido negociadas individualmente, más allá del limitadísimo tracto negocial que puede suponer la realización por la entidad bancaria de una oferta determinada, preconfigurada e irrevocable, y su aceptación por parte del consumidor, que debe escoger entre asumir la estipulación o acudir a otros operadores bancarios que efectúan ofertas similares, siendo así que este iter negocial no puede considerarse una negociación libre e individualizada, puesto que, como señala la citada *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013*, en las letras b) y c) de su razonamiento jurídico 165 " *no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales*



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario ", ni " 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 ".

En efecto, la parte demandante no pudo más que aquietarse a firmar el contrato, incluyendo las cláusulas en cuestión, so pena de tener que contratar con otros operadores bancarios en similares circunstancias, siendo éste un hecho que debe considerarse probado, por notorio, por aplicación del artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Debe valorarse, además, que a la luz de las normas contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, la parte demandada debería conservar la documentación relativa a los tratos precontractuales mantenidos con el cliente, incluida la información facilitada al consumidor sobre el producto bancario que se le ofertaba, máxime si se tiene en cuenta que la negociación precontractual se lleva a cabo generalmente en sus dependencias, y a la vista de los soportes indicados podría acreditar que había existido un verdadero proceso de negociación, pleno, con posibilidades reales por parte del prestatario de influir en la determinación de las cláusulas que ahora se analizan, con intercambio de ofertas y contraofertas entre ambas partes contratantes. Sin embargo, a pesar de dicha facilidad probatoria, no ha desarrollado acto de adveración alguno sobre tal extremo, motivo por el cual, en atención a la norma contenida en el artículo 217.7 de la LECiv ., debe soportar las consecuencias de la falta de acreditación del carácter individualmente negociado de la estipulación cuestionada.

También debe considerarse que las reglas sobre la carga de la prueba recogidas en el artículo 82.2 TRLCU y el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 imponen al demandada la obligación de acreditar que se ha producido una negociación efectiva e individualizada de las cláusulas, actividad probatoria con la que no ha cumplido en el presente litigio. La jurisprudencia ha aplicado de forma constante estas normas. En primer lugar, la jurisprudencia del TJUE, al interpretar la citada Directiva comunitaria, ha recordado recientemente la vigencia y trascendencia de tal regla. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, incluso en el caso de las dictadas por dicho tribunal cuando tenía otra denominación, STJUE) de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12 , caso Constructora Principado , ha declarado en su apartado 19:

" Pues bien, de la resolución de remisión resulta que las partes en el litigio principal discrepan sobre la cuestión de si la estipulación decimotercera del contrato fue o no objeto de negociación individual. Corresponde por tanto al tribunal remitente pronunciarse sobre esa cuestión, atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba ".

De igual forma ha operado la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , no solo reafirmó que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto la Directiva como el TRLCU, sino que en su apartado 164 afirmaba lo siguiente:

" Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva".

Como razona la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015 : " Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015 ) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial ."

Lo indicado hasta el momento determina que haya de considerarse cumplido por la parte demandante el mandato del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la prueba sobre el carácter impuesto de las estipulaciones que ahora se analizan, máxime cuando no se ha desplegado elemento probatorio alguno que permita albergar dudas sobre el hecho de que las cláusulas controvertidas en la presente litis hayan sido prerredactadas por la entidad demandada, que las mismas estaban destinadas a ser incorporadas a una multitud de contratos, y que no han sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente, sino impuesta por el banco a modo de "oferta irrevocable". En consecuencia, ha de sostenerse que las mismas son condiciones generales de la contratación, cuya validez es susceptible de ser controlada judicialmente.

Concurren los presupuestos de contractualidad (la cláusula discutida está incorporada a un contrato), predisposición (es un hecho notorio, como se expresa en la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015 ), generalidad (está redactada para su incorporación a los contratos destinados a concertar el mismo tipo de préstamo con una pluralidad indeterminada de consumidores) e imposición. En relación con esta última cualidad, debe aclararse que este presupuesto ha quedado perfectamente definido por la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015, ya aludida, que se pronuncia en los siguientes términos: " Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



"obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses , en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre - razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo".

Según la resolución antes indicada: "Hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE . No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. Así lo declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , apartado 150.

**10.-** Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas."

Y respecto de la generalidad de la cláusula, debe recordarse, como hace la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015 , que " No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores ( sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones ."

No perjudica para que pueda ser considerada una condición general de la contratación el que se trate de una cláusula que define el objeto del contrato. Sobre esta cuestión, la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015 , se pronuncia en los siguientes términos:

"Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos ". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que el Holanda



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



*había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales).*

*Con posterioridad, el apartado 32 de la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 , caso Cajamadrid , consideró que el art. 4.2 de la citada Directiva no define el ámbito de aplicación material de la Directiva, y que las cláusulas contempladas en dicho precepto (las que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra) están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva.*

*También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo , consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. "*

Y, en el caso de autos, concurren estos presupuestos para poder considerar que la cláusula discutida ha sido impuesta, ya que se trata de dos préstamos hipotecarios concedidos por entidad bancaria sin que la parte demandada haya cumplido con la carga de advenir que las estipulaciones eran fruto de una negociación individualizada entre empresario y consumidor, ya que no ha desarrollado prueba alguna que haya acreditado la negociación que existió entre las partes contratantes para la inclusión y la configuración de la cláusula (v.gr., aportando documentos que justifiquen la existencia de un intercambio de ofertas entre las partes, o que muestren que existió un verdadero proceso de negociación sobre las estipulaciones discutidas).

TERCERO.- El objeto de la controversia se centra en determinar en primer lugar, si el contrato de préstamo hipotecario objeto de autos es o no un contrato de adhesión, y partiendo de dicha base, si las cláusulas contractuales cuya nulidad se pretende son válidas o bien presentan un defecto de nulidad, al no cumplirse con los requisitos de transparencia exigidos jurisprudencialmente, tanto en cuanto a su incorporación como en cuanto a su comprensión, tal y como alega la parte actora, y en tal sentido, si la entidad bancaria proporcionó oferta vinculante a los actores, y si la misma le ofreció a éstos la posibilidad de elegir entre un sistema de amortización de cuota creciente o de cuota constante, o bien le impuso el tipo de modalidad contratada.

Las cláusulas de las que se solicita la nulidad son las referidas a la amortización, a los intereses ordinarios (tipo de interés y fórmula de cálculo), al tipo de interés variable (diferenciales y redondeo), al interés de demora, a la resolución anticipada y a los gastos (formalización y cancelación de la hipoteca).

El préstamo hipotecario objeto de los presentes autos fue suscrito por los actores mediante Escritura pública de Compraventa, Subrogación y Novación de Préstamo hipotecario, de fecha 7 de septiembre de 2007. En virtud de dicha Escritura, los demandantes adquirieron el pleno dominio de la finca descrita en el expositivo uno de la mencionada escritura con la finalidad de



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



destinarla a vivienda habitual. Con la finalidad de financiar dicha compra, Banco Español de Crédito amplió el préstamo hipotecario, de modo que la deuda de los actores con la entidad demandada ascendió a 150.121,84 euros. En cuanto a las condiciones para la devolución del referido préstamo hipotecario, se pactó un tipo de interés fijo anual durante los diez primeros años, al 5,75%, y un tipo de interés variable a partir del décimo año, consistente en un índice de referencia (Euríbor) más un diferencial de 0,75. Además, se pactó un sistema de amortización de cuotas crecientes, de forma que las cuotas se incrementarían cada año y durante toda la vida del préstamo en un 2% respecto a la cuota del año anterior. Por su parte, el plazo de amortización dependía de las oscilaciones del tipo de interés, con un límite máximo de vencimiento de cuarenta años. Así, dichos incrementos de tipos de interés a partir de los diez años provocarían un alargamiento del plazo de vencimiento, mientras que las reducciones de tipos provocarían una reducción del plazo de vencimiento, sin afectar en modo alguno al importe de las cuotas a pagar en cada una de las mensualidades.

QUINTO.- Cláusula Financiera Tercera, apartado B, subapartados 1º, 2º, 3º, 5º y 6º. Cláusula Financiera Tercera, apartados C y C bis, subapartado Bis 1, 2, 3 y 4 se pretende por la parte actora, en primer término, la declaración de nulidad de la Cláusula Financiera Tercera, apartado B, en sus subapartados 1º, 2º, 3º, 5º y 6º, relativa al sistema de amortización del préstamo. Dicha cláusula establece un sistema de pago de cuotas crecientes con un incremento anual del 2% sobre el importe de las cuotas del período inmediatamente anterior durante toda la vida del préstamo. En conjunción con ello, interesa la parte actora la declaración de nulidad de la Cláusula Financiera Tercera, apartados C y C bis, subapartado Bis 1, 2, 3, y 4, relativa a los intereses ordinarios. En virtud de dichas estipulaciones, se recoge un sistema mixto de intereses, en virtud del cual se fija un tipo fijo del 5,75% para los diez primeros años de vida del préstamo, y un tipo de interés variable a partir de entonces, mediante la aplicación de un tipo de interés nominal que será la suma resultante de añadir 0,70 puntos al Euríbor y un tipo sustantivo resultante de añadir 0,00 puntos al IRPH entidades.

Procede hacer un estudio conjunto de estas dos primeras cláusulas, Cláusula Financiera Tercera, apartado B, subapartados 1º, 2º, 3º, 5º y 6º. Cláusula Financiera Tercera, apartado C, empezando por analizar el posible carácter de contrato de adhesión del contrato de préstamo hipotecario objeto de autos, y en tal sentido el posible carácter de condición general de la contratación de las referidas cláusulas, y todo ello partiendo del carácter de consumidor del prestatario, carácter no discutido por las partes en el presente procedimiento.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993) , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que: "[l]os 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".



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



El apartado 1 del artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LA LEY 1490/1998), dispone que "son condiciones generales de la contratación 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". Sin embargo, el artículo no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), donde se establece 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". Así, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, la exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general pre redactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".

Concretamente, en la referida Sentencia, el Tribunal Supremo ha concluido cuáles son los requisitos que deben concurrir para que se trate de condiciones generales de la contratación, a saber:

- 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.

Sobre este particular, también ha concluido el Tribunal Supremo en la antedicha Sentencia que:

- El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



- El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.
- No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.

En definitiva, atendiendo a la jurisprudencia examinada, debe entenderse que en el caso de autos, las cláusulas cuya declaración de nulidad se pretende tienen la consideración de condiciones generales de la contratación, toda vez que se trata de cláusulas predispuestas por el empresario, con la finalidad de ser incorporadas a varios contratos. Así, la entidad demandada no ha acreditado en forma suficiente que dichas cláusulas no estaban destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos, y tampoco ha acreditado en forma que dichas cláusulas hubieran sido negociadas con el consumidor e incorporadas al contrato en tanto que consecuencia de dicha negociación individual. Concretamente, basa su alegato la parte demandada en la declaración testifical de [REDACTED], director de la oficina donde se negoció y contrató el préstamo en cuestión por los demandantes y demandada, declaración que, por la evidente relación laboral que la une a la entidad demandada, debe valorarse con las debidas cautelas y teniendo en cuenta el riesgo de parcialidad y subjetividad en la misma. Así, este testigo explicó el producto en la vista, manifestó que cualquier cliente sabe lo que es un interés fijo y que en las condiciones de la hipoteca se puede leer y comprobar el funcionamiento de este producto, sabiendo siempre el cliente qué cuota tendría que pagar aunque desconociendo la fecha de vencimiento final, que estaría vinculado a la oscilación de los tipos de interés, aunque con un máximo de 40 años. Ahora bien, el mismo indica que una de las ventajas de este producto es que la cuota inicial era más baja que en comparación con otras hipotecas, sin embargo no es tanto una ventaja cuando, en comparación con otras hipotecas, con esta hipoteca tranquilidad se amortizaba desde el principio menos capital que en comparación con otros préstamos hipotecarios. Este testigo no expresó con certeza que se hiciera ningún estudio económico de las hipotecas u ofertas antes del que se hizo para esta hipoteca en cuestión. Ha señalado además que les explicó el producto a los clientes, y que



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	





siempre daba un cuadro de amortización a los clientes, explicativo de la evolución del préstamo, de forma que él explicaba el funcionamiento de la hipoteca y también cómo se calculaban las cuotas de amortización. Refiere que él explicó al cliente que si aumentaban los tipos de interés, se aumentarían los años de vencimiento del préstamo, y ha indicado que en este caso, seguro que le diría que tendría que pagar más, añadiendo además que le explicaría la posibilidad de capitalización de intereses y su repercusión en su economía. Además, ha indicado que el cliente era plenamente consciente del crecimiento de las cuotas en un 2%, señalando que siempre se entregaban los folletos de este producto a los clientes. Añade que sí que hubo oferta vinculante aunque reconoce que el documento relativo a la misma, que le fue mostrada en la vista, no viene firmada por el cliente.

A pesar de las manifestaciones del [REDACTED] se considera que los extremos que ésta ha indicado no han resultado acreditados. Así, no consta documentalmente la supuesta negociación del 2% así como tampoco obra en autos, por ejemplo, el supuesto cuadro de amortización explicativo que [REDACTED] entregó a los demandantes con carácter previo a la firma de la escritura, sin que exista ningún cuadro de amortización firmada por los clientes y tampoco consta que la oferta vinculante, documento 22 de la contestación a la demanda, esté firmada por los clientes, ni resulta acreditado tampoco que con carácter previo se entregara a los clientes. El propio [REDACTED] reconoció que esa oferta vinculante no estaba firmada por los clientes, y no dio una explicación suficiente como para entender razonable esta falta de firma; por ello, más allá de lo que manifestara el notario o el propio [REDACTED], lo cierto es que si dicha oferta vinculante existió, debería obrar en autos documentada y sin embargo no consta. Además, obra en autos el folleto informativo de la hipoteca objeto de autos, un folleto realmente escueto, en el que ninguna información válida aporta al cliente sobre las consecuencias económicas que sobre su economía tendría el hecho de contratar la hipoteca referida; únicamente indica la posibilidad de optar entre dos modalidades de hipoteca, no proporcionando información de ningún otro tipo, ni sobre el funcionamiento de la hipoteca, ni sobre tipos de interés, vencimientos etc.

#### Sobre el CONTROL DE INCORPORACIÓN:

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores, que comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Así, el artículo 5.5 LCGC (LA LEY 1490/1998) dispone que: "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez", y el artículo 7 LCGC (LA LEY 1490/1998) refiere que: "no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]". Analizadas las cláusulas objeto de controversia incorporadas en la Escritura pública objeto de autos, puede afirmarse que las mismas están redactadas formal y gramaticalmente de forma correcta, con algunos aspectos en negrita y en mayúscula el porcentaje que se refiere al porcentaje de incremento de las cuotas, por lo que puede afirmarse que las cláusulas superan este primer filtro de incorporación.

Así, por un lado el perito [REDACTED] catedrático de economía financiera, ha explicado con claridad los dos principales riesgos que presenta la denominada hipoteca tranquilidad: por un lado el tipo de interés, ya que afirma que no se elimina el riesgo, ya que si suben los tipos de interés puedes tener un grave problema, toda vez que a partir del año 11, en que el tipo de interés pasa a ser variable, y dado que el crecimiento de la cuota sigue en el 2%, si la cuota es inferior a los intereses, ese exceso sigue capitalizando, de forma que el interés que no se paga se acumula al capital, atrasando así el problema; y por otro lado, la baja inflación, ya que ha afirmado que el incremento de la cuota del 2% se supone que es porque suben los salarios, pero si éstos bajan en caso de inflación negativa, el servicio de la deuda sigue creciendo y puede no poderse hacer frente a las cuotas. Así, ha concluido que si analizas la situación de los tipos de interés, esta hipoteca no interesaba a los clientes, señalando además que la expresión "hipoteca tranquilidad" es poco intuitiva, añadiendo además que se trata de una hipoteca peligrosa, ya que en los primeros años prácticamente sólo pagas intereses, amortizando 1 € al mes, y a partir de los diez años, te encuentras con mucho capital expuesto al riesgo de la subida del tipo de interés. Y finalmente, ha añadido el [REDACTED] que del análisis de la documentación, y de la lectura de la escritura, no se deducen claramente los riesgos para que éstos puedan ser entendidos por un cliente no experto.

Por otra parte el perito [REDACTED] ha afirmado que con esta hipoteca el cliente conoce con antelación cada una de las cuotas, indicando que la única que no podía prever era la cuota 480. Además, sobre la capitalización indicada por el perito de la actora, ha indicado que se trata de un escenario sesgado, que el [REDACTED] presenta un escenario improbable, porque para que ello ocurra, los tipos de interés tendrían que subir mucho, al 11 o 12%, y ello históricamente no ha pasado nunca, por lo que no es previsible. Asimismo, ha añadido que el único escenario posible en que el cliente perdería con este tipo de hipoteca es el que se ha producido, y ha señalado que para un prestatario joven, la mejor opción de las dos hipotecas es la de cuota creciente, ya que al estar iniciando su vida profesional, lo mejor es diferir los mayores pagos para el futuro, porque el dinero presente vale más que el dinero futuro.

En definitiva, analizada la prueba que ha sido practicada en el acto de la vista, no puede afirmarse que las cláusulas objeto de análisis en el presente fundamento jurídico superen el control de transparencia exigido jurisprudencialmente, al no haberse acreditado de forma suficiente que los actores hubieran tenido conocimiento real de las características del préstamo hipotecario que iba a suscribir, así como de la carga económica que para éstos suponía la suscripción del mismo. En tal sentido, la entidad demandada no ha acreditado que proporcionara a ninguno de los demandantes ningún tipo de documentación en la que se le informara del coste del presente préstamo en comparación con otras modalidades supuestamente ofrecidas, según indicó [REDACTED], el cual señaló que se le explicaron las modalidades de hipoteca. Tampoco ha aportado a autos la parte demandada, y por tanto se tiene por no acreditado tal extremo, documento de oferta vinculante o documento semejante



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



firmado por los clientes en el que se indicaran y explicaran con detalle las condiciones del préstamo hipotecario, y tampoco se ha acreditado, por mucho que lo hubiera declarado así [REDACTED] que éste hubiera facilitado a los actores un cuadro de amortización correspondiente al préstamo objeto de autos, donde el actor tuviera conocimiento de las cantidades que iba a pagar en cada momento, y tampoco un documento de análisis de diversos escenarios posibles, en los que el actor pudiera tomar conciencia de todas las posibilidades existentes, en función de los ciclos económicos que pudieran devenir. Además, llama la atención que, habiendo manifestado incluso el testigo [REDACTED] que tal préstamo no se corresponde con un sistema francés, en la Escritura pública aparece así titulado, creando por lo tanto una gran confusión al lector y al prestatario en relación a la posible comprensión del préstamo hipotecario. Finalmente, cabe destacar la dificultad de comprensión del préstamo hipotecario objeto de autos, para una persona leiga, inexperta y sin conocimientos financieros, si no se le proporciona la información adecuada; y tanto es así, que los peritos han necesitado una gran cantidad de páginas para explicar el contenido del préstamo hipotecario, hecho que demuestra la dificultad existente en cuanto a su comprensión por parte de una persona inexperta como lo es el actor.

En consecuencia, y ante la falta de toda prueba sobre la información dispensada a los clientes/demandantes sobre extremos esenciales del contrato, contenidos en las cláusulas impugnadas y relativas tanto a la forma de amortización del préstamo como a los tipos de interés que resultarían de aplicación durante la mayor parte del tiempo de vigencia del Contrato (ya que el tipo fijo sólo cubre los diez primeros años, en una hipoteca concertada por un máximo de cuarenta años), sólo puede concluirse su abusividad. Pues con ello se les impidió conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente suponía para ellos el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere 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.

Así, en el presente caso, no se ha probado por la entidad demandada que informara a los demandantes del riesgo de subidas del tipo de interés a partir del décimo año que podría determinar una subida del propio nominal del crédito (pericial del Sr. [REDACTED], aportada como documento núm. 4 de la demanda), de modo que da apariencia de cobertura, cuando no cubre el riesgo, sino que lo aplaza. Tampoco consta que se explicara el riesgo de inflación, de modo que se determina que la cuota aumenta un 2% anual, pero qué ocurre si la inflación es negativa o baja. La carga de la hipoteca es mayor, porque la cuota hipotecaria subiría mientras que los salarios de los prestatarios no. Así, en estos momentos, señala el perito de la actora, la "Hipoteca Tranquilidad" resulta una carga importante, dado que la inflación es negativa y los tipos de interés, incluso están siendo negativos. Tampoco aparece que se informara a los prestatarios de las previsiones de subida o bajada de tipos, siendo así que, al momento de concertar el préstamo, existía, un informe del Banco de Santander (Memoria del 2007, sobre la que se manifiesta el perito de la actora en la página 37 de su informe) de previsión de bajada de tipos de interés; y, realmente, sólo se produjo una subida más en el año 2008, lo que suponía una ventaja para la entidad bancaria, al concertar el préstamo al tipo fijo del 5,75% durante los 10 primeros años de vigencia del contrato. Nada se informa (o en el mismo



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



sentido, desde luego no se hizo constar en autos) sobre la puesta en conocimiento de los prestatarios de que durante el primer período de vigencia del préstamo (un total de 10 años) pagarían prácticamente intereses y solo un pequeño porcentaje de capital; así, ha resultado que del total de la cantidad que llevan abonada desde septiembre de 2007 . Asimismo y ligado con lo anterior, aparece como relevante, y no consta que se haya informado, que la mayor parte del capital queda sometido al tipo de interés variable.

En nada se destaca, ni se explica - pues tampoco se ha probado - el riesgo derivado de la siguiente cláusula inserta dentro la cláusula B) Amortización en su número 2, página 11 de la escritura:

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

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

Ello podía determinar que, al momento de la finalización del préstamo los prestatarios tuvieran que hacer frente a una cuota hipotecaria de un altísimo importe que no podrían afrontar. En este aspecto, no se aportan al cliente los datos que le permitan valorar una preferencia por pagar cuotas más tobas en vez de pagar menos cuotas

En conclusión, habiéndose determinado que las cláusulas hipotecarias objeto de autos no superan el control de comprensibilidad real exigido jurisprudencialmente, cabe declarar su carácter abusivo, por entenderse que se cumplen los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para considerar abusivas las cláusulas no negociadas, esto es:

- a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
- b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.
- c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor.

En esencia, se considera que tales cláusulas son abusivas ya que existe un desequilibrio importante en derechos y obligaciones derivadas del contrato, en perjuicio del consumidor, el cual, si hubiera conocido la carga económica que para su economía tenía el préstamo hipotecario, no hubiera suscrito, toda vez que podría el supuesto de ver incrementado el nominal de la deuda, con devengo de nuevos y mayores intereses, en un escenario de subida de los tipos de interés. No existe un real reparto de riesgos , defraudando la carga económica del contrato tal y como la había percibido el consumidor mediante la inclusión de estas cláusulas que, aún superando el primer requisito de incorporación, frustra las expectativas de abaratamiento del crédito y, en suma, desde un punto de vista subjetivo, altera subrepticamente el equilibrio sobre el precio y el objeto del contrato (siendo estos dos los elementos esenciales o económicos sobre los que basa el consumidor su decisión de



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



contratar con un determinado predisponente, y no sobre la reglamentación del contrato o condiciones generales de los distintos empresarios que ofrecen el mismo bien o servicio, dados los elevados costes de información asociados a su lectura, comprensión y comparación).

SEXTO.- Cláusula Financiera Tercera, apartado C bis, subapartado Bis 3. Solicita la parte actora la declaración de nulidad de la cláusula financiera Tercera, apartado C bis, subapartado 14 Bis 3, la cual no ha comenzado todavía a desplegar sus efectos, habida cuenta de su carácter de tipo de referencia sustitutivo. Dicha cláusula se contiene en la Escritura objeto de autos, con el siguiente tenor literal:

"El tipo de referencia será la "referencia interbancaria a un año" (EURIBOR HIPOTECARIO), definida como la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación (EURIBOR), tomando a efectos de referencia el último tipo publicado por el Banco de España en el BOE antes del inicio de cada nuevo período de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo.

El tipo de referencia sustitutivo será el "tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años, del conjunto de entidades", definido como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas por los Bancos, las Cajas de ahorros y las Sociedades de Crédito Hipotecario en el mes a que se refiere el índice, tomando a efectos de referencia el último de estos Tipos Medios publicado por el Banco de España en el BOE antes del inicio de cada nuevo período de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo..."

El índice IRPH Entidades es uno de los índices oficiales y el índice IRPH Cajas lo era hasta que desapareció de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en el D.A. 15<sup>a</sup> de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre (LA LEY 15490/2013), el 1.11.2013. Tal y como describe el informe del Banco de España solicitado, a modo de introducción: El banco de España con efectos desde ese mismo día dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices (IRPH Cajas e IRPH Bancos), tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecen la sustitución se realizará por el IRPH Entidades.

Antes de esto los dos, y ahora el IRPH Entidades, está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre (LA LEY 2445/1990), sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio (LA LEY 2818/1994)(LA LEY 2818/1994) del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. El IRPH Cajas participa del mismo concepto si bien se configura como media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones<sup>15</sup> de las mismas características realizadas por el conjunto de las Cajas. Del mismo modo se definen en la vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA / 2899/2011.

Dichos tipos de interés medios ponderados son los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros (IRPH entidades). Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España; este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

Incorporada a la Escritura pública objeto de autos una condición relativa al IRPH entidades, y dado su carácter de condición general de la contratación, procede entrar a analizar el doble control de incorporación y contenido al que las mismas deben ser sometidas, tal y como se analizaba en el fundamento jurídico anterior. Así, en primer término, de la lectura del tenor literal de la referida cláusula, cabe destacar que la misma ha sido redactada de forma gramáticamente sencilla y clara, por lo que la misma superaría el primer control de incorporación. Por otra parte, entrando en el análisis del control de transparencia, en cuanto a la comprensibilidad real de la cláusula, deben hacerse las siguientes consideraciones, atendiendo a las conclusiones extraídas de la Ilma. Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, 137/2015, de 9 de junio (LA LEY 116727/2015) , y es que no cabe admitir, tal y como afirma la parte actora en su escrito de demanda, el carácter influenciado y manipulable del índice IRPH Entidades, y ello por los siguientes motivos:

a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre;

b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras.

Por lo tanto, concluye la Audiencia de Guipúzcoa, el carácter influenciado del IRPH Entidades en modo alguno puede sustentar la nulidad de la cláusula controvertida por vulneración del art. 1256 C.C. (LA LEY 1/1889) .

SEPTIMO.- Siguiendo en el examen de esta cláusula , reproducimos por su interés parte de la SAP Barcelona , Secc 15, de 23 de marzo de 2017 , en concreto el fundamento jurídico segundo y siguientes:

"6. Hemos de partir en nuestro análisis de la regulación del índice de referencia pactado en la escritura. La disposición adicional segunda de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 estableció que " el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos su valores regularmente". A tal efecto la Circular 5/1994, de 22 de julio (LA LEY 2818/1994), definió los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable y lo hizo, según expresa su exposición de motivos, para garantizar la objetividad de su cálculo y su difusión a los prestatarios. La Circular contempla seis tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario (anexo VIII). El apartado segundo, en concreto, se refiere el " tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro" , comúnmente conocido como el IRPH Cajas, que es el pactado en este caso. Es definido como " la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda."

7. La disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores (LA LEY 15490/2013) , dispone la desaparición, con efectos del 1 de noviembre de 2013, de los siguientes tipos de referencia:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

8. La desaparición del tipo de referencia pactado implica la aplicación al contrato del índice de referencia sustitutivo, si existe (y no se ve afectado también por la desaparición de referencias, como ocurre en este caso). El apartado tercero de la misma norma establece que "en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente<sup>17</sup> se produce la sustitución del tipo. La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita."

9. En definitiva, el IRPH de las Cajas se ha venido determinando bajo el control y la supervisión del Banco de España, a través de un proceso riguroso y objetivo. Se conformaba, hasta su desaparición, a partir de la información ponderada que suministraban al Banco de España decenas de entidades. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 , que analizó la nulidad de una cláusula que fijaba el interés remuneratorio por la forma que se determinaba el tipo de interés, descartó, además, la unilateralidad en la fijación del índice de referencia con el siguiente argumento:

" Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente (art. 1256 del C. Civil (LA LEY 1/1889)) por la prestamista, pues el tipo estaba referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constando que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos."

10. La recurrente no ha logrado acreditar la supuesta manipulación del IRPH por las entidades de crédito, dado que ni tan siquiera ha formulado prueba a tal efecto. El recurso se extiende en valorar la declaración del testigo Hilario , director de la oficina en la que se concertó el crédito en el año 2002 (hace quince años), quien, ciertamente, manifestó algún desconocimiento sobre aspectos concretos del cálculo del IRPH, como los elementos que promedian para determinar el índice (minuto 3). Ahora bien, en modo alguno deducimos de su declaración que aceptara que el IRPH se puede manipular o que sea un índice "influenciable" por las propias entidades de crédito.

11. Estimamos, en definitiva, que las entidades de crédito inciden en la determinación del IRPH en la misma medida que en otros tipos oficiales, que también se calculan a partir de datos reales. Tampoco la recurrente prueba que la información proporcionada por las Cajas de las operaciones de préstamo no sean representativas o que otros factores, como las comisiones o la ausencia de topes produzca algún tipo de distorsión en el resultado final. La actora también alega como elemento perturbador el que no se excluya en el método de cálculo cláusulas declaradas nulas, como las que establecen límites a la variabilidad de tipo de interés (cláusula suelo), cuando esas cláusulas son lícitas, salvo que se incorporen al contrato sin transparencia.

En consecuencia no podemos declarar abusivo el IRPH por los motivos indicados en la demanda.

La cláusula IRPH como condición general de la contratación.

12. En cuanto a la nulidad de la cláusula por falta de transparencia, la demandada opone, en primer término, que la cláusula reguladora del tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	





constituye un elemento esencial del contrato, objeto de negociación y, en consecuencia, que no es una condición general de la contratación sujeta al control de abusividad. Recordemos que el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LA LEY 1490/1998) establece que "son condiciones generales de la contratación 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". Como señala la sentencia antes citada del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (a la que se remiten reiteradamente las partes), 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.

13. La misma sentencia señala que en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal del contrato y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este (apartado 142). Lo relevante para que una cláusula sea considerada condición general de la contratación es el proceso seguido para su inclusión en el contrato.

14. El apartado 165 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.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



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.

15. En el presente caso la demandada no ha probado que la cláusula fuera negociada individualmente con la actora y, en consecuencia, que no fuera impuesta por la entidad de crédito, al estar predispuesta para su inclusión en multitud de contratos. No existe indicio alguno de que los demandantes hubieran podido influir en su contenido. De hecho la demandada se opone a la nulidad en mayor medida por haber cumplido con las exigencias de transparencia exigidas por la Ley y por la doctrina del Tribunal Supremo.

Control de abusividad en las cláusulas que definen un elemento esencial del contrato

16. En cuanto a la posibilidad de analizar el carácter abusivo de una cláusula que define el objeto principal o un elemento esencial del contrato, hemos de tener presente que el art. 4.2º de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) CEE , de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados entre consumidores, establece que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , 8 de septiembre de 2014 y 23 de diciembre de 2015 ( ROJ 5618/205 ) delimitan el tipo de control que puede llevarse a cabo en orden al carácter abusivo de ese tipo de cláusulas. La primera de las sentencias citadas, cuya doctrina se reitera en las posteriores, dijo al respecto lo siguiente:

" 2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato

191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación" , y el artículo 4.2 que "[L]a 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 [...]" .

193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 , apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" , y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE (LA LEY 2500/1978), 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 (LA LEY 21601/2011), sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...] hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 (LA LEY 199007/2010); 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 (LA LEY 203282/2010); y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 (LA LEY 244468/2010), apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 (LA LEY 144032/2012), que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio."

La parte actora, en definitiva, sostiene que la cláusula no supera el segundo control de transparencia, que la demanda vincula con la falta de información sobre el índice, su funcionamiento, alcance, forma de cálculo, evolución o cualquier otras característica o naturaleza que afectara al mismo y con el hecho de que no se le dio la oportunidad de escoger entre diversas ofertas. Esa pretensión la sostiene con referencias a la doctrina sentada por sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo, lo que nos obliga, al igual que hemos hecho en las sentencias antes citadas, a realizar una consideración previa que estimamos relevante y que guarda relación con la esencialidad de la cláusula IRPH de las Cajas, en la medida que determina directamente el interés aplicable (el precio), nota que no concurre en las cláusulas que establecen límites a la variación de los tipos de interés.

Es cierto que las llamadas cláusulas suelo forman parte inescindible del precio y, en ese sentido, contribuyen a definir el objeto principal del contrato. Sin embargo no<sup>23</sup> determinan directamente el precio ni tienen ese carácter nuclear que sólo cabe predicar del índice de referencia (en este caso el IRPH de las Cajas) y del diferencial. La cláusula suelo no es esencial en tanto en cuanto puede incorporarse o no al contrato y, en consecuencia, puede ser conocida o no por el consumidor en el momento de suscribir el préstamo. Si la cláusula suelo



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



puede no figurar en el contrato, es preciso un plus de información por parte de la entidad de crédito que alerte al consumidor de su presencia y de su incidencia real en la determinación del precio.

26. Lo que antecede es muy relevante en el control de transparencia, que presenta perfiles propios según se trate de una cláusula, como la que analizamos, que fija el precio, de otras, como las que establecen límites a la variabilidad de los tipos de interés, que pueden incidir en el precio, modificándolo, pero que no son indispensables. No se puede hacer una extrapolación, sin más, de los criterios jurisprudenciales en torno a la cláusula suelo fijados a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 . En concreto hemos de prescindir en nuestro análisis de todos aquellos hechos y circunstancias que propician que la cláusula pase inadvertida para el consumidor o que este no llegue a comprender su verdadero alcance. Entre ellas podemos citar la ubicación de la cláusula en el contrato, su mayor o menor proximidad a los elementos determinantes del precio, el que se anteponga a la cláusula suelo otros pactos de menor trascendencia o que se enmascare entre multitud de datos y previsiones contractuales.

La doctrina se hace eco de esa distinción, dentro de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, entre elementos esenciales y otros que no lo son. También la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 alude, de algún modo, a la misma al señalar en su fundamento 188 lo siguiente:

En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993): las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC (LA LEY 1/1889) y 315 del CCom -), sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

Precisamente por ese carácter esencial de la cláusula IRPH, estimamos que el consumidor se percata de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. No consideramos, por el contrario, que el deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores exija que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia. El proceso de elaboración del IRPH de las Cajas, que está bajo la supervisión del Banco de España, no reviste mayor complejidad que el de otros índices de referencia que se utilizan en los préstamos hipotecarios.

En este contexto, tampoco podemos presumir que un consumidor mínimamente<sup>24</sup> formado desconozca el índice al que está referenciado su préstamo hipotecario a interés variable o que el índice de referencia se haya incorporado al contrato de forma sorpresiva, como sí haríamos con otras cláusulas que no son esenciales. Se trataría de una presunción judicial que no respondería a ninguna lógica jurídica ( artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) ).

De hecho en el presente caso la parte actora no cuestiona que conociera el índice de referencia del préstamo hipotecario.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



. Por último no podemos aceptar que el control de transparencia, como sugiere el demandante, sólo se supere si se acredita que se ofreció a los consumidores la opción de contratar otros índices de referencia, como el Euribor, que el tiempo ha demostrado que ha tenido una evolución más favorable para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se elaboran por el Banco de España y se publican con carácter mensual en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

. La actora se limita a realizar afirmaciones genéricas sobre la falta de información o de transparencia, o a la información sesgada o "recortada" proporcionada por los empleados de la demandada. En el recurso (que no en la demanda), se detiene en la oferta vinculante, que fue aportada por CATALUNYA BANC con la contestación (documento cinco), aludiendo que en ese documento se menciona al Euribor. Ahora bien, no es cierto que se aluda al Euribor como tipo sustitutivo, para el caso de que se dejara de publicar el IRPH Cajas, como tampoco lo hace la escritura pública. En las condiciones particulares de la oferta vinculante sólo se menciona el índice de referencia (el IRPH Cajas) aplicable. Y aunque el documento incluya una especie de anexo en el que se definen los distintos tipos de interés variable, de acuerdo con la circular del Banco de España de 3 de agosto de 1994, en modo alguno se establece que el Euribor sea el tipo sustitutivo, sino que se remite a lo indicado en la propia oferta y en la escritura, en donde no se encuentra esa referencia.

Por todo ello debemos rechazar la nulidad de la cláusula IRPH por falta de transparencia”.

OCTAVO.- En el presente procedimiento, la conclusión no es diferente haciendo nuestros los argumentos antes expuesto. Es curioso además, que en esa estipulación tercera c) apartado c bis) de la escritura, una vez pasados los primeros diez años de vida del crédito hipotecario, para el resto de vida del mismo, hasta un límite máximo de 40 años, el crédito se sujeta con carácter principal a Euribor más un diferencial de 0,75% y con carácter sustitutivo a la referencia del tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de bancos ( IRPH-Entidades) , más un diferencial de 0,50%. Sin embargo, los argumentos que utiliza para impugnar este tipo de referencia podrían servir, igualmente, para impugnar el tipo de referencia principal para este préstamo, a saber, Euribor más 0,75%, y sin embargo la parte actora guarda absoluto silencio al respecto, sin que conste que el mismo tenga un conocimiento exhaustivo sobre este último índice, o que se le haya dado información al respecto. No se acredita esa supuesta manipulación del índice, y contrariamente a lo que expone la demanda en su fundamentación jurídica, la cláusula IRPH no puede ser examinada en cuanto a su posible abusividad, puesto que si una condición general define el objeto principal del contrato implica que no puede examinarse el carácter abusivo de su contenido y el equilibrio de las25 contraprestaciones, lo que no excluye sin embargo que se someta a un doble control de transparencia

En cuanto al primer control de incorporación, no se discute que la cláusula es clara en su redacción y comprensible. Identifica el tipo de interés de referencia empleando los mismos términos que el anexo VIII de la circular 5/1994, del Banco de España, que lo regula. La cláusula se encuentra dentro del pacto que determina el interés aplicable una vez transcurrida la primera fase de interés fijo.

Igualmente, la mencionada cláusula supera el segundo control de transparencia, y es que tal



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



deber de información quedó plenamente colmado con informar al cliente que el préstamo era a interés variable, cuál sería el índice oficial que se iba a tomar como referencia y que si quería consultarlo, podía hacerlo consultando el BOE. De hecho, ya hemos dicho que los mismos motivos por los que la actora pide la nulidad por falta de transparencia de este índice podría valer también para el Euribor pactado, pero la actora no alega nada al respecto.

Un consumidor mínimamente informado, entendemos que no puede desconocer el índice al que está referenciado su préstamo hipotecario, en este caso interés variable, o que desconozca el índice de referencia, como se decía en el fundamento anterior, precisamente por ese carácter esencial de la cláusula IRPH, consideramos que el consumidor se percata de su importancia, de la carga económica y jurídica que representa, y puede conocer que esa cláusula, insertada en los apartados referidos al tipo de interés, es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. Igualmente, el proceso de elaboración del IRPH no es menos complejo que otros índices de referencia que se utilizan en préstamos hipotecarios, tampoco en su demanda los actores expresan, más allá de que ahora sea más favorable, cómo se forma el Euribor y qué grado de conocimiento sobre el mismo tienen, sin embargo piden su aplicación.

Al respecto de esto último, igualmente la reciente STS, Sala Primera, de lo Civi, Sentencia 669/2017 de 14 de diciembre de 2017 desestima la petición de nulidad de esta cláusula, entendiendo, en resumen que la cláusula supera el control de inclusión pues es clara y comprensible. Respecto al control de transparencia, dado el carácter esencial de la cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica, ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Tampoco era exigible que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia. El consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. No cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. La transparencia no implica que la entidad prestamista tenga que informar al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, ya que por definición es imposible.

Por ello, se ha de desestimar la petición referida al IRPH.

En cuanto a esa estipulación c bis 4, que incluye una declaración de ciencia en el sentido de que, al ser los tipos de referencia oficiales y publicarse en el BOE no sería necesaria la comunicación de los mismos a la prestataria porque puede conocerlos fácilmente, no podemos declarar la nulidad de la misma en base a lo referido, justo en el párrafo en el que hacíamos referencia a la reciente STS de 14 de diciembre de 2017.

Ciertamente, la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación y que ha recibido la información necesaria no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el prestatario, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e, información."

Por todo ello habrá que entender que las declaraciones de ciencia o de "saber" generan una presunción de que la correspondencia con la realidad que indican es cierta, pero que ello no impide que dicha presunción quede desvirtuada si, mediante la pertinente actividad probatoria



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



desplegada en el proceso, se demuestra que la correspondencia con la realidad es inexistente.

Por lo tanto, hemos de examinar si en el presente caso esa declaración de ciencia, realizada por la actora, puede entenderse como de conformidad con hecho ficticio.

En este caso, no podemos entender que esa declaración de ciencia sea nula, y para ello, de nuevo, reproducimos parte de la reciente STS de 14 de diciembre de 2017:

“8.- En consecuencia, para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

9.- Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables.

Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un 27 comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

La transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia. Basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado.”



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



NOVENO.- Cláusula Financiera Tercera, apartado F.

En relación a esta cláusula, no estimo que la misma tenga la naturaleza de condición general examinable desde la perspectiva de la acción ejercitada , ya que es una cláusula meramente informativa, de la que no resulta ningún derecho u obligación para las partes (ni por lo tanto, situados en un eventual escenario de abusividad, cabría examinar ningún "desequilibrio" contrario a la exigencias de la buena fe). La propia demanda deja huérfana de argumentación esta cuestión, limitándose a destacar la "indeterminación" del TAE, al verse afectada la información que reporta por las variaciones del número de cuotas o del importe del principal.

Considero así que la cláusula , sobre la Tasa Anual Equivalente, no tiene la naturaleza de condición general examinable desde la perspectiva de la acción ejercitada , ya que es una cláusula meramente informativa, de la que no resulta ningún derecho u obligación para las partes (ni por lo tanto, situados en un eventual escenario de abusividad, cabría examinar ningún "desequilibrio" contrario a la exigencias de la buena fe). La propia demanda deja huérfana de argumentación esta cuestión, limitándose a destacar la "indeterminación" del TAE, al verse afectada la información que reporta por las variaciones del número de cuotas o del importe del principal.

Además, en lo que hace a la indicación del TAE (que además advierte expresamente de su variabilidad), no se discute la corrección del cálculo realizado conforme a la Circular del Banco de España 8/1990.

DÉCIMO.- Cláusula de vencimiento anticipado. En relación con dicha cláusula, cuya declaración de nulidad solicita la parte actora "ad cautelam", cabe destacar que la parte demandada alega la falta de legitimación y asimismo su validez, al estar redactada de forma coherente con lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC. (LA LEY 58/2000) Sobre la pretendida falta de legitimación, la parte actora entiende que la misma sí que concurre, toda vez que, a pesar de que dicha cláusula no se encuentra incorporada en la Escritura pública de compraventa del actor, de fecha 10 de marzo de 2008, esto no obstante, se trata de una subrogación del Sr. Arturo en el préstamo hipotecario de la entidad vendedora, S.L, en cuya Escritura pública, de fecha 29 de diciembre de 2004, sí que consta tal cláusula de vencimiento anticipado (Cláusula Sexta Bis). Sobre este particular, esta Juzgadora entiende ajustadas a derecho las consideraciones de la parte actora, considerando que la misma sí que se encuentra legitimada para solicitar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, toda vez que se trata de una subrogación en el préstamo hipotecario anterior.

Sobre la cláusula analizada, cabe señalar en primer lugar, y desde el punto de vista de la normativa europea, los siguientes preceptos de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El artículo 3.1 de la Directiva establece que:

"Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas 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".



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	





Por otra parte, el artículo 4.1 de la citada Directiva establece que:

"El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará 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".

Finalmente, el artículo 6 de la Directiva establece 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."

Por su parte, de la normativa española podemos destacar los siguientes preceptos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LA LEY 11922/2007) y otras Leyes Complementarias 1/2007, de 16 de noviembre:

El artículo 82 del RD 1/2007 (LA LEY 143/2007) establece que:

"1. 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.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

El artículo 83 del RD 1/2007 (LA LEY 143/2007) establece asimismo que:

"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

Por otro lado, conviene tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que tiene declarado, al respecto de la abusividad de las cláusulas incorporadas en los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional, las siguientes aseveraciones:

- El juez nacional está obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, incluso en el caso de



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



que no se haya solicitado expresamente, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (Sentencia Pannon GSM, de 4 de junio de 2009 (LA LEY 91538/2009) y Sentencia Catalunya caixa, de 14 de marzo de 2013 (LA LEY 11269/2013), entre otras).

- Para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional, cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante este análisis comparativo, el juez nacional podrá valorar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

- Para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", el juez nacional debe comprobar, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual.

- Concretamente, y en relación a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez comprobar los siguientes aspectos ( STJUE 14 de marzo 2013 ):

1. Si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual.

2. Si esa facultad está prevista para los casos en que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

3. Si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia.

4. Si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Por otra parte, procede destacar respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sólo se admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, entendiéndose por tal la "objetivamente manifiesta y verdadera dejación de las obligaciones de carácter esencial", pero no cuando se trata de obligaciones accesorias o incumplimientos irrelevantes. En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016 (LA LEY 8157/2016) :

"Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (LA LEY 58/2000) , los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)".



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



Finalmente, procede destacar la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que tiene declarado que la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado debe analizarse en abstracto, y ello, con independencia del uso que de ella se haga, es decir, con independencia del concreto número de cuotas impagadas. En este sentido, no desaparece la abusividad de la cláusula aun cuando la misma no haya sido efectivamente aplicada porque la parte ejecutante haya esperado el impago de diversas cuotas. Ello es así, por cuanto el TSJUE ha manifestado que cuando una cláusula es nula, no procede atemperar o moderar sus consecuencias, sino tenerla por no puesta. Y en este sentido, la reciente Sentencia de la sección 11ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, de 3 de febrero de 2016 (LA LEY 9409/2016) :

"Y visto el tenor de dicha cláusula se ha de convenir, con el criterio uniforme mantenido por esta Audiencia Provincial, entre otras, por la Sección Séptima (S. 16-6-14.....) y por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial (S. 2-6-14, 11-11-15 y Aa. 22-4-14, 28-7-14, 24-9-14, 2-4-15, 16-9-15), que la misma es inaplicable por abusiva, ya que es contraria a los criterios legales anteriormente aludidos, y supone un desequilibrio importante entre el profesional y el consumidor, pues fija el vencimiento anticipado de la obligación a la única instancia del acreedor, y ello no sólo porque dicho efecto se hace depender exclusivamente del incumplimiento de cualquier obligación del acreditado, sino también del impago de cualquiera de las cuotas, sin atemperar dicho impago al incumplimiento grave, propio de toda resolución contractual, y a la duración de la operación, lo que determina que el acreedor pueda cerrar la cuenta y declarar vencida la misma a su voluntad ante el impago una cuota cuando el plazo de amortización pactado lo fue para ocho años, es decir, en 96 cuotas mensuales. Posibilidad ésta que solo se presenta como factible, en el procedimiento de ejecución hipotecaria si así se hubiere convenido, ante la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales completos o de un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente a dicho periodo de tres meses, con arreglo al criterio contemplado en el art. 693.2 de la L.E.C (LA LEY 58/2000) . en su redacción por Ley 1/13, que si bien no es aplicable directamente al caso, sí sirve de pauta legal orientativa.

Ahora bien, siendo inaplicable la cláusula en cuestión, ha de significarse que dicha circunstancia ha de apreciarse con independencia del uso que de ella se haga; es decir, no cabe afirmar que la cláusula es nula porque se vincula el vencimiento anticipado a cualquier incumplimiento; y al mismo tiempo no apreciar tal nulidad porque el acreedor haya acumulado, en el caso concreto, diversos impagos o incumplimientos, puesto que como ha manifestado el T.J.U.E. cuando una cláusula es nula no procede atemperar o moderar sus consecuencias sino tenerla por no puesta, como actualmente establece el art. 83 del T.R. de la L.G.D.C. y U., según reforma por Ley 3/14 de 27 de Marzo (LA LEY 4574/2014) ; y cuando el 31 Juez nacional haya constatado el carácter abusivo 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 órgano jurisdiccional pueda deducir todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión ( A. T.J.U.E. 11-6-15 )".

En definitiva, en aplicación de la jurisprudencia analizada, cabe destacar que la cláusula de vencimiento anticipado contenida en la Escritura pública de fecha 7 de septiembre de 2007 es nula por abusiva, toda vez que de su análisis en abstracto, puede concluirse que el impago de una de las cuotas del préstamo hipotecario no responde a un incumplimiento grave y esencial de una obligación de pago.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



UNDÉCIMO.- La actora interesa igualmente la nulidad de la estipulación financiera séptima que prevé: " Todos los gastos, impuestos y arbitrios, excepto el Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, que se originen como consecuencia de este otorgamiento , serán satisfechos por la parte compradora".

Dicho lo anterior, y de nuevo reiterando lo dicho en fundamentos anteriores, debe recordarse que éste no puede desenvolverse por la verificación de que el consumidor ha prestado voluntariamente su consentimiento al contrato, lo que haría de aplicación la genérica previsión del art. 1.255 del Código Civil . Sin embargo, ha de recordarse que el principio de protección al consumidor y la legislación tuitiva de los derechos de éste, como declara la jurisprudencia emanada del TSJE, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (entre las sentencias del TSJE, las de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C 168/05, Rec. p . I 10421, apartado 25; de 4 de junio de 2009 , Pannon GSM, C 243/08, Rec. p . I 4713, apartado 22 , y de 6 de octubre de 2009 , Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08 , Rec. p. I 9579, apartado 29).

Desde esa posición de partida, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas" no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales". Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de remplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véanse las sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30 , y de 9 de noviembre de 2010 , VB Pénzügyi Lízing, C 137/08 , Rec. p. I 0000, apartado 47).

Por otra parte, es oportuno recordar el criterio sentado por la sentencia de TJUE de 14 de marzo de 2013 en el asunto C- 415/11 (Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya), que establece una doctrina que debe proyectarse sobre el debate que preside la nulidad de este tipo de cláusulas. En aquella sentencia el Tribunal, en la segunda de las cuestiones que le fueron planteadas que se refería a los elementos constitutivos del concepto de «cláusula abusiva» (se trataba en aquel caso de aquellas cláusulas que constituyen el objeto del litigio principal, las que se refieren al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, a la fijación de los intereses de demora y al pacto de liquidez), señala lo siguiente: "66. A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto<sup>32</sup> de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, C 472/10 , aún no publicada en la Recopilación, apartado 22 y jurisprudencia citada)".



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



Añade la sentencia a continuación: "67 Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (véanse las sentencias de 1 de abril de 2004 , Freiburger Kommunalbauten, C 237/02 , Rec. p. I 3403, apartado 19, y Pannon GSM, antes citada, apartado 37). 68 Pues bien, tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. En este contexto, ha de recordarse que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (véase la sentencia Invitel, antes citada, apartado 25 y jurisprudencia citada). 71 Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará 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 (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Freiburger Kommunalbauten, antes citada, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C 76/10, Rec. p. I 11557, apartado 59)".

En el mismo sentido, es relevante la sentencia dictada por el mismo tribunal con fecha 1633 de enero de 2014, por el que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias sobre cómo ha de entenderse el desequilibrio económico que produce la cláusula que se reputa abusiva. En concreto se formulaba si el concepto de «desequilibrio importante», que figura entre los criterios generales enunciados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva ya mencionada para definir una cláusula abusiva, debe interpretarse en el sentido de que exige que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula de ese tipo tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, o bien si sólo deben considerarse los efectos de dicha cláusula en los derechos y obligaciones del consumidor.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



Con carácter previo el Tribunal recuerda que la determinación de si una estipulación del contrato fue o no objeto de negociación individual corresponde al Juez nacional "atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba". Igualmente precisa que "según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la competencia de éste en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia ha de limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11, apartado 66 y la jurisprudencia citada)". Añade el tribuna l: "A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho Nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11 , apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71).

El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , apartado 44).

En relación específica con la primera obligación impuesta al consumidor por la estipulación decimotercera del contrato, a saber, el pago del impuesto de plusvalía, de los autos obrantes ante el Tribunal de Justicia se deduce que esa obligación tiene como efecto transferir al consumidor, en su calidad de adquirente, una deuda fiscal que, según la legislación nacional aplicable, incumbe al profesional, en su calidad de vendedor y como beneficiario de la ventaja económica sujeta a gravamen, a saber, la plusvalía realizada por el incremento de valor del inmueble vendido. De esa forma, parece ser que, mientras el profesional se beneficia de ese incremento de valor del bien que vende, el consumidor debe pagar no sólo el precio de venta que incorpora la plusvalía adquirida por ese bien, sino también un impuesto cuya base es esa plusvalía.

Además, según las observaciones escritas presentadas al Tribunal de Justicia por el Sr. Menéndez Álvarez, el importe de ese impuesto no se conoce en la fecha de la celebración del contrato, sino que sólo se liquida a posteriori por la autoridad competente, lo que, de ser así, implicaría una incertidumbre del consumidor sobre el alcance del compromiso asumido. Incumbe al tribunal remitente verificar ante todo si, a la luz del Derecho interno español, los hechos del litigio principal corresponden a la situación descrita en el precedente apartado. En segundo término, le corresponde apreciar si la estipulación decimotercera del contrato, al imponer al consumidor una obligación adicional no prevista por las normas del Derecho nacional, constituye una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que se encuentra el consumidor, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables. En su caso, le incumbe por último comprobar si la información recibida por el consumidor antes de la celebración del contrato se ajustaba a las exigencias derivadas del artículo 5 de la Directiva (...) Es preciso añadir que la mención en la estipulación decimotercera del contrato de que la asunción por el comprador del impuesto de plusvalía se ha tenido en cuenta al determinar el precio de venta no puede por sí sola constituir la prueba de una contrapartida de la que se haya beneficiado el comprador. En efecto, para garantizar la eficacia del control de las cláusulas abusivas, la prueba de una reducción del precio como contrapartida de la aceptación por el consumidor de obligaciones adicionales no puede aportarse mediante la inclusión por el profesional de una mera afirmación a ese efecto en una cláusula contractual que no haya sido negociada individualmente.

Por las anteriores consideraciones, procede responder<sup>35</sup> a la cuestión prejudicial planteada que el artículo

3, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que:

- La existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que,



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales Incumbe al tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de éste".

El Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta doctrina en sus sentencias de 12 de marzo y 22 de octubre de 2014 . En la primera señala: "El Tribunal de apelación aplicó correctamente a la cláusula litigiosa el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En la interpretación de dicha Directiva ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 16 de enero de 2014 - C-226/12 -, que un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor puede resultar de una lesión suficientemente grave en la situación jurídica en que el mismo se encuentra como parte del contrato.

Pues bien, esa lesión en la posición jurídica del consumidor protegido se produce - como pusimos de relieve en la antes citada sentencia 842/2011 - al transferirle, en su condición de adquirente, una deuda fiscal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 104 del Real Decreto Legislativo, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, está a cargo de la vendedora, la cual se beneficia del incremento del valor de la cosa vendida, ya incorporado al precio, al imponer finalmente al comprador el pago de un impuesto que tiene como base la misma plusvalía . Con lo que, además, este soporta una incertidumbre sobre el alcance de su obligación.

A la luz de una concepción ética de la buena fe, como modelo de comportamiento exigible y fuente

de determinados deberes de conducta, valoramos la desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes, el desequilibrio que, en el contenido económico del contrato, la cláusula genera y el defecto de información que su aplicación implica

DÉCIMO SEGUNDO .- Los citados criterios establecidos por TJUE fueron aplicados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015 sobre una cláusula análoga a la aquí debatida, sentencia que sirve de referencia a ambas partes para estructurar sus argumentos.

El fundamento de la sentencia del TS es el siguiente: " En este motivo se cuestiona la aplicación de los supuestos de abusividad previstos en las letras a y c del artículo 89.3 TRLGCU, ya que solo se refieren a contratos de compraventa de viviendas. Asimismo, se aduce que la cláusula se limita a recoger unas atribuciones de gastos o costes a los prestatarios ya previstos en las leyes para determinadas prestaciones realizadas en su favor. Así, se argumenta que el único tributo derivado del contrato de préstamo es el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el prestatario. En cuanto a los gastos, teniendo en cuenta que la garantía constituida es una hipoteca unilateral, a tenor del artículo 141 LH , los gastos derivados de esta actuación le corresponden al prestatario, como sucede con los honorarios de notario y registrador.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	





E igual ocurre con las primas del contrato de seguro de daños del bien hipotecado previsto en el artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario ; y con los servicios complementarios realizados a favor del prestatario y a solicitud de éste, como el informe de antecedentes previo a la cancelación de la hipoteca solicitada por el prestatario.

2.- La cláusula cuestionada es del siguiente tenor:

" Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

(...)

Decisión de la Sala :

1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

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

37

imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. 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 solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/ consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y38 derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario ( letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho. Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula".

DÉCIMO TERCERO.- A pesar de lo expuesto en la fundamentación jurídica de la demanda y la omisión de cualquier referencia en la contestación a la misma, no resulta de aplicación al supuesto enjuiciado el TRLGCU, dado que el contrato que nos ocupa se celebró el 7 de septiembre de 2004, aun cuando tal dato no es relevante para las consecuencias que se deben extraer, en las que disintimos parcialmente del pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Por una parte, debe señalarse que el Tribunal Supremo ya había abordado en su sentencia de 1 de junio de 2000, reiterada en la de 24 de julio de 2002, el traslado al consumidor de las cantidades correspondientes a los gastos de la constitución de la hipoteca, estableciendo que suponía una infracción del apartado 1- C), 11º del art. 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores vigente a la sazón. Y razonaba que "la improcedencia de ese pago, con base en la estipulación 4ª párrafo 3º de los contratos de compraventa cuya nulidad expresamente se declara, es contundente en virtud escrupulosa a lo que al respecto de forma "Ad Hoc" determina el art. 10.1.C) 11 de la Ley General para la Defensa de los Usuarios y Consumidores, que prescribe: "...las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las administraciones Públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: ...c) buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye: ... 11. En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la39 preparación de la titulación, que por su naturaleza corresponda al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación). Y su párrafo 4º establece que "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos..."

Por otra parte, la jurisprudencia ( sentencias del TS de 25 de noviembre de 2.011 y 12 de marzo de 2014 ) sostiene la nulidad de la estipulación que desplaza el Tributo al consumidor cuando no fue negociada individualmente y, en contra de las exigencias de la buena fe, causa,



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Ahora bien, aquella nulidad no se producía "en todo caso", sino cuando concurrieran aquellas notas, al negar efecto retroactivo al nuevo texto refundido de la LGDCU, sobre lo que nos ocuparemos a continuación.

DÉCIMO CUARTO .- En el presente caso ha de considerarse que la debatida se trata de una cláusula no negociada individualmente. En este sentido, resume la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (cláusulas suelo): "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".

Ya se ha indicado anteriormente, al citar la sentencia del TJUE y del TS, que corresponde probar al empresario que afirma que una determinada cláusula que figura en un contrato propio de la actividad que desarrolla celebrado con un consumidor ha sido objeto de negociación individual. En el presente caso no se ha practicado prueba alguna acreditativa de dicha negociación.

DÉCIMO QUINTO .- Ya se ha señalado anteriormente cómo deben entenderse los requisitos de la buena fe y de desequilibrio importante para declarar la abusividad de la cláusula. Ya se ha señalado que la STJUE de 14 de marzo de 2013 en el asunto C- 415/11 obliga a examinar si la promotora, en este caso prestamista, podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con los compradores -prestatarios-, aceptarían tal cláusula en el marco de una negociación individual.

La verdadera controversia gira sobre la existencia del desequilibrio provocado por la cláusula, al sostener el banco que la obligación tributaria a la que se refiere recae sobre el prestatario consumidor. Debe observarse que la parte que introduce en el contrato la cláusula debatida defiende la validez de la misma argumentando su inanidad, lo que resulta un contrasentido y más parece venir referido tal argumento a una defensa frente a las 40 consecuencias de la nulidad. Debemos insistir respecto de los aranceles notariales la existencia de la norma específica en la regulación tuitiva de los intereses de los consumidores, lo que permite prescindir de las alegaciones realizadas por la parte demandada. En todo caso no cabe aceptar su argumento de que es el demandante quien debe soportarlos por cuanto corre a cargo de quien hubiere requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su defecto, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales. Argumenta que habitualmente se formaliza ante el mismo notario la compraventa del bien inmueble que financia con el préstamo por lo que la prestación de funciones del funcionario público no es



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



solicitada por la entidad financiera, que no interviene en el citado contrato. Y desde el punto de vista del interesado, entiende que lo es el prestatario "para quien la operación le supone en muchos casos la adquisición de su vivienda habitual". Omite cualquier argumentación la demandada sobre los aranceles derivados, por ejemplo, a la primera copia de la escritura para la prestamista, cuyo interés para el prestatario no parece adivinarse. En todo caso, la demandada parte de afirmaciones genéricas, que vinculan la formalización del contrato a otro en el que no es parte la demandada, algo que no se deriva del contrato, ni resulta necesariamente así, para establecer una presunción inaceptable. Y basta remitirse a la argumentación de la sentencia del TS transcrita en lo que aquí importa en el fundamento jurídico tercero para razonar como es el banco el principal interesado en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, al obtener con ello un título ejecutivo con facultades de ejecución privilegiada.

La cuestión aparece más compleja respecto de los Tributos que gravan el préstamo con garantía hipotecaria.

DÉCIMO SEXTO.- Sobre este asunto, este juzgador considera oportuno cambiar el criterio seguido en anteriores resoluciones en base a lo siguiente.

#### I.- ACTUALIDAD Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

La sentencia del pleno de la Sala de lo Civil del TS de 23 de diciembre de 2015 (705/2015) ha reabierto la cuestión que parecía resuelta desde hace años relativa al sujeto pasivo de la cuota gradual de AJD en los préstamos hipotecarios concedidos por sujetos pasivos de IVA en general y por entidades de crédito en particular.

La indicada sentencia del TS, mirada con desdén por la mayoría de la doctrina tributaria, merece en mi opinión una mayor atención y pone de manifiesto que este punto no ha sido resuelto, ni acertada ni definitivamente, en el ámbito fiscal.

#### II.- LOS SUSTENTOS DE LA CONSIDERACIÓN DEL PRESTATARIO COMO SUJETO PASIVO.

Procede en primer término realizar una síntesis de los apoyos, evidentemente poderosos, para sostener que el sujeto pasivo es el prestatario. Se exponen por separado y clasificados jerárquicamente de mayor a menor peso:

a) Normativo directo: el párrafo segundo del art. 68 del Reglamento del ITP y AJD en sede de dicha modalidad al decir que: "Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Pues bien, la norma es diáfana pero no se puede prescindir de su rango es que es meramente reglamentario. Por tanto, se sitúa en el furgón de cola de la jerarquía normativa.

b) Normativo indirecto: la consideración en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) de los préstamos con constitución simultánea de garantía hipotecaria como sujetos a dicha modalidad exclusivamente por el concepto de préstamo (art. 15.1 del TR del ITP y AJD) con la secuela de que resulta sujeto pasivo en dicha modalidad el prestatario (art. 8.d del TR del ITP y AJD).



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



Pues bien, la norma también es clara y en este caso con rango de ley, pero se refiere a los préstamos sujetos a la modalidad de TPO que son los concedidos por particulares, los menos frecuentes y que paradójicamente quedan exentos por aplicación del art. 45.I.B.15.

c) Jurisprudenciales, estudiados con exhaustividad por Joaquín Zejalbo en sendos estudios publicados en la web notarios y registradores. En síntesis, entre otras, sendas sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS de 23/11/2001, 27/3/2006 y 31/10/2006 refrendadas indirectamente por autos del TC de 18/1/2005 y 24/5/2005 hacen suyas los sustentos normativos antes indicados.

Pues bien, apuntar que los pronunciamientos del TS desde 2001 son reiterativos y yuxtaponen sin demasiada precisión, probablemente por considerarlo innecesario, los apoyos normativos directos e indirectos antes reseñados. Por su parte, el TC en sus autos se limita a inadmitir recursos de particulares en cuanto considera que el que un prestatario deba pagar un tributo por recibir un préstamo no supone vulneración del principio de capacidad económica y de justicia tributaria del art. 31.1 de la Constitución.

d) La doctrina administrativa, tanto la que resulta de la DGT ya con anterioridad al vigente Reglamento del Impuesto y el TEAC (entre otras, resolución de 28/4/2004) coinciden con la jurisprudencia en el mismo sentido.

### III.- .A) LA SUJECIÓN A RESERVA DE LEY DE LOS SUJETOS PASIVOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.

La incidencia en este asunto de la reserva de ley en materia tributaria no es despreciable. Proclamada por los arts. 31.3 y 133.1 de la Constitución, su contorno se precisa en el art. 8 de la LGT que establece: "Se regularán en todo caso por ley: c) La determinación de los obligados tributarios previstos en el apartado 2 del artículo 35 de esta ley y de los responsables, lo que reafirma el art. 36.1 al decir que: "Es sujeto pasivo el obligado tributario que, según la ley, debe cumplir la obligación tributaria principal".

Por tanto, aunque el principio de reserva de ley en el ámbito tributario es relativo, resulta que en lo que atañe al sujeto pasivo es inexcusable su observancia, como no podía ser menos al ser la determinación de la persona que debe soportar el tributo un elemento esencial del mismo.

### III.B) LA REGULACIÓN CON RANGO DE LEY DEL SUJETO PASIVO ENAJD.

Pues bien, la referencia legal al sujeto pasivo en la modalidad de AJD la encontramos en el art. 29 del TR, conforme al cual: "Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan."

### III.C) EL HECHO IMPONIBLE DE LOS PRÉSTAMOS<sup>42</sup> HIPOTECARIOS SUJETOS A AJD. SU INCIDENCIA SOBRE EL SUJETO PASIVO.

Es obvio que la condición de sujeto pasivo está íntimamente conectada con el hecho imponible, pues sujeto pasivo a título de contribuyente lo es la persona que debe soportar el tributo por ser quien realiza el hecho imponible (art. 36.2 LGT).

Pues bien, el hecho imponible en la cuota gradual de AJD en los préstamos hipotecarios concedidos por sujetos pasivos de IVA está constituido no por el préstamo en sí que está sujeto al IVA constituyendo una prestación de servicios (art. 11.2.12º de la Ley del IVA) que está



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



exenta (art. 20.1.18.c), sino por la formalización documental en escritura pública de un contrato de objeto valuable e inscribible en el registro de la propiedad como resulta del art. 31.2 del TR.

Y es que un préstamo, hipotecario o no, puede resultar sujeto o a IVA o a TPO, según la condición de empresario o no del prestamista, pero no a AJD pues habría superposición con el IVA que ya lo contempla como hecho imponible. Lo que determina la exigibilidad de AJD es la formalización documental del mismo en escritura pública y su acceso al registro. Y esto es precisamente el elemento nuclear por el que el TS desde la ya lejana sentencia de 2 de octubre de 1989, reiterada por muchas más desde entonces, considera que a los préstamos hipotecarios sujetos a IVA en la modalidad de AJD no le es de aplicación la exención que para la modalidad de TPO establece el art. 45.I.B.15 del TR, porque se está gravando el soporte documental inscribible y no el préstamo, que ya está sujeto al IVA.

Siendo lo apuntado, desde mi punto de vista irrefutable y avalado por constante jurisprudencia del TS, la consecuencia inevitable es considerar a la vista del art. 29 del TR que el sujeto pasivo no es el prestatario como adquirente del préstamo, que como tal no resulta ni puede quedar gravado, sino lo persona que insta o solicita el documento notarial y a cuyo favor se expiden las copias para dotarlo de efectos ejecutivos y ser apto para la inscripción y dicha persona no es otra que la prestamista, entidad de crédito o empresario concedente. Y es que, en efecto, la actuación notarial se insta por la entidad de crédito y las copias con efectos ejecutivos e inscribibles se expiden a su favor.

Otra posición supondría trasladar la realización del hecho imponible a quien no es realmente parte en el mismo. El prestatario recibe evidentemente un préstamo, pero la documentación en escritura pública del mismo se realiza a instancias y para la entidad de crédito.

### III.D) ¿ES EL PRESTATARIO ADQUIRENTE DE UN PRÉSTAMO?

Retornando al art. 68 del Reglamento del ITP y AJD la primera duda que se plantea es si puede acogerse al paraguas del art. 29 del TR. Es cierto que el art. 29 recoge en primer término como sujeto pasivo al adquirente del bien o derecho; sin embargo, es en mi opinión claro que no se está refiriendo al prestatario.

Referencias normativas al prestatario las encontramos en sede de la modalidad de TPO sin que en ningún caso se equipare a adquirente. Al contrario, los arts. 7 y el art. 8 del TR del ITP y AJD diferencian tajantemente entre transmisiones de bienes y derechos en las que el sujeto pasivo es el adquirente y préstamos en el que el sujeto pasivo es el prestatario.

El prestatario es tan adquirente de un préstamo como el prestamista, de hecho, en la contabilidad bancaria es una típica operación de activo. Se puede argumentar que dicho endeudamiento es manifestación de una capacidad económica gravable, pero ya hemos indicado que los préstamos están sujetos en la imposición indirecta a IVA o TPO.

### III.E) ¿LA NORMATIVA EN SEDE DE TPO JUSTIFICA QUE EL PRESTATARIO SEA SUJETO PASIVO EN AJD?

Entendemos que de ninguna manera. Insistiendo, el impuesto de TPO se contrapone al IVA, no a AJD. Un préstamo como tal puede quedar sujeto a IVA o TPO; si el préstamo hipotecario sujeto a IVA incide en AJD es por el documento, no por el préstamo en sí.



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



Además, desde el punto de vista sistemático, nuestro TR del ITP y AJD regula en títulos distintos las respectivas modalidades (I para TPO, II para Operaciones Societarias, III para AJD y el IV de disposiciones comunes) y no hay norma que habilite la transposición normativa de una modalidad a otra.

Ahora bien, es cierto que especialmente para la determinación de la base imponible en AJD la práctica y la jurisprudencia, suelen admitir la aplicación de las normas de TPO en AJD. Ello es consecuencia de la parquedad normativa de AJD que en caso de operaciones análogas a las gravadas a TPO sujetas a AJD, generalmente por tributar por IVA, se aplican las reglas para la cuantificación del objeto valuable de TPO. Pero, más allá de la base imponible, la jurisprudencia tiende a reconocer la respectiva autonomía normativa de cada modalidad.

Botón de muestra es la reciente sentencia del TS de 18/11/2015 donde afirma que, dado el carácter eminentemente formal de AJD, el que el acto o contrato formalizado quede sujeto a condición suspensiva, no afecta al devengo de AJD. Y todo ello a diferencia de en TPO, pues el hecho imponible en TPO es el propio acto o contrato traslativo, no su documentación.

### III.F) ¿POR QUÉ LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA HAN SIDO UNIDIRECCIONALES?

Entendemos que ello obedece a un itinerario donde ha prevalecido más una posición pragmática que dogmática. Ya antes del Reglamento del 95, la DGT postuló el criterio de considerar en AJD sujeto pasivo al prestatario, luego el Reglamento lo reafirma y el TS le da su bendición.

Creo sinceramente, como ya he anticipado, que es la solución más práctica: si a la postre las entidades de crédito van a trasladar el Impuesto a los prestatarios, lo que es lícito de acuerdo al art. 17.5 de la LGT, hagámoslo fácil y no entremos en camisas de once varas. Factor no menor es el poder fáctico de las entidades de crédito cuya vinculación con los poderes públicos ha estado incluso institucionalizado hasta tiempos recientes a través de las hoy casi extintas Cajas de Ahorro.

También ha contribuido el hecho de que estamos ante un tributo esporádico, que supone un peaje tributario puntual y que merece poca atención a la mejor doctrina fiscalista.

### IV) SUJETO PASIVO EN AJD ES EL PRESTAMISTA.

Llegados a este punto, consideramos que no hay más meta que el concluir que el sujeto pasivo en AJD de las escrituras que documentan préstamos hipotecarios sujetos a IVA es el prestamista, el concedente del préstamo: es la persona que insta el otorgamiento en escritura, documento público que le otorga fuerza ejecutiva y aptitud para inscribir la garantía real y a cuyo favor se expide la "primera copia".

En definitiva, es la persona que realiza el hecho imponible en AJD y como tal debe ser reputado contribuyente.

Se impone, además de posibles políticas normativas acordes a la realidad del tributo, un viraje de la jurisprudencia administrativa que subsane el error padecido, declarando nulo o inaplicable el art. 68 del Reglamento del ITP y AJD.

Todo ello además sin perjuicio de que en el ámbito de la jurisdicción civil, al resolver los pleitos que se interpongan por los gastos de la hipoteca prescindan de la aplicación del dicho art. 68



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	





del Reglamento, amparándose en el art. 6 de la LO 6/1985, del Poder Judicial: "Los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa".

En cuanto al obligado al pago o restitución de estas cantidades indebidamente percibidas, esa infracción de normas imperativas, por parte de la entidad bancaria, conlleva una obligación de indemnizar al perjudicado con ese actuar contrario a directiva comunitaria y normas imperativas de protección del consumidor, es decir, el que redactó esa cláusula, abusiva, imputando al consumidor esos gastos no fue otro que la entidad bancaria, la cual debe responder de ese incumplimiento de norma imperativa y, en consecuencia, indemnizar al consumidor con las cantidades abonadas por los mismos en función de esa cláusula declarada nula. El abono de esos gastos por los consumidores está acreditado documentalmente en la demanda. Consecuencias de la declaración de nulidad.

DÉCIMO SEPTIMO.- Habiéndose estimado la pretensión declarativa de la actora, procede determinar ahora cual deba de ser el alcance temporal de la declaración de nulidad.

En cuanto a la consecuencia jurídica de la determinación del carácter abusivo de las cláusulas indicadas en el fundamento anterior, debe señalarse, con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank/José Hidalgo Rueda y otros, en los asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU: C:2015:21:

"... procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a DEJAR SIN APLICACIÓN LA CLÁUSULA CONTRACTUAL ABUSIVA, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, SIN ESTAR FACULTADOS PARA MODIFICAR EL CONTENIDO DE LA MISMA. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C 618/10, EU: C: 2012: 349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C 488/11, EU:C: 2013:341, apartado 57)."

¿Por qué?, la propia sentencia citada señala:

"... sí el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993). En efecto, la mencionada facultad contribuiría a 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..."

En cuanto a la posibilidad del juez de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional: "... el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda LIMITADA A LOS SUPUESTOS EN LOS QUE LA DECLARACIÓN DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA OBLIGARÍA AL JUEZ A ANULAR EL CONTRATO EN SU TOTALIDAD, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización, ...".

Lo indicado con anterioridad, determina, en el presente caso, la exclusión de la escritura de préstamo hipotecario (documento núm. 1 de la demanda) de la cláusula de vencimiento anticipado (cláusula 6ª bis en sus apartados a y b), debiendo la demandada, caso de pretender el vencimiento anticipado o acudir al declarativo ordinario correspondiente o pactar una nueva cláusula de vencimiento anticipado con la demandante (parte prestataria) respetuosa con los principios jurídicos aquí enunciados.

Por el contarle, no puede determinarse la exclusión de las cláusulas/ estipulación financiera tercera apartado b) en sus subapartados 1,2,3,5 y 6 y estipulación financiera tercera apartado c) referida a intereses ordinarios en su subapartado 1 y la estipulación financiera tercera apartado c) bis referida a tipo de interés variable, pues dicha exclusión determinaría la correlativa nulidad del préstamo hipotecario en cuestión, con el consiguiente perjuicio para los consumidores, aquí demandantes. En estos casos, como ya se ha expuesto, el Tribunal de Justicia ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

En este sentido, parece lo más razonable acudir, como derecho supletorio, a lo señalado por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia del Pleno, Civil, del 25 de noviembre de 2015 (ROJ: STS 4810/2015 - ECLI: ES: TS;2015:4810) al indicar, tratando de un supuesto de nulidad de cláusula que establece un interés remuneratorio:

""El interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés "normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia" (sentencia núm. 869/2001, de 2 de octubre (LA LEY 7252/2001) . Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres46 años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) nº 63/2002, de 20 de diciembre de 2001 (LA LEY 14620/2001), sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio (LA LEY 1062/2002), dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada."

En consecuencia, y a la vista de los informes periciales aportados, puede concluirse con que la inmensa mayoría de las hipotecas en el año 2007 se concertaban por referencia, en cuanto al tipo de interés variable, al EURIBOR, por lo que se acoge este Índice de referencia, considerándose la aplicación del incremento que resulte de lo señalado como mayoritario por las estadísticas que para el año 2007 establecía la Circular 4/2002, de 25 de junio (LA LEY 1062/2002) del Banco de España.

En conclusión, procede la modificación del crédito hipotecario en este sentido, con interés variable aplicable a toda la vida del contrato por la referencia establecida y el correlativo recálculo de las cantidades con la imputación propuesta por la demandante, a convenir con la entidad bancaria demandada.

DÉCIMO OCTAVO.- Costas. En virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC (LA LEY 58/2000), al ser estimada parcialmente no procede condena en costas.

### FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED], contra BANCO SANTANDER S.A, representado por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] y en consecuencia:

1. DECLARO la nulidad de pleno derecho, por falta de transparencia, tanto de incorporación como de comprensibilidad, de las siguientes cláusulas:

- a. Cláusula Financiera 3ª Apartado B Amortización, subapartados 1º, 2º, 3º, 5º y 6º,
- b. Cláusula Financiera 3ª, apartado C, intereses ordinarios,

DECLARO nula la cláusula 7ª de gastos, debiendo la demandada indemnizar a la actora con la devolución de las cantidades por ellos abonados en aplicación de esa cláusula.

Declaro nula la cláusula de resolución anticipada.

2. CONDENO a la entidad demandada a pasar por dicha declaración de nulidad, y a la eliminación de las referidas cláusulas del contrato.

3. CONDENO a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario, y hasta la fecha prevista para su vencimiento, aplicando como índice de referencia el Euribor + el Diferencial que resulte de lo señalado como mayoritario por las estadísticas que para el año 2007 establecía la Circular 4/2002, de 25 de junio (LA LEY 1062/2002) del Banco de España para un préstamo hipotecario sobre vivienda.

4.- Condenar a la entidad bancaria demandada a tener que devolver a los actores la cantidad resultante del exceso de intereses cobrados en virtud de las cláusulas declaradas nulas, bien mediante ingreso de dichas cantidades en la cuenta de que son titulares los demandantes, o bien, alternativamente, mediante la compensación e imputación del importe de los intereses pagados de más en virtud de dichas cláusulas, al principal pendiente de amortizar, realizando



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas, según lo convenido por las partes.

Sin expresa condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN conforme disponen los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo interponerse ante este Juzgado en el plazo de VEINTE días, contados desde su notificación.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ

**EL/LA Juez**



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA LUISA MORENO VERA - Magistrado-Juez	11/10/2018 - 15:12:49
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	

