

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N.17 (BIS)
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: (

-

C/ TRAVESSA D'EN BALLESTER, N°20
Teléfono: 971219261, Fax: 971219286
Correo electrónico:

Equipo/usuario:
Modelo:

N.I.G.:

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-

Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS
DEMANDANTE D/ña.
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a.
DEMANDADO D/ña.
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A

En Palma, a 14 de febrero de 2019.

D^a , Jueza de Adscripción Territorial (JAT) del TSJ de Illes Balears, adscrita como refuerzo al Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma (antiguo Juzgado de Primera Instancia número 17bis - "Refuerzo Cláusulas Suelo") y su Partido, he visto los presentes autos del Juicio Ordinario n° , seguidos ante este Juzgado, en el que han intervenido, como parte actora, D^a.

-actuando bajo la representación procesal de D^a. , y la defensa letrada de D. , y, como parte demandada, la entidad financiera "UNOE BANK, S.A." -en situación de rebeldía procesal-, sobre nulidad de condiciones generales de la contratación relativas a la imposición de gastos al prestatario hipotecante, al vencimiento anticipado y a los intereses de demora, así como restitución de cantidades

abonadas por el prestatario, en aplicación de dichas cláusulas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D^a.

, presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera "UNOE BANK, S.A. ", en la que, tras los hechos y fundamentos de derecho que en ella se recogen, se terminaba suplicando al juzgado que se dicte sentencia por la que:

- "Se **DECLARE NULA** de pleno derecho las cláusulas incluidas en el préstamo hipotecario que vincula a la demandada y a la parte actora expuestas en los fundamentos de derecho 2.1 (Gastos de Aranceles notariales y registrales, Gastos de gestoría, Gastos de tasación del inmueble así como los Gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista), 2.2 (Intereses de demora) y 2.3 (Vencimiento anticipado).
- Se **CONDENE** a la demandada a **ESTAR** y **PASAR** por las anteriores declaraciones, y se **ABSTENGA** de **APLICARLA** en el futuro a mi representada en sede del referido contrato
- Para el caso que se declare la nulidad de las cláusulas arriba citadas, se **CONDENE** a la demandada

al restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dichas cláusulas, incluyendo la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en cumplimiento de las cláusulas que se declaren nulas, más los intereses legales desde su abono.

Se **CONDENE** en **COSTAS** a la entidad demandada" (sic.).

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite y de ella se dio traslado a la demandada para que la contestara.

TERCERO.- Se presentó escrito de contestación a la demanda en el que se interesó la íntegra desestimación de la demanda, con condena en costas a la parte actora, sobre la base de las alegaciones que son de ver en el escrito de contestación.

CUARTO.- Transcurrido el plazo legalmente previsto sin haberse presentado escrito de contestación, la demandada fue declarada en situación de rebeldía procesal y se señaló fecha para la celebración del acto de la audiencia previa.

QUINTO.- El acto de la audiencia previa se celebró el día señalado, con la sola asistencia de la actora, comparecida en legal forma.

Celebrada la audiencia previa para sus distintas finalidades, una vez fijados los hechos controvertidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428.3 de la LEC, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la situación de rebeldía de la demandada y sus efectos.

Si bien la parte demandada no se ha personado en el procedimiento y ha permanecido durante toda su tramitación en situación de rebeldía procesal, formalmente declarada, ha de recordarse que, de conformidad con el artículo 496.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), *"la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario"*. Es por ello que su falta de comparecencia al procedimiento no ha de interpretarse como una conformidad con todos y cada uno de los hechos alegados en el escrito de demanda.

SEGUNDO.- Planteamiento del litigio: sobre las cuestiones sustantivas o de fondo a resolver.

A la vista de las alegaciones contenidas en los escritos de demanda y de contestación, en términos generales, la controversia planteada puede resumirse en los siguientes puntos generales:

1º. La nulidad, por abusivas, de las cláusulas incluidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, suscrito entre las partes de este procedimiento, y relativas a la imposición a la parte prestataria de los gastos de constitución de la hipoteca, al vencimiento anticipado, y a los intereses de demora.

2º. Los efectos y consecuencias derivados de la declaración de nulidad, en su caso, de las mencionadas cláusulas contractuales.

En particular, y en relación con la cláusula de gastos impuestos a la parte prestataria, el efecto restitutorio, en favor de la actora, de las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula cuya nulidad se predica.

TERCERO.- Sobre las cláusulas abusivas en general. Normativa reguladora: la Directiva 93/13/CEE y su incorporación al ordenamiento jurídico español. El concepto de cláusulas abusivas.

Antes de entrar a resolver las cuestiones planteadas en este litigio, resulta conveniente la normativa reguladora en materia de cláusulas abusivas.

A) La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El punto de partida en relación con el régimen de protección de los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas lo constituye la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13 o simplemente Directiva). Su propósito, según se declara en su artículo 1.1, es el de *"aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores"*.

Con dicho precepto, se define ya parte del ámbito material de aplicación de la regulación contenida en la Directiva, esto es, los contratos celebrados entre profesionales, de un lado, y consumidores, de otro. Si bien, ello debe completarse con lo dispuesto en el artículo 3.1 que, al definir lo que debe entenderse por *"cláusulas abusivas"*, permite delimitar, de manera más precisa, su ámbito material de aplicación. Dicho precepto establece que: *"Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"*.

De este modo, se desprende que el ámbito de aplicación material de la Directiva viene constituido por: *i)* las cláusulas no negociadas individualmente -entendiéndose por tales, según el artículo 3.2 de la Directiva, aquellas que *"(...) haya(n) sido redactada(s) previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión"*, sin que *"El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente (...)"* excluya su aplicación *"(...) al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión"*; e imponiendo, además, al profesional la carga de la prueba del carácter negociado individualmente de una cláusula cuando éste afirme que *"una cláusula tipo se ha negociado individualmente"* (art. 3.2 *in fine*)-; *ii)* incluidas en contratos celebrados entre un profesional y un consumidor.

Se excluyen, por disposición expresa del artículo 1.2 de la Directiva *"Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios"*

internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte (...)".

Asimismo, debe tenerse en cuenta la importante limitación que introduce el artículo 4.2 de la Directiva a la extensión del régimen de abusividad respecto de las cláusulas que se refieran a elementos esenciales o principales del contrato. Así se establece en el citado precepto que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

Aunque, es preciso puntualizar, como ha declarado el TJUE, que "(...) del propio tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, (...) no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva. Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible.

Además, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva definen conjuntamente los criterios generales que permiten apreciar la naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de la Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia, C-478/99, Rec. p. I-4147, apartados 11 y 17, y de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, Rec. p. I-3403, apartados 18, 19 y 21) (STJUE de 3 de junio de 2010, C-404/2018, asunto Caja de Ahorros y Montes de Piedad de Madrid y Ausbanc).

En este sentido, el TJUE ha declarado que "(...) el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 tiene únicamente por objeto establecer las modalidades y el alcance del control del contenido de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, que describen las prestaciones esenciales de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor (...)" (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13).

En atención a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva, doctrina y jurisprudencia han venido a señalar dos clases diferenciadas de control de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos celebrados con consumidores:

a) El control de contenido o control de abusividad, propiamente dicho, contemplado en los artículos 3 y 4.1 de la Directiva, y del que, por previsión expresa del artículo 4.2 de la Directiva, están excluidas las cláusulas que, redactadas de manera clara y comprensible, definan el objeto principal del contrato, así como aquellas que se refieran a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra.

b) El control de transparencia, que resulta de lo dispuesto en los artículos 4.2 y 5 de la Directiva.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2 de la Directiva, en relación con las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, así como las que se refieran a la adecuación entre contraprestaciones (precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra), únicamente se contempla un control, que ha sido denominado de transparencia, y que, en lo que respecta a las cláusulas comprendidas en el artículo 4.2 de la Directiva, se traduce -interpretando el mismo precepto "*a sensu contrario*"-, en que sólo cabrá apreciar el carácter abusivo de tales cláusulas cuando éstas no estén redactadas de manera clara y comprensible.

Como ha dicho el TJUE, "*para garantizar en concreto los objetivos de protección de los consumidores perseguidos por la Directiva 93/13, toda adaptación del Derecho interno a dicho artículo 4, apartado 2, debe ser completa, de modo que la prohibición de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas abarca únicamente las redactadas de manera clara y comprensible*" (sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, apartado 39).

En cuanto a lo que deba entenderse por "objeto principal del contrato", la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) ha establecido que "*(...) teniendo en cuenta también el carácter de excepción del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y la exigencia de una interpretación estricta de esta disposición que deriva de él, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan.*"

50 En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación

contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13". Siendo que corresponde, en cada caso concreto, a los tribunales de los estados miembros "(...) atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones del contrato (...) y su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula (...) constituye un componente esencial de la prestación del deudor (...)".

En lo que respecta a las restantes cláusulas contempladas en el artículo 4.2 de la Directiva, continúa diciendo esta misma sentencia que "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 se refiere en segundo lugar a las cláusulas relacionadas con la «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra» o, conforme a los términos del considerando decimonoveno de esa Directiva, las cláusulas «que describan [...] la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación».

[...]

54 En ese sentido, de los términos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que esa segunda categoría de cláusulas cuyo posible carácter abusivo no cabe apreciar tiene un alcance reducido, ya que esa exclusión sólo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

55 Como ha observado el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control".

Con todo, no debe perderse de vista que la Directiva cumple una función de regulación de mínimos, como así resulta de lo dispuesto en su artículo 8 ("Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección"). De ahí que el TJUE haya declarado, en su Sentencia de 3 de junio de 2010, C-404/2018, asunto Caja de Ahorros y Montes de Piedad de Madrid y Ausbanc, que "(...) no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva,

siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección".

En línea con este planteamiento, en esta misma sentencia, el TJUE afirmó, con respecto a la normativa española sobre protección de consumidores y usuarios en materia de cláusulas abusivas que "(...) por lo que respecta a la normativa española de que se trata en el litigio principal, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998 no ha incorporado el artículo 4, apartado 2, al ordenamiento interno.

42 En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

43 En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta".

En cualquier caso, ha de quedar claro que el control de transparencia no se limita a las cláusulas a las que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva, sino que es extensible a cualesquiera cláusulas incluidas dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva, pues, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del mismo cuerpo legal, la exigencia de claridad y comprensibilidad en la redacción de las cláusulas, a la que alude el artículo 4.2 de la Directiva, es predicable de todas las cláusulas sin excepción, con independencia de si se refieren o no al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio del bien o servicio prestado.

Así lo ha afirmado el TJUE en la ya citada STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13), en la que se precisan el alcance y el sentido del llamado control de transparencia:

"67 Se ha de constatar que esa misma exigencia figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las

cláusulas contractuales escritas deben estar redactadas «siempre» de forma clara y comprensible. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 puntualiza en ese sentido que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato.

68 De ello se sigue que esa exigencia de redacción clara y comprensible se aplica, en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y excluida por tanto de la apreciación de su carácter abusivo prevista en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva.

69 De ello resulta también que esta exigencia, tal como se enuncia en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 de esta Directiva.

70 Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, apartado 44).

71 Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical.

72 Por el contrario, como ya se ha recordado en el apartado 39 de la presente sentencia, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva.

[...]

75 (...) el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y

comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

En dicha resolución, el TJUE pone de manifiesto la doble dimensión del control de transparencia: a) formal, documental o gramatical, de un lado; y b) material, sustantiva o de fondo, de otro. De suerte que la exigencia de transparencia no va referida únicamente a la forma en la que están redactadas las cláusulas, sino también, y de manera muy importante, a la posibilidad de que el consumidor comprenda claramente el riesgo y la carga económica que para él supone el contrato que suscribe.

En cuanto a las consecuencias que comporta la apreciación del carácter abusivo de una cláusula, por su naturaleza, la Directiva se limita a imponer a los estados miembros la obligación de 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" (art. 6.1).

El TJUE ha señalado que esta prohibición de vinculación al consumidor por las cláusulas abusivas se impone por el propio sistema de protección que establece la Directiva, basado "(...) en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (...)". Habiendo afirmado, con relación al artículo 6 de la Directiva, que "(...) se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (...)". (ver por todas STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/2010, asunto Banco Español de Crédito, con cita de otras).

Esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional, necesitada de protección, que inspira el conjunto de la regulación de la Directiva, ha llevado al TJUE a

declarar "(...) que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional", pues, sólo así, esto es, "mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato" puede compensarse el desequilibrio existente entre las partes. "Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello" (ver por todas: STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/2010, asunto Banco Español de Crédito, con cita de otras anteriores).

B) La incorporación de la Directiva 93/13 al Derecho español.

La Directiva 93/13 se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), que resulta de aplicación a todos los contratos que contengan condiciones generales de la contratación -entendiendo por tales "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"(art. 1.1 LCGC)-, ya se hayan celebrado o no entre un profesional y un consumidor (art. 2 LCGC).

En lo relativo a las cláusulas abusivas, en consonancia con la Directiva, el artículo 8.2 LCGC restringe el concepto a los contratos celebrados con consumidores y declara expresamente la nulidad de dichas cláusulas, con remisión a la normativa reguladora sobre protección de consumidores y usuarios, hoy contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), que es de aplicación "(...) a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios" (art. 2 TRLGDCU).

El artículo 83 TRLGDCU sanciona igualmente la abusividad de una cláusula con su nulidad de pleno derecho:

"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa

audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

De este modo, el legislador español ha dado cumplimiento a la obligación, impuesta por el artículo 6.1 de la Directiva, de que las cláusulas abusivas no vinculen al consumidor, manteniéndose la eficacia del resto del contrato siempre que pueda subsistir sin la cláusula o cláusulas abusivas declaradas nulas.

C) El concepto de cláusulas abusivas.

En términos similares a los del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, el artículo 82.1 del TRLGDCU establece que *"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*.

De dicho precepto, puesto en relación con las disposiciones que definen el ámbito de aplicación del TRLGDCU, pueden extraerse los elementos que deben concurrir para poder calificar una cláusula contractual como abusiva:

1º. Que se trate de un contrato celebrado entre un consumidor o usuario y un empresario (la Directiva utiliza el término de "profesional").

Según establece el artículo 3 del TRLGDCU, *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión."*

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

Por contraposición, el artículo 4 TRLGDCU declara que *"A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión"*.

2º. Que se trate de una "estipulación no negociada individualmente".

Conforme a lo establecido en la Directiva, el concepto de cláusulas abusivas no se circunscribe exclusivamente a las condiciones generales de la contratación, sino que alcanza a cualesquiera estipulaciones no negociadas individualmente, incluidas en contratos celebrados con consumidores y usuarios, bien se utilicen en una generalidad de contratos -como es el caso de las condiciones generales de la contratación, utilizadas en la contratación en masa (art. 1.1 LCGC)-, o bien hayan sido especialmente predisuestas para un contrato en particular -contratos de adhesión particulares-.

De este modo, el ámbito material de aplicación de la regulación sobre cláusulas abusivas viene constituido por los contratos de adhesión celebrados entre un consumidor o usuario, de un lado, y un empresario de otro.

3º. Que sea contraria a las exigencias de la buena fe.

A propósito de la buena fe, el Considerando 16ª de la Directiva establece que "(...) la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas (...) necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta".

En línea con ello, la STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, apunta que "En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

De ello se desprende que la observancia de las exigencias de la buena fe opera, en el ámbito de los contratos de adhesión celebrados con consumidores y usuarios, como una regla de conducta a la que debe sujetarse la actuación del empresario o profesional en su relación con el consumidor o

usuario, al que debe tratar "de manera leal y equitativa", sin aprovecharse de la situación natural de inferioridad en la que se encuentra el consumidor y que se ve acentuada por el hecho de ser el empresario quien controla la predisposición de las cláusulas del contrato.

4º. Que cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Según ha señalado el TJUE, "(...) para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas" (STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11).

De acuerdo con estos parámetros, el artículo 82.4 TRLGDCU establece, de modo no exhaustivo que, "(...) en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

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

Desarrollándose en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU estos concretos supuestos de abusividad.

Sin perjuicio de ello, ha sido la jurisprudencia la que, caso por caso, ha ido perfilando el concepto de cláusulas abusivas, pues, como ha declarado el TJUE, en relación con el artículo 3 de la Directiva "(...) el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no

se haya negociado individualmente" (STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, con cita de anteriores), lo que puede también predicarse del citado artículo 82.1 TRLGDCU, dada la similitud de los términos en los que están redactados uno y otro precepto.

De ahí que el artículo 82.3 TRLGCU, en una redacción prácticamente idéntica a la del artículo 4.1 de la Directiva, establezca, como criterios interpretativos de la abusividad de las cláusulas, 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"*.

CUARTO.- Sobre el control de abusividad de las cláusulas contractuales objeto del presente procedimiento. Aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas.

En atención a cuanto se ha expuesto hasta ahora, en el presente caso, puede afirmarse la concurrencia de los presupuestos que permiten el llamado control de contenido o de abusividad de las concretas cláusulas contractuales a las que se refiere la demanda, sobre gastos, vencimiento anticipado e intereses de demora.

En efecto, no cabe negar ni la condición de consumidor con la se afirma que actuó la actora en el contrato de préstamo hipotecario formalizado entre las partes (escritura pública de fecha 1 de Julio de 2005, otorgada ante el Notario D. Luis Terrasa Jaume del Ilustre Colegio de Baleares, Protocolo n.º 2.160), ni el carácter no negociado individualmente de las citadas cláusulas, lo que determina la aplicabilidad, en el presente caso, del régimen normativo sobre cláusulas abusivas al que se ha hecho referencia.

La afirmada aplicabilidad, en el presente caso, de la normativa sobre protección de consumidores y usuarios en materia de cláusulas abusivas, unida a la naturaleza accesoria de las indicadas cláusulas (de gastos, sobre vencimiento anticipado e intereses de demora), en relación con el objeto o los elementos principales del contrato de préstamo hipotecario -de suerte que se trata de cláusulas a las que, por su contenido, no alcanza la exclusión recogida en el citado artículo 4.2 de la Directiva-, posibilita entrar a efectuar el control de contenido o de abusividad.

QUINTO.- Sobre la cláusula de gastos impuestos a la parte prestataria.

Según se indica en la demanda, la Escritura de préstamo hipotecario otorgada el 28 de mayo de 2010, ante el Don [redacted] de Ilustre Colegio de las Islas Baleares, con número de su protocolo [redacted], contiene una cláusula "5ª.- GASTOS" por la cual se impone a la parte prestataria el pago de determinados gastos.

A partir de lo establecido en estas cláusulas, en el escrito de demanda se centra la atención en los siguientes conceptos, cuya imposición a la parte prestataria se impugna por abusiva, al entender que su pago habría correspondido a la entidad demandada de no haber existido las citadas cláusulas:

- Aranceles notariales y registrales y gastos de tramitación de la constitución de la hipoteca.
- Tributos que gravan la constitución de la hipoteca y, en particular, el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.
- Gastos de tasación.

Desde luego, ya de entrada, llama la atención la redacción abierta y genérica de la cláusula, en la que se comprenden una pluralidad de conceptos, de distinta naturaleza e identificados de manera general e imprecisa, cuyo pago, sin más, se impone indiscriminadamente a la parte prestataria, llegando a alcanzar, en algunos casos, la predisposición de las cláusulas por la entidad prestamista a cuestiones de orden público que, como tales, vienen reguladas por normas de derecho imperativo y, por consiguiente, están fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad y del poder de disposición de las partes, como seguidamente se verá.

Ahora bien, una adecuada valoración sobre su abusividad aconseja examinar por separado los varios conceptos cuyo pago se impone a la parte prestataria y a los que se refiere la demanda, pues, cada uno de ellos merece un tratamiento específico y diferenciado, acorde con su particular naturaleza.

Resulta aquí de aplicación la doctrina jurisprudencial sentada en esta materia por la **STS Sala Primera, n.º 705/2015, de 23 de diciembre**, en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, apartado g), se examina la declaración de abusividad de una cláusula de gastos de préstamo hipotecario en la que se comprendían algunos de los conceptos de gastos que forman parte de las cláusulas de la presente demanda, si bien con una

redacción y un contenido distintos a los de las cláusulas de autos; siendo además, a la sazón, otra entidad financiera, distinta de la aquí demandada, la predisponente de la cláusula enjuiciada en aquella ocasión ("BBVA, S.A.").

La aplicación de la doctrina recogida en la citada **STS de 23 de diciembre de 2017** a supuestos no idénticos, pero sí similares por el contenido de las cláusulas, ha sido refrendada por nuestra Audiencia Provincial que, de hecho, se ha hecho eco de dicha doctrina jurisprudencial a la hora de resolver sobre la declaración de abusividad de las cláusulas de gastos de los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores. Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma, n.º 386/2017, de 21 de diciembre, entre otras, se señala que "Lo primero que llama la atención es su redacción abierta y con vocación omnicomprendensiva, que evidencia su falta de proporcionalidad y de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que por sí sólo es motivo suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resultando por tanto correcta su declaración de nulidad, siendo de plena aplicación al caso, la doctrina recogida en la STS Pleno de 23 de diciembre de 2015, citada en la instancia (...)" (FD 2º). A continuación, en el mismo Fundamento de Derecho, la sentencia reproduce, literalmente, la mayor parte de los pronunciamientos efectuados por el Alto Tribunal en el FD 5º (apartado g) de la citada sentencia de 23 de diciembre de 2015, en relación con la cláusula de gastos examinada.

También en aquella sentencia el Tribunal Supremo destacó "(...) la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto". Así, sobre la base de este planteamiento general inicial y al amparo de lo dispuesto en el artículo 89.3 del TRLGDCU, el Tribunal Supremo, tras analizar, uno a uno los conceptos de gastos comprendidos en la cláusula enjuiciada, confirmó la declaración de abusividad contenida en la resolución recurrida en sus mismos términos. En este sentido, recuerda la referida sentencia que "El art. 89.3 TRLGDCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la

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

En dicha sentencia, el Tribunal Supremo consideró que, ante la ausencia de una negociación individualizada, resultaba abusivo que se atribuyera al consumidor la obligación de pagar gastos e impuestos que, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables en cada caso, se distribuyen entre las partes contractuales en función del tipo de actuación al que corresponde cada gasto (tributos, documentación pública, inscripción registral, etc.).

Es pues, a la luz de la citada doctrina jurisprudencial que, en el presente caso, debe enjuiciarse la posible abusividad de las cláusulas de gastos impuestos a la parte prestataria. Para ello, no deben perderse de vista las nociones de "desequilibrio importante" y de "buena fe" que, de manera esencial, definen el carácter abusivo de una cláusula y que, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, antes expuesta, han de apreciarse teniendo en cuenta: "El concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

Para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual" (STJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11, Aziz)).

De este modo, para poder determinar si se causa un desequilibrio importante al consumidor o usuario, a los efectos de apreciar el carácter abusivo de una cláusula, en primer lugar, los términos que han de compararse son: a) la situación jurídica en la que habría quedado el consumidor de haberse aplicado la normativa aplicable en defecto de pacto o acuerdo entre las partes o, mejor dicho, de predisposición de la cláusula por el empresario; y b) la situación jurídica en la que queda el consumidor o usuario en virtud de la cláusula predispuesta en cuestión.

Sobre la base de cuanto hasta ahora se ha expuesto, a continuación se analizarán los distintos conceptos de gastos impuestos a la parte prestataria que se relacionan en la cláusula transcrita más arriba y a los que se ha hecho mención:

1. Impuestos.

Al examinar la cláusula, destaca la absoluta generalidad con la que se atribuye a la parte prestataria la obligación de pagar los impuestos y tributos derivados de la operación de préstamo con garantía hipotecaria, sin identificar los concretos impuestos cuyo pago asumirá la parte prestataria-consumidora; ni hacer distinción alguna por razón del tipo de impuesto, hecho imponible gravado o sujeto pasivo del impuesto.

A propósito de esta cuestión, en un supuesto similar, si bien con motivo del ejercicio de una acción colectiva de nulidad por abusividad, la **STS, Sala Primera, n.º 705/2015, de 23 de diciembre** declaró que "En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma

norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula".

Tal pronunciamiento sobre la abusividad de cláusulas de este tipo (en las que, de manera tan genérica, se carga sobre la parte prestataria-consumidora el pago de cualesquiera impuestos que puedan devengarse con motivo de la operación de préstamo hipotecario formalizada en escritura pública) ha sido confirmado posteriormente por las recientes **STSS, Sala Primera, núms. 147 148/2018, de 15 de marzo**, en este caso sí que con motivo del ejercicio de una acción individual de nulidad por abusividad.

Las sentencias analizan con bastante detalle los dos impuestos que entran en juego en relación con el negocio jurídico del préstamo hipotecario: el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (ITP) y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD), y se refieren a los sujetos pasivos y obligados al pago de cada impuesto, a la luz de la normativa tributaria y de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en esta materia. Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto en cuanto a quién debe considerarse sujeto pasivo de cada impuesto y obligado a su pago, acaban concluyendo, en línea con la STS n.º 705/2015, de 23 de

diciembre, que "(...) la cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la Audiencia Provincial, sino en su totalidad, en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponible. (...)".

Esto es lo que ocurre en el presente caso con la cláusula sobre tributos e impuestos enjuiciada, lo que comporta su declaración como cláusula abusiva, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta.

No se desconoce que, recientemente, ha sido aprobado el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Concretamente, y para lo que aquí interesa, se modifica el artículo 29 del TR LITP y AJD, para determinar que el sujeto pasivo, cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, será el prestamista.

Tal modificación en la regulación de la ley del IAJD en nada altera los razonamientos que se acaban de realizar por cuanto que, de conformidad con la Disposición Final Tercera, la modificación entró en vigor el pasado 10 de noviembre del presente año, sin preverse una aplicación retroactiva. A este respecto, la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley deja claro que "(...) la modificación normativa se aplicará a aquellos hechos imponible que se devenguen en adelante, es decir, a las escrituras públicas que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la norma".

2. Aranceles notariales y registrales.

En relación con tales conceptos, ha de partirse de la normativa sectorial vigente en esta materia y que viene constituida por los Reales Decretos núms. 1426 y 1427, de 17 de noviembre de 1989, por los cuales se aprueban, respectivamente, el Arancel de los Notarios y el Arancel de los Registradores de la Propiedad.

Con respecto a los Notarios, la Norma 6ª del Anexo II del RD 1426/1989 establece que "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

Mientras que, en relación con los Registradores de la Propiedad, la Norma 8ª del Anexo II del RD 1427/1989 dispone que:

"1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado.

2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".

Sobre la base de tal regulación normativa, la citada **STS 705/2015, de 23 de diciembre** señaló que "(...) en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), (que) tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU). En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/ consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso".

También las dos recientes **sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018**, recuerdan que "(...) en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples".

Pues bien, el planteamiento seguido en la **STS Sala Primera, n.º 705/2015, de 23 de diciembre**, resulta perfectamente aplicable al caso de autos, pues, aunque con una redacción distinta, la cláusula aquí examinada provoca las mismas consecuencias, a saber: el traslado sobre la parte prestataria-consumidora de la obligación de pagar todos los gastos que se generen en relación con la garantía hipotecaria por la intervención de Notarios y Registradores de la Propiedad, sin distinción entre operaciones.

Por todo ello, con arreglo a lo establecido en los artículos 82.1 y 89.2 del TRLGDCU (este último declara expresamente el carácter abusivo de las cláusulas que determinen "*La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables*"), debe apreciarse la abusividad de la cláusula sobre aranceles notariales y registrales.

3. Gastos de tramitación o de gestión.

En relación con los gastos de tramitación de la escritura de constitución de la hipoteca ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos (lo que se conoce como gastos de gestoría), la conclusión debe ser la misma que la que se acaba de exponer en relación con los aranceles notariales y registrales y demás gastos de registro.

En efecto, debe de partirse de la premisa, sentada en la **STS de 23 de diciembre de 2017** de que "(...) quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)".

Y, lógicamente, la inscripción registral de la hipoteca (que tiene carácter constitutivo -arts. 1875, pfo. 1º Código Civil y 145 Ley Hipotecaria-) requiere de la previa realización de toda una serie de trámites de naturaleza

fundamentalmente público-administrativa, que comprenden principalmente la presentación de la documentación indispensable para la inscripción en el Registro de la Propiedad y la liquidación de los impuestos correspondientes. De hecho, la aportación de la liquidación del pago de los impuestos correspondientes en el Registro de la Propiedad es requisito ineludible para la inscripción, lo que, a su vez, presupone el haber llevado a cabo con anterioridad los trámites para la liquidación de los impuestos correspondientes ante la Oficina Liquidadora. Así lo contempla el artículo 122.1 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que establece: *"Los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de la Propiedad Industrial no admitirán, para su inscripción o anotación, ningún documento que contenga acto o contrato sujeto al impuesto, sin que se justifique el pago de la liquidación correspondiente, su exención o no sujeción"*.

Así pues, dado el propio interés que tiene la prestamista en la inscripción registral (constitutiva) de la hipoteca, también a ella le incumben los trámites necesarios para llevar a cabo la inscripción y, por ende, el pago de los gastos ocasionados por tales trámites. En consecuencia, también en este punto la cláusula examinada infringe las reglas de la buena fe y causa un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, al tener que asumir en su virtud la parte prestataria-consumidora unos gastos a cuyo pago la entidad prestamista, por su propio interés, estaba obligada a contribuir. Lo que hace que la estipulación merezca ser calificada como cláusula abusiva, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 82.1 y, de manera más específica, 89.3 ambos del TRLGDCU.

4.Gastos de tasación.

En cuanto a la estipulación por la cual se obliga a la parte prestataria-consumidora a pagar la totalidad los gastos de tasación, ciertamente, como viene a sostener la actora, no resulta justificada la imposición de su pago exclusivamente a la parte prestataria, pues la tasación del inmueble no se realiza únicamente en interés de la prestataria, a los efectos de acreditar el valor del bien que se ofrece como garantía, de cara a la obtención del préstamo (art. 5º Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario) , sino que la propia entidad prestamista tiene importantes intereses, derivados de normas legales y reglamentarias, como señala la actora, siendo especialmente relevante el que la tasación del bien constituya un presupuesto indispensable para poder

acceder al proceso especial de ejecución hipotecaria, regulado en los artículos 681 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (art. 682.2.1º LEC).

En este sentido, la **SAP de Valencia, Secc. 9ª, n.º 624/2017, de 21 de noviembre**, señala que el gasto de tasación "(...) también reporta utilidad efectiva para la entidad prestamista, no solo porque el informe de tasación es necesario en los trámites de ejecución, sino que es un requisito preceptivo para el ejercicio de la acción ejecutiva privilegiada (hipotecaria) conforme al artículo 682-2-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, y para poder establecer la fijación del precio para la subasta en dicho trámites" (FD Sexto).

En estas circunstancias, desde luego cabe afirmar que la referida estipulación contraviene "las exigencias de la buena fe", en los términos del artículo 82.1 del TRLGDCU, pues al existir un interés mutuo en la tasación del inmueble -que tiene incluso una razón de ser de origen legal o reglamentario, en el caso de la entidad prestamista-, lo leal y equitativo por parte de la demandada, al predisponer la cláusula, habría sido repartir el pago de los gastos de tasación de manera ecuaníme entre ambas partes y no, como hizo, autoeximirse de su pago, cargándolos por entero a la parte prestataria, que ninguna intervención tuvo en la fijación de la cláusula. Con ello, además de quebrantarse las reglas de la buena fe contractual, se ocasiona, objetivamente, un desequilibrio importante, en perjuicio de la parte prestataria-consumidora (art. 82.1 TRLGDCU), ya que, por voluntad y decisión unilateral de la prestamista, se ve sujeta a la obligación de tener que afrontar a solas unos gastos, en realidad comunes, que de otra manera, y de acuerdo con la normativa aplicable, habría compartido con la otra parte del contrato; de suerte que, a buen seguro, no habría aceptado su imposición en el marco de una negociación individual.

Ello por sí solo ya determina el carácter abusivo de la cláusula, siendo, además que encaja dentro del supuesto contemplado en el artículo 89.3 del TRLGDCU, que de manera específica, declara expresamente que "En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

[...]

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. (...)".

En idéntico sentido al expuesto, argumenta la citada SAP de Valencia, Secc. 9ª, n.º 624/2017, de 21 de noviembre

que: "En consecuencia, si en tal trámite [refiriéndose a la tasación del inmueble] está igualmente interesado y beneficiado la parte prestamista, la imposición de su coste, vía cláusula no negociada, exclusivamente, al prestatario es contrario a la buena fe y en perjuicio del consumidor rellenando el carácter de abusividad general (artículo 82 TR-LGDCU) y la específica que automáticamente produce el carácter abusivo del artículo 89-3 del mismo texto legal" (FD Sexto).

SEXTO.- Sobre la cláusula de vencimiento anticipado.

La escritura pública de préstamo hipotecario contiene una cláusula "6ªbis.- VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO", en la que se contempla la facultad resolutoria de la entidad prestamista.

El TJUE ha tenido ocasión de abordar la cuestión de la validez o abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos celebrados con consumidores en la **STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11)**, en la que concretó los parámetros a tener en cuenta por el juez nacional a la hora de valorar la posible abusividad de la cláusula: "En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo".

La doctrina sentada por esta sentencia dio lugar a la reforma del artículo 693 de la LEC, a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que ahora contempla expresamente el acceso al proceso hipotecario en virtud del pacto sobre vencimiento anticipado, siempre que se haya estipulado para el caso de impago de, al menos, tres mensualidades o cuotas equivalentes

a tres mensualidades. De todos modos, aún y así, el Tribunal Supremo, ha declarado que "(...)ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)" (STS 705/2015, de 23 de diciembre).

Lógicamente, este control concreto del ejercicio de la facultad resolutoria por parte de la entidad prestamista no es posible en un proceso declarativo sobre abusividad de cláusulas contractuales como el presente, al no haberse aplicado la cláusula en cuestión y, por tanto, no poderse valorar la forma en la que se ha ejercitado la resolución, ni las circunstancias concretas del incumplimiento. En supuestos como el de autos, lo que procede es un control abstracto de la validez y abusividad de la cláusula, y no sobre su aplicación.

Así centrados los términos del pronunciamiento que deba aquí hacerse, francamente, en el presente caso, no puede razonablemente afirmarse que la cláusula enjuiciada cumpla con los parámetros de validez señalados por la doctrina del TJUE (a saber: carácter esencial de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en comparación con la cuantía y la duración del contrato de préstamo, posibilidad real del consumidor de evitar las consecuencias del incumplimiento), pues permite a la entidad prestamista dar por vencido anticipadamente la totalidad del préstamo en supuestos de incumplimiento no grave ni esencial por la parte prestataria. De este modo, la facultad de resolución anticipada está pensada para poder ser ejercitada por la demandada ante cualquier incumplimiento, por mínimo que sea. Ello revela el carácter absolutamente desproporcionado de la facultad resolutoria concedida únicamente a la prestamista.

Así pues, en atención a lo dispuesto en el artículo 82.1 TRLGDCU y, en particular, en el artículo 85.4 del mismo cuerpo legal (que declara abusivas "Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculden a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato"), debe declararse el carácter abusivo de la citada cláusula sobre vencimiento anticipado.

Esta misma conclusión ha sido alcanzada por el Tribunal Supremo en su **STS Sala Primera, n.º 705/2015, de 23 de diciembre**, en ejercicio de una acción colectiva de nulidad, en relación con una cláusula de préstamo hipotecario en la que, de manera similar a la de autos, se contemplaba la facultad de la prestamista de dar por vencido anticipadamente el préstamo ante la "falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses". Haciéndose eco de la doctrina del TJUE antes expuesta, en dicha sentencia, el Alto Tribunal, afirma que "(...) la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

[...]

Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable". Si bien, a continuación, se puntualiza que: "(...) ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita".

En términos similares se pronuncia la posterior STS, Sala Primera, n.º 79/2016, de 18 de febrero.

SÉPTIMO.- Sobre el control de abusividad de la cláusula relativa a los intereses de demora.

Se impugna también la cláusula relativa a los intereses de demora: "6ª. INTERESES DE DEMORA".

Como se observa, la citada cláusula establece un interés de demora, en caso de impago por la parte prestataria, del 19,00% nominal anual.

Para ofrecer una respuesta sobre la posible abusividad de la cláusula, de entre la abundante jurisprudencia existente en materia de intereses de demora abusivos en contratos de préstamo celebrados con consumidores y usuarios es destacable la ya citada STS n.º 346/2016, de 3 de junio, por el detalle con el que aborda la cuestión, y sobre todo porque establece un criterio objetivo para apreciar la abusividad de los intereses de demora: el del límite de los dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. A continuación, se reproducen aquí los razonamientos que se efectúan en el Fundamento de Derecho Segundo, apartados 4 y ss., de la citada sentencia:

"4. [...]"

También resulta de aplicación la argumentación que hacíamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre el sentido de la cláusula de intereses de demora, su finalidad indemnizatoria y disuasoria, y el límite que supone, cuando se contrata bajo condiciones generales de la contratación con consumidores, que esta indemnización no sea abusiva por ser desproporcionadamente alta: «es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor [...], y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización "desproporcionadamente alta"».

De tal forma que lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva, es «el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento».

5. - Para llevar a cabo este examen, como expusimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, el TJUE ha establecido unas pautas: «En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá

valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11 , caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74).

»El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11 , caso Mohamed Aziz, párrafo 69).

»Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo».

Con carácter general, el art. 1108 CC establece, para el caso en que no exista pacto entre las partes, un interés legal de demora equivalente al interés legal del dinero. Y, de forma específica para los préstamos o créditos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el art. 114 LH e introdujo un límite a los intereses de demora, al prescribir que «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Esta regla legal, en virtud de la disposición transitoria 2ª de la Ley, se aplica también a los contratos anteriores, en cuanto que permite el recálculo de los intereses moratorios establecidos en esos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal. Como hemos recordado en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , de acuerdo con la doctrina del TJUE, contenida en la sentencia

de 21 de enero de 2015 (caso Unicaja) y en el auto de 11 de junio de 2015 (caso BBVA): «el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU. [...]

»Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución -ATJUE de 11 de junio de 2015 (asunto BBVA)-, 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».

El Tribunal de Justicia ha vuelto a incidir en esta idea, en su auto de 17 de marzo de 2016, C-613/15 (caso Ibercaja): «[...] los artículos 3, apartado 1 , y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora [...] quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria [...]» (apartado 33).

6. - La consecuencia de lo anterior es que, al margen de la finalidad perseguida por el legislador de 2013 al

introducir ese límite del interés de demora en el art. 114 LH , ese límite no garantiza el control de abusividad. Puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo.

Se da la coincidencia de que, en el presente caso, la cláusula 6ª del préstamo hipotecario es la misma respecto de la que se pronunció este tribunal en dos ocasiones sobre su carácter abusivo. Primero en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , con ocasión de una acción colectiva, y luego en la sentencia 79/2016, de 18 de febrero , con ocasión de una acción individual. Con una diferencia, en aquellos casos la cláusula había sido declarada abusiva en la instancia, mientras que en el presente caso el tribunal de apelación no apreció la abusividad.

En realidad, y en lo que ahora interesa, en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero , nos hicimos eco de la reseñada doctrina del TJUE sobre que el límite previsto en el art. 114.3 LH no garantiza el control de abusividad, a la vez que confirmamos el criterio seguido en la 265/2015, de 22 de abril, respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios.

«(E)l 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» (sentencias 705/2015, de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero).

Pero en los reseñados precedentes no establecimos ningún criterio objetivo, similar al que sí introdujimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , sobre cuándo puede considerarse abusivo el interés pactado.

7. - En aquella sentencia 265/2015, de 22 de abril , llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Para llegar a esta conclusión seguimos el siguiente razonamiento:

«en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

»La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».

»La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

»La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que

resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».

En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art.114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero , que «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». Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.

8. - De este modo, en el presente caso, el interés de demora pactado del 19% era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo y así debía haber sido apreciado por la sentencia recurrida. También lo sería, en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado conforme al límite legal del art. 114.3 LH . Este límite operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos”.

La citada sentencia resulta muy clarificadora y simplifica enormemente la cuestión: en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor deben entenderse como abusivos los intereses de demora que superen el interés remuneratorio incrementado en dos puntos, sin que para apreciar el carácter

abusivo resulte de aplicación el límite legal de tres veces el interés legal del dinero, que establece el artículo 114, párrafo 3º, de la Ley Hipotecaria (LH).

Este límite legal del artículo 114, párrafo 3º de la LH no garantiza el control de abusividad, pues es posible que el interés de demora convenido sea inferior a dicho límite y aun así sea abusivo. De ahí que lo dispuesto en el artículo 114, párrafo tercero, de la LH no resulte de aplicación en los contratos con condiciones generales de la contratación celebrados con consumidores, quedando restringido su ámbito de aplicación a los supuestos contemplados en el mismo precepto, pero distintos a los de la contratación con consumidores bajo condiciones generales de la contratación.

Por otra parte y en línea con lo anterior, el artículo 114, párrafo tercero, de la LH no puede utilizarse como derecho supletorio, después de haberse declarado la abusividad de la cláusula de intereses de demora.

La reciente STJUE de 7 de agosto de 2018 ha declarado la conformidad de esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el control de abusividad de los intereses moratorios basado en el criterio objetivo señalado.

La citada STJUE ha sido dictada en resolución de las cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona (mediante auto de 2 de febrero de 2016), y por el Tribunal Supremo (mediante auto de 22 de febrero de 2017), en las que se planteaba, entre otras, si "la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía supone un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato".

A este respecto, el TJUE ha argumentado lo siguiente:

"[...]

67 El Tribunal de Justicia dedujo sustancialmente de las disposiciones citadas, así como del artículo 6, apartado 1, y del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, que esta Directiva se opone a una normativa nacional que defina un criterio en el que deba basarse la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, cuando tal normativa impida al juez nacional que conoce de una cláusula que no responda a dicho criterio examinar el eventual carácter

abusivo de la cláusula en cuestión y, en su caso, declararla abusiva y dejarla sin aplicación (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartados 28 a 42). No obstante, tal como se ha expuesto en el apartado 61 de la presente sentencia, no parece que tal sea el efecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal.

68 A este respecto, tal como el Abogado General ha manifestado en lo sustancial en el punto 60 de sus conclusiones, no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro —como es el Tribunal Supremo— estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tengan que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de la cláusulas contractuales.

69 De este modo, si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal no parece formar parte de las disposiciones más rigurosas que los Estados miembros pueden adoptar a fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/13, puesto que —según el Gobierno español expuso ante el Tribunal de Justicia en la vista— la referida jurisprudencia no parece tener fuerza de ley ni constituir una fuente del Derecho, no es menos verdad que la elaboración de un criterio jurisprudencial —como el definido por el Tribunal Supremo en este caso— responde al objetivo de protección de los consumidores que persigue la citada Directiva. En efecto, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 y de la concepción general de la misma se desprende que la finalidad de la Directiva no es tanto garantizar un equilibrio contractual global entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato como evitar que se produzca un desequilibrio entre esos derechos y esas obligaciones en detrimento de los consumidores.

70 De lo anterior se deduce que la Directiva 93/13 no se opone a que se establezca tal criterio.

71 Por consiguiente, procede responder a la letra a) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la primera cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una

cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato".

De este modo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, para valorar la abusividad de los intereses moratorios debe acudirse, como término comparativo, a los intereses remuneratorios pactados, incrementados en dos puntos.

En el presente caso, la escritura de préstamo hipotecario establece dos clases de tipo de interés remuneratorio, aplicables en dos fases distintas:

a) un interés fijo del 1,615% nominal anual, aplicable durante la primera fase.

b) y un interés variable anual, durante el resto de la vida del crédito, de EURIBOR + 0,39 puntos porcentuales.

En atención a ello, ciertamente, debe afirmarse que resultan abusivos unos intereses moratorios del 19,00% anual, como los establecidos en este caso, toda vez que superan con creces el límite objetivo fijado por el Tribunal Supremo del interés remuneratorio incrementado en dos puntos. A este respecto, ha de tenerse en cuenta, en relación con el tipo de interés variable, que, por ejemplo, en el caso del EURIBOR, en los últimos diez años, éste alcanzó su máximo en julio de 2008 con un 5,393%.

OCTAVO.- Sobre las consecuencias de la declaración de abusividad: la nulidad de la cláusulas y su expulsión del contrato.

La consecuencia de la declaración de una cláusula como abusiva no es otra que su nulidad de pleno derecho, con la consiguiente inaplicación en el contrato del que forma parte, sin que el juez pueda "integrar" el contenido de dicha cláusula, quedando subsistente el resto del contrato, en la medida en que la cláusula declarada abusiva y nula no afecte a su existencia. Así lo declaran el artículo 8 de la LCGC y, actualmente, el artículo 83 del TRLGDCU, en su redacción dada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo: "Las cláusulas abusivas

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

Con esta nueva redacción del precepto la legislación española se adapta a la interpretación que el TJUE había venido haciendo del artículo 6 de la Directiva 13/93. Así, en la **STJUE de 14 de junio de 2012** el tribunal comunitario indicó que “(...) del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

[...]

(...) si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas.(...)

Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

[...]

A la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

En consonancia con esta jurisprudencia, nuestro Tribunal Supremo ha señalado que "La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor... [Como se ha dicho, tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE" (entre otras, **STS Sala Primera, n.º 470/2015 de 7 de septiembre**).

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, la declaración del carácter abusivo de las cláusulas aquí enjuiciadas (gastos, vencimiento anticipado e intereses de demora) no puede tener otra consecuencia que la nulidad radical de dichas cláusulas y su expulsión del contrato, como

si jamás hubieran existido, en los términos y con el alcance que resulta de los anteriores razonamientos jurídicos, esto es, sin afectar a aquellos extremos o concretas estipulaciones que no se han apreciado como abusivas. En este sentido, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma n.º 225/2018, de 31 de mayo**, con motivo del control de abusividad de una cláusula de gastos de préstamo hipotecario, recuerda, con cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de junio de 2017, que cabe la nulidad parcial de las cláusulas: "(...) en el marco de la acción individual de nulidad de una condición general de contratación puede y debe discriminarse aquellos extremos que puedan merecer dicha sanción, frente a los que por el contrario hayan de conservar plena validez y eficacia, porque el artículo 82.2 del RDLeg 1/2007 admite la nulidad parcial cuando advierte que, "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato."; es verdad que el precepto solo alude a la negociación individualizada de la cláusula o de parte de la misma, pero es obvio que cuando la condición general de que se trate simplemente transcriba la solución prevista en la norma vigente al tiempo del otorgamiento no podrá decirse que causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor y usuario, pues en definitiva esa era carga que ya le venía impuesta por el derecho positivo. Por el contrario cuando la condición traslade al consumidor gastos que deberían correr a cargo del empresario habrá que apreciar abusividad, con la consiguiente obligación de reintegro de aquellos gastos que hayan sido impuestos injustificadamente al consumidor".

Aunque lógicamente, y como seguidamente se verá, en el presente caso, la nulidad de las cláusulas declaradas abusivas tendrá efectos bien distintos en una y otra cláusulas.

NOVENO.- De las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de las cláusulas de gastos. La restitución de cantidades.

Para ofrecer una adecuada respuesta a la cuestión de los efectos derivados de la declaración de nulidad, es preciso recordar que el tribunal Supremo ha definido la nulidad como "(...) una ineficacia que es estructural, radical y automática.

Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. (...). (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo)". (STS, Sala Civil, nº 654/2015 de 19 de noviembre). En este sentido, se afirma que lo que es nulo no produce efecto alguno ("quod nullum est nullum producit effectum"). De ahí que, en determinados supuestos, la declaración de nulidad de una obligación pueda llevar aparejada la restitución las prestaciones realizadas en cumplimiento de la obligación declarada nula.

Tal efecto restitutorio está expresamente contemplado en los artículos 1.303 y ss. del Código Civil (CC), en relación con los supuestos de ineficacia de las obligaciones y contratos.

Como ha señalado el Tribunal Supremo "Vinculan los artículos 1303 del Código Civil (...) a la nulidad del contrato o de alguna cláusula abusiva una propia "restitutio in integrum", como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar - "quod nullum est nullum producit effectum" (lo que es nulo no produce ningún efecto)-, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti" - sentencia 1385/2007, de 8 de enero-.

Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente -"solvens"- (STS Sala Primera, n.º 118/2012, de 13 de marzo).

Aunque debe tenerse presente, como se apunta en esta misma citada sentencia, que la "restitutio" no opera de manera automática, siempre y en cualquier caso, sino que va ligada a la necesidad de evitar una situación de enriquecimiento injusto que se produciría de no tener lugar la restitución: "(...) el fundamento de la regla (...) declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra - sentencias 485/2000, de 16 de mayo, y 541/2008,

de 23 de junio - y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes - sentencia 109/2009, de 26 de febrero -, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida.

Por lo tanto, pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido el enriquecimiento" (STS Sala Primera, n.º 118/2012, de 13 de marzo).

Así pues, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, con su consiguiente supresión del contrato, teniendo en cuenta que la cláusula tuvo efectiva aplicación entre las partes, su nulidad ha de comportar indefectiblemente la restitución -como seguidamente se verá- a favor de los prestatarios-consumidores, de todas aquellas cantidades que éstos pagaron en concepto de gastos que no habrían tenido la obligación de soportar de no haber existido la cláusula declarada abusiva y nula. Sólo de este modo es posible cumplir, de manera efectiva, con la exigencia de no vinculación para los consumidores de las cláusulas abusivas que impone el artículo 6.1 de la Directiva.

El propio TJUE ha venido a reconocer la restitución como un efecto consecuencia del principio de no vinculación de los consumidores por las cláusulas abusivas, establecido en el artículo 6.1 de la Directiva. Así, en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, a propósito de la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo calificadas como abusivas, declarada por nuestro Tribunal Supremo en la STS n.º 241/2013, de 9 de mayo de 2013, el TJUE recordó y declaró que:

"53 A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional.

54 Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas

de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 44).

55 Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 63).

56 Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

57 Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65).

58 En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.

59 En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una

cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 42).

60 Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).

61 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener 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.

62 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.

63 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, 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.

64 Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 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, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 57).

65 No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 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.

66 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.

67[...]".

En atención a lo que se acaba de exponer, sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá en cuanto a la distribución de la obligación de pago de cada concreto gasto contemplado en la cláusula y, en su caso, a su reintegro a la parte prestataria, deben rechazarse las alegaciones en las que la demandada ha fundamentado su frontal oposición a la restitución de los gastos a la actora.

Ciertamente, la STS n.º 705/2015, de 23 de diciembre, no obligó a la restitución de los gastos a la entidad financiera prestamista, pero, como se ha visto, tampoco era objeto del litigio el resolver sobre la concreta atribución de los gastos entre las partes del préstamo hipotecario.

Asimismo, es cierto que, en relación con la cláusula de gastos, el efecto restitutorio presenta la particularidad de que las cantidades pagadas que hayan de devolverse a la prestataria no fueron cobradas por la entidad prestamista, sino por terceros. Sin embargo, en la medida en que la restitución afecta únicamente a las propias partes del contrato, habrá de ser a la prestamista a la que, en su caso, le corresponda la obligación de restituir, pues, como ha argumentado nuestra Audiencia Provincial, "(...) aun siendo cierto que no los percibió, la condena a su reintegro no es sino consecuencia de lo que a efectos de pago por tercero se establece en el artículo 1.158 del Código Civil" (ver por todas SAP Palma de 26 de octubre de 2017).

Sobre el alcance del efecto restitutorio en la cláusula de gastos de autos.

En cualquier caso, tal y como ha apuntado la Audiencia Provincial de Palma (entre otras, SSAP Palma, Sección 5ª, de 9 de noviembre de 2017; y de 21 de diciembre de 2017) con cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de junio de 2017, cuyos razonamientos acoge íntegramente, "(...) en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esta estipulación no existiera, de modo que la nulidad, solo alcanzará al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o de forma teórica sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran a cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían;

de hecho la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Pleno del TS ordena la cesación en el uso de dicha cláusula por la atribución indiscriminada al consumidor de cuantos gastos comporte el negocio en cuestión, pero por el contrario razona abiertamente que al menos una parte de ellos han de ser de cargo del prestatario, de manera que en relación a estos no puede decirse que la cláusula sea abusiva".

Acorde con este planteamiento, el Tribunal Supremo, en sus STSS de 15 de marzo de 2018, ha declarado que "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", pues, añaden posteriormente las citadas sentencias, una cosa es la declaración de abusividad de la cláusula y "(cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad. Es decir, anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, (...)".

Partiendo de lo expuesto, puede decirse que para que proceda la restitución de los distintos gastos a favor de la actora -parte prestataria- es preciso que se cumplan dos requisitos:

1º. Que la actora-prestataria haya pagado efectivamente el gasto de que se trate.

2º. Que, de conformidad con el derecho positivo aplicable, la parte prestataria no hubiera tenido la obligación de soportar el gasto de no haber existido la cláusula abusiva y nula.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes citada, cada concreto gasto deberá ser analizado por separado.

1. Gastos notariales y registrales.

Debe recordarse que, en materia de aranceles notariales, el RD n.º 1426/1989 por el cual se aprueba el Arancel de los Notarios, atribuye la obligación de pago de los derechos "(...) a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente" (Norma 6ª, Anexo II).

En el presente caso, aunque se indica en la escritura pública que ambas partes asistieron a su otorgamiento, y sin perjuicio de lo que pueda constituir práctica habitual de las entidades financieras en las operaciones de préstamos hipotecarios con consumidores y usuarios, ciertamente, no consta a instancia de cuál de las partes, o si a instancia de ambas, intervino el Notario. Lo que lleva a tener que acudir al concepto de "interesado" y, desde luego, como se ha dicho, quien tiene un interés principal en la elevación a escritura pública del contrato de préstamo hipotecario es la parte prestamista, en cuanto que formalidad indispensable para que la garantía hipotecaria otorgada en su favor pueda acceder al Registro de la Propiedad y así constituirse válidamente.

En materia de gastos registrales, el RD n.º 1427/1989, por el cual se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece que "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado" y que "Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten" (Norma 8, Anexo II).

El propio Tribunal Supremo, en su **STS, Sala Primera, n.º 705/2015, de 23 de diciembre**, ha venido a reconocer el interés principal de la entidad financiera prestamista en la elevación del contrato a escritura pública y su posterior inscripción registral, por ser elementos constitutivos del derecho de hipoteca, sugiriendo que "(...) la aplicación de la normativa

reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista".

De manera más concreta, las citadas STSS de 15 de marzo de 2.018, a propósito de los gastos abonados en concepto de impuestos, aluden a un posible reparto igualitario de los gastos notariales entre las partes: "Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016). Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento".

Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial, la Audiencia Provincial de Palma ha entendido que "(...) correspondería al prestatario el pago del timbre de la matriz en un cincuenta por ciento, y en su integridad el de las copias solicitadas" (SAP Palma, Sección 5ª, n.º 22/2018, de 31 de mayo), aunque ha afirmado que "(...) el responsable de los gastos notariales y registrales derivados de la escritura que constituye el préstamo con garantía hipotecaria, es aquel que resulte "interesado" en la constitución de dicha garantía, el banco, por ser acorde con la normativa que regula los Aranceles notariales y del Registrador (RD 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios; RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad) (SSAP Palma de 26 de octubre y de 9 de noviembre de 2017, entre otras).

Pues bien, pese a la solución de distribución por mitad de los gastos notariales y registrales, que viene a sugerir la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se considera que no es ésta la solución que debe darse al caso concreto, atendiendo al derecho positivo aplicable, toda vez que con

ella se conseguiría un efecto contrario al principio de no integración de las cláusulas abusivas proclamado por el derecho y la jurisprudencia comunitarios. Como bien apunta nuestra Audiencia Provincial, los gastos notariales y registrales deben ser asumidos por la entidad prestamista.

En efecto, en cuanto a los gastos registrales, la citada normativa deja claro que el pago de los derechos del Registrador corresponde a la persona a cuyo favor se inscriba el concreto derecho, de modo que, en relación con el derecho de hipoteca, que es el que se inscribe, quien debe asumir el pago de los derechos del Registrador es la entidad prestamista, ya que es en su favor que se inscribe la hipoteca, en su condición de acreedora beneficiaria de la garantía.

En lo que respecta a los gastos notariales, a falta de una disposición legal o reglamentaria de la que, de manera clara, resulte una distribución por igual de su pago entre las partes, tal distribución no se estima procedente. Como se ha visto, el RD 1426/1989 habla de "interesados" y no es claro que prestamista y prestataria tengan interés por igual en la intervención del notario, pues la prestamista sí que tiene un interés principal de cara a la constitución de la garantía hipotecaria (que requiere escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad), mientras que el interés principal de la prestataria reside la concesión del préstamo, que en sí mismo no necesita su formalización en escritura pública.

En este sentido, se considera que la solución de distribuir por mitad el pago de los gastos notariales y registrales, dada la inexistencia de disposiciones legales o reglamentarias que así lo impongan, equivaldría a integrar la cláusula declarada abusiva y nula, en contra de la regulación contenida en la Directiva CEE 93/13.

Por todo ello, en la medida en que los gastos notariales y de Registro de la Propiedad debían ser asumidos por la demandada, procede la restitución, a favor de la actora, de los importes abonados por ésta en tales conceptos y que, de la documental aportada con la demanda, resultan ser los siguientes:

a) Gastos notariales: 656,19 euros, según factura de la Notaría aportada (DOC. 2 demanda)

b) Gastos registrales: 414,00 euros, según factura aportada (DOC. 2 demanda).

2. Gastos de tramitación o de gestoría.

Estrechamente vinculado a los anteriores, los gastos de gestoría deben seguir la misma suerte que los gastos de Notaría y Registro de la Propiedad. Así lo ha declarado la Audiencia Provincial de Palma, al reconocer que *"este gasto está sumamente vinculado a los gastos de Notaría y Registro y debe seguir su mismo régimen, cual es, como se ha argumentado anteriormente, su pago íntegro por la prestamista"* (SAP Palma, Secc. 5ª, 225/2018, de 31 de mayo).

De la factura aportada, el importe de los gastos de gestoría resulta en la cantidad de 241,00 euros, por el concepto *"honorarios de tramitación"* (DOC. 2 demanda), que habrá de ser restituida por la demandada a la actora.

3. Gastos de tasación.

Como señala la **SAP Valencia n.º 624/2017, de 21 de noviembre**, *"Estamos en un gasto que se devenga por un trámite dispuesto por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que no regla la imposición de su coste (...)"*. Así pues, declarada la abusividad de la cláusula, por las razones antes expuestas, y a falta de disposiciones normativas que regulen el pago de tal concepto, en la medida en que, como se ha visto, la entidad prestamista tiene también un interés relevante en la tasación, una vez suprimida la cláusula por nula, habrá de ser la demandada quien asuma su pago, pues, desde luego, como ya se ha dicho antes, tampoco cabe aquí sustituir la cláusula declarada nula por un reparto igualitario del gasto entre la prestamista y la prestataria.

De la factura aportada (DOC. 2 demanda) de la demanda, resultan unos gastos de tasación por importe de 319,00 euros

que es la cantidad que habrá de restituir la demandada al actor.

DÉCIMO.- De las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

En la **STS 705/2015, de 23 de diciembre**, a propósito de la declaración de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, similar a la que es objeto del presente procedimiento, el Tribunal Supremo vino a admitir, al amparo de lo dispuesto en el artículo 83 TRLGDCU, en relación con la subsistencia del contrato, y en una interpretación de la jurisprudencia comunitaria sobre los efectos de la declaración de abusividad, la posibilidad de que la cláusula abusiva y nula fuera sustituida por la previsión contenida en el artículo 693.2 de la LEC sobre vencimiento anticipado. Así, se argumentaba en la referida sentencia: "(...) el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 Cc), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. (...) lo que redundaría en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.

6.- Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería si la declaración de

abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor". Enumerándose, a continuación, las principales ventajas que ofrece el proceso especial de ejecución hipotecaria para el deudor hipotecario, para terminar diciendo que:

"7.- De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados".

Con todo, el Alto Tribunal ha decidido plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante el auto de Pleno de 8 de febrero de 2.017, en el que se pregunta por la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en los siguientes términos:

"1.º- ¿ Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad?.

2.º- ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?."

En estas circunstancias, siendo controvertido que la nulidad y consiguiente supresión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva pueda perjudicar al consumidor - por comportar la inaplicación del artículo 693 de la LEC y con ello, en definitiva, privar al consumidor de las ventajas que le concede la ejecución hipotecaria, frente al proceso de ejecución ordinario-, y por ello, asimismo, cuestionable la facultad del juez nacional de sustituir la cláusula abusiva por lo dispuesto en el artículo 693.2 de la LEC, lo procedente, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE hasta ahora existente, es eliminar por completo la cláusula del contrato, teniéndola por no puesta, sin llegar a desplegar efectos, y sin ser integrada ni sustituida por ninguna disposición normativa (legal o reglamentaria) de derecho interno.

DECIMOPRIMERO.- Sobre los efectos derivados de la nulidad por abusividad de la cláusula relativa a los intereses moratorios.

En el caso de los intereses moratorios, su calificación como abusivos, con la consiguiente nulidad de la cláusula y su supresión del contrato, comporta, que el préstamo tan solo devengue el interés remuneratorio pactado, eliminando, por tanto, el incremento porcentual de carácter indemnizatorio-sancionador que define a los intereses moratorios, y sin sustituir los intereses moratorios pactados por otros de carácter legal, como los previstos en el artículo 114 LH (o los legales ordinarios del artículo 1.108 CC, en su caso).

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en la ya citada STS n.º 346/2016, de 3 de junio, en su Fundamento de Derecho Tercero, :

“TERCERO Consecuencias de la declaración de abusividad

1.- 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»

En nuestro caso, la consecuencia lógica es que la liquidación de intereses debía haberse realizado conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo.

2. - De este modo estimamos el recurso de casación, dejamos sin efecto la sentencia de apelación, asumimos la instancia y, conforme a lo argumentado, estimamos en parte el recurso de apelación, en cuanto que, si bien mantenemos la nulidad del interés de demora pactado del 19% decretada en la sentencia de primera instancia, declaramos que procede la aplicación del interés remuneratorio pactado".

Recientemente, la ya citada STJUE de 7 de agosto de 2018, ha confirmado la jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Supremo en lo concerniente a las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula sobre intereses de demora en contratos de préstamo celebrados entre un profesional y un consumidor:

"73 (...) procede recordar que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, el juez nacional que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 71 y jurisprudencia citada).

74 Aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, según jurisprudencia reiterada del propio Tribunal de Justicia esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representarían para él una penalización. Tal como ha declarado en lo sustancial el Tribunal de Justicia, en esta perspectiva la anulación de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora aplicable no puede

acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que las cantidades que podría reclamarle el prestamista serán necesariamente menores al no aplicarse el mencionado interés de demora (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartados 33 y 34).

75 Por lo demás, la Directiva 93/13 no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales. En efecto, el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 2013, Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 46, y de 31 de mayo de 2018, Sziber, C-483/16, EU:C:2018:367, apartado 32).

76 En particular, de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según resulta del auto de remisión en el asunto C-94/17, la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma.

77 Tal como ha señalado el Abogado General en el punto 90 de sus conclusiones, las anteriores consideraciones resultan aplicables con independencia de la manera en que estén redactadas la cláusula contractual que establezca el tipo de interés de demora y la que establezca el tipo de interés remuneratorio. En particular, tales consideraciones no solo

son válidas cuando el tipo de interés de demora se define independientemente del tipo de interés remuneratorio, en una cláusula distinta, sino también cuando el tipo de interés de demora se determina en forma de un incremento de varios puntos porcentuales sobre el tipo de interés remuneratorio. En este último supuesto, al consistir la cláusula abusiva en tal incremento, lo único que exige la Directiva 93/13 es que este se anule.

78 En el presente caso, sin perjuicio de las comprobaciones que han de llevar a cabo los órganos jurisdiccionales remitentes, de los autos de remisión resulta que la solución por la que se inclina la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales implica que el juez nacional, que ha constatado el carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, deje pura y simplemente sin aplicar tal cláusula o el incremento que los intereses de demora representan en relación con los intereses remuneratorios, sin poder sustituir la cláusula abusiva por disposiciones legales supletorias ni modificar la cláusula en cuestión, y mantenga al mismo tiempo la validez de las restantes cláusulas del contrato, en particular de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios.

79 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la letra b) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la segunda cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato".

DECIMOSEGUNDO.- Del devengo de intereses de las cantidades a restituir a la actora-prestataria en concepto de gastos.

En consonancia con lo expuesto hasta ahora sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos declarada abusiva, debe afirmarse que las cantidades a restituir por la demandada a la actora en los conceptos e importes antes indicados devengarán los intereses de demora ordinarios desde la fecha de cada pago. Y ello aunque, como ya se ha apuntado anteriormente, en el caso de la nulidad por abusividad de la cláusula de gastos de préstamo hipotecario, la devolución de cantidades a favor de la prestataria no opera propiamente por efecto de la recíproca restitución de prestaciones -al haber sido cobradas por terceros las cantidades pagadas por la prestataria-, sino más bien por el efecto del pago por tercero, como consecuencia de haberse declarado que no correspondía a la prestataria el pago de los concretos gastos a restituir.

En definitiva, el devengo de intereses de las cantidades a restituir contribuye al restablecimiento de la situación patrimonial que habría existido entre las partes una vez eliminada la cláusula abusiva y nula.

Así lo sostiene el Tribunal Supremo, que en su reciente STS n.º 725/2018, de 19 de diciembre, ha tratado esta concreta cuestión del devengo de intereses en la restitución de cantidades en concepto de gastos. En el FD Segundo de la citada sentencia se razona lo siguiente:

"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, C-488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76-10, apartado

50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; y 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-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, C-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:C: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:C: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 ahorrar se 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)".

Los citados intereses se devengarán hasta la fecha en la que se dicta la presente sentencia y, a partir de la misma, se aplicarán los intereses de demora procesales del artículo 576 LEC, hasta la fecha de su completo pago.

DECIMOTERCERO.- De la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Establece el artículo 22 de la LCGC que *"En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo"*.

Dado el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas examinadas, y toda vez que ha sido declarada su nulidad por abusividad, en virtud de lo dispuesto en el citado precepto, procede remitir al Registro de Condiciones Generales de la Contratación el oportuno mandamiento para la inscripción de la sentencia, una vez firme.

DECIMOCUARTO.- De las costas procesales.

Atendiendo al *suplico* del escrito de demanda, todo cuanto antecede debe comportar una estimación íntegra de la demanda y, por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, procede imponer las costas del presente procedimiento a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D^a..
-actuando bajo la representación
procesal de D^a..
letrada de D. , y la defensa
- **contra la entidad**
financiera "UNOE BANK, S.A. ", -en situación de rebeldía
procesal-.

En consecuencia, **DECLARO:**

1. **El carácter abusivo**, de acuerdo con lo expuesto en los Fundamentos de derecho de la presente resolución, en los términos y con el alcance que en ellos se determinan, **afectando únicamente a aquellos extremos expresamente declarados abusivos** en los citados fundamentos de derecho, de las siguientes cláusulas, incluidas en la Escritura de préstamo hipotecario otorgada el 28 de mayo de 2010, ante el Notario Don [] de Ilustre Colegio de las Islas Baleares, con número de su protocolo

- 5^a. GASTOS.
- 6^a. INTERESES DE DEMORA.
- 6^aBIS. VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO.

2. **La nulidad radical o de pleno derecho de las citadas cláusulas, en los extremos expresamente afectados por la declaración de abusividad**, de acuerdo con lo señalado en los Fundamentos de Derecho de la presente resolución, **teniéndolas por no puestas y eliminándolas, sin surtir efecto alguno, de la escritura pública de préstamo hipotecario**, la cual subsistirá sin dichas cláusulas, siendo obligatoria para las partes en el resto de su contenido no afectado por la presente resolución.

La parte demandada deberá restituir a la actora las cantidades que ésta pagó en aplicación de la cláusula de gastos, declarada abusiva y nula, que no tenía la obligación de soportar, y que ascienden a un total de 1.630,19 euros (comprensivos de: a) gastos notariales - 656,19 euros; b) gastos registrales - 414,00 euros; c) gastos de gestión - 241,00 euros; d) gastos de tasación - 319,00 euros).

Dichas cantidades devengarán los intereses de demora ordinarios desde la fecha de su pago, hasta la fecha del dictado de la presente resolución; y los intereses de demora procesales del artículo 576 LEC, desde la fecha de esta sentencia, hasta su completo pago.

En relación con los intereses de demora, anulada y suprimida la cláusula por abusiva, ello supondrá que se devengue únicamente el interés remuneratorio.

Se imponen las costas del presente procedimiento a la parte demandada.

Una vez firme esta sentencia, expídase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para que proceda a su inscripción.

MODO DE IMPUGNACIÓN.: Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el cual se interpondrá por medio de escrito presentado ante este Juzgado dentro del plazo de **VEINTE DÍAS**, a partir del siguiente al de su notificación en la forma establecida en el artículo 458 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, adviértase a las partes que el recurso no se admitirá a trámite si no acreditan, **al interponerlo**, haber constituido, mediante su consignación en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, **un depósito por importe de 50 euros**, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, así como el **importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden jurisdiccional civil** establecida por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012), modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013), modificada nuevamente por el **artículo 11 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero**, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015).

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

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.