

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS
CLÁUSULAS- DE MADRID**

C/ Gran Via 12
Tfno: 914937071
Fax: 917031648
42020310



NIG: 28.079.00.2-2017/0097757

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 221/2017

Materia: Condiciones gen. contratos financiación con garantías reales inmobiliarias
prestatario persona física

Demandante: D./Dña. JUAN ANTONIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y D./Dña. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ RUBIO

PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

Demandado: BANKIA SA

PROCURADOR D./Dña. ELENA MARIA MEDINA CUADROS

SENTENCIA Nº 2/2017

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: DOÑA YASMINA CARRERA FERNÁNDEZ

Lugar: Madrid

Fecha: siete de septiembre de dos mil diecisiete

Vistos por mí, Doña Yasmina Carrera Fernández, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 101 bis de Madrid, los presentes autos de juicio declarativo ordinario tramitados en este juzgado bajo el nº 221/2017, sobre nulidad de condiciones generales de contratación, promovidos por D. JUAN ANTONIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y DÑA. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ RUBIO representados por el procurador de los tribunales D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo y asistidos del letrado D. Carlos Iglesias Araúzo, contra BANKIA S.A representada por la procuradora de los tribunales Dña. Elena María Medina Cuadros, bajo la dirección letrada de Antonio Sánchez Ramón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 7 de junio de 2017 el procurador de los tribunales, D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de juicio declarativo ordinario frente a la entidad Bankia S.A, por la que, en base a los hechos y

fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que se acordaran los siguientes pronunciamientos:

- a) Se condene a la demandada a eliminar las condiciones generales de la contratación referente a los gastos derivados de la formalización del préstamo hipotecario, vencimiento anticipado e intereses de demora, objeto del litigio, teniéndose por no puestas.
- b) Accesoriamente a la nulidad, se condene a la entidad financiera a la devolución íntegra de las cantidades que se hubieran cobrado a la actora en virtud de la cláusula relativa a los gastos de formalización de préstamo hipotecario, lo que asciende a la suma de 2.488,89€, así como sus intereses, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil.
- c) Y condene a la entidad bancaria al pago de las costas causadas en este procedimiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada en un plazo de veinte días para que se personase y contestase a la demanda interpuesta de contrario. Dentro del plazo legal se personó y contestó a la demanda oponiéndose a la misma en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que expuso por escrito, y concluyó suplicando al juzgado que, previo los trámites oportunos, se dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, con expresa imposición en costas a la actora.

TERCERO.- Contestada la demanda se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa, la cual tuvo lugar el 5 de septiembre de 2017. En el día y hora señalados comparecieron la actora y la demandada, quienes, después de manifestar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Recibido el pleito a prueba, tanto por la parte actora como por la parte demandada se propuso prueba documental. Las pruebas propuestas fueron declaradas pertinentes y quedaron circunscritas al ámbito de la documental admitida, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429.8ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los autos quedaron conclusos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado y cumplido los trámites legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes y acción ejercitada

La parte actora ejercita acumuladamente varias acciones individuales de nulidad con respecto a las condiciones generales de contratación insertas en los préstamos hipotecarios suscritos con la entidad demandada.

En primer lugar, ejercita la acción de nulidad de la cláusula décima inserta en el préstamo hipotecario de 1994, cláusula cuarta inserta en la novación hipotecaria de 1998 y cláusula quinta inserta en el préstamo hipotecario de 2004, y accesoriamente a cada una de ellas, una acción de restitución respecto de las cantidades pagadas en virtud de la aplicación de dichas cláusulas, por importe total de 2.488,89€.

Acumulativamente a éstas, ejercita la acción de nulidad de la cláusula tercera inserta en el préstamo hipotecario de 1994 y cláusula sexta bis inserta en el préstamo hipotecario de 2004, relativas al vencimiento anticipado, así como la acción de nulidad respecto de la cláusula sexta inserta en el préstamo hipotecario de 2004, relativa al interés de demora.

En concreto, expone en su escrito de demanda que, el Sr. Rodríguez y la Sra. Sánchez suscribieron con la entidad demandada, Bankia S.A, los siguientes préstamos hipotecarios:

- a) Préstamo hipotecario de fecha 29 de junio de 1994 ante el notario D. Rafael Izquierdo Asensio en escritura pública con número de protocolo mil cuatrocientos ochenta y ocho.
- b) Novación modificativa (del préstamo hipotecario anteriormente mencionado) de fecha 18 de septiembre de 1998 ante notario D. Sebastian Barril Roche en escritura pública con número protocolo mil ciento sesenta y cuatro.

- c) Préstamo hipotecario de fecha 30 de abril de 2004 ante notario D. Sebastian Barril Roche en escritura pública con número de protocolo ochocientos cincuenta y seis.

Por su parte, la entidad demandada en su escrito de contestación ha alegado en primer lugar la existencia de prescripción de las acciones de reclamación de cantidad en relación con las acciones de restitución accesorias a las de nulidad pretendidas por la actora, -en relación con los préstamos hipotecarios de fecha 1994 y 1998-, poniendo en evidencia la existencia de una contravención a las reglas de la buena fe por el transcurso de un lapso temporal tan amplio para proceder a su reclamación.

En relación con la cláusula relativa a los gastos de hipoteca, alega la existencia de conformidad de los demandantes en el momento de su abono. En concreto, en relación con los abonos realizados al Registrador y al Notario, reseña que son pagos efectuados a un tercero ajeno a la propia demandada. Por su parte, sostiene asimismo que dichas cláusulas gastos insertas en los distintos préstamos hipotecarios, no vulneran el artículo 89 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU).

Con respecto a las cláusulas que contemplan el vencimiento anticipado, sostiene la demandada la validez de las mismas con términos generales, manteniendo que deben concurrir circunstancias excepcionales para su posible declaración de nulidad.

Finalmente y en lo que concierne a la cláusula relativa al interés de demora sostiene la demandada su validez, sobre la base de que el interés pactado no alcanza el límite jurisprudencialmente establecido.

SEGUNDO.- De la existencia de prescripción alegada por la parte demandada

Alega la demandada en su escrito de contestación, la existencia de prescripción con respecto a las acciones de restitución ejercitadas accesorias a la acción de nulidad principal – con respecto a las cláusulas que contemplan los gastos hipotecarios insertas en el préstamo hipotecario de 1994 y novación hipotecaria de 1998-.

Se ampara en lo dispuesto en el anterior artículo 1964 del Código Civil (en adelante, CC) que contemplaba un plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones personales de 15 años. Manifiesta también, que, teniendo en cuenta que los préstamos hipotecarios son de fecha de 1994 y 1998, considera que el plazo de prescripción ha quedado superado, estando las acciones de restitución ejercitadas por la demandante en relación a estos dos préstamos, prescritas.

A pesar de que nuestro ordenamiento jurídico no contempla la prescripción como una de las excepciones procesales en los términos del art. 416 LEC, puesto que su tratamiento y posterior análisis resulta indispensable a efectos de entrar a valorar el fondo del asunto, en el acto de la audiencia previa se dio traslado a la parte actora para que pudiera pronunciarse al respecto. En este sentido, la demandante argumentó la imprescriptibilidad de la acción de nulidad prevista como tal en nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el cual, consideró que la prescripción no ha de operar en las acciones ejercitadas, estando las mismas plenamente vigentes.

La prescripción se trata de una institución contemplada en nuestro ordenamiento jurídico cuya finalidad es limitar el ejercicio en el tiempo de acciones, con la finalidad de garantizar una mínima seguridad jurídica y la consolidación de determinados derechos que podrían verse menoscabados como consecuencia del ejercicio extemporáneo o ilimitado de ciertas acciones.

Es jurisprudencia pacífica en nuestro ordenamiento jurídico aquella que considera que si bien la acción de nulidad es imprescriptible, -STS 1080/2008 de 14 de noviembre-, debe limitarse la acción de restitución mediante la figura de la prescripción por cuestiones de seguridad jurídica. Por su parte, el TJUE no ha quedado al margen de esta tesis y así lo ha entendido en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 al señalar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables del carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el derecho de la Unión, teniendo en cuenta un plazo razonable de prescripción.

Efectivamente, la reclamación de los efectos restitutorios derivados de la acción de nulidad está sujeta a una limitación temporal, que, a falta de disposición especial, se regirá por el plazo general de las acciones personales, que será de 5 años, de acuerdo con el art. 1964 CC en su nueva redacción dada por la Ley 42/2015 de 5 de octubre. De acuerdo con el art. 1939 CC al que se remite la Disposición Transitoria 5ª de dicha Ley, este nuevo plazo de prescripción será aplicable a las acciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

Así por tanto, cuestión indispensable resulta determinar cuál es el momento en el que dicha acción puede ejercitarse.

Para ello, debemos tener en cuenta el art. 1969 CC que establece que el plazo de la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. A este respecto, conviene señalar que la concepción jurídica de la posibilidad de declaración de nulidad de determinadas cláusulas suscritas en préstamos en los que ha intervenido un consumidor, resulta ser una cuestión reciente con un escaso recorrido temporal, siendo no obstante, indiferente que los consumidores puedan ejercitar las acciones de nulidad que consideren oportunas en virtud del principio de imprescriptibilidad de las mismas. Ahora bien, dado que la acción de restitución resulta ser inmediatamente accesoria a la acción de nulidad -puesto que sin ésta última, la acción de restitución no existiría-, resulta adecuado considerar que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción restitutoria quede subordinada a la declaración judicial de nulidad.

Por lo expuesto, dado que en el presente procedimiento se ejercitan acciones de nulidad y acciones de restitución, ninguna de aquéllas se encuentra prescrita, por la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción de nulidad en el primer caso, y por la accesoriidad de las segundas.

Es por todo ello, que no puede prosperar las alegaciones del demandado en cuanto a la prescripción se refiere, siendo en consecuencia, que las acciones ejercitadas por la demandante tienen plena vigencia.

TERCERO.- Sobre los hechos controvertidos.

En el presente procedimiento no se discute la condición de consumidores del Sr. Rodríguez ni de la Sra. Sánchez. Asimismo, tampoco se discute la existencia de tres préstamos hipotecarios suscritos entre las partes, ni tampoco la existencia de las cláusulas objeto de la impugnación, insertas en los mismos.

Por otro lado, tampoco se discute que las cláusulas cuya nulidad es pretendida por la demandante reúnen los requisitos previstos en la Ley de las Condiciones Generales de Contratación (LCGC) y en la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo, a los efectos de considerar que deberán reunir los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. (STS de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015).

Finalmente, tampoco se discute la cuantía de las partidas relativas al impuesto de actos jurídicos documentados y transmisiones patrimoniales y gastos notariales y registrales, ni que tales desembolsos han sido efectuados por el Sr. Rodríguez y la Sra. Sánchez.

Con respecto a la acción de nulidad ejercitada por la parte actora en relación con las cláusulas gastos contenidas en los distintos préstamos hipotecarios, tanto del escrito de demanda como del propio acto de la audiencia previa, la pretensión queda circunscrita a los gastos efectivamente desembolsados por los demandantes, relativos al impuesto de actos jurídicos documentados y transmisiones patrimoniales, gastos de notaría y gastos de registro.

Así, el objeto de la controversia queda circunscrito al siguiente ámbito:

- a. Nulidad de las cláusulas décima (gastos hipotecarios) y decimotercera (vencimiento anticipado) del préstamo hipotecario de 1994.
- b. Nulidad de la cláusula cuarta (gastos hipotecarios) de la novación hipotecaria de 1998.
- c. Nulidad de las cláusulas quinta (gastos hipotecarios), sexta (intereses de demora) y sexta bis (vencimiento anticipado) del préstamo hipotecario de 2004.

Para facilitar un análisis de la posible nulidad de las cláusulas objeto de la impugnación se realizará un examen conjunto de cada uno de los tres tipos de cláusulas, en el siguiente sentido y por el siguiente orden:

1. Cláusula de gastos hipotecarios:
 - 1.1 Cláusula 10ª del préstamo hipotecario de 1994
 - 1.2 Cláusula 4ª del préstamo hipotecario de 1998
 - 1.3 Cláusula 5ª del préstamo hipotecario de 2004

2. Cláusula de vencimiento anticipado:
 - 2.1 Cláusula 13ª del préstamo hipotecario de 1994
 - 2.2 Cláusula 6ª bis del préstamo hipotecario de 2004

3. Cláusula de intereses de demora
 - 3.1 Cláusula 6ª del préstamo hipotecario de 1998

CUARTO.- Cláusula gastos

Solicita la demandante, la nulidad de las siguientes cláusulas:

1. Cláusula 10ª contenida en el préstamo hipotecario de 1994, cuya dicción literal es la siguiente:

El prestatario queda obligado al abono de los gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo una primera copia para la Entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción y en general cuantos gastos se ocasionen con motivo de la concesión del préstamo y de su cancelación, así como también los impuestos que, por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo; y en caso de incumplimiento, satisfará

las costas procesales que se originen, incluso los de cualquier tercería y los honorarios y derechos del letrado y procurador que intervengan en los procedimientos correspondientes.

También se obliga el prestatario a que la póliza de seguro de incendios sobre las fincas hipotecadas, quede en poder de de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, durante la vigencia del préstamo.

2. Cláusula 4ª inserta en el préstamo hipotecario de 1998, cuya dicción literal es la siguiente:

Los prestatarios quedan obligados a satisfacer los gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora y los honorarios del Registrador para la inscripción de la novación modificativa.

La Caja queda formal e irrevocablemente autorizada por el prestatario a realizar los trámites necesarios con objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueren precisos para tal inscripción, gestionándolo a través de un Gestor Administrativo, siendo por cuenta y cargo del prestatario los gastos, honorarios y en su caso, tributos que se ocasionen o devenguen por el otorgamiento, inscripción de esta escritura y gestión para hacer efectiva tal inscripción.

3. Cláusula 5ª inserta en el préstamo hipotecario de 2004.

Se pactan como gastos que expresamente asume la parte prestataria, los siguientes:

La parte prestataria queda obligada al abono de los gastos de tasación del inmueble, gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la Entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación, subsanación o cancelación, así como también los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo y en caso de incumplimiento, satisfarán las costas procesales que se originen, incluso los de cualquier tercería y los honorarios y derechos de

letrado y procurador que intervengan en los procedimientos correspondientes. Se obliga igualmente al pago de los gastos que originen el seguro de incendios, o de todo riesgo la construcción en el caso de edificación sobre la finca o fincas hipotecadas, obligándose asimismo a que la póliza del seguro quede en poder de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid durante la vigencia del préstamo, conforme al párrafo tercero de la cláusula hipotecaria cuarta.

La Caja queda formal e irrevocablemente autorizada por la parte prestataria para realizar los trámites necesarios con objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos para la inscripción de esta escritura a través de un Gestor Administrativo, siendo por cuenta y cargo de los prestatarios los gastos, honorarios, tributos que se ocasionen o devenguen por tal motivo y por la inscripción de la escritura correspondiente.

La parte demandante, solicita la nulidad de dichas cláusulas en cuantos los gastos desembolsados por aplicación de las mismas, en relación con los gastos notariales, aranceles registrales, impuesto de actos jurídicos documentados y transmisiones patrimoniales. Para determinar la validez o nulidad de dichas partidas insertas en las mencionadas cláusulas, han de analizarse estos concretos gastos en los que ha incurrido el prestatario, teniendo en cuenta la normativa legal y reglamentaria al respecto.

a) Gastos notariales

En primer lugar por lo que concierne a los **gastos notariales**, el artículo 63 del Reglamento del Notariado *establece que la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial.*

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

En este sentido, es conveniente matizar que no nos encontramos ante la existencia de un único negocio, sino que dicha unidad se rompe a favor de considerar la existencia de dos negocios jurídicos distintos. Así, tal distinción resulta relevante a efectos de determinar qué gastos se derivan de cada uno de estos negocios, y a quién le corresponde su pago. Esta línea argumental es la que ha seguido la SAP de las Palmas de Gran Canaria 932/2017 de 6 de julio de 2017 que establece que, las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esta diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza. Prevalece, por el contrario, la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles (norma 4.2º), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de la responsabilidad.

Así, por tanto, cuestión indispensable resulta determinar quién debe considerarse el requirente a efectos del pago de los gastos del notario, para lo cual, deberemos estar a lo dispuesto en el RD 1426/1989. De acuerdo con el artículo 147 III, es el banco quien presenta la minuta para que sea redactada por el notario, de acuerdo con el Reglamento notarial. Asimismo, el concepto de interesado en los términos del RD 1426/1989 es la propia entidad bancaria puesto que la celebración de un préstamo, que es lo que realmente interesa al prestatario no requiere de escritura pública (1258CC), y sobre la base de que la constitución de la hipoteca -motivo por el que se formaliza escritura pública (con sus gastos) y que la misma se inscriba en el Registro de la propiedad (con sus gastos)-, a quien beneficia es al prestamista. Ello porque le permite obtener un derecho o garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento de la obligación por parte del prestatario (1858CC), obtiene un crédito preferente (1923.3ºCC), en caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con hipoteca tiene un privilegio especial (90.1.1º Ley Concursal), porque el crédito es ejecutivo (art. 517 LEC y 130 LH), y

finalmente porque el interesado sería el propio prestamista no solo de acuerdo con la legislación especial hipotecaria (233 Reglamento del Notariado), sino también de acuerdo con las normas fiscales, de acuerdo con la interpretación de la Sala Primera del TS que sigue la línea jurisprudencial de la sala tercera que grava con el impuesto al prestatario sobre la base de considerarlo adquirente y no interesado.

Es por todo lo expuesto, que debe considerarse como obligado al pago de los gastos notariales la entidad demandada.

b) Gastos registrales

En segundo lugar, con respecto a los **gastos registrales**, el RD 1427/1989 de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone en el Anexo II, norma Octava que, *los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes le soliciten.*

Quien hace la solicitud de inscripción en el registro de la Propiedad es el Banco, siendo por tanto este, quien deberá abonar los derechos del Registro, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

Así, de acuerdo con estos argumentos, 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. Este es además el criterio que ha seguido el alto tribunal en la STS 705/2015, que establece que *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 (art. 517 LEC),

constituye la garantía real (Arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC).

Siguiendo el argumento muy acertado de la SAP de las Palmas de Gran Canaria 932/2017, lo que *le interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial.*

Por lo expuesto, quien debe asumir el pago de los aranceles registrales, es la propia entidad demandada.

En consecuencia, las cláusulas discutidas relativas a los gastos notariales y registrales, 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).

Así, dicha cláusula aparece expresamente prevista en la ley como abusiva, y concretamente recogida en el art. 89.3 TRLGCU que establece que será nula “*la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario*”. Por ello, procede declarar abusivo los siguientes incisos:

Cláusula 10ª del préstamo hipotecario de 1994: “*El prestatario queda obligado al abono de los gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo una primera copia para la Entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción (...)*”

Cláusula 4ª de la novación hipotecaria de 1998: *Los prestatarios quedan obligados a satisfacer los gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora y los honorarios del Registrador para la inscripción de la novación modificativa.*

Cláusula 5ª del préstamo hipotecario de 2004: *La parte prestataria queda obligada al abono de gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la Entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación, subsanación o cancelación (..).*

Determinada su abusividad, y consecuentemente su nulidad, procede la total expulsión de dichos incisos de las cláusulas mencionadas, y por consiguiente del contrato en cuestión. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a tenor del cual “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”.

Consecuencias de su declaración de nulidad

La declaración de nulidad de una cláusula y su expulsión del contrato responde a una finalidad restitutoria, consistente en el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior a dicha cláusula eliminando así cualquier escenario de desequilibrio existente entre las partes. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer que, *declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.* Conviene destacar que dicha obligación de restituir es el efecto propio de la declaración de nulidad que, en el caso que nos ocupa, habría de efectuarse incluso de oficio por tratarse de una relación de consumo. De la misma forma que el examen de la posible abusividad de las cláusulas contractuales debe llevarse a cabo de oficio por el órgano judicial, las consecuencias de la declaración de nulidad de pleno derecho de tales cláusulas, en cuanto derivadas de la Ley, han de ser también aplicadas por el órgano judicial, con independencia que en el suplico de la demanda no se haya formulado reclamación de cantidad por este concepto.

En este sentido, los gastos sufragados por el Sr. Rodríguez y la Sra. Sánchez, son, del préstamo hipotecario de 1994, la cantidad de 99,79€ por gastos registrales y 316,96€ por gastos notariales; de la novación hipotecaria de 1998, la cantidad de 81,14€ por gastos notariales y 39,07 por gastos registrales; por el préstamo hipotecario de 2004, la cantidad de 546,92€ por gastos notariales y 282,47 por gastos registrales a la luz del DOC. 7º, 8º y 9º aportados junto al escrito de demanda). Todo ello, da un total de 1.366,35€ (mil trescientos sesenta y seis euros con treinta y cinco céntimos), cantidad que la entidad demandada deberá reintegrar a la parte actora, más los intereses legales desde el momento en que se efectuó el pago, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1303 CC.

c) Tributos que gravan los préstamos hipotecarios

Con respecto a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, las cláusulas impugnadas imponen al prestatario la obligación de sufragar el pago de los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo. Esta redacción genérica de dichas cláusulas que sin distinción alguna obliga al consumidor a hacerse cargo de cualesquiera impuestos y tributos sin tener en cuenta la distribución que de esta obligación hacen las normas legales o reglamentarias existentes, la hace merecedora –prima facie -, de la condición de abusiva al tenor de lo dispuesto en el artículo 89.3 c) TRLCGU (ut supra). Este precepto resultaría aplicable al presente supuesto aun cuanto el texto legal se refiere en particular a este tipo de estipulaciones dentro de la compraventa de viviendas, pues como señala la STS 705/2015, *“la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización de este precepto es acertada”*.

A efectos de determinar la validez o en su caso la posible nulidad de dicha cláusula que impone al prestatario el pago de los tributos, cuestión indispensable resulta analizar a la luz de la normativa legal y reglamentaria quién es el sujeto pasivo que ha de soportar el pago de tales conceptos.

En este sentido, el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados dispone en su título II en

relación con las transmisiones patrimoniales, que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrato, (a) en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere, (c) en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto, (d) en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario. En estos mismos términos se pronuncia el artículo 34 del RD 828/1995 de 29 de mayo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados. Por su parte, el art. 15.1 dispone que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

En relación con los actos jurídicos documentados, el artículo 27 del TRTPAJD, así como el art. 66 del RD 828/2995, disponen que se sujetan a gravamen (...) los documentos notariales. En cuanto al sujeto pasivo del pago, el artículo 29 del TRTPAJD establece que, será obligado al pago el adquirente del bien o derecho en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquéllos en cuyo interés se expidan.

Por su parte, el RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados señala que *cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*”.

Sentadas estas premisas, hemos de tener en cuenta que la parte actora solicita la declaración de nulidad de dichas cláusulas por considerarlas abusivas. Conforme ha señalado la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el alcance de la declaración de nulidad comporta, la restitución al consumidor de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario así como la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en aplicación de la cláusula declarada abusiva.

Sin embargo, nos encontramos con normas relativas a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos documentados que tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan al no

determinarse otra consecuencia para el caso de la infracción, máxime teniendo en cuenta los arts. 89.3 y 82 TRLGCU.

El fin último de la institución de la nulidad es el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho inmediatamente anterior mediante la restitución recíproca de lo que hubiere sido materia del contrato. En este caso en concreto, y al amparo de la normativa legal y reglamentaria, no procedería la devolución de las cantidades pagadas por el prestatario, toda vez que se trata de una obligación tributaria con base legal prevista tanto en el del TRTPAJD como en el RD 828/2017 por lo que su restitución por parte de la entidad bancaria al prestatario no restablecería una situación de hecho y de derecho anterior, sino que comportaría la creación de una situación de enriquecimiento injusto, suponiendo así un ataque directo y manifiesto a la propia institución de la nulidad y los efectos que de la misma debieran derivarse, suponiendo una omisión manifiesta de los principios de equidad y equilibrio que han de presidir la institución de nulidad, lo cual únicamente podría salvaguardarse mediante la aplicación de la normativa legal.

Por ello, no procede la devolución por parte de la entidad financiera al consumidor, toda vez que dichos tributos se han pagado por quien según la norma que rige el impuesto, que es imperativa, correspondía. Este criterio es seguido asimismo por la SAP 152/2017 de Pontevedra al señalar que, *no es este un efecto incongruente con la nulidad de la cláusula, ni con la prohibición de integración del contrato o el también llamado por el TJUE el “efecto disuasorio” de la Directiva 93/13/CEE, puesto que la expulsión del contrato de la cláusula de gatos no implica sino actuar como si la misma no se hubiera incluido en él, por tanto, de no existir, es obvio que el impuesto de TPYAJD, lo hubiera pagado también el prestatario a la Hacienda Pública.*

Item además, al contrario de otro tipo de cláusulas en las que solo se ven afectados las partes que suscriben el contrato, prestamista y prestatario, la nulidad de alguna de ellas provoca a fortiori la devolución de prestaciones entre ellos ex art. 1303 CC; sin embargo, cuando interviene un tercero –en este caso la Hacienda Pública–, cuya actividad o derecho de percepción del impuesto está regulada por el legislador, solo procederá la devolución de lo

pagado cuando efectivamente se haya realizado indebidamente, esto es, por quien no corresponde y a quien abusivamente se ha impuesto.

Como señala la Audiencia Provincial de Pontevedra en la misma Sentencia anteriormente citada, *“La cuestión del obligado tributario del impuesto de AJD en los préstamos hipotecarios concedidos por los sujetos pasivos de IVA –entre ellos, las entidades de crédito-, (obligación indisponible para el deudor y el acreedor, mediante pacto, frente a la Hacienda Pública por imperativo legal) ya fue resuelta por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, del orden Contencioso Administrativo, que es la competente, en reiterada jurisprudencia, (Sentencia del Tribunal Supremo de treinta y uno de octubre de dos mil seis, recurso de casación núm. 4593/01), y que ha declarado que el sujeto pasivo de dicho Impuesto es el deudor hipotecario. La aludida jurisprudencia sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para declarar quién es el sujeto pasivo de un impuesto fue confirmada por dos Autos del Pleno del Tribunal Constitucional Auto nº 24/2005, de 18 de enero, y Auto nº 223/2005, de 24 de mayo, que no han admitido las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre ello”*. Para determinar el sujeto obligado al pago de estos impuestos, la jurisprudencia contencioso-administrativa acude al Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados cuyo art. 8, refiriéndose a las transmisiones patrimoniales, 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 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)”*. En cuanto a los actos jurídicos documentados, el art. 29 indica que el sujeto pasivo será 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.

En este mismo sentido se ha pronunciado también la SAP de Asturias Sección 4º de 24 de marzo de 2017 al señalar que, *así lo ha venido entendiendo reiteradamente la sala tercera del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de marzo y 31 de octubre de 2006), que, partiendo de la unidad del hecho imponible, argumenta que el término de adquirente del bien o derecho (utilizado en el art. 29 de la ley y 68 del reglamento) ha de entenderse*

referido al derecho derivado del préstamo reflejado en el documento notarial; y que el único sujeto pasivo posible es el prestatario. Asimismo, este es el criterio que también ha seguido el TSJ de Madrid, concretamente en sus sentencias de 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2012, 30 de julio de 2013, y más recientemente, de 9 de junio de 2016.

A mayor abundamiento, la Sala Tercera del Tribunal Supremo acude también al RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que determina en su art. 34 el contribuyente obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales, con idéntico contenido al del art. 8 de la Ley. Es en la regulación del impuesto sobre los actos jurídicos documentados donde se observa una regulación diferente a la contenida en la Ley. En concreto, el art. 68 indica, al igual que la norma legal que *“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. Pero el Reglamento añade el siguiente inciso: “Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”.*

Este último inciso del Reglamento especifica quién debe tenerse por persona que insta, solicita o a cuyo favor se expide el documento notarial, indicando que en la constitución de préstamo se considera como tal al prestatario, que adquiere así la cualidad de contribuyente en este impuesto de actos jurídicos documentados. Si la disposición contenida en el Reglamento contraviniera lo dispuesto en la Ley, el juez, en cumplimiento del control sobre la potestad reglamentaria que tiene atribuido, debería inaplicar aquella norma por contravención de la superior. Sin embargo, no existe una consideración de que el art. 68 del RD 828/1995 (Reglamento del Impuesto) vaya en contra de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley sino que, por el contrario y de acuerdo con su naturaleza reglamentaria, especifica y detalla la regulación contenida en la norma de rango superior. Conclusión que se corresponde plenamente con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a propósito del sujeto pasivo del impuesto.

Asimismo, a pesar de que se trate de materias que en principio puedan parecer ajenas a la jurisdicción civil, nada impide a los tribunales aplicar esta normativa puesto que son

cuestiones accesorias íntimamente ligadas con la cuestión principal, siendo además que el juez debe acudir a toda la normativa existente para resolver, puesto que lo contrario sería un conocimiento sesgado del pleito principal e insuficiente para las partes que acuden a los tribunales. Máxime aún cuando existe una previsión legal que permite que el juez, que a los solos efectos prejudiciales los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social, ex art. 42 LEC. Por las anteriores razones, se consideran plenamente aplicables las normas transcritas y de conformidad con ellas, debe considerarse que el inciso analizado de las cláusulas es plenamente acorde con la normativa legal y reglamentaria existente

Por todo expuesto, al no encontrarnos en el caso previsto en el art. 89.3 3ª c) del TRLGCU puesto que no se obliga al consumidor a hacer frente a gastos que le corresponderían al empresario, sino que, se trata de un inciso que únicamente recoge normativa legal y reglamentaria a cargo del prestatario, no cabe apreciar ningún tipo de abusividad o de desequilibrio entre las partes que permita la declaración de dicha cláusula como abusiva.

Por tanto, procede desestimar en este aspecto la pretensión de la parte actora en cuanto a la solicitud de la declaración de nulidad y consiguiente restitución de las cantidades desembolsadas –en su caso-, en aplicación del inciso relativo al pago de los tributos previstos en la cláusula 10ª del préstamo hipotecario de 1994, cláusula 4ª de la novación hipotecaria de 1998, y cláusula 5ª del préstamo hipotecario de 2004.

QUINTO.- Vencimiento anticipado

Solicita la demandante la nulidad de las siguientes cláusulas:

1. Cláusula 13ª inserta en el préstamo hipotecario de 1994, cuya dicción literal es la siguiente:

El préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto, y podrá procederse al reintegro de las cantidades entregadas, intereses, intereses de demora, por medio del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por el procedimiento

ejecutivo o extrajudicial o por el procedimiento ejecutivo general de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los casos siguientes:

- a) Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura. Con respecto a la falta de pago, bastaría la de una cuota cualquiera de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, de un recibo de contribución o impuestos que grave la finca, aun cuando el recibo de contribución haya sido pagado por la Caja, adelantando las cantidades precisas, teniendo la Entidad prestadora facultad para exigir el reembolso de las cantidades anticipadas y sus intereses, al tipo pactado en este contrato, más el correspondiente recargo por demora previsto en el mismo. Igualmente se producirán los mismos efectos cuando se trate del impago de una prima de seguro de incendios.*
- b) La no inscripción de la presente escritura de préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad, en el supuesto de que se aprecien en ella defectos subsanables o insubsanables y en todo caso, y cualquiera que sea su causa, en el plazo de seis meses a partir del presente otorgamiento.*
- c) La existencia registral de cargas o derechos de cualquier clase, con rango preferente al de la hipoteca que se constituye en esta escritura.*
- d) Incendio de la finca hipotecada si resultara destruida en la cuarta parte de su valor o deterioro de la misma, también en la cuarta parte de su valor (en ambos casos según el dictamen pericial del técnico de la Entidad prestamista), por cualquier otra circunstancia dependiente o no de la voluntad de su dueño, o expropiación forzosa por cualquier otra causa de la finca hipotecada. A estos efectos, los prestatarios apoderan irrevocablemente a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, para percibir directamente de los obligados a ellos, el importe de las indemnizaciones de todo tipo que sean procedentes por dichas causas y aplicarlas a la cancelación del préstamo y pago de las cantidades debidas a la Entidad prestadora, la cual entregará el sobrante a quien tuviere derecho al percibo de la indemnización.*
- e) Arrendamiento de la finca que se hipoteca por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la Entidad prestadora.*

- f) *Concurso, quiebra y suspensión de pagos del prestatario.*
- g) *Incurrir en cualquier causa de resolución establecida en Derecho. Asimismo, el prestatario acepta expresamente el que la Caja pueda aplicar para la amortización de las cantidades adeudadas por cualquier concepto, los importes que el mismo tuviera a su favor en otras cuentas abiertas en la Caja, y asimismo autoriza expresamente a la caja para que, con respecto a los valores de todas clases que estén depositados por el prestatario, la misma pueda proceder su venta, y amortice, con el importe de dicha enajenación bien parcial o bien totalmente, las cantidades que resulten adeudadas a la Caja por este contrato o por cualquier otra operación concertada con la misma.*

2. Clausula 6ª bis inserta en el préstamo hipotecario de 2004, cuya dicción literal es la siguiente.

Primero. El préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto por el concurso o quiebra de la parte prestataria o por incurrir en cualquier causa de resolución establecida en derecho.

Segundo. Igualmente, el préstamo se considera vencido y consiguientemente resuelto y la CXAJA podrá ejercitar las acciones de todo tipo, incluso judiciales y de ejecución que correspondan frente a la parte prestataria y demás obligadas en razón del presente contrato o como consecuencia de las garantías prestadas a favor de la Caja, que podrá reclamar las cantidades adeudadas, tanto vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, incluso los de demora, gastos, costas procesales en los que se incluirán los honorarios de Letrado y derechos de Procurador en los casos siguientes:

- a) *La falta de pago de una cuota cualquiera de amortización incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad.*
- b) *El impago de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca hipotecada, aun cuando el recibo de contribución haya sido pagado por la Caja, adelantando las cantidades precisas. La Caja, en el caso de que se haya adelantado el pago del recibo, podrá exigir el reembolso de las cantidades anticipadas y sus intereses, al tipo pactado en este contrato, más el correspondiente recargo por demora previsto*

en el mismo. Igualmente se producirán los mismos efectos cuando se trate del impago de una prima de seguros de incendio o de todo riesgo a la construcción.

- c) La no inscripción de la presente escritura de préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad, en el supuesto de que se aprecien en ella defectos subsanables o insubsanables y en todo caso, y cualquiera que sea su causa, en el plazo de seis meses a partir del presente otorgamiento.*
- d) La existencia registral de cargas o derechos de cualquier clase, con rango preferente al de la hipoteca que se constituye en esta escritura.*
- e) Incendio de la finca o fincas hipotecadas si resultaran destruidas en la cuarta parte de su valor o deterioro de la misma, también en la cuarta parte de su valor (en ambos casos según el dictamen pericial de los técnicos de la sociedad que tasó la finca), por cualquier otra circunstancia dependiente o no de la voluntad de su dueño, o expropiación forzosa por cualquier causa de la finca o fincas hipotecadas. A estos efectos, la parte prestataria apodera irrevocablemente a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid para percibir directamente de los obligados a ello el importe de las indemnizaciones de todo tipo que sean procedentes por dichas causas y aplicarlas a la cancelación del préstamo y pago de las cantidades debidas a la Entidad prestadora, la cual entregará el sobrante a quien tuviere derecho al percibo de la indemnización.*
- f) Arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la Entidad Prestadora.*

En cuanto a la validez o posible nulidad de dicha cláusula, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 14 marzo 2013 aborda la cuestión, concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas en los siguientes términos: "*Por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el*

incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo" (Aptdo. 73).

Este criterio fue confirmado por el posterior auto del TJUE, asunto Banco Grupo Cajatres, S.A. & María Mercedes Manjón Pinilla y Comunidad Hereditaria formada al fallecimiento de D.M.A. Viana Gordejuela, de 8 de julio del 2015, C-90/14, (ECLI:EU:C:2015:465), que reiteró que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas a las que se les aplique la Directiva 93/13 debe *hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración.*

La doctrina establecida en esa sentencia ha sido incorporada a nuestro Ordenamiento por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modifica el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.

Asimismo, la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 705, de 23 de diciembre de 2015 señala que *una cláusula que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe reputarse abusiva, dado que el incumplimiento no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.* En las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre y la posterior nº 79/2016, de 18 de febrero, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, el Tribunal Supremo declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor.

La sentencia del TJUE Banco Primus, S.A., & Jesús Gutiérrez García, de 26 de enero de 2017, C-421/14, (ECLI:EU:C:2017:60), estableció –en lo que ahora interesa– los siguientes criterios:

«4. El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

»6. Por lo que se refiere a la apreciación del eventual carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado incumbe al tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

»7. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

Tanto de la jurisprudencia española, como de los pronunciamientos del TJUE señalados, cabe deducir que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores, 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).

Pues bien, en el presente supuesto, se contempla un amplio catálogo de causas que permiten a la entidad financiera resolver anticipadamente el préstamo hipotecario. Así, en ambas cláusulas, se establece la posibilidad de vencimiento anticipado en caso de que el prestatario incumpla cualquier tipo de obligación prevista en la escritura, -sin necesidad de valorar si ese incumplimiento es esencial o no-, o la falta de pago de una sola cuota de amortización, o el impago de un solo recibo de contribución, o la no inscripción de la escritura hipotecaria en el Registro de la Propiedad.

Contempla por tanto, una sanción muy alta –resolución anticipada de todo el préstamo hipotecario-, ante cualquier incumplimiento del prestatario sin que exista un grado de proporcionalidad entre dicha facultad y este incumplimiento, provocando así un desequilibrio grave entre los derechos de las partes.

Asimismo, la desproporcionalidad entre la sanción y el incumplimiento, también se contempla desde la perspectiva de la duración del propio préstamo hipotecario, el cual, deberá finalizar antes del 30 de abril de 2040 lo cual supone que cualquier tipo de incumplimiento, aunque no sea esencial ni grave, que se produzca en cualquiera momento de este lapso de tiempo, daría legitimación a la entidad demandada a resolver anticipadamente el contrato.

Por otro lado, el desequilibrio de dicha cláusula también se contempla desde la perspectiva de la subsidiariedad, en el sentido de que no se contempla una opción que sea menos gravosa y proporcionada para el caso de un incumplimiento no esencial ni gravoso por parte del prestatario, sino que únicamente se contempla la resolución anticipada en cualquier caso.

Es por ello, que dichas cláusulas que contemplan el vencimiento anticipado deben reputarse nulas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 del TRLGCU que establece que, *son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario*. Así, las consecuencias de su declaración de nulidad y consiguiente abusividad, deberán ser la total expulsión de dichas cláusulas del préstamo hipotecario a pesar de que no hayan sido ejecutadas todavía por parte de la entidad financiera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a tenor del cual *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*.

En este mismo sentido se pronuncia también la STJUE de 21 de diciembre de 2016 con respecto a las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, pues señala 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. El artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efecto frente al consumidor. Por consiguiente, *la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula*.

Por otro lado, resulta indiferente que aún no se haya hecho uso de dicha facultad por parte de la entidad demandada para poder proceder a declarar su posible abusividad, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Efectivamente, en su Auto de 11 de Junio de 2015 al señalar que “[l]a Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter “abusivo” –en el sentido del artículo 3 apartado 1, de la propia Directiva 93/13-, de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión

Por todo lo expuesto, procede la total expulsión de las cláusulas de vencimiento anticipado –cláusula 13ª del préstamo hipotecario de 1994 y 6ª bis del préstamo hipotecario de 2004-, de los contratos de préstamo hipotecario suscrito entre las partes, subsistiendo el contrato sin inclusión de dicha cláusula abusiva.

SEXTO.- Intereses de demora

Solicita la demandante la nulidad de la cláusula 6ª inserta en la escritura de préstamo hipotecario de 2004, cuya dicción literal es la siguiente:

En caso de demora, sin perjuicio de la resolución prevista en la estipulación correspondiente de esta escritura, satisfarán la parte prestataria o deuda un interés nominal superior en cuatro puntos porcentuales al tipo vigente en el momento del pago, sobre las cantidades adeudadas por todos los conceptos.

Este interés de demora, se establece como una **cláusula penal** lo que constituye la propia esencia de los intereses moratorios, que constituyen una especie de pena pactada derivada del incumplimiento de una obligación principal, consistiendo, más o menos, en una cláusula penal que se contiene en los contratos como promesa accesoria y condicionada a la obligación principal, con doble función, una reparadora y otra punitiva, cuya finalidad es la de evitar la existencia de unos perjuicios para los casos de deficiente o total incumplimiento (STS de 20 de mayo de 1986).

En la actualidad, el interés de demora en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual se encuentra limitado por el art- 114.3 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción dada por la Ley 1/2013 de 14 de Mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que establece que no podrán ser superiores al triple del interés legal del dinero. En concreto, estable que tales intereses no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero.

No obstante, conforme a la doctrina del TJUE el límite legal previsto en el artículo

114 LH no puede servir de parámetro exclusivo para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Efectivamente, el auto del TJUE de 11 de junio de 2015 declaró que, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114. 3 LH no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional e los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad e la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual. De tal manera, que el límite cuantitativo del citado precepto no tiene como función servir de pauta al control judicial e las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas.

A este propósito, los parámetros para poder determinar cuándo es razonable la sanción establecida en el contrato y cuándo no, en el caso del pacto sobre intereses, no son seguros, pero sí numerosos, como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial de forma reiterada. Entre ellos se puede encontrar una norma de derecho imperativo (Art. 114 LH), aunque no la única. También el artículo 1108 CC ofrece un parámetro de gran valor, pues es precisamente su aplicación lo que el acto incluido en el contrato pretende soslayar.

A este respecto, la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) se refiere a cuáles pueden ser esos parámetros para enjuiciar la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios en estos términos, y señala que el juez deberá por un lado comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera pactado nada entre las partes o en diferente contratos de ese tipo celebrados entre consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Asimismo, dicha sentencia alude a distintos parámetros a los que han acudido los

tribunales como son, el art. 20.4 de la Ley 6/2011 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, (establece un límite de 2,5 veces el interés legal del dinero, esto es, aproximadamente un 10%), el art. 7.2 de la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, (establece un tipo de interés en defecto de pacto, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales), así como el art 576 LEC (a falta de pacto entre las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero).

En el caso en concreto, la cláusula establece un interés de demora de cuatro puntos porcentuales por encima del interés legal del dinero, que si bien, no puede considerarse excesiva y notoriamente desproporcionado, sí que ha de considerarse desproporcionado teniendo en cuenta que el tipo máximo pactado de interés variable aplicable al préstamo es de un 13%, así como teniendo en cuenta que supera los parámetros contenidos no solo en normas imperativas, como el previsto expresamente para préstamos hipotecarios del art. 114 LH, o art. 20 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, sino que también vulnera parámetros consolidados jurisprudencialmente, como los dos puntos porcentuales adicionados al interés remuneratorio establecido para préstamos de carácter personal.

Por tanto, ha de concluirse que se trata de un tipo de interés que lleva implícita una indemnización por incumplimientos no esenciales ni graves de obligaciones del prestatario, desproporcionado.

Por todo lo expuesto ha de concluirse que dicha cláusula es abusiva por vía del art. 82 TRLGCU, y específicamente, en los términos del artículo 85.6 del mismo cuerpo legal que establece la abusividad de aquellas cláusulas por vincular el contrato a voluntad del empresario, cuando supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

La consecuencia de su abusividad es la declaración judicial de nulidad, con la consiguiente expulsión del contrato ex art. 83 TRLGCU, sin que quepa su integración o moderación por parte del tribunal, siguiendo la doctrina del TJUE.

Por tanto, procede declarar la nulidad y consiguiente expulsión de la cláusula 6ª inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes de 30 de abril de 2004.

SÉPTIMO.- Intereses

Las cantidades objeto de condena de la presente resolución se incrementarán en el interés legal que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1303 CC.

Por su parte, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que toda sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto entre las partes o por disposición especial de la ley.

Por ello, la cantidad que debe satisfacer el demandado, al no existir pacto entre las partes o disposición legal especial que otra cosa establezca, la misma devengará los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total y completo pago.

OCTAVO.- Costas

En materia de costas, al tratarse de un supuesto de estimación parcial de las pretensiones de la parte actora, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 394.2 LEC que establece que, si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por la mitad a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

No concurriendo ningún tipo de circunstancia excepcional que impida la aplicación de la generalidad de dicho precepto, procede acordar que cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por la mitad.

FALLO

QUE DEBO ACORDAR Y ACUERDO ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales D. Ramón Valentín Iglesias en nombre y representación de D. JUAN ANTONIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y DÑA. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ RUBIO, contra BANKIA S. A, representada por el procurador de los tribunales Dña. Elena Medina Cuadros, y en consecuencia:

1. Declaro la nulidad por abusivas y su expulsión del contrato de las siguientes cláusulas:
 - a) Cláusula 13ª inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 29 de junio de 1994 relativa al vencimiento anticipado.
 - b) Cláusula 6ª bis inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 30 de abril de 2004 relativa al vencimiento anticipado.
 - c) Cláusula 6ª inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 18 de septiembre de 1998 relativa a los intereses de demora.

2. Declaro la nulidad de los siguientes apartados de las siguientes cláusulas:
 - a) Cláusula 10ª del préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 29 de junio de 1994:
“Serán de cargo del prestatario los gastos de otorgamiento de la presente escritura incluyendo una primera copia para la Entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción (...)”
 - b) Cláusula 4ª del préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 30 de abril de 2004:
“los prestatarios quedan obligados a satisfacer los gastos de otorgamiento de la

presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora y los honorarios del Registrador para la inscripción de la novación modificativa (...)”

- c) Cláusula 5ª del préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 18 de septiembre de 1998: *“La parte prestataria (...) queda obligada al abono de los gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación, subsanación o cancelación”*.

Subsistiendo la vigencia de los contratos, en todo lo no afectado las cláusulas y apartados de aquéllas que han sido declarados nulos.

3. Condeno a Bankia. S.A a abonar a los actores la cantidad de 1.366,35€ (mil trescientos sesenta y seis euros con treinta y cinco céntimos) más los intereses legales que se devengarán desde el momento en que el prestatario efectuó el pago. Asimismo, aquélla cantidad devengará desde el momento del dictado de esta sentencia, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

No se hace especial pronunciamiento en costas

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y cabe recurso de apelación que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de los 20 días siguientes a su notificación, el cual será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0000 04 0221 17 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 101 Bis de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 5284 0000 04 0221 17.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (L.O. 1/2009 Disposición Adicional 15).

Así lo acuerda manda y firma Doña Yasmina Carrera Fernández, Juez del Juzgado de Primera Instancia 101 bis de Madrid.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.