

**JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4
BURGOS**

SENTENCIA: 00750/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. REYES CATÓLICOS 53 - SALA VISTAS 1ª PLANTA, SALA 4
Teléfono: 947284055-ATT.PUBLICO, Fax: 947284056
Correo electrónico:

Equipo/usuario: 1
Modelo: N04390

N.I.G.: 09059 42 1 2019 0000371

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000086 /2019

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. BEATRIZ MONASTERIO POZA

DEMANDADO D/ña. UNICAJA BANCO SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

[REDACTED] JUEZ DEL JUZGADO
DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO CUATRO DE LOS DE BURGOS Y SU
PARTIDO, ha dictado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente,

SENTENCIA NUMERO 750/2019

En la Ciudad de Burgos, a veintitrés de mayo de dos mil diecinueve.

Habiendo visto los presentes autos de Juicio Declarativo Ordinario, seguidos en este Juzgado bajo el número 86/19, a instancias de [REDACTED] representado por la Procuradora [REDACTED] y dirigido por la Letrada Sra. Monasterio Poza, contra UNICAJA BANCO, S. A., representado por la Procuradora [REDACTED] y dirigido por el Letrado [REDACTED], sobre declaración de nulidad de cláusula contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Que por la representación de la parte actora se dedujo demanda de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de cláusula contractual alegando los hechos y fundamentos en derecho que estimó de aplicación al caso para terminar

suplicando del Juzgado que previos los trámites legales en su día se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la cláusula contenida en el préstamo con garantía hipotecaria de 12 de mayo de 2010:

-el párrafo que, dentro de la cláusula **TERCERA BIS.-TIPO DE INTERÉS VARIABLE** indica "En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,00 por ciento ni inferior al 2,50 por ciento"

-la cláusula **QUINTA.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA** en relación a los gastos notariales

-la cláusula **SEXTA.- INTERESES DE DEMORA** con devolución de cantidades cobradas indebidamente, intereses, con expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó al demandado por término legal ordinario.

TERCERO.- El demandado compareció en debida forma contestando a la demanda oponiéndose a la misma por los hechos y fundamentos jurídicos que obran en su escrito de contestación, por lo que se procedió a señalar día y hora para la audiencia previa prevista en la Ley, a la que compareció la parte actora quien se ratificó en su escrito inicial de demanda, compareciendo también la representación procesal del demandado quien se remitió al contenido del escrito presentado por esa parte solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

Intentada sin éxito la conciliación o transacción sobre la litis, realizadas manifestaciones respecto de la cuantía, expresada la postura de las partes ante los documentos dictámenes presentados y fijados los hechos controvertidos, ambas partes propusieron las pruebas que consideraron útiles para sus intereses.

Propuesta como única prueba la documental ya aportada, y solicitado por la única parte personada, se acordó en virtud del artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los autos quedaran en poder de S. S^a para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes se han observado cuantas prescripciones legales venían ordenados para los de su clase.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en la demanda una acción por la que la parte actora pretende que se declare la nulidad de las cláusulas contenidas en el préstamo con garantía hipotecaria de 12 de mayo de 2010:

-el párrafo que, dentro de la cláusula **TERCERA BIS.-TIPO DE INTERÉS VARIABLE** indica "En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12 por ciento ni inferior al 2,50 por ciento"

-la cláusula **QUINTA.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA** en relación a los gastos notariales

-la cláusula **SEXTA.- INTERESES DE DEMORA** con devolución de cantidades cobradas indebidamente, intereses, con expresa imposición de costas, alegando su condición de consumidor, que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación y el carácter abusivo de las cláusulas. Subraya el carácter desproporcionado de la cláusula de intereses de demora.

La entidad demandada, alegando la caducidad de la acción en relación a la cláusula suelo, esgrime la corrección de la información proporcionada y la legitimidad de la introducción de esta previsión. También indica la inexistencia de un verdadero requerimiento fehaciente.

En cuanto a la cláusula de gastos, mantiene y transparencia, indicando que una posible declaración de nulidad ha de limitarse a la expulsión de la norma del contrato, pareciendo afirmar la obligación de pago de estos conceptos(en concreto en este pleito se reclaman aranceles notariales) por el prestatario, si bien hace alusiones a los pronunciamientos sobre los efectos de la declaración de nulidad de esta cláusula contenidos en las sentencias nº 44, 46, 47, 48 y 49/19, de 23 de enero, del Tribunal Supremo, concluyendo que si se considera que la cláusula no supera el control de transparencia, los gastos notariales deben asumirse por mitad, y respecto a la cláusula de intereses de demora su licitud.

No ha sido objeto de discusión la calidad de consumidor del demandado ni la existencia del contrato discutido ni su contenido.

SEGUNDO.- Una vez sentadas las bases fácticas del conflicto, hemos de señalar que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación.

En este sentido reiteramos lo indicado por la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 16 de diciembre de 2015 al señalar: "*Como señala la STS Pleno de 22 de abril de 2015, los contratos bancarios concertados con consumidores, se presume que las cláusulas constituyen condiciones generales de la contratación, susceptibles de control de abusividad, salvo que se pruebe cumplidamente la existencia de negociación y las contrapartidas que en ella obtuvo el consumidor. Y tal cosa no consta que sucediera en las actuaciones, lo que, desde luego, no se desprende de la Oferta Vinculante.*

Sobre esta cuestión este Tribunal, ha tenido ocasión de pronunciarse de forma reiterada - sentencias nº 61/2015, de 26 de febrero, nº 38/2015, de 9 febrero , nº 82/2015, de 26 de marzo , nº 87/2015, de 1 de abril y nº 300/2015, de 7 de octubre .-

Se trata de una condición general, en los términos definidos por el artículo 1 de la LCGC, y las características que expresa la STS de 9 de mayo de 2.013: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

Es impuesta una cláusula cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere o consiente en contratar con dicha cláusula o debe

renunciar a contratar; y no es negociación, cuando no hay, una posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas contractuales, recayendo la prueba de su no inclusión en pluralidad de contratos en el empresario o profesional. La Sentencia mencionada no ofrece duda al respecto, al señalar 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 ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo" (F.D. 7º, párrafo 144).

Y es lo cierto que la entidad financiera demandada no ha acreditado lo contrario, ni consta en las actuaciones -la oferta se denomina de vinculante, que el solicitante puede "aceptar la oferta" (no modificada o negociada) o rechazarla, y el derecho a examinar del proyecto de escritura con tres días de antelación (en relación a la oferta y sus condiciones particulares), que no se hizo con el plazo normativo previsto, como argumenta la sentencia de instancia, folio 108-.

La S.T.J.U.E. de 3 de junio de 2.010 extendiendo la aplicación de la directiva mencionada al carácter abusivo de las cláusulas contractuales, sin excluir los eleven tos esenciales del contrato. Así lo ha entendido este Tribunal Sª nº 126/2012, de 23 de marzo, en la que se califica la cláusula suelo como una propia condición general, a lo que no se opone que recaiga sobre un elemento esencial del contrato, y por la condición de consumidor del prestatario, persona física -ex artículos 7 y 8 de la LCGC y 80 y 82-1 TRLGDCU-.

Y se añade que "la naturaleza de condición general deriva porque, de ordinario, se impone por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en sus términos, limitándose a aceptarla y adherirse a ella, sin una efectiva y real negociación. No se desnaturaliza por el hecho de que, en ciertos casos y clientes, se establezcan otras condiciones parecidas, o no se establezca las cláusulas litigiosas -con tipo de interés variable y referencial, por otro fijo -en atención a otras razones, comerciales o por el cliente".

La sentencia de este Tribunal nº 93/2015, de 8 de abril se argumenta que:

"Se niega en el recurso que la cláusula suelo sea una condición general de la contratación. Para ello se dice que fue una cláusula negociada, y por lo tanto no impuesta por el empresario. Sin embargo al razonar de esta manera la parte apelante se adelanta a una cuestión, como es esta de la negociación, que debe resolverse a posteriori. Normalmente las condiciones generales no se negocian porque se refieren a elementos accidentales del contrato, que no son tenidos en cuenta por las partes a la hora de contratar. Pero hay cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato, es decir, aquellos que forman parte del contenido económico del mismo, que se incorporan al contrato como condiciones generales. La necesaria negociación sobre estos elementos no elimina su carácter de condición general. Como dice la STS de 9 de mayo de 2013 (nº 144) "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".

Según el artículo 1.1 de la Ley 7/1998 de 13 de abril "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". En el caso de la cláusula suelo varios elementos confluyen para calificarla de condición general:

- El hecho de que es una cláusula que sirve principalmente a los intereses del Banco que es el único que quiere ver limitada la bajada del tipo de interés.

- El hecho de que es notoria la repetición de este tipo de cláusulas en una pluralidad de préstamos hipotecarios con igual o parecida redacción.

- La circunstancia de que, reflejando una voluntad del Banco de limitar la bajada de tipos de interés, no se ve por qué razón el Banco no iba a aplicarla de forma general".

TERCERO.- Se señala por la parte demandada la caducidad de la acción aludiendo a una posible anulabilidad de podría haberse ejercitado desde la firma del contrato, o desde el momento del primer pago efectuado tras la aplicación de la cláusula. Todo ello en relación a la cláusula suelo (por si se planteaba alguna duda, así se aclaró en la audiencia previa).

Aparte de señalar que ni siquiera se fija cuándo se produjo ese primer pago, no podemos olvidar la auténtica naturaleza de la acción que nos ocupa.

Así solo podemos reproducir lo indicado por la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 19 de julio de 2017, y que hacemos nuestras, que señala: "Frente a la sentencia que estima una demanda de nulidad de una cláusula suelo inserta en una escritura de préstamo hipotecario y condena a la devolución de lo indebidamente cobrado en virtud de dicha cláusula el recurso de apelación del banco demandado se funda únicamente en la condición de vencido del préstamo cuando la demanda se admite a trámite, pues el préstamo tenía fecha de vencimiento de julio de 2016, y la demanda no se admitió a trámite hasta el mes de septiembre. Se dice en el recurso que "el cumplimiento de los contratos es una de las formas de extinción de los mismos en cuyo momento deja de producir efectos jurídicos. Por ello, ya se haya cumplido antes de la presentación de la demanda, en cuyo caso se produciría la carencia de objeto, o entre la presentación y la admisión a trámite, en cuyo caso concurriría la carencia sobrevenida de objeto, en ambos casos, decimos, debe producirse, bien la desestimación de la demanda, bien el archivo parcial del procedimiento".

SEGUNDO. La parte apelante podría tener razón si la acción ejercitada en la demanda fuera de resolución contractual, en cuyo caso sería difícil sostener la posibilidad de resolver un contrato que ya se ha cumplido. Por el contrario, la acción que persigue la eliminación de una cláusula suelo de un contrato de

préstamo es una acción de nulidad. De hecho en la demanda lo que se ejercita es una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, por ser la cláusula suelo una condición general. De hecho el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación dice que "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 artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/ 1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la actualidad la referencia a la Ley 26/1984 debe entenderse sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2007). Y el artículo 9.1 de la misma Ley dice que "la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual".

Pues bien, la prueba más evidente de que cabe instar la nulidad total o parcial de un contrato cuando ya sus prestaciones se han cumplido es que el artículo 1301 del Código Civil cuando regula el plazo de prescripción de la acción de nulidad dice que en los casos de error, dolo o falsedad en la causa el plazo de 4 años comenzará a contarse desde la consumación del contrato, con lo que está permitiendo que un contrato ya consumado, como puede ser este el préstamo entre las partes, que al día de la fecha se haya vencido y cancelado, pueda anularse total o parcialmente. Si se anula de forma parcial, como es mediante la eliminación de la cláusula suelo del texto del contrato, en tal caso la consecuencia será la necesaria devolución de las prestaciones cobradas en virtud de la cláusula suelo. Por todo ello debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia apelada."

En este mismo sentido, también, la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de octubre de 2017: "Se trata de una acción en la que se postula la nulidad de una cláusula por abusiva, con base en que, al no cumplir el doble control de transparencia (incorporación y transparencia propiamente dicha o comprensibilidad real), se abre la puerta al juicio de abusividad a pesar de afectar a un elemento esencial del contrato, juicio de contenido o abusividad que exige valorar si, en función de la prueba propuesta, la cláusula puede ser calificada como abusiva de acuerdo a los parámetros previstos en el art. 82 TRLDCU y art. 3 de la Directiva 93/13.

De hecho, en ningún momento se menciona la anulabilidad o la nulidad del contrato por error en el consentimiento, y menos aún se citan los arts., 1261 y ss. del Código Civil.

Aclarada que la acción formulada es una acción individual de nulidad y cesación de condiciones generales de la contratación, basada en los arts. 5 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, los arts. 82 y 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores - normas que imponen la sanción de nulidad de pleno derecho a las cláusulas que no superen el control de inclusión o que,

superándolo, no permitan al consumidor conocer la carga económica y real que asume con la aceptación de la estipulación, el art. 1301 CC deviene inaplicable.

La sentencia objeto recurso razona que "en absoluto podemos dar por acreditado, al menos desde el 26 de abril de 2004 (fecha de la analizada misiva) que existiera falta de conocimiento, transparencia o información que condujera a la existencia o preexistencia de un error inexcusable constitutivo de vicio del consentimiento del prestatario de la referida cláusula suelo" (...) resulta obvio que la acción de anulabilidad ejercitada se encuentra prescrita en virtud del ya invocado artículo 1301 del Código Civil".

El razonamiento transcrito no se comparte. No estamos ante un vicio del consentimiento que pueda dar lugar a la anulabilidad del contrato, sino ante la nulidad radical o absoluta de una cláusula del contrato por ausencia del consentimiento, al no haberse formado correctamente la voluntad del consumidor como consecuencia de que, al no habersele proporcionado información suficiente que le permitiera conocer o tener la oportunidad de conocer la carga jurídica y económica de la estipulación que aceptaba, asumió una cláusula que originaba, en su perjuicio y contra las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Cumple recordar aquí que, como declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el art. 6 de la Directiva, que impone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, se configura como una disposición de naturaleza imperativa, que tiene por finalidad reemplazar el equilibrio formal que el derecho establece entre las partes por un equilibrio real, que reestablezca la igualdad entre ellas, para lo cual es necesaria intervención positiva, ajena a las partes, cual es la actuación de oficio de la autoridad judicial, que asume así un papel que no se circunscribe a examinar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual, sino que incluye el deber del Juez nacional de apreciar de oficio si una cláusula está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, analizar su posible carácter abusivo, tan pronto disponga de los elementos de hecho y derecho necesarios para ello, garantizando así el fin último de la Directiva, esto es, garantizar que las cláusulas abusivas no vinculen al consumidor, extrayendo todas las consecuencias que, según las normas internas, se desprendan de esta apreciación.

Y estas consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual se concretan en la nulidad de pleno derecho de la cláusula, de acuerdo con los arts. 83 TRLGDCU y 8.2 y 9.2 LCGC.

La sentencia de instancia viene a confundir el error en el consentimiento por incumplimiento por el empresario del deber de información en la comercialización de determinados productos, con la nulidad de la cláusula por abusiva, en calificación a la que, tratándose de cláusulas que afectan al objeto principal del contrato o al precio, solo puede llegarse si no se han redactado de manera clara y comprensible, es decir, si no superan el doble

control de transparencia, incluido el control de transparencia propiamente dicho o comprensibilidad real.

La reciente STS 171/2017, de 9 de marzo, se refiere a esta cuestión en los siguientes términos:

"Esta sentencia 241/2013, de 9 de mayo, recoge la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia aplicada a la cláusula suelo. Doctrina que ha sido corroborada por las sentencias 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.

Conforme a esta jurisprudencia, el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse «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». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente. «[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» (sentencias 406/2012, de 18 de junio, y 241/2013, de 9 de mayo)." Al encontrarnos ante un supuesto de nulidad absoluta o radical, no cabe aplicar la caducidad del art. 1301 CC, prevista para las acciones de anulabilidad por vicio del consentimiento.

El rechazo de la excepción de caducidad (no de prescripción, como refiere la sentencia objeto de recurso), obliga a entrar en el fondo de la cuestión litigiosa.

También la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias, en sentencia de 21 de julio de 2017: "Alega la apelante como primer motivo de apelación la alegada carencia de objeto al haberse agotado el contrato cuando se efectúa la reclamación. Sostiene la parte apelante que cuando la Juzgadora "a quo" resuelve este motivo de oposición lo hace basándose en el art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mas es lo cierto que no nos encontramos ante un supuesto de pérdida sobrevenida del objeto, sino ante un supuesto de inicial falta del objeto. Pues bien, la Sala aunque estima que esa alegación es cierta y que lo que nos encontramos es en un supuesto en el que el contrato se consumó en su totalidad con la devolución por parte de los actores del íntegro importe de la cantidad prestada por la entidad demandada, no cabe soslayar que lo alegado por aquéllos es la nulidad de la cláusula referida, que la acción de nulidad es imprescriptible, que el agotamiento del contrato no

puede enmascarar la existencia de una cláusula nula que como tal de declararse así ningún efecto podría producir. Debiendo asimismo tener en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 21 de diciembre de 2.016, de cuya lectura se infiere que el único límite al principio de no vinculación sería la existencia de cosa juzgada, lo que no es el caso.

Y así, en la sentencia citada el Tribunal de Justicia de la UE se declara: "De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) 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 efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales» (sentencia de 6 de octubre 2009 (TJCE 2009, 309), Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 57).

No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección –ni, por tanto, su contenido sustancial–, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, que fue voluntad del legislador de la Unión Europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia Directiva 93/13.

Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la

constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

En el caso de autos, en la sentencia de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2013, 3088), a la que hacen referencia los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal Supremo determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia y que, por consiguiente, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración –especialmente el derecho del consumidor a la restitución– quedaban limitados a las cantidades indebidamente pagadas a partir de aquella fecha.

A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (RJ 2013, 3088) (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2.009 (TJCE 2009, 309), Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2.013 (RJ 2013, 3088), que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal –como es un plazo razonable de prescripción– de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2.010 (TJCE 2010, 97), Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1.988 (TJCE 1988, 81), Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).” Por ello, el primer motivo del recurso ha de decaer.”

No estamos aquí en un supuesto de cancelación del préstamo, pero los argumentos señalados son aplicables, no nos encontramos ante un vicio del consentimiento que pueda dar lugar a la anulabilidad del contrato, sino ante la nulidad radical o absoluta de una cláusula del contrato por ausencia del consentimiento, al no haberse formado correctamente la voluntad del consumidor como consecuencia de que, al no habersele proporcionado información suficiente que le permitiera conocer o tener la oportunidad de conocer la carga jurídica y económica de la estipulación que aceptaba, asumió una cláusula que originaba,

en su perjuicio y contra las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

CUARTO.- Entrando en el fondo del asunto, y en relación a la cláusula suelo, en primer lugar partimos, a fin de analizar la posible ausencia de transparencia documental, del contenido ya reproducido del préstamo hipotecario. La demandada si bien se refiere a la información prestada, no aporta prueba alguna de la misma, ni hace explicación al efecto.

Así reproducimos, siguiendo la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 16 de diciembre de 2015 que: *"El TS en sus dos sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 8 de septiembre de 2014 ha declarado la falta de transparencia de las cláusulas suelo presentadas en forma igual o parecida a la del contrato litigioso. Se trata de cláusulas que se presentan como limitaciones a la variación del tipo de interés en préstamos que se concertan a interés variable.*

En la fecha de suscripción de subrogación del préstamo del actor 9 de octubre de 2008, estaba en vigor la orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios. Dicha orden establecía en su artículo 3 la obligación de las entidades de crédito de proporcionar un folleto informativo a quienes soliciten préstamos hipotecarios, cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo 1 de esta norma. Además el artículo 5 regulaba lo que se llama oferta vinculante, la cual especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. En cuanto a las limitaciones a la variación de los tipos de interés cuando el préstamo se hubiera contratado a interés variable, y se hubieran establecido límites a esta variación, la oferta vinculante expresará dichos límites: a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo. Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo, b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

La orden anterior ha sido sustituida por la orden 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. En ella se introducen modificaciones importantes en la información que la entidad de crédito debe dar sobre las cláusulas suelo. Se introduce lo que se llama interés variable limitado, que no es otra cosa que el préstamo con cláusulas suelo o techo, y se exige que en el folleto informativo, que ahora se llama ficha de información precontractual, se informe sobre la existencia en la entidad de dichos préstamos de interés variable limitado, junto a los clásicos de interés variable e interés fijo. Esta información se

detalla en el anexo que incluye el modelo de la ficha, y se dice que "se especificará de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés". Y la oferta vinculante, que ahora se llama ficha de información personalizada, deberá incluir en un anexo a la misma la inclusión de cláusulas suelo y techo (artículo 25). Todo ello se complementa con la debida información por parte del notario autorizante (artículo 30). En caso de que se hubieran incluido cláusulas suelo o techo el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre: i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia, ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.

Todo lo anterior revela la insuficiencia de la normativa anterior para garantizar el cumplimiento del deber de transparencia. Como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 "el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al "tipo de interés variable" sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013".

En el presente caso ni se señala la entrega de folleto informativo ni oferta vinculante (cierto es que como anexo a la primera escritura encontramos una nota de condiciones préstamo hipotecario, sin ninguna firma y por ejemplo, sin recoger nada acerca de los gastos).

La parte demandada ha señalado la existencia de oferta vinculante y ello en base a lo señalado por el Notario en la escritura pública, en la que se señala que la parte prestataria manifiesta haber recibido y aceptado la oferta vinculante relativa a este préstamo, que le ha entregado la entidad prestamista en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden de 5 de mayo de 1994 y que las condiciones financieras de dicha oferta concuerdan con las de las Cláusulas Financieras de la escritura.

Ahora bien, sin dejar de señalar la ausencia de folleto informativo, hemos de indicar que no disponemos siquiera de una copia de esa oferta vinculante, que por tanto no ha podido ser sometida en sus términos a no haciéndose además alusión a una información personalizada para el presente caso, sin olvidar lo señalado en la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de fecha 28 de diciembre de 2017 al indicar: "En la Sentencia de 15 de noviembre de 2017 el Tribunal Supremo señala

que no puede estimarse cumplida la obligación de informar sobre las características y riesgos del préstamo multidivisa cuando el mismo es otorgado ante notario, pues tal fedatario público interviene al final de la contratación, limitándose a dar lectura de las cláusulas principales del contrato, pero sin dar explicación de las mismas, y además no es razonable que en dicho momento el prestatario opte por desistir del contrato preparado. También señala que no es posible considerar cumplida la obligación de información en el caso que el contrato contenga una cláusula de estilo en que se haga constar que el prestatario es conocedor de los riesgos que implica el contrato, pues aquí estamos ante una cláusula de estilo formalizada e insertada en el contrato de modo general, que no puede eximir al banco de la carga de probar que la información sobre los riesgos del producto se realizó debidamente en fase precontractual.”.

Así pues, no cabe sin más considerar, dadas las limitadas y manifestaciones realizadas por el Notario, que la información personalizada de la oferta vinculante, aun existiendo, diera lugar a un conocimiento cabal y real de la cláusula que nos ocupa, y en todo caso fuera objeto de una real negociación entre las partes, más allá de la posible información y conocimiento de los términos de la misma, y recordemos, esos propios términos en su redacción.

Todo ello sin dejar de señalar que la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 2 de diciembre de 2016 nos indica que “no podemos estar de acuerdo con esta tesis de que solo por la falta de oferta vinculantes la cláusula suelo no supere el control de inclusión, lo que es tanto como entenderla por no puesta.

La falta de transparencia formal o documental puede existir cuando la cláusula se redacta de tal manera que puede dudarse de que haya sido verdaderamente conocida por el prestatario. En tal caso la cláusula es nula, pero no por falta de negociación, ni porque la cláusula no responda al proyecto de contrato que se tenía en mente, sino por falta de conocimiento, y por tanto ausente de la cláusula el requisito del consentimiento. Sin embargo en este caso la cláusula aparece en la escritura redactada de forma clara. No puede decirse que el cliente no haya tenido la posibilidad de conocerla.

Ciertamente podría decirse que si la cláusula suelo aparece también en la oferta vinculante se asegura el conocimiento de la misma por parte del cliente. Pero la oferta vinculante no es la que asegura el control de inclusión, que debe hacerse a la vista de la escritura de préstamo. Lo que está en la base de la existencia o la ausencia de la oferta vinculante es la existencia o no de negociación, pues la oferta está en la base de los contactos entre el banco el cliente para que este sepa cómo va ser su préstamo hipotecario. Por este motivo la falta de oferta vinculante puede indicar una falta de negociación de la

cláusula, lo que permite pasar del control de inclusión al control de contenido a efectos de poder calificar la condición general como abusiva. Pero una falta de negociación no supone falta de consentimiento, pues por principio todas las condiciones generales no son negociadas, lo que permite someterlas al subsiguiente control de contenido, pero son condiciones consentidas y aceptadas, lo que quiere decir que son cláusulas claras y transparentes, por lo menos en su aspecto formal o documental, porque han superado el control de inclusión.

Toda esta doctrina es la que está en la base de las SSTs de 9 de mayo de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, y también en la de 25 de marzo de 2015, y el Juzgado de lo Mercantil, que exige la oferta vinculante para el control de inclusión de la cláusula suelo, se aparta de esta doctrina y no puede mantenerse.

Ciertamente la tesis del Juzgado es la misma que algunas sentencias de Audiencias Provinciales que declaran que a falta de oferta vinculante la cláusula suelo no se incorpora al contrato porque no supera el control de inclusión. Hemos podido encontrar las sentencias de las AAPP Madrid sección 28 de 10 de junio de 2016, Pontevedra sección 1ª de 19 de febrero de 2016 (ROJ SAP PO 166/2016), y Valladolid sección 3ª de 30 de mayo de 2016 (ROJ SAP VA 589/2016). Sin embargo, son mayoría las que no vinculan la falta de oferta vinculante con el control de incorporación, sino que examinan la legalidad de la cláusula desde el punto de vista de la falta de transparencia real, que es lo que esta Sección ya hecho en la sentencia de 27 de junio de 2016. Así AAPP Barcelona sección 15 de 30 de junio de 2016 (ROJ SAP B 6090/2016), 27 de junio de 2016 (ROJ SAP B 6113/2016), y 17 de marzo de 2016 (ROJ SAP B 3530/2016), Valladolid sección 3ª de 8 de febrero de 2016 (ROJ SAP VA 193/2016), Vizcaya sección 4ª de 29 de abril de 2016 (ROJ SAP BI 852/2016), y 30 de junio de 2015 (ROJ SAP BI 1465/2015), Asturias sección 7ª de 11 de julio de 2016 (ROJ O 1996/2016), y sección 4ª de 8 de julio de 2016 (ROJ SAP O 2140/2016), y Pontevedra sección 1ª de 1 de diciembre de 2015 (ROJ SAP PO 2481/2015).

En esta última se dice lo siguiente: "La STS de 9 de mayo de 2013 señala a este respecto que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor". Pero lejos de imponer una determinada forma o mecanismo de información precontractual, lo que la sentencia establece es que, en el caso de cumplirse las exigencias previstas en la

repetida Orden Ministerial, se entiende que, en principio, la cláusula supera el filtro de inclusión o incorporación, mas ni ello implica que el incumplimiento de tales requisitos comporte que la norma no sea transparente en el sentido de clara y comprensible, ni que su cumplimiento garantice siempre la transparencia de la norma, sino que habrá que analizar las circunstancias concurrentes en cada caso".

Siguiendo con la citada sentencia de 16 de diciembre de 2015: "Cuando decimos que una cláusula no es transparente porque su redacción no permite asegurar que el adherente conociera la importancia de la misma en el sinalagma del contrato lo que en necesitamos saber a continuación para poder juzgar sobre su nulidad o validez es cual fuera ese sinalagma al que las partes han prestado su consentimiento, lo que es tanto como conocer cuál fue la voluntad de las partes, y en este caso del adherente al contratar. Si a pesar de la falta de transparencia llegamos a la conclusión de que el consumidor fue informado, que conoció sus efectos, y prestó su consentimiento, en tal caso la cláusula redactada de forma no transparente será válida. Y aun habiendo sido informado, habrá de determinarse de qué forma una condición redactada de forma no transparente altera el equilibrio económico del contrato, porque si no lo hace en absoluto, o lo hace de forma poco importante, la conclusión habrá de ser la misma, la validez de la cláusula. Todo ello supone pasar del control de incorporación al control de contenido que es el propio de las cláusulas abusivas. En principio las cláusulas que se refieren al objeto del contrato, que no definen sus derechos y obligaciones, sino solo su posición económica, no pueden ser juzgadas como abusivas. Pero ello es partiendo de la base de que han sido objeto de negociación y de que el adherente ha prestado su consentimiento. Si no lo ha hecho se abre el control de abusividad.

Como dice la STS de 9 de mayo de 2013 "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

Y la STS de 8 de septiembre de 2014 que el control de transparencia "queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica

que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato".

En el presente supuesto así, observamos que esta previsión queda encuadrada dentro de un apartado que regula el denominado **TIPO DE INTERES VARIABLE**, sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación, por lo que no cumple criterios, tenidos en cuenta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Se incluye en el quinto párrafo de seis, ciertamente en negrita, pero como muchas otras partes del apartado, entre una proliferación de datos.

Recordemos que dicha sentencia señala: "225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor."

QUINTO.- Procede ahora analizar si la cláusula que nos ocupa puede o no ser declarada abusiva, y así hemos de recordar que ya la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 delimitaba que: "196. De lo expuesto cabe concluir:

- a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.
- b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone."

Posteriormente precisaba: "246. De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores:

- a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.
- b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.

d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo."

Finalmente señala: "2.2. El desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos.

263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE "[...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes".

264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza."

Sobre una cláusula muy similar ya se ha pronunciado la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos en sentencia de 3 de julio de 2015 al señalar: "En cuanto al carácter abusivo de la cláusula suelo, además de lo expuesto por el Juez de Instancia sobre esta cuestión, este Tribunal ha declarado en ocasiones semejantes que la determinación del carácter abusivo es importante cuando lo que se pide es la nulidad de la cláusula. La jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea es clara cuando dice que la declaración de abusividad comporta la nulidad de la cláusula, sin que proceda su moderación (STUE, sala 1ª 30 de mayo de 2013). Lo anterior podría significar que, a pesar de la falta de negociación de una cláusula, cabría la moderación de la misma si no pudiera calificarse como abusiva porque no representa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del contrato en perjuicio del consumidor.

El artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 dice 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". Se tara

de una cláusula general, que a la vez que define la cláusula abusiva, constituye un elemento de cierre del sistema, de forma que todas las cláusulas que no puedan incluirse en algunos de los supuestos específicos de abusividad, podrán compararse con los parámetros que establece el artículo 82.1 de falta de buena fe y falta de equilibrio.

En el caso de la cláusula suelo, su falta de equilibrio en relación con lo aquello que ha sido expresamente negociado, que es un préstamo a interés variable, es palmaria porque supone una limitación a las expectativas de bajada de interés que todo consumidor tiene cuando contrata un préstamo a interés variable. Como dice la STS de 9 de mayo de 2013 "264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

SEXTO.- Aun es más, hemos de resaltar el dictado por la Ilma. Audiencia Provincial de León de sentencia de fecha 13 de abril de 2016 en la cual se indica en su fallo: "ESTIMAMOS EN PARTE la demanda presentada por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) y declaramos NO HABER LUGAR a la NULIDAD de las cláusulas que fijan un tipo de interés mínimo (cláusulas suelo) incorporadas a contratos de préstamo a interés variable suscritos con consumidores, en atención a su intrínseco contenido.

Tercero: ESTIMAMOS EN PARTE la demanda presentada por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) y declaramos la NULIDAD de las cláusulas que establecen un tipo mínimo de interés o tipo mínimo de referencia (cláusulas suelo) contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo suscritos por CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, y en los que los prestatarios sean consumidores o usuarios, con los límites objetivos y subjetivos expresados en el fundamento de derecho séptimo de estas resoluciones, por

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

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

consumidor en el caso de las utilizadas por CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, Caja de Ahorros y Monte de Piedad.

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

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Cuarto: Condenamos a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.U., a eliminar dichas cláusulas de los contratos de préstamo suscritos por Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, y en los que consumidores o usuarios hayan asumido la condición de prestatarios, así como a cesar en su utilización y aplicación.

Quinto: Acordamos la publicación del fallo de esta sentencia en el Diario de León, con fuente tipo "tipe new roman" y tamaño mínimo de 10, en el plazo de 30 días desde su notificación.

Sexto.- Se condena a la demandada a la inscripción a su costa de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, a cuyo fin se expedirá por el Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia el correspondiente mandamiento, una vez firme esta resolución."

SÉPTIMO.- Respecto a la cláusula de gastos no olvidamos que el Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 que señala: "1.- La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio, trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11 LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).

2.- A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo 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.

3.- Por último, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró

abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos)."

En este sentido sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 1 de febrero de 2018: "Resulta obvio y fuera de toda duda que el contrato de préstamo hipotecario en el cual están insertas las cláusulas discutidas por abusivas es un contrato celebrado entre un profesional (el banco prestamista) y un consumidor (los prestatarios) y que la cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación predispuestas por el banco prestamista e impuestas al consumidor sin posibilidad de negociación individual, pues en todo caso el banco demandado no ha probado que dichas cláusulas hayan sido negociadas individualmente, siendo dicha parte la que en su condición de empresario tiene la carga de probar la existencia de negociación individual de la cláusula (art. 82-2, párrafo 2º, del Real Decreto Legislativo 1/2007), a lo cual debe añadirse lo señalado por la juez de instancia en su sentencia de que es un hecho notorio que la contratación bancaria es una contratación seriada con el empleo de condiciones generales tipo que se imponen en todos los contratos celebrados sin negociación individual por parte del cliente consumidor, siendo tal el caso de las cláusulas sobre gastos generados por la concesión de préstamos hipotecarios, la de cláusula de intereses moratorios para el caso de impago.

Siendo las cláusulas discutidas condiciones generales de la contratación insertas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, según el art. 80 -1 del Texto Refundido de la Ley General d para la Defensa Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, son requisitos de las mismas: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, b) accesibilidad y legibilidad, c) buena fe y justo equilibrio. A su vez el art. 82-1 del citado Texto Refundido fija el concepto de cláusulas abusivas señalando que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra 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", señalando el apartado 3 de dicho precepto que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes

en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene establecido que una cláusula no negociada individualmente inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor es contraria a las exigencias de la buena fe y por ello abusiva, cuando la misma imponga al consumidor obligaciones o cargas contractuales que pueda presumirse que éste no hubiera aceptado de haber existido una negociación individual en un plano de igualdad entre las partes. Asimismo tal Tribunal tiene establecido que una cláusula no negociada individualmente inserta en un contrato entre un profesional un consumidor causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en perjuicio del consumidor, cuando la misma coloca al consumidor en una posición jurídica más desfavorable para sus derechos e intereses que la que le corresponde por la aplicación de la normativa estatal aplicable al caso. Y en relación a esto último hemos de señalar que si bien en el ámbito del Derecho privado, por regla general, las normas legales tienen un carácter dispositivo que permite su alteración por pacto entre los contratantes, cuando estamos ante un contrato entre un profesional y un consumidor y la estipulación no es objeto de negociación individual, si la misma alera el Derecho dispositivo en perjuicio del consumidor, sin que exista causa que lo justifique, la estipulación debe considerarse como abusiva.”

Establecida la calidad de condición general de la contratación por la entidad demandada, a esta correspondía, como alega, la prueba de una negociación individualizada, recordando lo ya indicado a este respecto en cuanto a la cláusula suelo.

Así pues habremos de concluir con la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 22 de febrero de 2018 al señalar: “Una de las características, sino la principal de las condiciones generales, es como dice el artículo 1.1 su imposición por el predisponente empresario al consumidor adherente de forma que este no tiene otra alternativa que su aceptación. La imposición equivale a la falta de negociación, porque el resultado de su incorporación al contrato no es el resultado de una oferta que puede ser modificada o no, lo que es característico de la negociación en sede contractual. Por el contrario, el préstamo hipotecario ha venido a ser cada vez más un contrato estandarizado, en la medida en que la mayor parte de sus cláusulas, y también esta de los gastos, son las mismas, no solo entre los préstamos de una entidad, sino en los de todas las entidades, de forma que la única variación se deja para aquellos elementos que forman parte de la economía del contrato o prestaciones que constituyen la sustancia del mismo, como es el capital del préstamo, el tipo de interés, la duración del

plazo, y el valor de la garantía. Estos sí que son elementos que varían de un préstamo a otro, como no puede ser menos, y son los únicos sobre los que existe en realidad una verdadera negociación. Que esto sea así no es algo ni positivo ni negativo en principio. Todos convenimos en que lo que le interesa a la persona que pide un préstamo hipotecario son sobre todo sus condiciones económicas, que se refieren al capital prestado, al plazo y al interés. En cambio, las cláusulas que se refieren a las condiciones jurídicas, por conocidas o por venir muchas de ellas impuestas por la ley, no merecen del prestatario muchas veces ni tan siquiera una lectura detallada. A esta categoría pertenecen una multiplicidad de cláusulas: obligación de pago de las cuotas, domiciliación de pago, devengo de intereses, comisiones, gastos, vencimiento anticipado, obligación de conservación de la cosa hipotecada, etc.. Algunas de estas cláusulas hacen referencia a aspectos económicos del contrato, como las comisiones o los gastos, lo cual no impide que por no pertenecer a lo que llamamos la económica esencial del contrato, puedan ser objeto de regulación mediante el siempre menos complicado procedimiento de las condiciones generales.

.....Se alega en primer lugar que la cláusula de gastos ha sido negociada. Por negociación ha de entenderse lo que comúnmente se entiende, no solo el conocimiento o la posibilidad de conocerla, sino el carácter no necesario de la misma en la medida en que haya sido posible, aunque de hecho no lo haya sido, alguna modificación por parte del consumidor. Pues bien, por muchos motivos la negociación ha estado ausente. En primer lugar, si convenimos en que se trata de una condición general, lo propio de estas es su falta de negociación, por lo que se presume su carácter no negociado. Tendrá que ser el banco que afirma la negociación el que lo pruebe, y en este caso no lo prueba.

En segundo lugar, la cláusula contiene los elementos característicos de toda falta de negociación. Lo primero que llama la atención en estas cláusulas llamadas de gastos es que, regulándose en el seno de las mismas el pago de toda una serie de gastos de muy diferente tipo y naturaleza, que van desde los honorarios del Notario hasta los derechos del registrador, desde los gastos de tasación a los de gestoría, pasando por el pago de los impuestos, se imputen todos ellos al consumidor prestatario. Lo característico de cualquier negociación es que ante la pretensión del banco de imputar al prestatario todos los gastos de la operación, por lo menos alguno de ellos se hubiera sacado de la cláusula para atribuirlo al banco prestamista. Pero nada de esto se ha hecho evidenciando su carácter no negociado.

En tercer lugar, el banco no prueba que la cláusula difiera de las que hayan incorporado al resto de sus préstamos, como tendría que haber sido en caso de negociación, pues lo característico de la negociación es la variedad. Y de la misma

forma que cuando del tipo de interés, del plazo de devolución, o del importe del capital se trata, los préstamos son diferentes, también podían haberlo sido en lo que a la regulación de gastos se refiere.

Que el consumidor haya conocido el contenido de la cláusula no significa que la haya consentido verdaderamente. Volvemos a la presunción de falta de negociación, que también es presunción de falta de consentimiento. Si lo característico de cualquier condición general es su imposición por el empresario predisponente, no puede haber verdadero consentimiento del consumidor cuando este se ve ante un largo clausulado que no puede modificar. Interesado además como está en que el banco apruebe su solicitud de préstamo por la cuantía del capital que necesita, y al tipo de interés más bajo posible, se ve obligado a aceptar lo que el banco le ofrece a cambio, que es el pago de todos los gastos del préstamo sin posible discusión. No hay verdadero consentimiento como no ha habido negociación”.

Observamos en este supuesto que la cláusula contempla que serán de cargo del prestatario cuantos gastos se deriven del otorgamiento de la escritura, cancelación, modificación y ejecución de la hipoteca, gastos extrajudiciales y costas judiciales que se ocasionen a la entidad prestamista, incluso honorarios de Abogado y Procurador aun cuando no sea preceptiva su intervención.

OCTAVO.- Declarada pues la nulidad de la cláusula que nos ocupa, recordemos, limitada a los extremos ya señalados, hemos de analizar las consecuencias de la misma, y en principio hemos de reproducir lo indicado por la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 al indicar: “Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.
para lo cual desglosamos los diferentes pedimentos.”

En este sentido sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 5 de marzo de 2018 que contempla: “Ahora bien, de la doctrina anterior no debe extraerse la consecuencia jurídica que pretende el prestatario demandante, en el sentido que la nulidad de la cláusula de gastos debe conllevar la consecuencia jurídica inexorable de abonarse al mismo todos los gastos que tuvo que pagar por razón de la misma.

Y ello no es así porque en el caso de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos concurre la peculiaridad que tales gastos no se han abonado al banco prestamista sino a terceros que han girado la correspondiente factura (en el presente caso la

notaria, el registro de la propiedad, la gestoría y la sociedad de tasación), por lo cual el abono de tales gastos por el banco no puede ser consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.303 del Código Civil sólo los efectos jurídicos de la nulidad de un contrato, dado que al no haber recibido el banco tales gastos no tienen la obligación de restituirles con sus intereses legales, como así ocurre con todas las cantidades que se perciben por razón de un contrato nulo. En tal sentido nos pronunciábamos en nuestra Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero, en la que citábamos sobre tal particular la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava nº 501/2017, de 17 de noviembre (Ponente don Iñigo Elizburu Aguirre). Ahora bien, como señalábamos en nuestra Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero, la nulidad por abusiva implica restituir al consumidor prestatario a quien se ha impuesto tal cláusula a la situación fáctica y jurídica que tendría de no existir tal cláusula, que como hemos dicho debe considerarse no puesta y expulsada del contrato, y en tal sentido debe considerarse que en virtud de la misma abonó gastos que no le correspondía haber pagado, pues era gastos no debidos para el mismo y que debían haber sido pagados por el banco prestamista, con lo cual se ha producido una situación en enriquecimiento injusto por pago indebido, y ello en el sentido que el pago del gasto que no corresponde pagar al prestatario por ser de cargo del banco prestamista supone un desplazamiento patrimonial que empobrece al prestatario que lo realiza de forma no debida y que correlativamente enriquece al banco que se ve liberado de realizar un pago que tenía la carga de realizar, y ello sin que exista causa que legitime o sirva de título al desplazamiento patrimonial que implica el pago, dado que la cláusula de gastos que en un principio justificó tal pago ha sido declarada nula por abusiva y por ello se tiene por no puesta. Tal argumentación, permite reclamar al banco prestamista el abono de las cantidades pagadas por el prestatario cuando tales cantidades no eran debidas para el mismo y lo eran para el banco, pero no permite la reclamación de los gastos que si eran debidos para el prestatario, es decir los gastos que el prestatario tenía la obligación de pagar al margen de la cláusula de gastos, o dicho de otra forma los gastos que hubiera pagado de no haber existido la cláusula de gastos."

También podemos reproducir lo señalado por la ya aludida sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de 22 de febrero de 2018: "Al respecto decíamos en la sentencia de 5 de febrero pasado que "a pesar de la prohibición de moderación de una cláusula que se declara abusiva, la mayor parte de las Audiencias entienden que la nulidad de la cláusula que impone todos los gastos del préstamo al prestatario es compatible con que el Banco solo devuelva al prestatario parte de los gastos que ha pagado. Ello es así porque la devolución que hace el

Banco no es un efecto directo de la acción de nulidad ex artículo 1303 del Código Civil porque no es al banco a quien el prestatario ha pagado los distintos gastos de notaría, registro, gestoría, tasación, etc... Y por supuesto ninguno de estos profesionales está obligado a devolver aquello que recibieron al tratarse de un pago recibido de buena fe, aunque lo fuera por quien no estaba obligado a hacerlo. La responsabilidad del Banco obligado a la devolución surge como consecuencia de haber dado lugar al pago por el prestatario mediante la introducción en el contrato de una cláusula que se ha declarado abusiva, lo que es propio de una responsabilidad fundada en el artículo 1101 del Código Civil, la cual si es posible moderar. Por lo tanto, la posible devolución parcial de solo algunos gastos, o de parte de ellos, no es consecuencia de la declaración de nulidad parcial de la cláusula, que es lo prohibido por la jurisprudencia comunitaria, sino de que haya una relación de causalidad entre el pago que ha hecho el prestatario y la cláusula abusiva porque en ausencia de la cláusula el gasto debiera haber sido pagado por el banco. Si en ausencia de la cláusula un determinado gasto hubiera debido ser pagado necesariamente por el consumidor porque así lo impone la normativa sectorial, o si el gasto hubiera debido ser pagado por las dos partes, en tal caso no hay relación de causalidad entre el desembolso hecho por el consumidor y la cláusula abusiva, porque le hubiera correspondido hacer el pago en todo caso".

Conforme a lo anterior la devolución de los gastos no se estima por aplicación del artículo 1303 del Código Civil por lo que resulta intrascendente que se trate de pagos efectuados a terceros. La devolución se estima por la responsabilidad en que ha incurrido el banco al introducir en el préstamo hipotecario una cláusula que se ha declarado abusiva, y que dio lugar a la realización de un pago indebido del cual el banco ha sido declarado responsable por haber dado lugar a él."

Debemos subrayar a este respecto lo indicado por las recientes sentencias del Tribunal Supremo 44, 46, 47, 48 y 49/19, de 23 de enero, reproduciendo al efecto lo indicado en la primera de ellas, reiterado en las restantes: "Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

4.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 respecto de los predisponentes de cláusulas

abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato.

5.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva.

6.- No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-483/2016, caso Zsolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt: «34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Así lo hemos declarado en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre.”

Así pues, hemos de afirmar la legitimación de la entidad demandada en relación a la reclamación dineraria realizada, no es consecuencia (aunque tiene su razón final), reiteramos, de la declaración de nulidad de la cláusula sino de que haya una relación de causalidad entre el pago que ha hecho el prestatario y la cláusula abusiva porque en ausencia de la cláusula el gasto debiera haber sido pagado por el banco.

NOVENO.- Así pues hemos de realizar un análisis de las consecuencias de la nulidad declarada, en relación a cada uno de los gastos discutidos.

1.-Con referencia a los gastos notariales, hemos de reproducir lo indicado por la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 5 de marzo de 2018, al señalar: "El Arancel de los Notarios está regulado por el Real Decreto 1.426/1989, de 17 de noviembre, que en su regla sexta señala: "la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieran requerido la prestación de las funciones o servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueran varios, a todos ellos solidariamente".

No consta que una de las dos partes haya requerido de forma exclusiva los servicios del Notario que autorizó la escritura, y el hecho que ésta se otorgase según minuta aportada por la entidad financiera no implica que ésta sea quien requiere en exclusiva la intervención notarial, siendo perfectamente posible que ambas partes soliciten la intervención del Notario para redactar una escritura conformada por las condiciones generales de la contratación predispuestas por el banco prestamista. Entra por ello en juego la regla del interesado en el otorgamiento de la escritura notarial que formaliza el préstamo hipotecario, y aquí hemos de señalar que ambas partes están interesadas en su otorgamiento, la entidad financiera en cuanto que con la misma obtiene un título ejecutivo que unido a su inscripción la permite acudir a un procedimiento especial de ejecución en caso de impago del préstamo, y el prestatario en cuanto que con la misma puede obtener un préstamo hipotecario con el cual conseguir financiación para comprar su vivienda habitual, siendo obvio por otra parte que en con el préstamo hipotecario los intereses remuneratorios a pagar son más bajos que un préstamo personal que no precisa del otorgamiento de escritura. Por ello rige el principio de reciprocidad de intereses y ambas partes deben quedar obligadas a pagar por su mitad la minuta del Notario que autoriza la escritura del préstamo hipotecario, y ello conforme lo dispuesto en los arts. 1.289 y 1.138 del CC. Este es el criterio seguido por la juzgadora de instancia y por la mayoría de las Audiencias que se han pronunciado sobre el tema."

Obrante en el documento nº 3 de la demanda, factura por este particular, no impugnada de contrario, se fija la suma debida en 280,14 euros y dada esta ponderación de gastos entre las partes, no cabe realizar otro análisis por ejemplo sobre el real destino de una posible copia simple o cada uno de los conceptos desglosados en la factura.

Los criterios señalados por la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos han sido confirmados por el Tribunal Supremo en sus sentencias n° 44, 46, 47, 48 y 49/19, de 23 de enero.

DÉCIMO.- También se alega la nulidad, en ambos casos de la cláusula **SEXTA.- INTERESES DE DEMORA**, que se establecen en el equivalente al tipo de interés nominal anual que en el momento del vencimiento devengue el préstamo, incrementado en 6 enteros.

A estos efectos solo podemos reproducir lo señalado en la sentencia del tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 al señalar: "1.- Cuando se trata de obligaciones dinerarias, no cabe la imposibilidad definitiva de cumplimiento, sino sólo la demora; de tal manera que la indemnización que haya de abonarse por la misma responderá a la cobertura del daño por el retraso en función del tiempo transcurrido hasta el pago efectivo. Como dijimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, hay una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora. Así, dijimos en la sentencia antes citada: «Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones».

2.- Dado que el recurrente se refiere a las normas dispositivas de Derecho nacional, nuevamente resulta pertinente la cita del tan mencionado auto TJUE de 11 de junio de 2015, en cuanto distingue entre las normas "especiales" previstas para los préstamos hipotecarios, introducidas por la Ley 1/2013, y la norma "general" constituida por el art. 1.108 del Código Civil. Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en 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 de 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, entre otras posibles. De tal manera que

el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de 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. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal.

3.- Por estas razones el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado."

Recordamos que dicha sentencia de 22 de abril de 2015 fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

Recordemos que no se han discutido los términos reflejados en la escritura de préstamo hipotecario, y que ello nos lleva a encontrarnos con que, de forma objetiva, el contenido de esta cláusula, que establece el interés de demora en la suma de seis enteros al interés ordinario, resulte abusivo según lo señalado por las sentencias reproducidas.

Así procede la declaración de nulidad de esta cláusula, sin perjuicio de reconocer que ni siquiera la parte actora ha señalado su aplicación, y que como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 aludida por la propia demandada, llegado el caso: ".- En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que respecto de los préstamos personales establecimos en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, tal y como declaramos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero

Como razonamos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la

cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Así concluimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril :

«Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada»".

Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018.

UNDÉCIMO.-En materia de intereses resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 1.303, 1.101 y 1.108 del Código Civil y el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todo ello con un matiz en relación a las cantidades reclamadas por gastos, Así la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 9 de mayo de 2018: "En el último motivo del recurso de la parte demandad se impugna el pronunciamiento relativo a la imposición de los intereses desde la fecha del indebido cobro, lo cual debe confirmarse pues el devengo de los intereses es algo a lo que la parte actora tiene derecho como consecuencia de la nulidad si se hubiera ejercitado la acción frente al obligado a la devolución conforme al artículo 1303 CC, y siendo así que el banco que ha dado lugar a la nulidad de la cláusula debe incurrir en la misma responsabilidad."

De todos modos destacamos la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018: "1.- El art. 6.1 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre contratos celebrados con consumidores, obliga a los Estados miembros a establecer 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.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJUE de 30 de mayo de 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse*, 488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, 40/08, apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost*, 76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, asuntos acumulados 154/15, 307/15 y 308/15; y 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, 421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

Como dice la citada STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 "se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas".

2.- En el caso enjuiciado, una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de tales gastos. Es decir, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

3.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad

prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, 483/2016 (Zsolt Sziber):

"34 [...]el Tribunal de Justicia ha precisado, en particular, que, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:2016:980, apartado 66).

"35 Aunque el Tribunal de Justicia ya ha enmarcado de este modo, en distintas circunstancias y teniendo en cuenta los requisitos de los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, la manera en que el juez nacional debe garantizar la protección de los derechos que otorga esta Directiva a los consumidores, no es menos cierto que, en principio, el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que garanticen una tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C381/14 y C385/14, EU:2016:252, apartado 32 y jurisprudencia citada)".

Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el art. 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Puesto que la figura del

enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.

Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 CC, en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

4.- Desde este punto de vista, aunque el art. 1303 CC no fuera propiamente aplicable al caso, lo relevante es que la sentencia recurrida no ha respetado las consecuencias a las que obliga la declaración de abusividad, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13.

De lo que se trata es de la compensación o retribución al consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y que, total o parcialmente, correspondía al profesional, pero que no recibió éste, sino que se pagó a terceros.

En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida).

5.- En consecuencia, el recurso de casación debe ser estimado, y al asumir la instancia, por las mismas razones expuestas para estimar el recurso de casación, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista y confirmarse la sentencia de primera instancia, aunque el razonamiento jurídico no haya sido exactamente coincidente."

Todo ello con una precisión, y ello respecto a la suma de 339,36 euros, que no se ha reclamado en virtud del contrato, sino, según la propia actora, por haber sido cobrada sin estar

contemplada en ese contrato, a cuyo efecto resultará de aplicación lo dispuesto en los artículos 1.1010 y 1.108 del Código Civil, sin que conste reclamación extrajudicial al respecto(la aportada como documento nº 9 junto con la demanda no se refiere a este particular), por lo que estos intereses se devengarán desde la interpelación judicial.

DUODÉCIMO.- En materia de costas dada la estimación de la demanda, se imponen a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

F A L L O

Que estimando la demanda interpuesta por la Procurador Sra. [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] frente a UNICAJA BANCO, S. A., representado por la Procuradora [REDACTED], debo declarar y declaro la nulidad de las cláusulas contenidas en el préstamo con garantía hipotecaria de 12 de mayo de 2010:

-el párrafo que, dentro de la cláusula **TERCERA BIS.-TIPO DE INTERÉS VARIABLE** indica "En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12 por ciento ni inferior al 2,50 por ciento"

-la cláusula **QUINTA.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA**

-la cláusula **SEXTA.- INTERESES DE DEMORA**

Debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la parte actora las cantidades cobradas en exceso por la aplicación de la cláusula limitativa de interés, más los intereses legales desde cada cobro, aportando con ello el cuadro de reliquidación correspondiente.

Asimismo, debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la parte actora la suma de DOSCIENTOS OCHENTA EUROS CON CATORCE CÉNTIMOS (280,14 euros), todo ello con los intereses desde la fecha de su cobro.

Se imponen las costas a la parte actora.

Notifíquese la presente Sentencia en forma legal a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme pudiendo interponer recurso de apelación en el término de veinte días en este Juzgado para ante la Iltma. Audiencia Provincial de Burgos.

Adviértase a las partes que de conformidad con el art. 19 de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, de interponer recurso deberán constituir el depósito de 50 euros, debiéndose ingresar en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado abierta en BANCO SANTANDER con el nº 4673 0000 04 0086 19.



E/. Así por ésta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Sra. Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha, doy fe.

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

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.