JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 02 DE COLMENAR VIEJO
C/ Padre Claret, 13 , Planta 1 - 28770
Tfno: 918474431
Fax: 918474442
42020310
(01) 31099349449
NIG: 28.045.00.2-2017/0002019
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 222/2017
Materia: Hipoteca
CIVIL-1, 2 y 9 con anterior par
Demandante::
PROCURADOR D./Dña. AGUSTIN ROBERTO SCHIAVON RAINERI
Demandado:: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

SENTENCIA Nº 152/2017

MAGISTRADO: José María Ortiz Aguirre

DEMANDANTE:
Abogado: don Diego Gallardo Ramírez
Procurador: Sr. Schiavon Raineri

DEMANDADO: BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA

Objeto del juicio: Nulidad condiciones generales de contratación.

En Colmenar Viejo, a 19 de julio de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador Sr. Schiavon Raineri, en nombre y representación de presentó demanda de juicio ordinario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara sentencia con el contenido que recoge en su suplico.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite por decreto que, además, emplazó a la demandada. Así, en representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, compareció el Procurador Sr., quien presentó escrito de contestación a la demanda en la que, tras señalar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara sentencia por la que se desestime la demanda.

TERCERO.- La audiencia previa tuvo lugar el día de hoy y tras intentar la conciliación sin éxito, se fijaron los hechos controvertidos y, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se propusieron las pruebas, limitándose ambas partes a la documental, por lo que quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante del presente pleito, como prestataria, firmó un préstamo hipotecario en fecha 7 de agosto de 2014 con la entidad demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA por importe de 235.000 euros, (documento núm. 1 de la demanda).

Con la presentación de la demanda, la referida demandante pretende la declaración de nulidad de las CLÁUSULAS QUINTA (GASTOS Y OBLIGACIONES A CARGO DEL PRESTATARIO), en cuanto a la imposición al prestatario de todos los gastos de formalización del préstamo y accesorios, y SEXTA (MORA).

La entidad demandada se opone a la declaración de nulidad de las referidas condiciones generales.

SEGUNDO.- La jurisprudencia (Sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio; 241/2013, de 9 de mayo; 166/2014, de 7 de abril; 246/2014, de 28 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre; y 677/2014, de 2 de diciembre) ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil. Su eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparentes en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumpla unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores, que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Lo expuesto supone que, tratándose de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, la ausencia de vicios del consentimiento o, lo que es lo mismo, que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Es más, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) dictada en aplicación de la Directiva 1993/13/CEE ha resaltado la importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores. La STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brursrsse y de Man Garabito, ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de esta (apartados 43 y 44).

En conclusión, el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, y que, como veremos más adelante, tal desvinculación deba ser apreciada de oficio por los órganos judiciales, en una dimensión que entronca con el orden público comunitario. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (artículo 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

Se alega con frecuencia que las cláusulas de contratos bancarios son objeto de negociación individual, lo que vendría refrendado por la intervención del notario en la formalización de la póliza de préstamo.

El argumento no puede ser aceptado. Para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse "no negociada" y, por tanto, le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (en particular, la Ley y posteriormente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE cuando establece que "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

Como afirmó la Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, la exégesis de dicha norma impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general pre redactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están

estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, oponiendo resistencia pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que existan varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas.

En conclusión, hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, párrafo 150, y lo ha reiterado en posteriores Sentencias, como la núm. 265/2015, de 22 de abril.

TERCERO.- Desde que postuló el establecimiento de controles de contenido específicos para las cláusulas no negociadas insertas en contratos celebrados con consumidores y la nulidad y no vinculación del consumidor a las que se consideraran abusivas, se planteó el problema de si este control de abusividad podía aplicarse a las cláusulas que regulaban los elementos esenciales del contrato, esto es, las características y cualidades del objeto del mismo y su adecuación al precio.

Es más, ciertos autores consideraron que las cláusulas que regulaban estos elementos esenciales no podían considerarse en ningún caso "condiciones generales de la contratación", y debían entenderse siempre como cláusulas negociadas.

Este último extremo se encuentra ya resuelto desde el momento en que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos", entendió que Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no solo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales

reguladoras de las prestaciones esenciales), porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que, por tanto, estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación; y dado que la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Cajamadrid , párrafo 32, afirmó que "las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva...". Ciertamente dicha Directiva es la que regula las cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, pero no es menos cierto que es anecdótico el supuesto en que las mismas no sean condiciones generales de la contratación, y en todo caso podrán considerarse como "cláusulas no negociadas", que es lo que regula esta Directiva (art. 3.1).

Pero, pese a no ser problemático que las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato pueden considerarse como "no negociadas individualmente" a efectos de aplicar el control de incorporación y las reglas de interpretación "contra proferentem", seguía siendo problemática la cuestión de si era posible un control de abusividad, esto es, un control de contenido.

En el Derecho de la Unión, en la Directiva 1993/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, el art. 4.2 estableció:

"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".

De la redacción del precepto parecía desprenderse dos conclusiones. La primera, que no era posible realizar el control de abusividad sobre las cláusulas que regulaban los elementos esenciales del contrato (características del producto o servicio y adecuación del mismo al precio). La segunda, que sobre estas cláusulas solo podía realizarse un control de incorporación.

Estas conclusiones se han desvelado erróneas, o cuanto menos inexactas.

La primera, porque la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Cajamadrid, declaró que los artículos 4, apartado 2 , y 8 de la Directiva 1993/13/CEE no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible. El art. 8.bis introducido por la Directiva 2011/83/UE confirma esta posibilidad.

Pero en nuestro Derecho interno, sin perjuicio de previsiones específicas que determinan en ciertos supuestos el precio máximo por un

determinado bien o servicio (por ejemplo, el interés por descubiertos en cuentas corrientes concertadas con consumidores, que no puede superar en 2,5 veces el interés legal según el art. 20.4 LCCC), o las características que deben reunir determinadas prestaciones (por ejemplo, determinados suministros de electricidad o gas), el legislador no ha hecho uso con carácter general de esta posibilidad. Es más, el control del equilibrio de las "contraprestaciones" de la redacción originaria de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios fue sustituido por el de "los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" en la modificación que en la misma introdujo la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, mediante la que se traspuso en España la Directiva comunitaria.

Por tanto, como regla, no puede examinarse la abusividad del contenido de las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato por el desequilibrio entre las contraprestaciones. Así lo entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, y en la 241/2013, de 9 de mayo. En este sentido, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control.

La segunda conclusión tampoco era correcta, porque el control a realizar cuando las cláusulas no estuvieran redactadas de manera clara y comprensible va más allá de un mero control de incorporación. La Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior Sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, declaró 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 supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia (párrafos 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 y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia [...] 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 que "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). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticiamente 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. 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 subrepticiamente 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 han declarado también las Sentencias núm. 138/2015, de 24 de marzo, y 222/2015, de 29 de abril.

En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, declaró que conforme a la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva el contrato debe exponer "de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste".

La STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, confirma la corrección de esta interpretación al afirmar que "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical" (párrafo 71), que "esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva" (párrafo 72), que "del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, tras declarar en su apartado 41 que, a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que "la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

Puede considerarse que este control de transparencia tiene mucho que ver con el control de las cláusulas sorprendentes, esto es, aquellas cuya presencia no podía ser razonablemente esperada en el contrato, y su prohibición responde al criterio de la exigencia de buena fe en la predisposición de condiciones generales de la contratación.

CUARTO.- Sobre el concepto de cláusula abusiva, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se reproduce en general el concepto auténtico recogido en el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las

cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, y en el art. 82 TRLGDCU para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que definen la cláusula abusiva diciendo que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Es decir, los elementos que forman el concepto de cláusula abusiva son:

1.- que causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones,

2.- en contra de las exigencias de la buena fe,

3.- tratándose de cláusulas no negociadas individualmente y no consentidas expresamente,

4.- en perjuicio del consumidor.

Se ha discutido en la doctrina si tales elementos son acumulativos o si pueden ser apreciados por separado, concluyéndose en general que el "desequilibrio importante" ha de estar siempre presente.

El Tribunal de Justicia ha declarado que la directiva define de una manera especialmente amplia los criterios que permiten efectuar la apreciación de abusiva, abarcando expresamente "todas las circunstancias" que concurran en la celebración del contrato de que se trate (STJE 15/03/2012); es decir, en una primera aproximación ha de partirse de una interpretación extensiva del carácter de abusivo.

Sin embargo, no puede darse un concepto estricto de cláusula abusiva, pues su determinación exige atender al caso concreto y a las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, atender a la totalidad de las cláusulas pactadas y a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato (art. 82.3 TRLGDCU para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE), aunque ha de apuntarse que, si bien tal declaración es competencia del juez nacional que está conociendo cada caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado otro paso adelante y ha establecido ciertos criterios a ser valorados por el juez nacional, determinando que es de su competencia la interpretación de los criterios que el juez nacional debe aplicar al examinar la cláusula contractual; apunta la doctrina que lo que debe guiar nuestra actuación son los principios generales del derecho.

La misma doctrina del Tribunal Supremo contenida en su sentencia de 9/05/2013 ha recogido, analizando los presupuestos para la abusividad recogidos en el art. 8 de la Ley de condiciones generales de la contratación y en el art. 3.1 de la Directiva 93/13, en su apartado 233 los requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas como los siguientes:

Que se trate de condiciones sin negociarse de forma individualizada.

Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Que el desequilibrio perjudique al consumidor.

Algunos criterios considerados para la declaración de abuso por el Tribunal Supremo, son el ya anteriormente analizado control de transparencia de forma que cuando la información se proyecta sobre elementos esenciales del contrato debe permitir al consumidor percibir su importancia y su alcance, sin que la información quede enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas (sentencia de 9/05/2013) y determina que en orden a la información facilitada en extensos folios, el doble filtro de transparencia en los contratos con consumidores exige no solo la inclusión de la información en el contrato, sino también la comprensibilidad real de su importancia, de forma que:

"211.... 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.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

Y continúa tal sentencia afirmando que falta transparencia si:

"225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Otros principios jurisprudenciales son que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, con cumplimiento del deber de la "concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de

comprensión directa" que se exige en la materia [art. 10.1.a) LGDCyU] y que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener completo conocimiento de todas las cláusulas, por lo que la existencia de cláusulas oscuras ha dado lugar a su declaración de abusiva, así como también las indeterminadas o genéricas, pues pueden permitir al empresario una interpretación abusiva y perjudicial para el cliente (sentencias TS de 16/12/2009 y art. 5 de la directiva 93/13).

Por último, y analizándose el derecho dispositivo desplazado desde la perspectiva de la buena fe, se insiste en que el principio de la buena fe objetiva sentado en el art. 1258 CC significa que ha de analizar si existe un desplazamiento injusto y no equitativo de las normas dispositivas. En palabras de VICENT CHULIÁ, se trataría de tener en cuenta las normas que con arreglo a la buena fe contractual cabe esperar en el ámbito privado por parte de las entidades de crédito.

Es decir, la buena práctica comercial exige un plus sobre el siempre exigible cumplimiento íntegro de la legalidad, como haber informado bien al cliente, haberse cerciorado de que el cliente ha comprendido las obligaciones asumidas, que el producto colocado era apropiado para él y por él solicitado, y que el cliente ha tenido tiempo para leer el contrato, comprenderlo y tomar la decisión contractual acorde con sus intereses. En aplicación de tal doctrina jurisprudencial, la consecuencia ante el incumplimiento de los deberes imperativos de información al consumidor establecidos en las normas legales aplicables ha de ser la declaración de abusiva de la cláusula en cuestión, y su no aplicabilidad en perjuicio del consumidor.

Por otra parte, debe aclararse que la mera lectura por el notario de la escritura no supone información adecuada.

Como reza la STS antes citada de 8 de septiembre de 2014:

"En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia."

Señala la STS de 24 de marzo de 2015:

"Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada."

QUINTO.- En la aplicación de la doctrina expuesta al supuesto de autos, debemos partir de que no se pone en duda la condición de "consumidor" de la demandante.

Por otro lado, en lo que se refiere a la CLÁUSULA QUINTA (GASTOS Y OBLIGACIONES A CARGO DEL PRESTATARIO); si bien en lo relativo a gastos preparatorios de la operación, así como por aranceles notariales y registrales como consecuencia de la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca e impuestos (apartados 5.1.1 y 5.1.2 de la cláusula), debo señalar lo siguiente:

1. La Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015), se refiere en su fundamento jurídico Quinto, letra g) a una cláusula que, análogamente a la aquí discutida, asigna al prestatario los gastos e impuestos que se ocasionen por razón del contrato, y los de constitución, conservación y cancelación de la garantía hipotecaria. El Tribunal Supremo argumenta a partir de la consideración como cláusulas abusivas de las que impliquen la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario (artículo 89.3 LGDCU).

2. Su desarrollo argumental a propósito de los gastos de formalización e inscripción de la escritura es trasladable a nuestro caso. Dice el Tribunal Supremo, invocando como precedente su Sentencia de 1 de junio de 2000 (ROJ: STS 4511/2000 - ECLI:ES:TS:2000:4511), que en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU). Aparentemente, esta última mención debe entenderse hecha al artículo 89.3.

3. También son aplicables a nuestro caso las consideraciones que el Tribunal Supremo hace a propósito de los tributos, cuyo pago asigna la cláusula al prestatario con independencia de que sea o no el verdadero sujeto pasivo del impuesto. Dice la STS de 23 de diciembre de 2015, que cita como precedente la de 25 de noviembre de 2011 , 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".

La declaración de nulidad de ambas cláusulas (ex art. 1303 CC) en sendos contratos aquí impugnados, lleva a la consecuencia de expulsar dichas cláusulas del contrato, dado que pueden subsistir ambas pólizas sin las mismas, debiendo la entidad bancaria devolver al consumidor – aquí demandante – todos los gastos realizados en aplicación de la mencionada cláusula nula. En nuestro caso, de acuerdo con lo reflejado en el documento núm. 2 aportado con la demanda y no impugnado de contrario (ex art. 326 LEC), dichos gastos ascienden al importe de 3.904,27 euros que la entidad bancaria demandada deberá restituir a la demandante, más los intereses del art. 1108 CC desde la fecha de pago.

Dicha consecuencia restitutoria, así como la imposibilidad de su moderación, derivan de la propia doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Sentencia TJUE de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank/José Hidalgo Rueda y otros, en los asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21:

"… procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a DEJAR SIN APLICACIÓN LA CLÁUSULA CONTRACTUAL ABUSIVA, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, SIN ESTAR FACULTADOS PARA MODIFICAR EL CONTENIDO DE LA MISMA. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C 618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C 488/11, EU:C:2013:341, apartado 57)."

¿Por qué?, la propia sentencia citada señala:

"… 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 artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, 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 …"

En cuanto a la posibilidad del juez de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional: "… 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 artículo 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 LA 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 representaran para éste una penalización…"

SEXTO.- En relación con la CLÁUSULA SEXTA (MORA), el como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia 21 de enero de 2015; asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13):

"37 En este contexto, debe recordarse que, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase el auto Sebestyén, C 342/13, EU:C:2014:1857, apartado 29 y jurisprudencia citada)."

38 En este sentido hay que recordar, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 64).

39 Por lo tanto, es preciso considerar que, en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional.

40 Ello implica en particular, por una parte, que cuando el juez nacional debe examinar una cláusula de un contrato relativa a intereses de demora calculados a partir de un tipo inferior al previsto por la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, la fijación por ley de ese límite máximo no impide a dicho juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13. De este modo, no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva.

41 Por otra parte, en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula.

42 Por consiguiente, del conjunto de las anteriores consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

— no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y

— no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva."

En nuestro caso, resulta evidente que la fijación, como interés de demora el consistente en *"añadir 20 puntos al tipo de interés ordinario que resulte de aplicación en tal momento"* resulta contrario a las disposiciones de legalidad interna que tratan de mantener el equilibrio de la posición entre la entidad bancaria (en preeminencia) y el consumidor (en inferioridad), ya observemos lo dispuesto en el art. 114 LH, en la redacción dada por la Ley 1/2013, ya nos acojamos a las resoluciones del Tribunal Supremo en relación con los intereses de demora en préstamos no

hipotecarios (SSTS 7/09/2015 [ROJ: STS 3828/2015] que confirma la doctrina sentada en la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril y que consideraba abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal). En consecuencia, procede también declarar la nulidad de la cláusula que fija en interés moratorio dejándola sin efecto, según reiterada doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, con lo que el contrato sólo devengará el interés remuneratorio hasta su completo pago, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo que he citado con anterioridad.

SÉPTIMO.- En materia de costas, la plena estimación de la demanda conlleva la imposición de las causadas en la instancia a la parte demandada, al no existir dudas de hecho o derecho que justifiquen otro pronunciamiento (art. 394.1 LEC).

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

FALLO

ESTIMAR TOTALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Schiavon Raineri, en nombre y representación de, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA y, en su virtud:

1.- Declarar la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, la imposición al prestatario de todos los gastos de formalización del préstamo y accesorios.

2.- Condenar a la demandada a abonar a la prestataria la cantidad de 3.904,27 euros, en concepto de reparación del gasto soportado por las partidas anteriores, en concreto, la imposición de los siguientes gastos: notariales, registrales, e impuesto de actos jurídicos documentados, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de pago por el prestatario.

3.- Declarar la nulidad de la estipulación que establece el interés de demora de 20 puntos más interés remuneratorio aplicable al contrato.

Todo ello con imposición de las costas de la instancia a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá interponerse en plazo de 20 días siguientes al día en que se notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, José Mª Ortiz Aguirre, Magistrado Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm. 2 de Colmenar Viejo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en COLMENAR VIEJO el día de la fecha arriba señalado, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.