

Lo cierto es que siguiendo los criterios del TJUE, concretamente el criterio de que la finalidad del contrato no aparezca ligado a la actividad profesional del demandante, en el presente caso el Sr. XXXXX XXXXX ha de ser considerado un consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y la normativa interna de trasposición.

Si bien es cierto que el préstamo se dirigió a una actividad de promoción, lo hizo hallándose jubilado según consta en la documental referida, de forma que no puede considerarse que actuara en el ámbito de la que fuera su actividad profesional.

Por lo tanto, el actor ha de ser considerado consumidor.

TERCERO.- Cláusula tercera bis. Índice IRPH Cajas.

1. Carácter de condición general de la contratación.

Se procede a aclarar si la cláusula controvertida tiene o no el carácter de condición general de la contratación partiendo de la definición que de las mismas ofrece el artículo 1.1. de la LCGC:

“cláusulas predisuestas 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”.

De este precepto se extraen los requisitos de las condiciones generales de la contratación, que tal y como fueron expuestos por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, serían:

- ~ La contractualidad: han de ser cláusulas contractuales y no la inserción de una norma imperativa.
- ~ La predisposición: tratarse de una cláusula prerredactada, con independencia de su autoría, y no el resultado del pacto alcanzado entre las partes.
- ~ La imposición: la cláusula ha de ser impuesta a la otra parte, de manera que no pueda sino aceptarla para celebrar el contrato.
- ~ La generalidad: han de ser redactadas con vocación de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Las partes en el presente procedimiento discrepan sobre si la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario es o no una condición general de la contratación. La cláusula es del tenor siguiente:

“CLÁUSULA TERCERA BIS. Tipo de interés variable.

El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de incrementar en 0,400 puntos porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, al IRPH-CAJAS.

Se entiende por IRPH-CAJAS la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado.

Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos ANUALES contados a partir de la finalización del periodo a tipo fijo, procediéndose a la revisión del tipo de interés al término de cada periodo”.

Del texto se deduce que nos hallamos ante una cláusula contractual y de su terminología, que la misma fue predispuesta, objeto de redacción previa por la caja, con finalidad de incluirse en todos aquellos contratos de préstamo en los que se fijara el IRPH Cajas.

El hecho de si fue fruto o no de la negociación es un aspecto discutido. La parte actora dice que fue impuesta y Kutxabank responde que fue pactada y se incluyó en la oferta vinculante entregada (documento 1 de la contestación).

Ante esta discrepancia, conviene aclarar que de conformidad con el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE el profesional que afirme que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente asume plenamente la carga de la prueba.

La STS, del Pleno, núm. 265/2015, de 22 de abril desarrolla cuáles son los requisitos necesarios para poder hablar de una cláusula negociada en los siguientes términos:

“Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario.”

Lo cierto es que de la documental obrante en autos no se desprende que la cláusula fuera negociada, no constan las razones por las que se optó por este índice de referencia y no se procedió al interrogatorio ni del actor ni de la persona que comercializó el préstamo, por lo que en modo alguno queda demostrado que la cláusula fuera negociada.

La falta de prueba de la negociación de la cláusula conlleva que sea considerada una condición general de la contratación.

2. Posibilidad de control de validez de la cláusula.

El hecho de que la cláusula discutida sea una condición general de la contratación no conlleva consecuencia alguna en relación a su validez. Simplemente, implica que le sea de aplicación la LCGC, que tiene por objeto aquellos contratos que incluyen este tipo de condiciones predispuestas a fin de tutelar la posición del adherente (no necesariamente un consumidor) mediante la exigencia de una serie de condiciones para que dichas cláusulas puedan ser incorporadas al contrato y se consideren válidas.

La demandada aprecia que no cabe que se lleve a cabo un control de la validez de la cláusula por dos motivos: tratarse de una cláusula que refleja el contenido de normas imperativas y que además, versa sobre el objeto principal del contrato. Ante estas alegaciones resulta necesario resolver si cabe la referida supervisión:

a) Imposibilidad por reflejar disposiciones normativas de naturaleza imperativa.

El artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE establece un límite al control de las condiciones generales de la contratación que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas:

“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, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva”.

Su considerando decimotercero, alude a esta misma cuestión:

“Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas » que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo”

Su transposición al ordenamiento interno la vemos en el artículo 4.2 de la LCGC:

“Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”.

Kutxabank sostiene que dado que tanto la comunicación de los datos relativos a la operaciones de préstamo hipotecario que las entidades de crédito realizan cada mes al Banco de España, como la fórmula de cálculo del índice IRPH CAJAS por parte del organismo supervisor se encuentran reguladas por normas imperativas, no son condiciones generales de la contratación ni pueden ser objeto de un control de abusividad. Las normas a las que se refiere la entidad serían las siguientes:

~ Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. (Vigente hasta el 29 de abril de 2012, fecha de entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)

En ella se regulaban los requisitos de validez que han de cumplir los tipos de referencia oficiales para las operaciones financieras. En concreto en su artículo 6.2:

“2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”.

~ Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

Su norma sexta bis, en su apartado tercero, establece los tipos de referencia oficiales entre los que se incluyen el IRPH Entidades (apartado c) y el IRPH Cajas (apartado b). Conviene aclarar que en la actualidad los tipos de referencia oficiales se recogen en el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Esta misma orden regula en su anejo octavo la definición y forma de cálculo de los referidos índices oficiales.

~ Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (Vigente hasta el 28 de Junio de 2014, como consecuencia de su derogación por la Ley 10/2014, de 26 junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito)

Su artículo 48 facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para “establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberá sujetarse el balance y la cuenta de resultados de las entidades de crédito, así como los balances y cuentas de resultados consolidados previstos en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, disponiendo la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberán ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de crédito. En el uso de esta facultad, cuyo ejercicio podrá encomendar el Ministro citado al Banco de España, no existirán más restricciones que la exigencia de que los criterios de publicidad sean homogéneos para todas las entidades de crédito de una misma categoría y análogos para las diversas categorías de entidades de crédito”.

Así, ha de decidirse si cabe el control judicial con base en la Directiva 93/13/CEE de la cláusula en la que se dice que el índice de referencia será el IRPH Cajas a la vista de que el mismo estaba previsto legalmente como un índice de referencia oficial en el momento en el que se celebró el contrato y también resultan reguladas su definición y forma de cálculo.

El artículo 1.2. de la Directiva ha sido interpretado por el TJUE, en su sentencia de 10 de septiembre de 2014, Caso Monika Kušionová y SMART Capital a.s. (C-34/2013), en la que partiendo de la necesaria interpretación restrictiva de la excepción al control de abusividad recuerda cómo ya en la sentencia de 21 de marzo de 2013 (Caso RWE Vertrieb AG) declaró que para que sea de aplicación la referida exclusión es necesaria la concurrencia de dos condiciones: La cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y ésta debe ser imperativa. Dice a continuación que para determinar si una cláusula contractual está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional comprobar si refleja las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas que son aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa.

En consecuencia, concluye que “debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que figura en un contrato concluido por un profesional con un consumidor está excluida del ámbito de aplicación de esa Directiva únicamente si dicha cláusula contractual refleja el contenido de una disposición legal o reglamentaria imperativa, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente”

Aplicado este pronunciamiento al caso de autos, se llega a la conclusión de que la cláusula referente al índice de referencia IRPH Cajas se sitúa dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE. Ello es así por el hecho de que no ha de confundirse la circunstancia de la regulación de algunos de sus aspectos, con el hecho de que la presencia de la citada cláusula en el contrato traiga causa de normas imperativas. No existía norma que exigiera aplicar dicha referencia, no era aplicable en todo caso y con independencia de la elección de las partes contratantes.

Siendo eso así, cabe en efecto llevar a cabo un control de abusividad de la referida cláusula mediante la aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

b) Imposibilidad por tratarse del objeto esencial del contrato.

Kutxabank defiende que tratándose de una cláusula que afecta al objeto principal del contrato (el precio que los prestatarios han de abonar a cambio del préstamo) no cabe llevar a cabo un control de abusividad de la cláusula de conformidad con el artículo 4.2 de la Directiva, según el cual:

“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”.

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación que ha de darse al artículo 4.2. de la Directiva. En su sentencia de 30 de abril de 2014, (C 26-13) dictada en el Caso Árpád Kásler, declara la necesidad de someter a interpretación estricta la exclusión prevista en dicho precepto. El artículo 4.2. de la Directiva y entra más a fondo en la definición del concepto “objeto principal del contrato”, que, teniendo en cuenta esta necesidad de interpretación restrictiva, dice, debe entenderse referida a las cláusulas que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. Aclara que no forman parte del mismo las cláusulas accesorias y que corresponde al tribunal remitente valorar si es o no esencial la cláusula en cuestión (p. 42 y 49-51).

En la sentencia de 26 de febrero de 2015 (C 143-13) Caso Matei, el TJUE reitera la norma interpretativa propuesta y con remisión a la anterior sentencia, recuerda que la exclusión al control de abusividad tiene un alcance reducido: “...ya que sólo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, explicándose dicha exclusión porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartados 54 y 55) y concluye: “Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este último por el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista”. (p. 55 y 56).

Se comparte con la parte demandada que una cláusula relativa al tipo de interés que ha de abonar el prestatario incide en el objeto principal del mismo y así lo entiende la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección 2ª, entre otras en su Sentencia nº 157/2015, de 10 de julio:

“Esta Sala conoce el criterio de interpretación del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1.993, mantenido en la STJUE de 30 de abril de 2014, C- 26/13, caso Arpad Kásler, pero entiende que en el caso sometido a nuestra consideración en el que las partes han pactado expresamente el devengo de interés, la cláusula que establece el interés variable constituye una cláusula que determina el precio que debe pagar el prestatario y, en cuanto tal, no cabe calificarlo como pacto accesorio, porque define el objeto principal del contrato”.

Ello no impide sin embargo que la cláusula pueda ser sometida al control de doble transparencia que fijó el Tribunal Supremo precisamente para este tipo de cláusulas suelo en su Sentencia, de Pleno, número 241/2013 de 9 de mayo, como sostiene la parte demandante.

Más recientemente la STS, Sala de lo Civil, Sección Primera, nº 222/2015, de 29 de abril explica nuevamente la forma en la que ha de aplicarse el control de abusividad a condiciones generales del contrato que afectan a su objeto principal. Su fundamento de derecho decimocuarto, en su tercer apartado, aclara cuáles son los parámetros de valoración en tales casos:

“3.- En la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857), también afirmamos que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia).

Este doble control consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil (LEG 1889, 27) del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, « la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato ».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960)). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960). Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Así lo hemos declarado también en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo (RJ 2015, 845)”

De lo expuesto se colige que en tales casos ha de verificarse que la cláusula haya sido válidamente incorporada al contrato de conformidad con los artículos 5 y 7 de la LCGC y determinar si es transparente conforme a la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13/CEE, (artículo 5). Solo en el caso de que no lo fuera, podrá analizarse la posible abusividad de la misma (artículo 3 de la Directiva), no por razón de falta de equilibrio entre las prestaciones, pero sí desde un punto de vista de equilibrio subjetivo, desde la perspectiva del consumidor, entre el precio y prestación.

Este será por lo tanto, como se verá, el control limitado aplicable a la cláusula relativa al cálculo de los intereses ordinarios.

3. Análisis de la validez de la cláusula.

Como acaba de decirse se someterá a la cláusula al doble control de transparencia a fin de decidir sobre la alegación de abusividad sostenida por la parte demandante.

a) Primer control: control de incorporación.

A través del primer control se examina la claridad de la propia cláusula así como la manera en la que se incorpora al contrato. Los parámetros de valoración son los artículos 5.5 y 7 de la LCGC:

Artículo 5.5.: “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

Artículo 7: “No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no resultaba de aplicación de conformidad con su artículo primero, dado que la hipoteca recayó, no sobre una vivienda, sino sobre un local. En todo caso, la entidad aporta la oferta vinculante de la operación (documento 1 de la contestación).

El control de incorporación conforme a la LCGC se entiende superado por cuanto la redacción de la cláusula es clara, se limita a hacer referencia al índice aplicable para el cálculo del tipo de interés conforme a la definición dada por las normas arriba indicadas. Ello permite su conocimiento por los adherentes, en este caso consumidores, dado que no se aprecia ningún problema de ilegibilidad, ni de oscuridad que la oculte ni la haga incomprensible.

Por todo lo dicho, se supera el control de incorporación.

b) Control de transparencia.

Este segundo control tiene por base el artículo 5 de la Directiva:

“En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva”).

El mismo ha sido interpretado por el TJUE en el sentido de exigir una comprensibilidad real del significado económico de la cláusula, garantizándose por tanto una transparencia no solo formal sino material. Concretamente en su Sentencia de 30 de abril de 2014, Caso Árpád Kásler expuso:

“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”.

Así, la Directiva exige que las cláusulas cumplan con la debida transparencia, en el sentido de que se redacten de manera clara y comprensible, de forma que la redacción unida a la información suministrada al consumidor, permitan a este acceder a comprender realmente su significado, funcionamiento y consecuencias económicas.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo al aplicar el segundo control a las cláusulas que afectan al objeto principal del contrato, habiéndose pronunciado al respecto en sentencias en las que analiza la cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés a la baja (cláusula suelo) (SSTS, Sala de lo Civil, Sección Primera, nº 241/2013, de 9 de mayo y 222/2015, de 29 de abril).

En el caso de autos la cláusula ha de entenderse transparente.

La cláusula tercera bis define el IRPH Cajas con uso de la definición contemplada en la norma sexta bis de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela antes referida. No incluye mayor explicación, pero la definición del índice que tiene en cuenta la media de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre, ha de entenderse suficiente, aun cuando no añada información relativa a la forma en la que se procederá al cálculo de la media y que se realiza según lo dispuesto en la propia Circular. La referencia a que se trata de la media de las operaciones de las propias Cajas de Ahorros pone de manifiesto que sus operaciones inciden en el cálculo.

Por este motivo no se comparten las alegaciones de la parte actora en relación a que no se garantizó la comprensibilidad real de la cláusula con explicaciones del funcionamiento del índice de referencia y su repercusión en la obligación de pago.

Por lo tanto ha de ser declarada una cláusula transparente sin necesidad de entrar a valorar su posible abusividad. En cualquier caso, conviene aclarar que para que pudiera ser considerada abusiva sería necesaria la prueba, conforme al artículo 3 de la Directiva, de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes perjudicial para el consumidor y contrario a la buena fe. Ha de tenerse en cuenta también que conforme a la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014, caso Constructora Principado ha de valorarse la posibilidad de que se produzca una lesión lo suficientemente grave de la posición jurídica del consumidor.

Ninguno de los dos aspectos se ha demostrado. La parte actora aporta las respuestas del Banco de España (documento 2 de la demanda) sobre la forma de cálculo del índice de referencia, mas no se acredita la influencia de Kutxabank en el cálculo, más allá de que sus operaciones, como las de las demás entidades, se tengan en cuenta para el cálculo de la media. Tampoco se demuestra una posición jurídica del consumidor lesionada, por cuanto la propia Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre si bien suprimió el índice IRPH Cajas mantiene el IRPH Entidades como oficial.

Esta postura viene siendo la mantenida de forma reiterada por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Segunda, siendo de las más recientes las sentencias núm. 157/2015, de 10 de julio y núm. 137/2015 de 9 de junio.

Por todo lo expuesto, se declara la validez de la cláusula tercera bis.

CUARTO.- Cláusula cuarta. Comisión por reclamación de posiciones deudoras.

“Comisión por reclamación de posiciones deudoras: Se satisfará por la parte prestataria una comisión por reclamación de posiciones deudoras, vencidas o descubiertas y no satisfechas, por un importe de 30,00 euros por cada reclamación que se efectúe con ocasión de producirse estas posiciones”

~ Control de validez de la cláusula.

No se discute por las partes que dicha cláusula sea una condición general de la contratación, y dado que no incide en el objeto principal del contrato no existe en este caso límite alguno para que sea controlada su validez a la luz de la Directiva 93/13/CEE.

Ello supone la necesidad del requisito de la transparencia de conformidad con el artículo 5 de la Directiva según el sentido antes expuesto de la garantía de comprensibilidad real de la cláusula, pero también superar el control de abusividad conforme al artículo 3 de la Directiva.

Para ello resulta necesario atender a los pronunciamientos del TJUE sobre qué criterios ha de seguir el Juez nacional a la hora de valorar si una cláusula cumple o no con el requisito del justo equilibrio y de la buena fe entre las prestaciones de las partes.

La Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2013, (Caso Aziz, Asunto C-415/11) recoge algunos de estos criterios:

“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.”

Esta misma línea mantiene en la Sentencia de 16 de enero de 2014, (Caso Constructora Principado):

“Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales”.

La misma sentencia recuerda sus pronunciamientos anteriores y añade:

“En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva (LCEur 1993, 1071), el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 46] , Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz [TJCE 2013, 89], antes citada, apartado 71)”.

La referencia al cumplimiento de las exigencias de la buena fe fue aclarada también en la sentencia dictada en el Caso Aziz, la que contiene el siguiente parámetro de cumplimiento de la premisa de buena fe contractual:

“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... 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”.

2.- Decisión sobre su validez.

En la demanda se defiende que no se ajusta a la normativa bancaria por no dar respuesta a un servicio solicitado por el cliente, y de establecerse como penalización, la reputa desproporcionada. Kutxabank sostiene que se ajusta a la normativa, responde al servicio de reclamación prestado e informó de la misma al prestatario.

La normativa bancaria a tener en cuenta en la fecha de la contratación sobre esta materia es la siguiente:

- La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (derogada por la OM 2899/2011). El apartado quinto de su primer capítulo decía:

“Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente.

No obstante, las entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos”.

- La Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. La norma tercera en su apartado tercero dispone:

3. Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente.

La cláusula establece una comisión por la reclamación de toda posición deudora creada por el prestatario dirigida a cubrir los gastos o costes que la misma ocasiona a la entidad. Considero por ello que no puede decirse que se trate de un servicio no aceptado o solicitado por el consumidor y que tiene su razón de ser en la necesidad de reclamar en caso de impago y por el gasto que ello puede comportar.

Sin embargo, se aprecia la abusividad de esta cláusula a la vista de que en el momento de la adhesión al contrato se firma el cobro de la cantidad de 30 euros por cada reclamación de posición deudora sin especificar el importe de la cantidad adeudada y sin que se haga referencia al importe que supone la reclamación a la entidad. De manera que se transforma en una especie de penalización por el impago al que el deudor debe hacer frente al margen de los intereses de demora. No permite que el prestatario conozca qué tipo de deuda, al menos su importe mínimo, dará lugar a la posibilidad de reclamar con la consiguiente comisión, lo que no cumple con la necesidad de que se dote de información transparente al consumidor antes de la firma que exige el artículo 5 de la Directiva (Sentencia TJUE, Caso Constructora Principado).

La cláusula no exige que la reclamación deba hacerse por una vía concreta que justifique el importe por su coste y además se fija en 30 euros para todo el contrato, cuando su duración es de 15 años (cláusula segunda) y el coste, que, en principio justificaría una comisión, varía.

Considero que se trata de una cláusula abusiva por cuanto opera de modo automático con ocasión de cada reclamación por parte de la entidad sin necesidad de demostrar que para la misma se ha incurrido en un gasto, ni en su caso el importe alcanzado por el mismo. Ello genera un desequilibrio entre las posiciones de las partes en el contrato que coloca a la prestamista y por derivación a la fiadora en una situación perjudicial, lo cual ha de ser reputado abusivo de conformidad con el artículo 3 de la Directiva y el artículo 82 del TRLGDCU

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cláusulas similares, se cita la Sentencia de la Sección Segunda 99/2015, de 20 de abril en la que la abusividad se argumenta en términos semejantes a los expuestos:

“En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte de la prestataria y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la demandada pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar.

Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora.

Es patente que tal cláusula perjudica al consumidor, concurriendo las condiciones exigidas por el art. 10 bis de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios , en la redacción vigente al tiempo de establecerse, para declarar nula por abusiva la indicada cláusula”.

Por ello, se declara la nulidad por razón de abusividad del segundo párrafo de la cláusula cuarta del contrato.

En relación a los efectos de la nulidad, el contrato mantiene su vigencia y la cláusula se tiene por no puesta (artículo 10 de la LCGC y 83 del TRLGDCU).

La parte demandante solicita con carácter genérico en el suplico que como consecuencia de la declaración de nulidad las partes se reintegren recíprocamente lo que hubieran intercambiado con sus respectivos intereses. Sin embargo, no demuestra que dicha comisión se haya cobrado, por lo que no cabe acoger su pretensión de condena.

QUINTO.- Cláusula quinta. Gastos a cargo de la parte prestataria.

“Son de cuenta de la parte prestataria los gastos de estudio y otorgamiento de la presente escritura, los de Registro de la Propiedad, los tributos, contribuciones, impuestos, arbitrios y exacciones de todo orden que procedieren por razón de la constitución, modificación, distribución o cancelación de la hipoteca, los de seguro de la finca, y en general, cuantos se derivaren del presente contrato o son mencionados en él, viniendo a pagar intereses de demora al tipo indicado precedentemente, sobre el importe de los expresados gastos e impuestos, desde el día en que la institución acreedora los hubiere suplido. Kutxa se reserva la facultad de suplir otros gastos además de los mencionados, si así conviniere a sus intereses.

Asimismo serán de cuenta y cargo en todo caso de la parte prestataria, cuantos gastos tengan su origen en la tramitación de los procedimientos judicial o extrajudicial, con inclusión de los intereses pactados que se devenguen desde la fecha de la reclamación, honorarios profesionales, gastos fiscales, etc.

Idéntica norma se seguirá con los gastos, costas y perjuicios que origine la parte deudora por incumplimiento de contrato, con inclusión de los honorarios de Letrado y procurador, si Kutxa, aunque fuera voluntariamente, utilizara su intervención”.

La parte actora sostiene la abusividad de la atribución generalizada de los gastos al consumidor y la entidad defiende que resulta lícito que pesen sobre el prestatario los gastos que se enumeran sin que ello suponga un desequilibrio contractual.

Los gastos a los que alude la cláusula pueden sintetizarse en gastos relativos a: 1) aranceles notariales y registrales; 2) gastos de seguro sobre la finca; 3) costas, gastos procesales y cuales quiera otros derivados del incumplimiento contractual y 4) tributos.

1. Aranceles notariales y registrales.

Ha de estarse a las normas que regulan los mismos, es decir, al Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6ª del Anexo II) y al Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (norma 8ª del Anexo II). Ambas disposiciones dicen que la obligación de pago pesa sobre el solicitante del servicio o de la persona a cuyo favor de inscriba.

Dado que no solamente puede considerarse beneficiado o interesado por la garantía constituida al prestatario sino también a la entidad, la imposición de todos los gastos a aquel no satisface el requisito de la reciprocidad entre los derechos y obligaciones de ambas partes como interesadas. Se considera contraria al artículo 3 de la Directiva en la medida en que no guarda el debido equilibrio entre las prestaciones de las partes tomando por referencia la regulación expuesta y además, resultaría contraria a la buena fe, al entender que un consumidor informado de la misma no aceptaría la asunción de gastos que no le corresponden en caso de una negociación (criterio fijado por el TJUE en la sentencia dictada en el caso Aziz).

La reciente Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 705/2015, de 23 de diciembre, analiza una cláusula relativa a la imputación de gastos a la parte prestataria en un contrato de préstamo hipotecario concedido por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria en la que, en concreto, se analiza la abusividad de estos concretos gastos, concluyendo el Alto Tribunal sobre la naturaleza abusiva de la imposición de los mismos al prestatario.

En cuanto a los aranceles registrales y notariales dice:

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

Por las razones expuestas y que se mantienen también en la sentencia indicada, ha de considerarse nula por abusiva la atribución de los gastos arancelarios al prestatario en su totalidad

2. Gastos de seguro sobre la finca.

Resulta coherente que pese sobre la parte prestataria los gastos de conservación del inmueble del que es titular y que presta en garantía así como los del pago de la prima de seguro sobre la finca, no se aprecia que ello genere un desequilibrio contractual, por lo que la imposición clara de dichos gastos se declara válida.

La STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre también se pronuncia sobre los gastos relativos al pago de la prima de seguro sobre la finca declarando su conformidad con el ordenamiento jurídico:

“4.- En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro”.

Se declara por ende su validez.

3. Costas, gastos procesales y cuales quiera otros derivados del incumplimiento contractual.

La atribución generalizada de las costas y gastos procesales al consumidor prestatario contraviene las normas de la LEC reguladoras de las costas procesales previstas en los artículos 394 a 398 de la LEC para los procesos declarativos y en los preceptos 559 y 561 para los procesos de ejecución. La cláusula no puede contravenir dichas normas en perjuicio del adherente (art. 8 de la LCGC). Además la falta de concreción del tipo de gasto que podrá ser requerido al prestatario en caso de incumplimiento y la falta de delimitación de su entidad hacen que la cláusula no sea transparente.

El Tribunal Supremo en la sentencia antes referida ha declarado también la nulidad de la imposición generalizada de este tipo de gastos al prestatario por el motivo señalado y por la generación de un desequilibrio contractual con los argumentos que se exponen a continuación y que se hacen propios para declarar la nulidad de los mismos en el presente caso.

“5.- En cuanto a 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, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC”.

Por todo lo expuesto, se reputa abusiva y nula la imposición de las costas en todo caso a la parte prestataria.

4. Tributos.

La cláusula impone los gastos por los impuestos al consumidor con carácter general, lo cual ha de declararse nulo al ser la normativa tributaria la que determine en cada caso quién es el sujeto pasivo del impuesto o de la tasa correspondiente, siendo en cualquier caso nula la condición que contravenga dicha normativa imperativa por aplicación del artículo 8.1 de la LCGC.

La STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre analiza asimismo la atribución generalizada de estos gastos al consumidor concluyendo sobre su nulidad por abusividad con el razonamiento que se expone a continuación y que se comparte:

“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”.

Por todo lo expuesto, se declara la nulidad de la cláusula quinta salvo en la parte referida a los gastos de seguro sobre la finca. La parte declarada nula se tiene por no puesta en el contrato (artículo 10 de la LCGC y 83 del TRLGDCU)

SEXTO.- Cláusula sexta. Intereses de demora.

“Las obligaciones dinerarias dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento y diariamente, un interés nominal anual moratorio de 17,250 puntos porcentuales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 316 y 317 del Código de Comercio, en relación con el artículo 1108 del Código Civil, a cuyo fin se establece esta condición. Estos intereses serán liquidados en las mismas fechas previstas para los ordinarios y si no fueran satisfechos se capitalizarán, conforme el ya mencionado artículo 317 del Código de Comercio, devengando a su vez intereses”.

1. Parámetros de valoración.

Además de los criterios de valoración generales antes expuestos, en el caso del interés de demora conviene tener presente los específicos señalados para esta cláusula en la sentencia del TJUE dictada en el caso Aziz:

"74 En segundo lugar, en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, 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".

Así mismo, considero importante tener presente la finalidad que los mismos persiguen. En este sentido resulta interesante traer a colación el siguiente extracto de la Sentencia núm. 56/2015, de 17 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa:

“A la hora de determinar la abusividad de la cláusula de intereses moratorios no debe perderse de vista que su devengo se produce por una previa conducta del deudor consistente en el incumplimiento de su obligación de pago en las fechas pactadas. Como señala la STS de 26 de octubre de 2011 (con cita de la STS de 2 de octubre de 2001), "los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones". O, en términos de la resolución de la AP de Barcelona de 9 de noviembre de 2012, "la pena de morosidad cumple una triple función: resarcitoria (indemnizar al prestamista acreedor por la pérdida de beneficio que sufrirá debido al incumplimiento de su deudor), conminatoria (estimular el cumplimiento de las obligaciones) y disuasoria (desalentar el incumplimiento del prestatario)". En concreto, el art. 1.108 CC dispone que si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta del convenio, en el interés legal, sin que el precepto efectúe distinción alguna por razón de la causa o motivo que ha llevado al deudor a incumplir su obligación (si éste obedece a la deliberada voluntad del deudor, aun cuando dispone de medios económicos para ello, o si se ha visto forzado a ello por las circunstancias familiares, laborales o de otro tipo)”.

Además han de tenerse presentes los intereses moratorios que establece el legislador en otros ámbitos. Así lo considera el Tribunal Supremo; Sección Primera, en sus sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril y núm.469/2015, de 8 de septiembre, haciendo referencia a los siguientes:

1. Código Civil: el artículo 1.108 dispone que en defecto de pacto el interés de demora será el interés legal.

~ Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo: en su artículo 20.4 (art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo de 1995) establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal.

~ Ley Hipotecaria: en su artículo 114.3 (añadido por la ley 1/2013, de 14 de mayo) limita al triple del interés legal del dinero los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipoteca sobre la misma vivienda y sólo permite que se devenguen sobre el principal pendiente de pago.

~ Ley del Contrato de Seguro 50/1980: el artículo 20 prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual.

~ Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone en su artículo 7 un interés de demora de 7 puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE, por lo que en los últimos 10 años, el interés previsto en este precepto legal ha variado entre el 7,75 y el 11,20% anual.

~ Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 576 fija el interés de mora procesal en la suma de dos puntos porcentuales al interés legal.

El Tribunal Supremo ha establecido también que en los contratos de préstamo personal sin garantía real celebrados con consumidores resulta abusivo un interés de demora que supere en dos puntos el interés remuneratorio pactado tomando por referencia el interés de mora procesal del artículo 576 de la LEC (Sección Primera, núm. 265/2015, de 22 de abril)

2. Modificación del interés de demora por la Ley 1/2013.

Kutxabank expone en su escrito de contestación que, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el interés de demora aplicable sería el fijado por el legislador, con la reducción a tres veces el interés legal del dinero.

En efecto la disposición transitoria segunda de la ley dice así:

“La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos”.

Teniendo presente que el análisis de las cláusulas ha de realizarse de forma abstracta de conformidad con el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 no cabe valorar la reforma legal para analizar la cláusula de interés de demora. El auto recoge la siguiente conclusión:

“La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Por lo tanto, la referida reforma legal no impide el análisis de abusividad de la norma.

3. Control del abusividad de la cláusula.

Los intereses de demora cumplen con las finalidades antes descritas y ello justifica que sean superiores al tipo de interés ordinario establecido (en este caso IRPH Cajas). La sanción motivada por el incumplimiento del deber de pago incluida en una condición no negociada entre las partes no puede resultar sin embargo desproporcionada, de manera que coloque al consumidor en una posición jurídica perjudicial

La parte actora considera abusiva la fijación de unos intereses de demora al 17,25%.

Considero que si bien han de tenerse en cuenta los diferentes tipos de interés de demora fijados por el legislador a los que me he referido en el apartado anterior, sobre todo hemos de fijarnos en el incluido en el tercer párrafo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, es decir, el triple del interés legal del dinero. El legislador, a fin de proteger el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, fijó un límite con el objetivo de poner fin a los abusos que venían estableciéndose. Se trata de una reforma derivada de los pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE (Sentencia Aziz) y se prevé concretamente para los préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual.

Si bien es cierto que en el presente caso la hipoteca no recae sobre la vivienda habitual del actor, se estima que se trata, aun y todo, del criterio que mayor se ajusta a la valoración de la proporcionalidad de los intereses de demora en el contrato que analizamos.

Al tiempo de celebrarse el contrato (14 de marzo de 2008) el interés legal del dinero estaba al 5,50%, por lo que el triple del interés legal del dinero hubiera ascendido al 16,50%, 0,75 puntos inferior al tipo de demora establecido.

Considero que si hemos de fijarnos en el momento de la firma del contrato para analizar en abstracto las cláusulas contractuales y su validez, no puede reputarse abusivo un interés de demora que en dicho momento estaría cercano a lo que hoy se consideraría un interés ajustado a la ley. Además, el criterio se fija para préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, con lo que el criterio ha de entenderse más riguroso que para otros supuestos como el presente, en el que recae sobre un local no destinado a la vivienda del prestatario.

Por lo tanto, el tipo de interés de demora se considera válido.

En cuanto a la previsión de que los intereses de demora impagados devenguen a su vez nuevos intereses y que la parte actora tilda de abusivo, ha de tenerse en cuenta que ello exige de un pacto entre las partes de conformidad con el artículo 317 del Código de Comercio.

En este caso se incluye en una condición general de la contratación. Lo cierto es que no se inserta con la debida transparencia, en el sentido de posibilitar la comprensibilidad real de la cláusula y el conocimiento de la repercusión para la posición del consumidor en el contrato. Además, da lugar al aumento de la deuda para el consumidor, en perjuicio de sus intereses, lo que permite declararlo abusivo (artículo 3 de la Directiva).

La misma reforma aludida del artículo 114 de la Ley Hipotecaria incluyó como último inciso de su párrafo tercero analizado lo siguiente:

“... Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

A pesar de tratarse de una norma posterior al contrato y que como se ha dicho, el supuesto de autos no encaje exactamente en el ámbito de aplicación de la norma, considero que sirve como criterio para reforzar la conclusión alcanzada en relación a la abusividad de la parte de la cláusula referida a la capitalización de los intereses de demora.

Por lo tanto, la cláusula relativa a los intereses de demora es válida salvo en su última parte referida a la capitalización de los intereses, la que ha de tenerse por no puesta en el contrato (artículo 10 de LCGC y 83 del TRLGDCU).

SÉPTIMO.- Cláusula sexta bis. Causas de resolución anticipada.

“Serán causas de vencimiento anticipado total de la operación convenida, que permitirán a Kutxa reclamar la totalidad de lo que se le adeude por el capital prestado y los intereses devengados, cualquiera de las siguientes...:

1. Parámetros de valoración.

Además de los criterios que con carácter general se han establecido para valorar la posible abusividad de las cláusulas, en el caso concreto de la cláusula de vencimiento anticipado hemos de referirnos a los parámetros que el TJUE exige para determinar si la cláusula adolece o no de abusividad.

La ya reiterada sentencia de 14 de marzo de 2013 dictada en el caso Aziz se refiere también a esta cuestión en su apartado 73:

“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.

Recientemente el TJUE se ha pronunciado sobre la validez de la cláusula de vencimiento anticipado en el ya mencionado Auto de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13) en el que se concluye que:

“el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula”

Los anteriores pronunciamientos se han referido siempre a la causa de vencimiento anticipado consistente en el impago por parte del deudor, mas entiendo que los criterios fijados en el caso Aziz resultan de aplicación general a las diferentes causas. Estos serían:

- ~ Incumplimiento de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual.
- ~ Incumplimiento de carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.
- ~ Que dicha facultad constituya una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia.
- ~ Que el Derecho nacional prevea 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.

2. Valoración de los motivos:

~ “El impago total o parcial, de alguna de las cuotas o plazos vencidos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias a cargo de la parte prestataria”.

Teniendo en cuenta los criterios expuestos por el TJUE este motivo de vencimiento anticipado ha de reputarse **abusivo y nulo en su valoración en abstracto**.

Los dos primeros requisitos de la esencialidad del cumplimiento en el marco de la relación contractual y la gravedad respecto a la duración y cuantía del préstamo no pueden entenderse cumplidos partiendo de que la cláusula entiende suficiente el impago de una sola cuota o de cualquier otra cantidad debida para darlo por vencido.

Además, hemos de tener en cuenta que, a pesar de que se trata de una norma posterior al contrato, el artículo 693.2 de la LEC exige para poder hacer uso del vencimiento anticipado, que exista el incumplimiento de al menos tres cuotas, lo que considero también un parámetro para poder resolver sobre su abusividad.

De conformidad con los criterios fijados en la sentencia Aziz han de valorarse los remedios que el ordenamiento jurídico nacional ofrece al consumidor para remediar la medida del vencimiento anticipado y ello exige analizar la posibilidad de enervamiento reconocida en el artículo 393.3 de la LEC:

“3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior” (redacción vigente tras la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil)”.

Si bien es cierto que se trata de un mecanismo mediante el cual el prestatario ejecutado puede remediar el vencimiento anticipado, se trata de una posibilidad que también existía antes de la reforma de la LEC por la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Antes de la reforma, era suficiente el impago de una sola cuota para dar por vencido el préstamo, sin perjuicio de posibilitar la enervación. Ahora, se exige el incumplimiento de tres cuotas, manteniéndose la posibilidad de enervar. Considero que el aumento del número de cuotas impagadas que posibilita el vencimiento anticipado, evidencia que la facultad de enervamiento no era un instrumento en sí mismo suficiente para hacer desaparecer la abusividad del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota.

Se tiene en cuenta que el vencimiento viene motivado por el incumplimiento del pago de la cuota por parte del prestatario, obligación principal asumida frente al banco con la firma del contrato. Sin embargo, como se ha dicho, no resulta equilibrado que ante el impago de una cuota la entidad pueda exigir la totalidad de la cantidad prestada. La penalización resulta desproporcionada.

La alegación referida a que Kutxabank no aplicó esta cláusula no puede tenerse en consideración teniendo en cuenta que se está analizando la cláusula en abstracto en el presente proceso declarativo.

Recientemente el Tribunal Supremo, en su Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, núm. 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, ha confirmado la declaración de nulidad en abstracto de una cláusula de vencimiento anticipado semejante:

“3.- Sobre estas bases, 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” (FD 5º).

Procede aclarar, que el Alto Tribunal confirma un pronunciamiento meramente declarativo efectuado en un procedimiento en el que se ejercitaba una acción colectiva en el que no procedía valorar su aplicación. Tras mantener la declaración de nulidad de la cláusula añade obiter dicta una serie de consideraciones en relación a la necesidad de valorar el comportamiento de las partes en la ejecución, la posible ventaja que el procedimiento de ejecución hipotecaria puede suponer para el consumidor y la procedencia de continuar con el procedimiento de ejecución en los casos en los que se cumple el artículo 693.2 de la LEC. En todo caso, se trata de manifestaciones referidas a un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Por lo tanto, se declara la nulidad del motivo de resolución anticipada.

~ “La imposibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la hipoteca ofrecida en garantía de la presente operación”.

La entidad se compromete a conceder el importe garantizado con la hipoteca y si esta no se constituye válidamente por un motivo achacable al prestatario, resulta proporcionado que pueda exigir la resolución anticipada. Sin embargo, la cláusula no especifica que el motivo que imposibilite la inscripción deba ser imputable al prestatario, haciendo recaer sobre él en todo caso la consecuencia negativa del vencimiento anticipado.

La Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 792/2009 de 16 de diciembre, analiza una cláusula de resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro y concluye sobre su abusividad por el argumento esgrimido:

“la cláusula no distingue a quien sea imputable la imposible constitución de la hipoteca. Es cierto que la hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir. Como señala la parte recurrida, el problema de la cláusula es que "recoge la facultad del banco de resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente", y que no tiene en cuenta que es "suya [de la Entidad Financiera] la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribirlo" [el préstamo]. En definitiva "lo que se deduce de la cláusula es que la prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes", y esto es ciertamente desproporcionado, y, por ende, abusivo.”

Según lo expuesto, ha de considerarse nulo por abusivo.

~ “La existencia de gravámenes sobre la finca ofrecida en garantía, distintos a los que se hayan hecho constar en esta escritura, que sean de rango preferente a la hipoteca que se constituye”.

Se reputa abusiva por el desequilibrio entre los derechos entre las partes contratantes que generaría que la entidad pudiera dar por vencido el préstamo por la existencia de alguna carga o limitación no especificada en el apartado referido a las cargas de la escritura.

El motivo para ello es que la escritura dice en el apartado “CARGAS Y ARRIENDOS” que la finca está libre de cargas según manifestaciones del deudor (reverso del folio 10) y bajo la rúbrica “INFORMACIÓN REGISTRAL” se deja constancia de ña existencia de una hipoteca que la parte deudora indica se halla civilmente extinguida de pago y pendiente de cancelación y el notario advierte expresamente de la prevalencia de la información registral sobre las manifestaciones de los comparecientes (anverso del folio 11)

Dado que la entidad puede comprobar la situación registral de la finca hipotecada como interesada en la garantía hipotecaria que se va a prestar sobre la misma, no puede hacer recaer las consecuencias de una falta de concordancia entre la situación registral con la plasmada en la escritura al prestatario, ya que podría haberla conocido de haber mantenido una actitud diligente.

Se declara en consecuencia la nulidad del motivo.

~ “El incendio de la finca hipotecada o cualquier otro acontecimiento-incluida la modificación de la normativa urbanística o constructiva- que pudiera influir negativa y notoriamente en el valor de aquella”.

Kutxabank defiende la validez de este motivo con base en el artículo 1.129 del CC que establece que en caso de pérdida o deterioro de la garantía perderá el deudor el beneficio del plazo.

En relación al motivo del incendio, se aprecia que la pérdida de valor que el siniestro puede generar justificaría el vencimiento anticipado. Sin embargo, la cláusula no especifica lo importante y es la pérdida de valor de la finca necesaria para poder dar por vencido el préstamo en atención a la entidad de la disminución de la garantía prestada. Además, el riesgo podría estar asegurado, lo cual no es objeto de previsión. Se aprecia que la generalidad con la que la cláusula se redacta puede dar lugar a una aplicación no justificada y no pudiendo integrar su contenido de modo que se concreten los supuestos por los que cabría dar por vencido el préstamo en caso de incendio, ha de considerarse abusiva por colocar en una situación perjudicial al prestamista.

En cuanto a la modificación urbanística y constructiva que influyan negativamente en el valor de la finca, en la misma línea mantenida, no se precisa el nivel de depreciación a partir del cual podría darse por vencido el préstamo y ello genera un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe por que coloca al consumidor en una situación perjudicial. Además, si nos fijamos en el artículo 1.129 del CC al que se refiere la entidad prestamista, los supuestos por los que se prevé que el deudor pueda perder el plazo le son imputables, lo cual se aleja del supuesto previsto en el que el cambio de valor es el resultado de un cambio legislativo y no solo es perjudicial para la entidad, sino también para él como titular.

Lo expuesto hace que el motivo incurra en abusividad.

~ “La falta de pago por la parte deudora de la prima de seguro o de los tributos, contribuciones y gastos a que esté la finca hipotecada”.

Partiendo de la obligación que incumbe al prestatario de hacer frente a los importes por los conceptos expresados, la generalidad con la que se establece la facultad hace que pueda reputarse desproporcionada y abusiva. No se especifica el impago de qué cantidad por tributos o gastos que permitiría el vencimiento ni la necesidad de que el impago de la prima dé lugar a que la finca deje de estar asegurada, lo que sí justificaría el vencimiento. Ello hace que en definitiva, quede en manos de la entidad la opción por el vencimiento anticipado sin que se cumpla el requisito segundo de la sentencia dictada en el caso Aziz, que exige que el incumplimiento sea lo suficientemente grave en relación a la duración y la cuantía del préstamo.

Ello haría necesario una proporcionalidad, una adecuación entre el incumplimiento de pago de la prima, tributos o gastos y la decisión de optar por exigir la devolución íntegra del capital pendiente con pérdida del plazo de amortización. Por todo ello, se declara nula por abusiva esta causa de vencimiento anticipado.

Se declara según lo expuesto la nulidad de la totalidad de la cláusula, la que se tiene por no puesta en el contrato.

OCTAVO.- Cláusula octava. Cesión del crédito.

“Kutxa podrá ceder parcial o totalmente su crédito sin necesidad de dar conocimiento de ello a la parte prestataria, renunciando esta al expresado derecho a los efectos del artículo 242 del Reglamento Hipotecario”.

La parte demandante considera que tratándose de una renuncia de derechos impuesta ha de ser reputada abusiva de conformidad con el artículo 86 del TRLGDCU.

Kutxabank por su parte alega que la cláusula no incluye una renuncia anticipada a la notificación, sino que solo establece que la notificación no es un requisito necesario para la cesión. Entiende que ello se ajusta al artículo 149 de la Ley Hipotecaria y 1.526 del Código Civil. Añade que el artículo 242 del Reglamento Hipotecario prevé la posibilidad de renuncia al derecho a la notificación de la cesión del crédito.

El control de validez de esta cláusula se realiza teniendo en cuenta los requisitos de transparencia y no abusividad que se han venido exponiendo, sin limitación alguna por no tratarse de una cláusula que afecte al objeto principal del contrato.

~ Análisis de validez de la cláusula.

La cláusula se limita a recoger la renuncia a la notificación de la cesión del crédito con remisión al artículo 242 del Reglamento Hipotecario (RH) aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947. La cláusula es breve y sencilla si nos fijamos en su redacción, lo que se ajustaría al artículo 5 de la LCGC, mas no se reputa que satisfaga la necesaria transparencia material conforme al artículo 5 de la Directiva si no va unida de una explicación que no se acredita le fuera dada.

En lo referente a su abusividad, hemos de partir de que, en efecto, como señala Kutxabank, el artículo 149 de la Ley Hipotecaria de 1946 (LH) no precisa para la validez de la cesión del crédito hipotecario que este sea notificado al deudor tras la reforma introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

El artículo en su versión actual y vigente al tiempo de celebrarse el contrato objeto de autos dispone que:

“El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”.

El RH en su artículo 242 dispone sin embargo que de la cesión del crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor, por lo que su derecho a la notificación se mantiene en la legislación, salvo en el caso de que se renuncie a él. Su tenor literal es el siguiente:

“Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley”.

Ello supone que el deudor tiene derecho a que la cesión le sea notificada y su renuncia insertada en una condición general de la contratación debe considerarse abusiva de conformidad con el artículo 86.7 del TRLGDU, como se indica en la demanda.

El fundamento de derecho decimocuarto de la ya citada STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 792/2009 de 16 de diciembre declara la abusividad de una cláusula de renuncia a la notificación de una cesión de contrato, si bien el propio Tribunal Supremo hace extensible su conclusión al supuesto de la cesión del crédito hipotecario:

“Para responder a este motivo debe significarse que la cesión a que se refiere la cláusula lo es de contrato. Así resulta de la referencia a préstamo, y no a derecho de crédito derivado del préstamo, y de manera incontestable resulta en el texto de la póliza de Caja Madrid [no recogido en el fundamento de la resolución recurrida] que se refiere a transferir «todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que, al efecto, le concede el art. 149 de la vigente Ley Hipotecaria ». A pesar del confusionismo del texto, no cabe duda que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio y 6 de noviembre de 2.006 , 8 de junio de 2.007 , 3 de noviembre de 2.008, 30 de marzo de 2.009). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2.002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2.003, 19 de febrero de 2.004, 16 de marzo de 2.005, 29 de junio de 2.006 , 8 de junio de 2.007 , 3 de noviembre de 2.008), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, en el caso apartados 2ª -reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del Contrato sin motivos válidos especificados en el mismo-, 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste), y 14 -imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor-, como de la normativa general de los arts. 10.1,c) y 10 bis,1, párrafo primero , de la LGDCU.

Sostiene la resolución impugnada que la cláusula genérica que transcribe recoge una cesión de crédito, y no una cesión de contrato, y acoge la tesis de la parte recurrida de que la cláusula no se opone a la aplicabilidad de los artículos 1.198, 1.527 y 1.887 CC.

Si así fuere, la cláusula [que transcribe la resolución recurrida] no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts. 1.112, 1.528 y 1.878 CC y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido (SS. 1 de octubre de 2.001 , 15 de julio de 2.002 , 26 de marzo y 13 de julio de 2.004, 13 de julio de 2.007, 3 de noviembre de 2.009). Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación "contra proferentem" (art. 1.288 CC), es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil. Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª LGDCU. La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2.001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2.002). La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva "la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos". La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.

La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El art. 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (Art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso)".

La cláusula se declara nula por razón de abusividad y se tiene por no puesta en el contrato.

NOVENO.- Costas procesales.

La estimación parcial de la demanda conlleva que cada parte abone las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes conforme al artículo 394.2 de la LEC.

Procede estimar la demanda parcialmente.

FALLO

1. ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D.XXXXXXX contra Kutxabank, S.A.

1. DECLARO la validez de la cláusula tercera bis (tipo de interés variable) del préstamo hipotecario firmado entre las partes el 14 de marzo de 2008.

2. DECLARO la nulidad de la cláusula cuarta (comisiones) del contrato en la parte referida a “Comisión por reclamación de posiciones deudoras”. Se tiene por no puesta en el contrato.

3. DECLARO la nulidad de la cláusula quinta (Gastos a cargo de la parte prestataria) salvo en la parte referida a los gastos de seguro sobre la finca. La parte declarada nula se tiene por no puesta en el contrato.

4. DECLARO la validez de la cláusula sexta (intereses de demora) salvo en la parte referida a la capitalización, cuya nulidad se declara y se tiene por no puesta en el contrato.

5. DECLARO la nulidad de la cláusula sexta bis (Causas de resolución anticipada). Se tiene por no puesta en el contrato.

6. DECLARO la nulidad de la cláusula octava (Cesión del crédito). Se tiene por no puesta en el contrato).

7. COSTAS: dada la estimación parcial de la demanda cada parte abonará las propias y la mitad de las comunes.

8. De conformidad con el artículo 22 de la LCGC diríjase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 2196 0000 00 072315, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. JUEZA que la dictó, estando la misma celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN, a 8 de marzo de 2016.