

**XDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3  
FERROL**

SENTENCIA: 00118/2017

**Procedimiento: Juicio Ordinario 726/2016**

**SENTENCIA**

En Ferrol, a veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos por DOÑA AMELIA MARÍA PÉREZ MOSTEIRO, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ferrol, y su partido, los autos del Juicio Ordinario, seguidos ante este Juzgado, con el número 726 del año 2016, en el ejercicio de la acción individual de nulidad de cláusulas insertas en el contrato de préstamo hipotecario, seguido a instancias de DON Y representados, ambos, por la Procuradora de Los Tribunales Sra. Montero Veiga, y asistidos por el Letrado Sr. , contra la entidad

representada por la Procuradora de Los Tribunales Sra. Fernández Diéguez (sustituida en el acto de la audiencia previa por su compañero el Procurador de Los Tribunales Sr. Fariñas Sobrino), y asistido por la Letrada Sra. (sustituida en el acto de la audiencia previa por su compañero el Letrado Sr. Andaruz Corujo).

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Por la Procuradora de los Tribunales Sra. Montero Veiga, en la representación indicada se presentó, telemáticamente, ante la oficina de registro y reparto civil del Decanato de los Juzgados de Ferrol, en fecha 15 de septiembre de 2016, demanda contra la entidad Unión de Crédito Inmobiliarios, SA, Establecimiento Financiero de Crédito (en adelante ), a tramitar por los cauces del procedimiento ordinario, en la que fijó la cuantía de la demanda como indeterminada, y que una vez fue turnada, correspondió, por reparto, su tramitación a este Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ferrol.

En la citada demanda la parte actora, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación,

finalizó con la súplica en la cual interesaba que se dictara sentencia en la que se tenga por nulas y no desplieguen ningún efecto las siguientes cláusulas:

- 1ª.- La cláusula tercera (no tercera bis como se señala en la demanda), en su epígrafe 3ª), rotulado como "devengo, cálculo y liquidación de intereses", el inicio que señala: "para el periodo transcurrido desde hoy hasta la fecha de vencimiento de la primera cuota, el importe de los intereses devengados se obtendrá multiplicando el capital pendiente al día de cálculo por el tipo de interés nominal vigente y por el número de días dividiendo su resultado por treinta y seis mil (...)".
- 2ª.- La cláusula cuarta, rotulada como "comisiones y coste efectivo de la operación, en su apartado A, epígrafe d) referida a la "comisión por reclamación de posiciones deudoras".
- 3ª.- La cláusula quinta, rotulada como "gastos a cargo de la parte prestataria", en sus apartados a), b), c), e), g) y f) (no h) como consta en la demanda conforme a la rectificación realizada en el acto de la audiencia previa).
- 4ª.- La cláusula sexta, en la parte referida a los intereses moratorios, en su epígrafe 3ª, que reza del siguiente tenor: "3.- en los supuestos mencionados en los números anteriores, el interés de demora se liquidará diariamente multiplicando el capital pendiente por el tipo de interés de demora y dividiéndolo por 360 con el fin de transformar el tipo de interés anual en un tipo de diario".
- 5ª.- La cláusula sexta, en lo que se refiere a la resolución anticipada, en su apartado a), que reza del siguiente tenor: "a) No obstante el vencimiento pactado, podrá declarar vencido de pleno derecho el préstamo y hacer exigibles la totalidad de las obligaciones de pago contraídas por la parte prestataria, cuando ésta no satisficiera alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en esta escritura y además por los siguientes causas".
- 6ª.- La cláusula duodécima, rotulada "cesión de crédito" que reza del siguiente tenor: " . podrá ceder el crédito que se deriva de este contrato a un tercero o emitir una participación hipotecaria que lo represente, sin necesidad de la notificación de la cesión a la parte prestataria quien renuncia expresamente a este derecho".

7ª.- La cláusula decimotercera rotulada como "segundas copias y subsanaciones".

8ª.- La cláusula decimosexta.

9ª.- La cláusula decimoseptima.

Solicitando como consecuencia de esta declaración de nulidad que:

- Las partes se reintegren, con los correspondientes intereses, cuanto por aplicación de las citadas cláusulas hubieran recíprocamente intercambiado.

- El préstamo continúe su devenir tras la expulsión de las citadas cláusulas.

Y todo ello con expresa condena a la demandada a pagar al pago de las costas que en este juicio se causen.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda de Juicio Ordinario presentada, previa la subsanación del apoderamiento al Procurador, mediante Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de fecha de 23 de septiembre de 2016, se acordó dar traslado de la misma a la demandada, emplazándola por 20 días para contestar, con los apercibimientos legales e inherentes a este emplazamiento.

La demanda, fue notificada a la entidad bancaria demandada, en fecha 21 de noviembre de 2016, tal y como consta en diligencia de notificación y emplazamiento practicada por el Servicio Común de Actos de Comunicación de Madrid.

**TERCERO.-** Por escrito presentado, telemáticamente, ante la oficina de registro y reparto civil del Decanato de los Juzgados de Ferrol, en fecha 22 de diciembre de 2016, se presentó, por la representación procesal de la entidad demandada, contestación a la demanda en la cual, reconociendo la realidad y eficacia del negocio jurídico que vinculaba a los litigantes, contrato préstamo hipotecario, se oponía a la misma en los siguientes términos, sucintamente expuestos:

En primer lugar, "rechazamos el carácter adhesivo del préstamo concedido" e igualmente el carácter abusivo de las cláusulas relativas a los intereses, remuneratorios y de demora. Así como la falta de transparencia e información denunciada de contrario.

En segundo lugar, señala que las cláusulas fueron previamente conformadas y consensuadas con la parte prestataria, actuando la misma con conocimiento absoluto de lo que se estaba firmando.

En tercer lugar, refiere la demandada que, las cláusulas denunciadas eran conocidas, con carácter anticipado, por los actores a quienes les entregaron: oferta vinculante, e información previa, así como folleto de tarifas de comisiones, condiciones de valoración gastos repercutibles... Habiendo sido informados de las características del préstamo, cuotas mensuales en función del tipo de interés. Por lo que, señala que hubo claridad y transparencia total.

En cuarto lugar, estima la demandada que, las cláusulas no son condiciones ni impuestas ni predispuestas, superando los controles de incorporación y transparencia según la jurisprudencia aplicable.

Por lo que, expuestos los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación finalizó con la suplica en la que solicitaba la desestimación de la demanda con expresa imposición de las costas a la parte actora.

**CUARTO.-** Por Diligencia de Ordenación, de fecha 23 de diciembre de 2016, se tuvo por contestada la demanda, convocándose a las partes a la celebración de la audiencia previa la cual quedó señalada para el día 12 de enero de 2017.

La fecha fijada para la celebración de la audiencia previa tuvo que ser modificada, por las circunstancias que constan en los autos, fijándose nuevamente para su celebración el día 19 de enero de 2017.

**QUINTO.-** Llegado el día de celebración de la audiencia, a la misma comparecieron, debidamente representadas y asistidas de letrado, ambas partes. Por ello, una vez abierto el acto, la actora y la demandada se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la demanda. Así que, no siendo posible llegar a un acuerdo, se solicitó el recibimiento del pleito a prueba, proponiendo cada una de ellas, como prueba, la documental aportada en autos, siendo ésta admitida y declarada pertinente en los términos que constan reflejados en el acta de grabación de vista.

Por lo que, siendo la única prueba admitida y declarada pertinente la documental, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

**SEXTO.-** En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar sentencia por la carga de trabajo y agenda de señalamientos de este Juzgado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Acción ejercitada por la parte actora. Posición de la demandada.

Para la resolución de esta contienda es preciso fijar los antecedentes fácticos necesarios, y no controvertidos en tanto que se suscita, en la presente litis, contienda sobre la posible nulidad de determinadas cláusulas calificadas como abusivas, por la parte actora, de acuerdo con lo establecido en los artículos 80, 82 y 89 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante TRIGU) (artículo 10 y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio); y, sus consecuencias, accesorias, de condena a la entidad financiera a la devolución de las cantidades que hubieran satisfecho los consumidores, con motivo de la aplicación de las mismas, como: cantidades abonadas indbididamente por aplicación de la cláusulas que, en su caso, pudieran reputarse nulas por abusivas.

De este modo, son hechos conformes, ex artículo 281.3 de la LEC, que:

1ª.- En fecha 5 de junio de 2006 se firmó por los actores con la entidad <sup>1</sup>, la escritura de préstamo hipotecario, ante el Notario del Ilustre Colegio de Galicia, con residencia en Ferrrol, Don Fernando-José Rivero Sánchez-Covisa, la cual consta con el número corriente de su protocolo notarial 1.293.

2ª.- En la citada escritura, entre sus cláusulas financieras, se establecía:

- Capital del préstamo, 116.000,00€.

- Amortización, 480 cuotas con periodicidad mensual, integradas en cuatro fracciones temporales. En la cuarta fracción temporal se comprenden 420 cuotas siendo el importe de estas cuotas determinado de acuerdo con: el tipo de interés que resulte aplicable según lo establecido en la estipulación tercera bis; y el capital pendiente a dicha fecha, de manera que el mismo sea totalmente reembolsado durante el resto del mismo.

- Remuneración del préstamo: Intereses ordinarios se fijan en la cláusula tercera del contrato, estableciéndose en el punto 3º el "devengo, cálculo y liquidación de los intereses", los cuales comenzaran a devengarse a partir de la fecha de la firma del préstamo ("a partir de la fecha de hoy"), con carácter mensual, el día 5 de cada mes o inmediato hábil anterior, si éste es inhábil. El importe de los intereses según se fija en el punto 3º de la cláusula tercera, se obtendrá "multiplicando el capital pendiente el día del cálculo por el tipo de interés nominal vigente y dividiendo su resultado por mil doscientos. Para el período transcurrido desde hoy hasta la fecha de vencimiento de la primera cuota, el importe de los intereses devengados se obtendrá multiplicando el capital pendiente al día de cálculo por el tipo de interés nominal vigente y por el número de días del período y dividiendo su resultado por treinta y seis mil".

3º.- Asimismo, se pactaban, en la citada escritura, las siguientes cláusulas cuya nulidad solicita la parte actora:

- Cláusula cuarta, bajo la rúbrica "comisiones y coste efectivo de la operación", en su letra d) "la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer a <sup>1</sup>, en concepto de reclamación de posiciones deudoras, una comisión devengada en el momento de producirse cada reclamación y liquidable y pagadera a su cancelación, cuyo importe será el que se encuentre comunicado al Banco de España y vigente en el momento de devengarse".

- La cláusula quinta, rotulada como "gastos a cargo de la parte prestataria", en sus apartados:

a) [En particular serán a cargo de la prestataria], "los gastos de tasación del inmueble y los de las sucesivas tasaciones del mismo que sea preciso practicar, cuando a juicio de <sup>1</sup>, haya podido producirse una disminución de su valor".

b) "los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución modificación o cancelación de la hipoteca".

c) "impuestos".

e) "Los gastos judiciales o extrajudiciales derivados del incumplimiento de sus obligaciones por la parte prestataria, incluidos los honorarios de abogados, aunque su intervención no venga exigida por la Ley".

f) "Los honorarios de la persona o entidad encargada de las gestiones necesarias para la inscripción y liquidación de la presente escritura y de las previas necesarias".

g) "Los gastos de correo, teléfono u otros medios de comunicación que pudieran generarse".

- La cláusula sexta, bajo la rúbrica "Intereses de demora y resolución anticipada".

A) Intereses de demora, que fija el tipo de interés de demora en el 18% aplicable a la totalidad del préstamo, señalando en el punto 3º que "en los dos supuestos mencionados en los números anteriores, el interés de demora se liquidará diariamente multiplicando el capital pendiente por el tipo de interés de demora y dividiéndolo por 360 con el fin de transformar el tipo de interés anual en un tipo de diario". Fijando en el punto 4º que a los efectos del cálculo y devengo de los intereses de demora, los intereses ordinarios se entenderán capitalizados.

B) Resolución anticipada, interesando la parte actora la nulidad del apartado letra a) de este epígrafe que establece:

"No obstante el vencimiento pactado, podrá declarar vencido de pleno derecho el préstamo y hacer exigibles la totalidad de las obligaciones de pago contraídas por la parte prestataria, cuando ésta no satisficiera alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en esta escritura y además por los siguientes causas".

- La cláusula duodécima, rotulada "cesión de crédito" que reza del siguiente tenor: " podrá ceder el crédito que se deriva de este contrato a un tercero o emitir una participación hipotecaria que lo represente, sin necesidad de la notificación de la cesión a la parte prestataria quien renuncia expresamente a este derecho".

- La cláusula decimotercera rotulada como "segundas copias y subsanaciones".

- La cláusula decimosexta, relativa a la protección de datos en la que se señala "La parte prestataria y el avalista (en su caso) autorizan expresamente a (...) J, según lo regulado en la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, sobre protección de datos carácter personal, a la inclusión de sus datos de carácter personal (...) en un fichero automatizado, y a su tratamiento (...)".

- La cláusula decimoséptima, rubricada "cláusula de descalificación", señalando que "para el supuesto de ejecución y subasta de la finca hipotecada que tiene la condición de vivienda de protección oficial, si el precio máximo autorizado de venta no pudiera ser oficialmente incrementado hasta la cifra fijada como tipo para la subasta, el hipotecante se obliga a descalificar la vivienda hipotecada (...)".

Es, asimismo, un hecho probado, sin perjuicio de aquellos otros a los que se irá haciendo mención en esta resolución y en posteriores fundamentos jurídicos, ex artículo 326 en relación con el artículo 319 ambos de la LEC, en tanto el documento al que se hace mención no fue impugnado, que la parte actora, firmó, el escrito rubricado "oferta vinculante" documento cuya fecha de emisión fue el 2 de junio de 2006 según consta en el documento impreso aportado por la demandada. Si bien la demandada, no probó que la fecha de emisión y fecha de firma del documento fueran idénticas, pudiendo haber sido el citado documento impreso con una fecha y su firma posterior a ella (no se interesó por la demandada el interrogatorio de los actores), no habiendo tampoco acreditado, por lo que se dirá, cuál fue la información suministrada al consumidor.

Así que, sobre la base de estos hechos reclama la parte actora: la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas que cita en el suplico de su demanda, con las consecuencias accesorias dimanantes de esta declaración.

La entidad financiera se opone argumentando que:

Por un lado, las cláusulas cuya declaración de nulidad interesa la parte actora no tienen carácter adhesivo, ni han sido redactadas de forma unilateral por la demandada, en tanto fueron previamente consensuadas y confirmadas con la parte prestataria, actuando la misma con absoluto conocimiento de lo que estaba firmando.

Por otro lado, la parte prestataria fue informada de las características del préstamo, cuotas mensuales en función del tipo de interés. Por lo que, refiere que hubo total claridad y transparencia. Señalando que, las cláusulas no son condiciones ni impuestas ni predispuestas, superando los controles de incorporación y transparencia según la jurisprudencia aplicable.

**SEGUNDO.-** Señalado lo que antecede, son cuestiones controvertidas a tenor del escrito de contestación a la demanda:

Por un lado, la consideración de las cláusulas del contrato como condiciones generales de la contratación. Sin que sea un hecho controvertido el carácter de consumidores de los prestatarios, hoy demandantes.

Y por otro lado, partiendo de la consideración, o no, de las citadas cláusulas como condiciones generales de la contratación: si las mismas superan el control de inclusión y de transparencia, así como los principios de justo equilibrio de prestaciones y buena fe, en tanto no todas las cláusulas litigiosas definen el objeto principal del contrato. Por lo que, habrá que analizar como las citadas cláusulas inciden, o pueden incidir, en el contenido de las obligaciones asumidas por los prestatarios, permitiéndoles tener un conocimiento real y razonable de cómo juegan, o pueden jugar, en cuanto a sus efectos, sobre la economía del contrato.

**TERCERO.-** Carácter del clausulado como condición general de contratación.

Habiendo manifestado la demandada en su escrito de contestación a la demanda que falta el requisito de la imposición para que las cláusulas puedan ser calificadas como abusivas, procede hacer un breve análisis de la naturaleza y presupuestos que han de concurrir para que una estipulación contractual pueda tener la cualificación de condición general de contratación.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), establece en el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Y el apartado 2º del mismo precepto aclara que "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas atisadas se hayan negociado individualmente no

excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión".

A la luz de esta norma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante condiciones generales de la contratación los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Asimismo, la citada Sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertada, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el artículo 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, dispone que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula 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, por otra); segundo, que el conocimiento de una cláusula- sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de

las partes; y, tercero, que el cumplimiento por el profesional de los deberes de información, sean los generales o los exigidos por la normativa sectorial, no excluye la naturaleza de condición general de la contratación.

El artículo 1 de la LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, si bien podemos tomar como referencia lo dispuesto en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores.

Así, el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, 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".

Y el artículo 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reafirma que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente (...)".

El elemento determinante para constatar la naturaleza "impuesta" de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido, de tal forma que o se adhiera y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

Y esa "imposición" no desaparece por el hecho de que el empresario formule y el consumidor pueda elegir entre distintas de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios, ya que el artículo 1 de la LCGC no exige que la condición forme parte de todos los contratos que se suscriban, sino que se incorporen a "una pluralidad de contratos".

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el contratante o adherente haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

Podría discutirse si es necesario que el adherente asuma la iniciativa o, al menos, adopte una posición activa, en el sentido de oponerse formalmente a la cláusula en cuestión o a parte de su contenido. Pero esta interpretación, sostenida en su día por la jurisprudencia con base en la redacción inicial del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (cfr. la STS de 20 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 83711)), carece hoy de fundamento en cuanto que la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no exige la inevitabilidad, sino que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el artículo 281.4º de la LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (cfr. STS de 2 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1586)), 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013), como el resultado de la prueba practicada en el supuesto de que se trate.

Es verdad que el artículo 1 de la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas, pero, como destaca la STS de 9 de mayo de 2013, dicha previsión, expresamente recogida en el artículo 1 del proyecto, fue suprimida por entender que la empresa que afirma que una cláusula ha sido objeto de negociación individual asume la carga de la prueba, por lo que, demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de disponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, cabe dar por probado que "las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario".

A la vista de estas consideraciones, no hay duda de que las cláusulas discutidas se integran en el concepto de condición general de la contratación.

**CUARTO.** - Carácter abusivo de la cláusula que define el objeto del contrato. Cláusula tercera, cálculo de los intereses remuneratorios (y moratorios) para períodos inferiores al año, fija la duración en 360 días. Estableciendo: la cláusula

tercera, punto 3º), rotulado como "devengo, cálculo y liquidación de intereses":

"para el período transcurrido desde hoy hasta la fecha de vencimiento de la primera cuota, el importe de los intereses devengados se obtendrá multiplicando el capital pendiente al día de cálculo por el tipo de interés nominal vigente y por el número de días dividiendo su resultado por treinta y seis mil (...)".

En lo que a este punto se refiere, esta cláusula no sería abusiva, y por tanto nula, por falta de transparencia, sino porque, si bien cumple las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 de la LCGC para su incorporación al contrato (primer nivel de transparencia o control de inclusión), habrá que analizar si permite, o no, 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 (segundo nivel de transparencia o control de comprensibilidad real), y es precisamente esta circunstancia la que permite entrar a valorar si la cláusula ocasiona, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Dicho de otra manera, el control de abusividad no cabe respecto a las cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato, como es el caso, siempre que se redacten en términos claros y comprensibles, y, sensu contrario, cuando no sean transparentes podrán ser objeto de análisis desde el punto de vista de la abusividad.

Si la cláusula no cumple las exigencias previstas en los artículos 5 y 7.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (primer nivel de transparencia o control de inclusión), se tendrá por no puesta. Si las supera, habrá que estudiar el grado de comprensibilidad real en los términos expuestos, de manera que, en caso positivo, tratándose de una cláusula referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio o retribución, por una parte, y a los bienes o servicios que se entregan como contrapartida, por

otra, quedará excluido el control de abusividad, el cual procederá en caso contrario.

En todo caso, que una cláusula sea clara y comprensible no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor, sino que, en caso de que se describa o defina el objeto principal del contrato, no cabrá el control de abusividad, que si será posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieran al objeto principal del contrato. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que la cláusula sea desequilibrada y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.

En este sentido, como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, nos hallamos ante una cláusula referida al objeto principal del contrato en tanto que forma parte inescindible del precio y cumple una función definitiva o descriptiva esencial (cfr. el parágrafo 190), por lo que, como regla, no puede examinarse la abusividad de su contenido, aunque ello no supone que no se les someta al doble control de transparencia (cfr. parágrafos 196 y 197).

El primer filtro del control de transparencia viene dado por la fórmula de incorporación al contrato. Así, el artículo 5.5 de la LCGC establece que "La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"- y el artículo 7 de la LCGC dispone que "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 (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)".

La lectura de la cláusula recogida en el apartado 3º, cláusula tercera relativa a los intereses ordinarios, lleva a concluir que, en sí misma, la cláusula es clara.

La cláusula litigiosa es clara y comprensible desde el punto de vista lingüístico y gramatical. Cuestión distinta es que sea comprensible en el sentido de que exponga de manera transparente el funcionamiento del contrato de forma que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso, pudiera evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas y jurídicas derivadas a su cargo; pero esta cuestión afecta al segundo control de transparencia, no al primer control o control de incorporación, que en principio no suscita mayores dudas.

Por ello la cuestión se reconduce en realidad al segundo nivel o filtro, a saber, el control de comprensibilidad real. En relación a este control señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2013 que debe atenderse a la información suficiente sobre la carga económica (sacrificio patrimonial) y la carga jurídica (definición de su posición jurídica y distribución de riesgos); el entorno contractual próximo; las simulaciones mediante diversos escenarios; o la información previsible del comportamiento del índice de referencia al menos a corto plazo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4660) profundiza en este control de transparencia y lo incluye como parte integrante del control general de abusividad.

En el caso enjuiciado, habrá que examinar, atendiendo a los anteriores parámetros, la aplicación para el cálculo de los intereses ordinarios del año comercial de 360 días.

Ello es así por cuanto, si bien tal cuestión encuentra soluciones divergentes entre las distintas Audiencias Provinciales, lo cierto es que partiendo de la imposición de tal cláusula, la calificación de abusividad de la misma se hace depender del hecho de ser la misma comprensible en el sentido de que exponga de manera transparente el funcionamiento del contrato, permitiendo a la parte actora evaluar las consecuencias económicas y jurídicas derivadas, a su cargo, con motivo de la aplicación de la citada cláusula al contrato.

En este punto se ha de afirmar ya que si bien la aplicación para el cálculo de los intereses ordinarios del año comercial y no del año natural, no es en sí misma abusiva, por tratarse de un uso bancario admitido. Lo cierto es que en el supuesto que nos comprende la imprecisión de la cláusula, tal y como se encuentra redactada, puede suponer un menoscabo para el consumidor, en beneficio de la entidad financiera, provocando un enriquecimiento injusto a su favor, el cual no habría sido permitido por el consumidor de conocer o advertir las consecuencias de su aplicación.

En este sentido, si bien la cláusula fija que "el importe de los intereses devengados mensualmente se obtendrá multiplicando el capital pendiente el día del cálculo por el tipo de interés nominal vigente y dividiendo su resultado por mil docientos", señalando también en el siguiente párrafo que "Para el período transcurrido desde hoy hasta la fecha de vencimiento de la primera cuota, el importe de los intereses devengados se obtendrá multiplicando el capital pendiente al

día de cálculo por el tipo de interés nominal vigente y por el número de días del período y dividiendo su resultado por treinta y seis mil".

La realidad es que, la entidad financiera, si bien viene estableciendo como parámetro 12 meses, o 360 días del año comercial, sin embargo no precisa, a tenor de la redacción de esta cláusula, que el período mensual que debe tomarse en consideración, y aplicarse, sea entonces el referido al mes comercial, y no natural, es decir 30 días, y no 31 o 29/28 (en los meses de febrero sea el año bisiesto o no) (el texto de la cláusula habla de número de días). La cláusula en su redacción se refiere al término genérico días, ni comerciales ni naturales, por lo que si no se utiliza el mes comercial de 30 días, y se computan los meses por días naturales, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto, de forma encubierta a favor de la parte prestamista que, por muy ínfimo que éste sea en cada cuota mensual, en su cómputo global atendiendo al número total de cuotas que han de devengarse hasta la amortización total del préstamo este pasaría de ser un importe irrisorio a ser una cuantía económicamente relevante, que causa un perjuicio considerable al consumidor en favor de la entidad financiera (operando de forma similar como una cláusula de redondeo al alza). Por ello, puede decirse que la abusividad de la cláusula, en su redacción, permite a la demandada el uso de parámetros, con numerador y denominador, no equiparables para el cálculo de los intereses en tanto que si se atiende al año comercial de 360 días, debería utilizarse también como parámetro el mes comercial de 30 días, y no el natural de 30 o 31 días, o 28 o 29 días, según sea este año bisiesto o no. Así que lo abusivo es, a tenor de la ambigüedad de la cláusula, que en el numerador, para el cálculo de intereses pudiera utilizarse el mes natural por días (30, 31 o 28/29 días) en cuyo caso y al ser superior (365 días) al denominador (360 días de año comercial), el resultado favorecería a la entidad bancaria en perjuicio del consumidor.

En este sentido, se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª del 16 de junio de 2001 (ROJ: STS 5152/2001 - ECLI:ES:TS:2001:5152) en donde señala, en ese caso con base a la pericial practicada, "que esta cuestión es indiferente al resultado final, al no alterar el importe de los mismos intereses-, siempre que el divisor sea el que corresponde a los días aplicados, a saber, para el caso de que el año sea el que se pretende por la representación de la parte recurrente de 365 días el divisor ha de ser el de 365/300, y para el otro supuesto el del año comercial de 360 días, el



divisor ha de ser el de 36000, resultando por consiguiente para ambos supuestos idéntico el resultado final del cálculo". Por ello si se emplean parámetros distintos, año comercial y días naturales, ello si alteraría el resultado dando lugar a la nulidad del cálculo de los intereses diarios atendiendo a su cómputo por año natural.

Además, sobre este particular se ha pronunciado ya la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, recurso núm. 238/16, del 05 de mayo de 2016 (ROJ: SAP PO 640/2016 - ECLI:ES:APPO:2016:640) en la que se analiza la cuestión desde la perspectiva histórica y la actual de protección al consumidor. Concretamente establece que: "aun tratándose de un uso bancario que pudo tener justificación en el pasado, carece de ella en la época actual, carece de justificación que en el momento de la liquidación del saldo, pueda tomarse como base de la liquidación el año comercial de 360 días y en cambio se utilice el mes natural para el cálculo del devengo de intereses, 31 o 30 días, lo que constituye una práctica que genera un desequilibrio importante e injustificado en los derechos y obligaciones de las partes que perjudica siempre a la misma parte, el prestatario. Pero no en la actualidad, de modo que dicha práctica ha sido muy discutida por el propio Banco de España en su informe sobre buenas prácticas bancarias en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2009. Se dice en dicha Memoria en cuanto al año comercial/año civil que: El criterio mantenido por el Servicio es el siguiente: "(...) el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un "uso bancario", establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16/10/50 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 21 del Código de Comercio. Como tal uso bancario se recogió en las Memorias del Servicio de Reclamaciones correspondientes a los años 1992 y 1993, que indicaban que "la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituyen una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario". Debemos advertir, no obstante, que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir

auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y alcance de las cláusulas de los contratos". Y es que esa especie de redondeo a la baja lo es en detrimento del consumidor. Este es el caso resuelto por el Tribunal Supremo cuando rechazó los recursos de casación frente a sentencias que declararon nulas las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos garantizados con hipoteca a interés variable cuya similitud con el redondeo del cálculo de los intereses es más que evidente. En STS de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011, se entendió que dichas cláusulas son abusivas en cuanto que en aplicación del art. 8.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, por tanto, del art. 10 bis Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (hoy artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), por tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y, finalmente la cláusula tampoco se ajusta a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece en el anexo V en relación al cálculo de la Tasa anual equivalente que "los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no". Así pues, el cálculo de los intereses con la utilización del criterio del año comercial es una cláusula abusiva y, por tanto, nula, ya que no puede decirse que supere el control de transparencia, dado que no consta en modo alguno que el apelante fuera informado adecuadamente de las consecuencias económicas negativas que tiene exclusivamente para él la aplicación de dicha cláusula".

QUINTO.- Prueba de la información suministrada a los actores.

En este presente procedimiento, no se puede olvidar que es a la entidad financiera a quien le corresponde la carga de probar que entregó a la prestataria la información necesaria para que suscribiese el préstamo plenamente informada de las condiciones del mismo. Sin embargo, nada acredita al respecto, pues ninguna concreta prueba se aporta de ello, aludiendo a diversas circunstancias concurrentes por las que considero que se informó plenamente de las cláusulas cuestionadas.

No se propone la declaración de los actores, así como tampoco testifical de los empleados de la entidad demandada. Tampoco resultan relevantes los términos de la contratación por parte de los actores, de otro u otros préstamos hipotecarios, en supuestos diferentes del que es objeto de controversia en este procedimiento, siendo objeto de este proceso las concretas cláusulas objeto de impugnación en relación al contrato de préstamo hipotecario suscrito por los actores, con la demandada, el 5 de junio de 2006.

No resulta acreditado que se entregara folleto informativo de las condiciones del préstamo. La entidad financiera no acredita que entregó oferta vinculante o documento asimilado con las condiciones financieras del crédito en los términos exigidos por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia en los contratos hipotecarios, es decir, que hubiera entregado la oferta vinculante en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 7 de la citada Orden, que establece: "2. El prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El prestatario podrá renunciar expresamente, ante el Notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría".

No consta entonces probado, que la oferta vinculante fechada el 2 de junio de 2006 (viernes), fuera entregada en esa fecha a los actores, resultando que, además, entre el día 2 de junio de 2006 (viernes) y el 5 de junio de 2006 (lunes), fecha en la que se firmó el préstamo hipotecario, no medían tres días hábiles. Sin que tampoco conste que la oferta vinculante hubiera sido puesta a disposición de los prestatarios en el despacho del Notario autorizante, ni que estos hubieran renunciado, de forma expresa y clara, a este derecho.

Además, la entidad bancaria tampoco quedaría eximida por ello de garantizar por cualquier medio lo pretendido por la misma normativa, que no es sino la observancia de lo establecido en

la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para incorporar con todas las garantías dichas condiciones en las que una de las partes del contrato es adherente al mismo, y por ende es una parte que no ha intervenido en la configuración del contrato emitido en masa por el predisponente. Por lo tanto, es la demandada quien tiene la carga de probar que entregó la información necesaria para que se suscribiese el préstamo por los actores con plena información de las condiciones del mismo, cumpla o no, exactamente, con dicha normativa.

Se aporta por la demandada con la contestación a la demanda un folleto informativo de distintos préstamos hipotecarios en el que no consta fecha de entrega ni firma de los actores. No resulta en definitiva acreditado que los prestatarios conociesen como operaba la fórmula para el cálculo de intereses, así como tampoco que recibiesen información sobre las cláusulas controvertidas con anterioridad a la firma de la escritura pública de préstamo hipotecario, y con la debida pausa y tranquilidad para reflexionar sobre la conveniencia de la misma en cuanto suponía la solicitud del crédito hipotecario en unas determinadas condiciones, ni que las condiciones allí reflejadas le hubiesen sido explicadas por personal de la entidad demandada.

En consecuencia es claro que el punto 3º de la cláusula tercera del contrato de préstamo hipotecario suscrito por los actores con la demandada en fecha 5 de junio de 2006 ha de considerarse nula por abusiva, teniéndose por no puesta.

**SEXTO.** - Declaración de nulidad de las cláusulas citadas en el suplico de la demanda, con excepción del punto 3 de la cláusula tercera, que afecta al objeto del contrato por estar relacionada con el cálculo de los intereses ordinarios (ya analizada).

Para enmarcar, en este punto, el debate entre las partes, debe recordarse que el mismo no puede desenvolverse por la verificación de que el consumidor ha prestado voluntariamente su consentimiento al contrato, lo que haría de aplicación la genérica previsión contenida en el artículo 1255 del CC.

En este sentido, en el supuesto que ahora nos comprende, ha de recordarse que el principio de protección al consumidor y la legislación tuitiva de sus derechos, como declara la jurisprudencia emanada del TJUE, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de

negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (Sentencias del TJUE, entre otras, de fechas 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C 168/05; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08).

Desde esa posición de partida, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas "no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales". Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de replazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véanse las sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30, y de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzülylizing, C 137/08, apartado 47).

Por otra parte, es oportuno recordar el criterio sentado por la Sentencia de TJUE de 14 de marzo de 2013 en el asunto C-415/11 (Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya), que establece una doctrina que debe proyectarse sobre el debate que preside la nulidad de este tipo de cláusulas. En aquella Sentencia el Tribunal, en la segunda de las cuestiones que le fueron planteadas que se refería a los elementos constitutivos del concepto de "cláusula abusiva" (se trataba en aquel caso de aquellas cláusulas que constituyen el objeto del litigio principal, las que se refieren al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, a la fijación de los intereses de demora y al pacto de liquidez), señala lo siguiente: "66. A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de cláusula abusiva, definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste

debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate".

Añade la Sentencia a continuación: "67 Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (Sentencias de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten, C 237/02, y Pannon GSM, antes citada). 68 Pues bien, tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, 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. 69 En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. 70 En este contexto, ha de recordarse que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (vid. la Sentencia Inwitel, antes citada, apartado 25 y jurisprudencia citada). 71 Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, 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 (Sentencias antes citadas Pannon GSM, apartado 39,

y VB Pénzhgyi Lizirg, apartado 42). De ello resulta que, en este contexto, 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 (vid. Sentencia Freiburger Kommunalbauten, antes citada, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C 76/10)".

En el mismo sentido, es relevante la Sentencia dictada por el TJUE con fecha 16 de enero de 2014, por el que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias sobre cómo ha de entenderse el desequilibrio económico que produce la cláusula que se reputa abusiva. En concreto se formulaba si el concepto de "desequilibrio importante", que figura entre los criterios generales enunciados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva ya mencionada para definir una cláusula abusiva, debe interpretarse en el sentido de que exige que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula de ese tipo tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, o bien si sólo deben considerarse los efectos de dicha cláusula en los derechos y obligaciones del consumidor.

Con carácter previo el Tribunal recuerda que la determinación de si una estipulación del contrato fue o no objeto de negociación individual corresponde al Juez nacional atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba". Igualmente, precisa que "según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la competencia de éste en la materia comprende la interpretación del concepto de "cláusula abusiva", definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia ha de limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que

se trate (vid. Sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11, apartado 66 y la jurisprudencia citada)".

Añade el Tribunal: "A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, 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 (vid. Sentencia Aziz, antes citada, apartado 68)".

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.

En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, 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 (vid. Sentencia de 21 de febrero de 2013, 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 (vid. Sentencia Aziz, antes citada, apartado 71)".

El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (Sentencia de 21 de marzo de 2013, RME Vertreib, C-92/11, apartado 44).

Procede por ello el análisis independiente de cada una de las cláusulas citadas por los actores.

**SÉPTIMO.** - Cláusula de vencimiento anticipado. Cláusula sexta, apartado a), resolución anticipada por la entidad de crédito.

En este punto, señala la citada cláusula:

"a) No obstante el vencimiento pactado, podrá declarar vencido de pleno derecho el préstamo y hacer exigibles la totalidad de las obligaciones de pago contraídas por la parte prestataria, cuando ésta no satisficiera alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en esta escritura y además por los siguientes causas".

Conviene recordar que la declaración de abusividad de este tipo de cláusulas no ha sido una cuestión pacífica, y tanto las Audiencias Provinciales como los juzgados de instancia han venido manteniendo que habría que estar al caso concreto, a la cantidad de cuotas no abonadas.

No obstante lo anterior, de un tiempo a esta parte se ha empezado a interpretar dichas cláusulas atendiendo estrictamente a lo que se viene entendiendo por el TJUE como más favorable a la aplicación de las normas de protección de los consumidores. En este sentido se debe señalar que la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/2011), expresamente indica, en relación con la cuestionada figura que ahora nos atañe, que "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".

En consecuencia, habrá ahora que preguntarse qué sucede con las cláusulas de vencimiento anticipado que, como la que es objeto de análisis, no ha sido modificada para, en su caso, adaptarse al nuevo requisito legal de validez del vencimiento anticipado, que juega además como condición o requisito procesal para el inicio de la ejecución. El Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, contesta la cuestión prejudicial relativa a "si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un 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 mencionada cláusula". Como termina indicando la citada resolución (apartado 54) "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". De forma que, volviendo a la cláusula cuestionada, la misma habría de reputarse nula por abusiva dado que la facultad concedida al acreedor resulta manifiestamente desproporcionada (artículos 85.2 TRIGDCV y 3 Directiva 93/13), en su consideración o valoración abstracta y con independencia de si se ha aplicado o no.

No obstante lo anterior, resulta cierto que por la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 23 de diciembre de 2015 se ha introducido una mayor flexibilidad al efecto. En esta Sentencia del Tribunal Supremo, constituido en Pleno, se entró a resolver los efectos que tiene que esta declaración de abusividad de la cláusula.

En efecto, se declara que la misma, se tiene que declarar nula y así se mantiene que: "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- artículo 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 accesoría, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves".

En este mismo sentido se ha pronunciado de nuevo el TJUE en su Sentencia de 26 de enero de 2017, (CUR 2017, 26895), en la que se recoge que: "incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de 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 tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas 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 (...). Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (...)"

Tribunal de Justicia ya ha declarado que 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 esa Directiva- 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 (...)"

En el presente supuesto, en el que se establece un plazo de amortización del préstamo se pactaba el pago del total del préstamo en 480 cuotas de periodicidad mensual, la citada cláusula permitiría el vencimiento anticipado del contrato por el incumplimiento de un solo plazo o cuota de capital o de intereses, por lo que resulta claramente incardinable en la interpretación que por la jurisprudencia se está haciendo del concepto de cláusula abusiva.

Es cierto que la redacción de dicha cláusula era habitual en los contratos que se suscribieron con anterioridad a la reforma del artículo 693 de la LEC. En la actualidad se exige el pago de al menos tres plazos mensuales para poder ejercitar la acción de ejecución hipotecaria. Sin embargo es evidente que esta cláusula contradecía lo que se recogía en la Directiva 93/13 de la CEE, de defensa de los consumidores. Las instituciones bancarias debieron adaptar los contratos a dicha normativa y al no hacerlo así se vienen declarando dichas cláusulas como carentes del equilibrio que exige el mencionado tribunal europeo.

En esta falta de equilibrio incurren el apartado 1 y 2 de la cláusula sexta del préstamo con garantía hipotecaria objeto de litis, pues permite al banco resolver el contrato con un incumplimiento que no resultará esencial, ya que se refiere a cualquier impago por pequeño que sea o al incumplimiento de cualquier obligación que pudiera ser de escasa entidad. Por lo que procede declarar la nulidad interesa por la parte actora, respecto de este apartado de la cláusula sexta del contrato.

No obstante lo anterior, resulta evidente que la nulidad de esta cláusula no supone que el contrato se pueda incumplir por la prestataria sin que el prestamista pueda resolver el mismo. Para ello, desde luego, se deberá acudir a la normativa recogida en el Código Civil, acreditando que se trata de un incumplimiento esencial como ocurre en el resto de los contratos.

En consecuencia, se declara la nulidad del apartado a) de la referida cláusula sexta, por ser abusiva.

**OCTAVO.** - Cláusula sexta, apartado 3º, intereses de demora.

El citado apartado señala: "En los dos supuestos mencionados en los números anteriores, el interés de demora se liquidará diariamente multiplicando el capital pendiente por el tipo de interés de demora y, el interés de demora se liquidará diariamente multiplicando el capital pendiente por el tipo de interés de demora y dividiéndolo por 360 con el fin de transformar el tipo de interés anual en un tipo diario".

En la mencionada cláusula, se fija asimismo en el punto 1º un tipo de interés de demora calculado al tipo del 18 por ciento, señalando el apartado 2º que el tipo de interés de demora será aplicable sobre la totalidad de dicho capital pendiente y que se devengará desde la fecha de vencimiento anticipado hasta la del pago efectivo de la deuda pendiente.

Reseñándose en el punto 4º que a los efectos del cálculo y devengo de los intereses de demora, los intereses ordinarios se entenderán capitalizados.

Atendiendo a las anteriores consideraciones la citada cláusula por la que se regula en los distintos puntos el interés de demora, por lo que se dirá, debe considerarse nula por abusiva, de conformidad con lo previsto en los artículos 82 y 85.6 de la Real Decreto Leg. 1/2007, de 16 de noviembre por los que se consideraran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente 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 derivan del contrato y en concreto, las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Reputándose nulo también el punto 3º, de la citada cláusula que fija el cálculo de los intereses de demora estableciendo como parámetro el año comercial pero con el fin de transformar el tipo de interés anual en un tipo diario. Por lo que, respecto de este punto la declaración de nulidad encuentra su justificación en la motivación ya expresada en el fundamento jurídico cuarto en relación con el quinto de esta resolución que, en aras a no ser reiterativos, se omite ahora reproducir, estando justificada la declaración de nulidad de este apartado por remisión a la citada fundamentación.

Ahora bien en cuanto al resto de la regulación que sobre los intereses de demora se hace en este clauseulado la misma ha de reputarse igualmente nula, nulidad que puede ser incluso apreciada de oficio por el órgano judicial.

Ello es así en tanto que, no se puede omitir que el Tribunal Supremo en su Sentencia de Pleno número 265/2015, de 22 de abril de 2015 ha fijado, además, como doctrina jurisprudencial que, en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Y que en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, número 364/2016, de 3 de junio de 2016, establece:

"También resulta de aplicación la argumentación que hacíamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre el sentido de la cláusula de intereses de demora, su finalidad indemnizatoria y disuasoria, y el límite que supone, cuando se contrata bajo condiciones generales de la contratación con consumidores, que esta indemnización no sea abusiva por ser desproporcionadamente alta:

"es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor (...), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización "desproporcionadamente alta".

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

De forma que, el Tribunal Supremo, tal y como expuso en su Sentencia 265/2015, de 22 de abril siguiendo los criterios sentados en esa resolución, así como las pautas establecidas por el TJUE para su valoración y análisis, que no son otros que los que citan:

"En aquella sentencia 265/2015, de 22 de abril, llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos "abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del

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

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

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

disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia".

"La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia".

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

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertimos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que varíemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que "resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual."

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado".

De forma que concluye el Tribunal Supremo que, en el caso sometido a su consideración, el tipo de demora pactado era de un 19%, siendo el mismo manifiestamente desproporcionado, siendo superior al interés remuneratorio pactado incrementado en 2 puntos, razón por la cual lo considera abusivo. Señalando que "también lo sería, en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado



conforme al límite legal del artículo 114.3 LH. Este límite operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos".

En consecuencia, atendiendo a las citadas Sentencias del Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que en el supuesto que nos comprende se fija un tipo de interés de demora del 18% se ha de declarar la citada cláusula nula por abusiva. Nulidad que se hace extensible a la capitalización de intereses regulada en la citada cláusula en tanto que estipulación accesoria al devengo del interés moratorio pactado.

**NOVENO.** - Cláusula cuarta, baja la rúbrica "comisiones y coste efectivo de la operación".

Interesa la parte actora la declaración de nulidad de la regulación que respecto de las mismas se contienen en el apartado A), "comisiones", letra d) que reza: "comisión por reclamación de posiciones deudoras. La parte prestataria vendrá obligada a satisfacer a , en concepto de reclamación de posiciones deudoras, una comisión devengada en el momento de producirse cada reclamación y liquidable y pagadera a su cancelación, cuyo importe será el que se encuentre comunicado al Banco de España y vigente en el momento de devengarse".

En lo que respecta a este punto, la normativa bancaria a tener en cuenta en la fecha de la contratación sobre esta materia es 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), que en el apartado quinto de su primer capítulo establecía: "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

aqueellos 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.

En el supuesto que nos comprende, la cláusula establece una comisión por la reclamación de toda posición deudora creada por el prestatario dirigida a cubrir unos supuestos gastos o costes que la misma refiere, sin acreditar que se ocasionan a la entidad. Por lo que, se debe concluir que no puede decirse que se trate de un servicio aceptado o solicitado por el consumidor, o que tiene su razón de ser en la necesidad de reclamar en caso de impago y por el gasto que ello puede comportar.

De forma que, se aprecia la abusividad de esta cláusula a la vista de que en el momento de la firma del contrato se fija el cobro de una cantidad por cada reclamación de posición deudora, sin especificar el importe de la cantidad adeudada y sin que se haga referencia al coste, real y efectivo, que supone la reclamación a la entidad, transforma la cláusula en una especie de penalización por el impago al que el deudor debe hacer frente, sin perjuicio de los intereses de demora que también habrá de abonar. Por ello, 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 Príncipe).

La cláusula no exige que la reclamación deba hacerse por una vía concreta que justifique el importe por su coste, por lo que debiendo ser realmente un coste para la entidad, y no una comisión como es efectivamente, ello no justifica su imposición de forma automática, pues de ser un coste y no una comisión, como tal coste/gasto justificaría que variara su importe y no es así en este caso.

Es por lo tanto 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 prestataria 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.

De forma que, en esta caso, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora.

Por este motivo, es patente que tal cláusula perjudica al consumidor, concurriendo las condiciones exigidas por el artículo 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.

**DÉCIMO.** - Cláusula quinta, rubricada "gastos a cargo de la parte prestataria".

Solicita la parte actora la nulidad de las letras a), b), c), e), g) y h), que establecen:

"(...) serán a cargo de la parte prestataria:

a) Los gastos de tasación del inmueble y los de las sucesivas tasaciones del mismo que sea preciso practicar, cuando a juicio de ' , haya podido producirse disminución de su valor.

b) Los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca.

c) Impuestos.

e) Los gastos judiciales o extrajudiciales derivados del incumplimiento de sus obligaciones por la parte prestataria, incluidos los honorarios de abogados, aunque su intervención no venga exigida por la ley.

g) Los gastos de correo, teléfono u otros medios de comunicación que pudieran generarse.

(...)"

En lo que respecta a la redacción de esta cláusula llama la atención la redacción abierta y omnicomprensiva de la totalidad de gastos que se mencionan en la estipulación que,

precisamente por ello, resulta desproporcionada con independencia de que, respecto alguno de los conceptos, vulnere normas de carácter imperativo.

El artículo 89.3 TRLCJ 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 (número 2º), como la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario (número 3º).

El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas, 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 considera siempre como abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4) y correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

En el presente caso, la imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita dudas de legalidad. Se trata de gastos precontractuales que normalmente asume el comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca.

Es cierto que, en muchas ocasiones, la tasación se realiza por entidades dependientes o participadas por la entidad financiera que a va a conceder el préstamo. Pero la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2007, dispone que las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley

y no esté caducada. Y, aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones.

Distinta calificación merece: el punto del apartado a) en lo que respecta a los gastos de tasaciones posteriores, que se dejan a la voluntariedad y mero arbitrio de la demandada quien puede requerir tasaciones posteriores en el caso de estimar que el valor del bien inmueble objeto de garantía ha disminuido de valor. Punto este que si ha de reputarse nulo por lo expuesto en tanto se impone a la parte prestataria un gasto por bienes y/o servicios complementarios o accesorios no solicitados.

Por ello en cuanto a la tasación inicial del inmueble, previa al otorgamiento y concesión del préstamo la misma no sería nula, no así el resto de redacción de la letra a).

En lo que respecta al resto de conceptos enumerados en la cláusula discutida, letras b), c), y g): aranceles notariales y registrales; impuestos; y gastos de correo, u otros medios de comunicación

De acuerdo con la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios, prevé que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente.

Y análogamente, el obligado al pago de los derechos del Registrador es aquélla o aquellas personas a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a quien haya presentado el documento, aunque en todo caso se abonarán por el presentante que sea transmitente del derecho o que tenga interés en asegurar el derecho que se pretende inscribir: por otra parte, los derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes la soliciten (cfr. la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad).

Los mencionadas normas atribuyen la responsabilidad del pago al solicitante del servicio de que se trate (sea la prestación de una función o la expedición de una copia) o a cuyo favor de inscriba el derecho o solicite una certificación.

Además, no se puede omitir que, en la generalidad de los casos la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del Fedatario público es la entidad financiera, que también es la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo.

Por tanto, la cláusula referida en los apartados ahora citados, lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, hace recaer su práctica totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que, a falta de pacto expreso entre las partes, la aplicación de la norma reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede concepirse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.

Se trata, pues, de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRFCU), por lo que debe ser declarada nula.

En lo que respecta al término genérico "impuestos", se ha de señalar que la entidad financiera no quede al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil.

Además, nada impide al legislador crear otros tributos sobre actuaciones de futuro, o variar elementos de los existentes como el sujeto responsable, haciendo recaer la obligación sobre la entidad financiera. Piénsese, a título de ejemplo, en la cancelación del derecho de hipoteca, notarial y registralmente.

Si a lo expuesto se une, de un lado, que nos hallamos ante normas que generalmente tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de infracción, y de otro lado, el tenor del art. 89.3 e) TRLCU que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, forzoso es declarar la nulidad de la cláusula analizada, tanto por vulnerar normas de carácter imperativo como por ser palmaria y abusiva al descargar toda la carga tributaria, con independencia del hecho

desencadenante del impuesto y de la identidad del beneficiario por dicho hecho, sobre una de las partes del contrato.

En cuanto a los gastos de correo, teléfono u otros medios de comunicación que pudieran generarse, también ha de reputarse nula por abusiva, por cuanto se impone a la parte prestataria un gasto por bienes y/o servicios complementarios o accesorios no solicitados, dejando a la mera arbitrariedad de la demandada la repercusión de unos gastos quizás no imputables a la actora.

Finalmente, en cuanto a los gastos judiciales o extrajudiciales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, incluidos los honorarios de Abogado, aunque no sea obligatoria su intervención.

En este punto se ha de traer a colación de nuevo la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015 que, a propósito de los gastos 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, establece que: "los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los artículos 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los artículos 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 (artículo 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (artículo 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 artículo 86 de la Ley 1/2007, de 16 de noviembre, y artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, 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 .

De forma que, señala el Tribunal Supremo que, 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 artículo 32.5 de la 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.

**UNDÉCIMA.** - Cláusula duodécima, rubricada cesión de crédito.

En la citada cláusula se establece que " podrá ceder el crédito que se deriva de este contrato a un tercero o emitir una participación hipotecaria que lo represente, sin necesidad de la notificación de la cesión a la parte prestataria quien renuncia expresamente a este derecho".

La cláusula se limita a recoger la renuncia a la notificación de la cesión del crédito. 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, por la entidad bancaria, que le fuera dada.

En lo referente a su abusividad, hemos de partir de que, el artículo 149 de la Ley Hipotecaria (LH) no precisa para la validez de la cesión del crédito hipotecario que este sea notificado al deudor, quedando el citado precepto redactado 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, como sigue "El crédito

o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 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 Reglamento Hipotecario (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. Así establece: "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 TRRDGU.

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 artículo 149 de la vigente Ley Hipotecaria". A pesar del confusiónismo 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 (Sentencias, entre otras, de 29 de junio y 6 de noviembre de 2006, 8 de junio de 2007, 3 de noviembre de 2008, 30 de marzo de 2009). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2003, 19 de febrero de 2004, 16 de marzo de 2005, 29 de junio de 2006,

8 de junio de 2007, 3 de noviembre de 2008), 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 renuncias o limitación de los derechos del consumidor-, como de la normativa general de los artículos 10.1.c) y 10 bis.1, párrafo primero, de la LGDCU.

De este modo, la cláusula genérica undécima que transcribe no recoge una cesión de crédito, sino una cesión de contrato, oponiéndose a la aplicabilidad de los artículos 1198, 1527 y 1887 CC.

Si así fuere, la cláusula [que transcribe la resolución recurrida] no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los artículos 1112, 1528 y 1878 CC y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido (SS. 1 de octubre de 2001, 15 de julio de 2002, 26 de marzo y 13 de julio de 2004, 13 de julio de 2007, 3 de noviembre de 2009). Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación "contra proferentem" (artículo 1288 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 artículos 1527 (liberación por pago al cedente) y 1198 (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. En este sentido, el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2002). 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 artículo 1255 CC se

Justificada por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente".

La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El artículo 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 artículo 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 artículo 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 IGDGU 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 derivan 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)".

Por todo ello la cláusula ha de reputarse nula por abusiva.

**DUODÉCIMA.** - Cláusula decimotercera, rúbrica, "segundas copias y subsanaciones"

Resulta, de nuevo llamativa la extensión de la cláusula, la generalidad con la que se atribuyen los gastos, que menciona a la parte prestataria de la contratación del contrato y otros, supliendo y en ocasiones contravieniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto. Lo que en sí mismo ya conllevaría la declaración de abusividad de la cláusula.

En este sentido, no se puede omitir que el artículo 89.3 TRIGCU 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 acertado), 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. 89.3.3ª letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3ª 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. 89.3.4ª) 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. 89.3.5ª).

Sobre tales bases legales, la cláusula ha de reputarse nula. Basta para ello 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 de la LEC), constituye la garantía real (artículo 1875 del CC y el artículo 2.2 de la LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (artículo 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 TRIGCU).

**DECIMOTERCERA.** - Cláusula decimosexta, que podríamos nominar como protección de datos de carácter personal.

En lo que respecta al contenido de esta cláusula, y a su calificación de abusividad que interesa la parte actora, la misma ha de ser analizada partiendo del control previo de legalidad de la misma.

En este sentido y respecto a la acción que nos ocupa, que no es otra que la acción individual de nulidad de una condición general prevenida en el artículo 8 de la LCCG, la misma se puede entablar no sólo contra una cláusula que resulte abusiva en los términos del artículo 82 y siguientes del TRLGDCU, sino también contra cualquiera que, en perjuicio del adherente infrinja, una norma imperativa o prohibitiva (tal como lo es la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Pues bien, en este punto, partiendo de la citada normativa, las competencias atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos en el artículo 37 de la mencionada LOPD no resultan excluyentes de la potestad jurisdiccional para el control de la validez de las condiciones generales de la contratación que, en su consideración de tales, puedan afectar al ámbito de la protección de datos.

De forma que, la utilización de los datos cedidos para la elaboración de perfiles comerciales o a efectos de ofrecer productos o servicios bancarios se adapta a los requisitos del artículo 4 de la LOPD, pues se trata de una finalidad concreta, legítima, perfectamente individualizada y relacionada con la actividad de la entidad financiera, por lo que existe un interés legítimo en el uso de aquéllos, que sería consentido por el titular de los mismos previa la información exigida por el artículo 5 de la misma norma. Otro tanto hemos de decir del tratamiento de datos para el análisis de riesgos, lo que entraña una finalidad legítima, adecuadamente concretada y que goza de pleno sentido en el seno de la relación banco cliente, sin que se desborde este ámbito.

Por ello ateniendo a la redacción de la citada cláusula no ha lugar a declarar la nulidad de la misma por abusiva.

**DECIMOCUARTA.** - Cláusula decimoséptima, rubricada "cláusula de descalificación".

Resta finalmente por analizar la cláusula de descalificación que afecta aquellos supuestos en los que la vivienda objeto de garantía hipotecaria tienen la condición de vivienda de protección oficial.

En este punto la nulidad por abusiva de la citada cláusula puede venir amparada tanto en la infracción de normas imperativas o prohibitivas como en la infracción de ésta como abusiva en tanto que, a tenor de su redacción y de los defectos de información suministrada al consumidor el mismo puede desconocer las consecuencias, tanto económicas como jurídicas, de la descalificación de la vivienda habida cuenta de las infracciones y sanciones que sobre este particular se establecen en el RD 3148/1978, de 10 de noviembre.

A estos efectos, en el supuesto de ejecución y subasta del bien que constituye la garantía hipotecaria, en su condición de vivienda de protección oficial, ninguna duda ofrece, que la misma pueda ser objeto de embargo, tasación, y ejecución en pública subasta.

Ahora bien, con respecto a esta posibilidad legal de que los derechos dominicales, correspondientes al ejecutado sobre la vivienda de Protección Oficial y Promoción Pública embargada, puedan ser objeto de venta en pública subasta, lo que ciertamente no prohíbe el artículo 54.1 del RD citado, han de matizarse en tanto que el citado precepto señala que tales viviendas sólo podrán transmitirse "inter vivos" en segunda o sucesivas transmisiones por los propietarios cuando hayan transcurrido cinco años desde la fecha del contrato de compraventa, y siempre que previamente se haya hecho efectiva la totalidad de las cantidades aplazadas, también la norma prevé que si la transmisión se realiza antes de transcurrir dicho plazo "los Entes Públicos Promotores podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto conforme a los artículos 1507 y siguientes del Código Civil", es decir establece una consecuencia que claramente viene a poner de relieve que no estamos ante un verdadero y real supuesto de indisponibilidad en el que el titular estuviera privado de la facultad de disponer de dicha vivienda. La transmisión efectuada será válida y eficaz, sin perjuicio de esos derechos de adquisición preferente que la Administración puede o no ejercitar.

Además, el citado precepto tampoco prohíbe ni impide el embargo y enajenación forzosa de dichas viviendas siempre que, de una parte, sean respetados esos derechos de tanteo y retracto de la Administración Pública Promotora, lo que en el expediente judicial puede conseguirse mediante la oficial

notificación a la misma de las condiciones económicas de la venta y la adjudicación, en su caso, y de otra, el adquirente reñna las características exigidas en el artículo 54.4.º del citado Real Decreto. Condiciones ambas de cuyo cumplimiento debería quedar constancia en autos, y que lógicamente, junto a las demás generales, deberán darse a conocer en los Edictos anunciadores de las subastas.

Lo anterior es así en tanto que si bien la prohibición de disponer implica una obligación "de no hacer" dirigida y afectante al titular de la vivienda y, en su caso, ejecutado, para evitar perjuicios indeseados a terceros se deben compatibilizar aquellas disposiciones tuteladoras o protectoras de la vivienda a favor de familias con bajo nivel de renta.

En consecuencia, no preservando la citada cláusula la afectación prevista en el artículo 54 del RD, así como tampoco los eventuales derechos de tanteo y retracto de la administración pública la cláusula ha de ser reputada nula por abusiva.

Además por otro lado, tampoco se puede olvidar que la descalificación de una vivienda de protección oficial implica para quien fue beneficiario de la misma la pérdida de beneficios económicos, fiscales, con reintegración de las cantidades recibidas, o no pagadas por exenciones fiscales, o así como la imposición de infracciones y sanciones, en los términos previstos en el mencionado Real Decreto.

Por ello careciendo la citada cláusula del préstamo hipotecario objeto de contienda de esta información o advertencia, dejando a la mera voluntad de la entidad financiera la descalificación del inmueble, también es procedente declarar la nulidad de esta cláusula por abusiva en tanto que la descalificación del inmueble queda supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de la voluntad del empresario (artículo 85 del TRJCGCJ).

**DECIMOQUINTA.** - Consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas.

Sin perjuicio de lo que se dirá, además y en concreto respecto a la cláusula quinta, gastos a cargo de la prestataria (en cuanto a tasación previa del inmueble, aranceles del registro y notario, gestoría e impuesto de actos jurídicos documentados), así como de la cláusula tercera devengo, cálculo y liquidación de intereses ordinarios conforme al año comercial de 360 días.

La declaración de nulidad, de las cláusulas abusivas, de acuerdo con lo que dispone en la actualidad el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en la redacción de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas, lo cual ocurre en el presente caso, en el que el resto del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, subsiste entre las partes contratantes.

Asimismo, del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva resulta que los jueces nacionales, apreciado el carácter abusivo de la cláusula, 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, de modo que, cuando el juez nacional ha determinado el carácter abusivo de una cláusula en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, queda obligado a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor.

Por lo que, las mismas habrá de ser excluidas del contrato de préstamo hipotecario el cual subsistirá sin cláusulas anuladas.

En lo que respecta en concreto a la nulidad de la cláusula tercera: devengo, cálculo y liquidación de intereses ordinarios conforme al año comercial de 360 días, procede el recalcular de los intereses ordinarios devengados conforme al año natural y no comercial, reintegrando la parte demandada a los actores las cantidades que hubieran sido abonadas indebidamente en cada período o cuota de liquidación de intereses, reintegrando la demandada a los actores las cantidades pagadas indebidamente por la aplicación de este cálculo con aplicación de los intereses correspondientes desde la fecha suscripción del contrato de préstamo, y por cada liquidación mensual, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia.

En cuanto a la cláusula quinta, gastos a cargo de la prestataria (en cuanto a tasación previa del inmueble, aranceles del registro y notario, gestoría e impuesto de actos jurídicos documentados), no procede su estimación, en lo que respecta a la reintegración de cantidades, ni ningún pronunciamiento sobre este particular, por cuanto ningún cargo o pago ha acreditado la parte actora sobre esto gastos.



Ello sin perjuicio de que, en la aplicación de las cantidades abonadas, en estos casos y por esos conceptos, habrá que estar a lo establecido en nuestro derecho interno y a la legislación vigente al tiempo de suscribir el contrato de préstamo, para conocer quién es en cada caso el sujeto pasivo del impuesto, o de quién es deudor de la prestación debida con motivo del servicio concertado con un tercero ajeno a la relación jurídica bilateral que vincula a las partes procesales. Por cuanto que si bien la cláusula es nula por abusiva, con la salvedad de la tasación previa del inmueble a la constitución del préstamo ello no quiere decir, que conforme a nuestro derecho interno, el gasto debe ser abonado en su integridad, o parcialmente, por la entidad financiera demandada.

**DECIMOSEXTO.** - En cuanto a las costas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 394 de la LEC, habiendo sido la demanda estimada parcialmente no ha lugar a la imposición de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los preceptos anteriormente mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLO**

Que **debo estimar, y estimar, parcialmente, la demanda** presentada por:

, representados, ambos, por la Procuradora de los Tribunales Sra. Montero Vaiga, contra la entidad

, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fernández Diéguez, y en consecuencia, **debo declarar y declarar la nulidad, por abusivas, de las siguientes cláusulas:**

- 1ª.- Cláusula tercera del contrato, estableciéndose en el punto 3º el "devengo, cálculo y liquidación de los intereses",
- 2ª.- Cláusula cuarta, bajo la rúbrica "comisiones y coste efectivo de la operación", en su letra d).
- 3ª.- La cláusula quinta, rotulada como "gastos a cargo de la parte prestataria", en sus apartados: a), b), c), e), f) y g).
- La cláusula sexta, bajo la rúbrica "intereses de demora y resolución anticipada", apartado A) Intereses de demora, y B) Resolución anticipada, apartado letra a) de este epígrafe.
- La cláusula duodécima, rotulada "cesión de crédito".

- La cláusula decimotercera rotulada como "segundas copias y subsanaciones".

- La cláusula decimoséptima, rubricada "cláusula de descalificación".

Que se contienen en la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada, en fecha 5 de junio de 2006, ante el Notario del Ilustre Colegio de Galicia, Don Fernando-José Rivero Sánchez-Covisa, constando con el número de protocolo corriente 1.293; y en consecuencia, **condeno a la entidad**

a estar y pasar por dicha declaración, expulsando las citadas cláusulas del contrato, **condenando, asimismo, a la entidad**

a la devolución de la cantidades que deban serle reintegradas a cobradas indebidamente, con motivo de la aplicación de la cláusula tercera, punto 3, devengo, cálculo y liquidación de intereses remuneratorios, que fue declarada nula, desde el 5 de junio de 2006, en los términos previstos en el fundamento jurídico decimoquinto, con aplicación de los intereses correspondientes desde la citada fecha hasta sentencia, y los del artículo 576 de la LEC desde esta hasta su compelo pago, y por cada liquidación mensual, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia, a falta de acuerdo, extrajudicial, entre los litigantes.

Todo ello sin expresa condena en costas, en esta instancia, a la parte demandada.

**NOTIFIQUESE** a las partes la presente resolución advirtiéndoles que ser firme la misma, pudiéndose interponer **RECURSO DE APELACIÓN** en un plazo de 20 DÍAS a contar desde el siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, junto con la interposición del recurso de apelación deberá acreditarse la constitución de un depósito de 50 EUROS efectuado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, sin el cual el referido recurso será inadmitido a trámite. Y todo ello sin perjuicio del abono de las tasas que, en su caso, resulten procedentes, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por ésta mi Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, DOÑA AMELIA MARIA PÉREZ MOSTEIRO, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ferrol, y su partido.

**PUBLICACION.** - La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, hallándose celebrando audiencia pública; doy fe.