



Roj: **SAP M 4269/2016 - ECLI: ES:APM:2016:4269**

Id Cendoj: **28079370122016100084**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **29/02/2016**

Nº de Recurso: **306/2015**

Nº de Resolución: **75/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE LUIS DIAZ ROLDAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933837

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0090902

Recurso de Apelación 306/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 632/2013

DEMANDANTE/APELADO INCOMPARECIDO: D. Eladio

DEMANDADO/APELANTE: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

PROCURADOR: Dª ANA MARÍA ESPINOSA TROYANO

SENTENCIA N° 75 DE 2016

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

En MADRID, a veintinueve de febrero dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, integrada por los Sres. Magistrados indicados al margen, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** núm. **632/2013**, procedentes del JDO. DE 1ª INSTANCIA nº 97 de MADRID, a los que ha correspondido el **Rollo núm. 306/2015**, en los que aparece como parte apelante **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, representado por la procuradora DOÑA ANA ESPINOSA TROYANO, y como apelado **D. Eladio**, no comparecido en esta alzada. Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. **Sr. DON JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN**, que expresa el parecer de La Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que con fecha 27 de noviembre de 2013, se dictó sentencia en primera instancia, en cuya parte dispositiva se señalaba: "Que estimando como estimo la demanda interpuesta por don Eladio, representado por el procurador don José Noguera Chaparro, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.À, representada por la procuradora doña Ana Espinosa Troyano, debo acordar y acuerdo:



1.- Que con relación al contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 21-12-2006 entre don Eladio , don Rubén y doña Rocío , de una parte, y BBVA S.A, de otra, procede declarar abusivas las siguientes cláusulas:

- a) La cláusula 3ª bis: 3 bis.3 "Límites a la variación del tipo de interés".
 - b) La cláusula 6ª referida a los intereses de demora.
 - c) La cláusula 5ª "**Gastos**".
 - d) La cláusula 4ª "Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas".
 - e) Cláusula 6 bis "Vencimiento anticipado del préstamo" el apartado g) y la cláusula 11ª apartado C).
2. -Desestimar las demás pretensiones de suplico de la demanda.
3. -Sin hacer declaración sobre las costas causadas en esta instancia".

SEGUNDO.- Notificado el anterior Auto a las partes, por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. se presentó escrito interponiendo en tiempo y forma la apelación, que fue admitido, y del que se dio traslado a las demás partes para que en el plazo de 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

TERCERO .- Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la celebración de la votación y fallo el día 3 de febrero de 2016.

CUARTO - En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho y la parte dispositiva del Auto recurrido.

PRIMERO. - Por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (en adelante BBVA) se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por Juzgado de Primera Instancia núm. 97 de Madrid, nº 215/2013, de 27 de noviembre, que estima en parte la demanda formulada, en los términos que se recoge en su parte dispositiva.

El presente procedimiento tiene su origen en el préstamo con garantía hipotecaria **documentado** en la escritura pública de fecha 21 de diciembre de 2006, otorgada ante el Notario don Manuel Serrano García, entre BBVA, como prestamista, y don Eladio , don Rubén y doña Rocío , como prestatarios, por importe de 228.000 €.

Ante el incumplimiento de los prestatarios del pago de las cuotas de amortización la entidad ejecutante procedió al cierre de la cuenta ya declarar el vencimiento anticipado del préstamo, y a proceder la correspondiente liquidación, que a fecha 10 de enero de 2014 ascendía al importe de 774.395,03 €.

Muestra la entidad bancaria su disconformidad con la sentencia de instancia en relación a la declaración de abusividad de algunas de las cláusulas establecidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, así como con la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia.

SEGUNDO.- CLÁUSULA SEXTA. INTERESES DE DEMORA.

Siguiendo el orden de impugnación contenido el recurso de apelación, procede examinar la cláusula sexta del expresado contrato recogido en la escritura pública, relativa a los intereses de demora, que la sentencia de instancia declara abusiva, a lo que se opone la entidad bancaria por entender que la limitación establecida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria en la nueva redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, Disposición Transitoria Segunda de la expresada Ley , no es de aplicable a las hipotecas constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, por establecerlo así la propia norma, que entró en vigor el 15 de mayo de 2013, y que, además, permite su recalcular para los procedimientos de ejecución iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de la expresada Ley, por lo que su declaración de abusividad infringe el artículo 117.1 de la CE .

La cláusula expresada es del siguiente tenor:

"Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la Cláusula 6ª bis, un interés de demora del 19% nominal anual, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.



Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento, y quedarán garantizadas exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula 9ª.

La abusividad de la expresada cláusula ha sido declarada por la **STS (Pleno) de fecha de 23 de diciembre de 2015**, que declara:

"La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores **hipotecarios**, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal.

2.- No obstante, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU.

3.- Así, el auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 (Asunto C- 602/13), no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 114.3 LH, al decir:

«...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas,... (el juez no puede)... reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula ..., si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 (al)... eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la **nulidad** de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.... Es cierto que el Tribunal de Justicia también hareconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva "por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato"».

4.- Y la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de **nulidad** de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: «Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de **nulidad** de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización».

5.- En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, al decir: «[l]a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».

Asimismo, el antes referido Auto TJUE de 11 de junio de 2015 ha dispuesto:

«...Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición transitoriasegunda de la Ley 1/2013 y del art. 4, apartado 1, del Decreto- ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo **hipotecario**, mientras que el ámbito de



aplicación del art. 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios.

Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales.

Los arts. 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo **hipotecario**, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:

- No prejuzgue la apreciación del carácter "abusivo" de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y

- No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva».

6.- Y por si ello fuera poco, el mismo auto TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la **nulidad absoluta** de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su **nulidad absoluta** con independencia de que se haya aplicado o no. A cuyo efecto proclama: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del art. 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 consiguiente, con base en la doctrina que se contiene en la espesada sentencia, procede rechazar el motivo alegado.

TERCERO.- INFRACCIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. INCOMPETENCIA OBJETIVA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA PARA CONOCER DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS RESTANTES CLÁUSULAS IMPUGNADAS, POR CORRESPONDER LA COMPETENCIA A LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL.

En segundo lugar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 459 de la LEC, alega la entidad bancaria la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para analizar la abusividad de las restantes cláusulas impugnadas por el actor en su escrito de demanda, en la que se ha producido una acumulación indebida de acciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 ter. 2 d) de la LOPJ, al tratarse de "acciones relativas a la condiciones generales de contratación", al entender que la acción ejercitada cumple con los presupuestos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, desarrollando a continuación la argumentación en la que sustenta este motivo.

La competencia objetiva, cuando atiende al criterio de la materia, parte de las siguientes consideraciones:

1ª La competencia se determina en la Ley -que ha de ser previa y cierta- con carácter abstracto, para una determinada clase de asuntos o materias. Por lo general, la materia se define, a su vez, por el derecho subjetivo que se deduce en juicio, y no por la concreta pretensión que, para su protección, ejercite el demandante. Ello es así, por cuanto los sistemas procesales modernos no se basan en un catálogo cerrado de acciones judiciales, sino en cláusulas generales de protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos (y así lo hace, en nuestro ordenamiento, el artículo 24 de la Constitución y, en desarrollo del mismo, el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de modo que, respecto un mismo derecho subjetivo o interés legítimo, a su titular se le abren distintas posibilidades de organizar su defensa, según sea el tipo de agresión que haya sufrido el derecho o el interés, el contenido **jurídico** del mismo y la defensa que le interese a su titular en el momento en que lo actúa.

2ª Siendo esta la regla general, existen determinados supuestos en que la asignación de una materia genérica, no satisfaría la concreción de la competencia objetiva, pues no bastaría la referencia a un determinado derecho subjetivo. Son los casos en que la legislación reconoce la defensa de los denominados intereses difusos, en los que sería difícil si no imposible, referir la materia a un determinado titular de un determinado derecho. En



tales supuestos, se reconocen acciones colectivas o de clase, y es en relación a ellas conforme se determina la competencia objetiva.

En la distribución de tal clase de competencia entre Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil, se aprecian estos dos criterios de asignación de la competencia objetiva *ratione materiae*.

Así en el artículo 86 ter, apartado 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obedecen al primer criterio (designación de una materia, sin concreción de la pretensión ejercitada) los supuestos contenidos en los apartados a), b) y c), mientras que el resto de subapartados obedecen al segundo de los criterios.

En el segundo, en cambio, la Ley selecciona dentro de una determinada materia -las condiciones generales de la contratación- una determinada clase de pretensión -las acciones sobre esa materia en los casos previstos en la legislación específica- para atribuir éstas, y sólo éstas, a los Juzgados de lo Mercantil. Por eso, únicamente conocerán éstos de las acciones de no incorporación, de cesación, de retractación o la declarativa que se define en el artículo 12.4, mientras que cualquier otra pretensión, aun basada en la Ley mencionada, corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia.

En la demanda origen del presente procedimiento, se interesa la **nulidad** del contrato de préstamo debido al carácter abusivo de algunas cláusulas, lo que nos remitirá a la aplicación de la normativa de protección de consumidores, que expresamente indica en su fundamentación jurídica y por tanto, aun cuando también se citen diversos preceptos de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, esta mera invocación no basta para determinar la competencia del Juzgado de lo Mercantil, ejercitándose además una acción individual, y en consecuencia, todo ello nos lleva a afirmar en este caso que la competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, como acertadamente determinó el Juzgador de Instancia.

Por tanto decae el motivo esgrimido.

CUARTO.-CLÁUSULA CUARTA, APARTADO 4. COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS VENCIDAS.

En tercer lugar, muestra la entidad demandada su disconformidad con la declaración efectuada por la sentencia de instancia como abusiva de la cláusula 4ª.4 del contrato, pues entiende que obvia la repercusión de los **gastos** ocasionados por los servicios prestados y que constituyen la forma natural de retribución de los bancos, que, por otra parte, han sido comunicados al Banco de España.

La expresada cláusula es del siguiente tenor: *"La reclamación por el Banco a la parte prestataria de débitos vencidos impagados devengará una comisión por gestión de 30 € por cada recibo impagado, que se hará efectiva por la parte prestataria en el momento del pago de los débitos previamente reclamados, sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los **gastos** y costos originados por su incumplimiento, conforme a lo pactado en la cláusula siguiente"*.

Además de dar por reproducido los acertados argumentos de la sentencia apelada, esta misma Sala en su sentencia de fecha 27 de mayo de 2011, declaraba:

"Como expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 14 de abril de 2009, el Banco de España, en la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2007, expone cuáles son los requisitos para el cobro de cualquier comisión, estableciendo literalmente "la normativa que regula las comisiones aplicables por las Entidades de Crédito establece como principio básico la libertad para su fijación (números 1º y 5º de la orden de diciembre de 1.989 y norma 3ª de la circular del Banco de España N.º 8/1990 (en adelante CBE N.º 8/1990)", si bien, impone dos requisitos para que resulte procedente su cobro, uno material y es que respondan a servicios efectivamente prestados que hubieren sido aceptados o solicitados en firme por el cliente, y otro de índole formal y es que se recojan en el contrato y/o en un folleto de tarifas, redactado de forma clara, concreta y fácilmente comprensible, folleto éste que ha de quedar registrado en el Banco de España antes de su aplicación y que debe estar a disposición de los clientes en todas y cada una de las oficinas abiertas al público. Es decir, la memoria, a priori, y en relación al cobro de comisión por descubierto, contempla la posibilidad, en tales supuestos, de cobrarse por la Entidad crediticia comisión junto al interés de descubierto, siempre y cuando la comisión responda a un servicio efectivamente prestado".

La cláusula tal y como aparece configurada impone de forma automática una comisión de 30 € por recibo impagado, sin que se prevea que deba justificar la existencia efectiva del **gasto**, produciendo con ello un importante desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, de conformidad con lo dispuesto en Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo 10 bis 1, según la redacción dada tras la reforma operada por Ley 7/1998, de 13 de abril, por lo que es correcta su declaración de abusiva.

Por consiguiente, no puede prosperar el motivo de impugnación.



QUINTO.- CLÁUSULA QUINTA. GASTOS.

Discrepa también la parte apelante con la sentencia de instancia que declara abusiva la expresada cláusula, exponiendo en su recurso las razones por las que combate dicha declaración, a las que nos remitimos y damos aquí por reproducidas.

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

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

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

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y **gastos**, procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por el cumplimiento del contrato para el cobro del crédito, incluyendo los **gastos** y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama o notariales), así como los derivados por los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos honorarios de Abogados y Procurador aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuera preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª".

La abusividad de la expresada cláusula ha sido declarada por la STS (Pleno) de fecha de 23 de diciembre de 2015, que declara:

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

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los **gastos** de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los **gastos** derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o



solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los **gastos** producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

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

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo **hipotecario**, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y **Actos Jurídicos Documentados** dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes 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.

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 .

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".

En definitiva y a tenor del contenido de la expresada sentencia, se desestima al alegato formulado por la entidad actora respecto a la validez de la cláusula.

SEXTO.- Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación formulado, confirmándose la sentencia apelada en su integridad.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 de la LEC se imponen a la entidad apelante costas devengadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás generales de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia dictada por Juzgado de Primera Instancia núm. 97 de Madrid, nº 215/2013, de 27 de noviembre y, en consecuencia, **CONFIRMAMOS** la expresada resolución en su integridad.

Se imponen a la entidad apelante las costas devengadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Notifíquese esta resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 248.4 de la L.O.P.J. advirtiendo a las partes que contra esta sentencia Cabe interponer recurso de casación, y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la LEC el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 del expresado Texto Legal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2579-0000- 00-0306-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Remítase testimonio de esta resolución al juzgado de procedencia, con devolución de los autos en su caso, interesándose acuse de recibo.

Así por esta sentencia lo mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe