



Roj: **SAP A 3066/2016 - ECLI: ES:APA:2016:3066**

Id Cendoj: **03014370082016100256**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **04/11/2016**

Nº de Recurso: **285/2016**

Nº de Resolución: **304/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE SORIANO GUZMAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCIÓN OCTAVA

TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNIÓN EUROPEA

ROLLO DE SALA N.º 285 (M- 108) 16.

PROCEDIMIENTO: juicio ordinario n.º 693 / 15.

JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 1 DE ALICANTE.

SENTENCIA NÚM. 304/16

Il'tmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a 4 de noviembre del año dos mil dieciséis.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Il'tmos. Sres. arriba expresados, ha visto los presentes autos, dimanantes del procedimiento anteriormente indicado, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante; de los que conoce, en grado de apelación, en virtud del recurso interpuesto por D. Felicísimo y D.ª Margarita, apelantes por tanto en esta alzada, interviniendo con su Procuradora D.ª YOLANDA VALDÉS CANTERO, con la dirección letrada de D. MANUEL CERDÁ DAVÓ; siendo la parte apelada BANCO SANTANDER, SA, actuando con su Procurador D. JOSÉ ANTONIO SAURA SAURA, con la dirección letrada de D. JESÚS ALEJANDRO CÁNOVAS CILLER.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos referidos, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, se dictó Sentencia, de fecha 5 de abril del 2016, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"Que con desestimación íntegra de la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña Yolanda Valdés Cantero, en nombre y representación de don Felicísimo y doña Margarita, contra la entidad mercantil Banco Santander, S.A., debo absolver y absuelvo a la entidad mercantil Banco Santander, S.A. de todos los pedimentos contenidos en la demanda.*

No procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte reseñada, mediante escrito con traslado a las demás partes. Seguidamente, tras emplazarlas, se elevaron los autos a este Tribunal, donde fue formado el Rollo, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 14 / 9 / 16, en que tuvo lugar.



TERCERO.- En la tramitación del presente proceso, en esta alzada, se han observado las normas y formalidades legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, debido al número de cláusulas que han debido de ser analizadas.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO.-

La sentencia recurrida ha desestimado la demanda (en la que se pretendía la declaración de nulidad, por abusivas, de un gran número de cláusulas insertas en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes) al considerar, dicho sea en síntesis, y con relación a la mayoría de las cláusulas antedichas (excepción hecha de la de protección de datos de carácter personal, cuyo carácter abusivo tampoco reconoce, pero por distintos motivos), que se da un caso de cosa juzgada, pues habiéndose promovido por la entidad bancaria prestamista una ejecución hipotecaria en el año 2012 (procedimiento n.º 1488/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11), en dicho procedimiento nunca se invocó la nulidad de las citadas cláusulas, que se tuvieron en cuenta para fijar la cuantía exigible en el mismo. Añade la resolución, con cita de la STS de 24 de noviembre del 2014, que es cierto que el art. 695.1.4º LEC (precepto que permite esgrimir, como motivo de oposición al despacho de ejecución hipotecaria, el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible) fue introducido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, pero dicho artículo estaba sometido a una Disposición Transitoria que permitía invocar esa causa de oposición en el plazo de un mes, sin que se hiciera. Aun cuando la posterior STJUE de 29 de octubre del 2015 haya indicado que es contrario a la Directiva 93/13 limitar a un mes (en los términos que más adelante se dirán) la posibilidad de analizar en el seno de un procedimiento de ejecución la existencia de cláusulas abusivas, añade la resolución apelada que la parte también podría haberlo hecho con posterioridad, sin que lo hiciera, por lo que no le es dable intentarlo a través de un procedimiento declarativo.

Contra dicha decisión se alza la otrora demandante, insistiendo en las pretensiones vertidas en la primera instancia, insistiendo en que la interpretación normativa mantenida en la primera instancia le priva de acudir al juicio ordinario, para mantener la nulidad de las cláusulas en cuestión.

SEGUNDO.-

Debemos abordar, en primer término, si es dable mantener la existencia de cosa juzgada, que derivaría, como se ha indicado, de no haber planteado por la parte ejecutada, en ningún momento, en el previo procedimiento de ejecución hipotecaria instado por la entidad bancaria prestamista, el carácter abusivo de las cláusulas que sirvieron para fijar la cantidad adeudada. Se trataría, por tanto, de cosa juzgada sustentada en los arts. 400.2 y 222 LEC.

La demanda de ejecución hipotecaria se presentó en el año 2012.

En esa fecha, no se preveía en la LEC como causa de oposición al despacho de la ejecución hipotecaria el carácter abusivo de cláusulas insertas en el título ejecutivo, con lo que no era posible al consumidor oponer esta circunstancia ni someterla a consideración judicial.

Fue con la Ley 1/2013 cuando se reformó el art. 695.1.4º y se incluyó, como causa de oposición, "*el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*", previéndose un trámite (suspensión de la ejecución, comparecencia, práctica de prueba documental y dictado del auto resolutorio) que concluye, si se estima la causa, con el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución y, en otro caso, con la continuación de la ejecución, inaplicando la cláusula **abusiva**.

Dicha Ley 1/2013 contenía una Disposición Transitoria, con la que se pretendía dar la posibilidad a los ejecutados de formular la oposición, cuando se tratara de procedimientos ejecutivos en curso en los que, a la entrada en vigor de aquella, ya hubiera transcurrido el plazo legal para ello; de este modo, dispondrían del plazo de un mes, desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas que pudieran ser abusivas.

El TJUE, en sentencia de 29 de octubre del 2015, concluyó que se opone a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la imposición a los consumidores (respecto de los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición y que a esa fecha no ha concluido) del plazo de un mes, calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales. Es relevante que el TJUE efectúa tal consideración no porque el plazo del mes



sea contrario al llamado principio de efectividad (principio que exige no hacer imposible en la práctica, o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión), ya que " *un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición no parece, en principio, materialmente insuficiente para la preparación e interposición de un recurso judicial efectivo, sino que parece razonable y proporcionado habida cuenta de los derechos e intereses de que se trata* ", sino porque " *el hecho de que los consumidores afectados no sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución ya iniciado antes de entrar en vigor esa Ley, no garantiza que se pueda aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión* ", de modo que " *existe un riesgo elevado de que ese plazo expire sin que los consumidores afectados puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial, debido en particular al hecho de que ignoran o no perciben, en realidad, la amplitud exacta de esos derechos* ".

En el caso que nos ocupa, los consumidores ahora demandantes no plantearon el carácter abusivo de las cláusulas en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria (en el que no consta que fueran informados personalmente de la posibilidad de hacerlo), sino que lo han hecho presentado una demanda de juicio ordinario, en el año 2015.

No compartimos el criterio extensivo, acogido en la resolución recurrida, de vinculación entre el procedimiento de ejecución hipotecaria previo y el ordinario posterior, en el que nos encontramos, en el sentido de que la ahora parte demandante debería haber formulado oposición en aquel procedimiento, aún transcurrido el plazo del mes legalmente previsto y, dado que no lo hizo, esa pasividad sea suficiente para afirmar que existe cosa juzgada, ex art. 400 LEC . En lugar de plantear la oposición, en un plazo y en unas condiciones inciertas, ha optado por plantear la cuestión mediante el presente juicio ordinario, lo que consideramos aceptable.

Estimamos, pues, que, en atención a las circunstancias de hecho concurrentes en el caso que nos ocupa, no existe cosa juzgada y el Tribunal puede entrar a valorar el carácter abusivo de las cláusulas controvertidas, insertas en la escritura de préstamo hipotecario.

Criterio éste compartido, con razonamientos adicionales, por la SAP Murcia, de 25 de febrero del 2016 (Ponente, Ilmo. Sr. Fuentes Devesa), tales como: i) " *es discutible si es trasladable a la relación entre el previo proceso de ejecución singular hipotecario y el declarativo ulterior la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 24 de noviembre de 2014 en las relaciones entre los procedimientos de ejecución singular generales y los declarativos posteriores, atendida la limitación de medios probatorios que prevé el art 695. 2 LEC , que solo contempla la prueba documental* "; ii) " *no es pacífico si la cosa juzgada en los términos definidos en la LEC constituye obstáculo para apreciar la abusividad de cláusulas, ya que la apreciación de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas es imperativa. Así la STJUE de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05 , caso Mostaza Claro) reiterada en la STJUE de 4 de junio de 2009, Pannon que no solo faculta al juez sino que le impone el deber de intervenir* ".

En definitiva, y consecuencia de lo antes dicho, es la no concurrencia del requisito de la existencia de un proceso anterior sobre el mismo objeto (art 222 y 400 LEC), por lo que debe ser estimada la apelación en ese particular, y con arreglo al art 465 LEC , el Tribunal procederá a resolver sobre las cuestiones objeto del proceso.

TERCERO. Sobre la cláusula de vencimiento anticipado.-

Sobre la nulidad, por **abusiva**, de la cláusula de vencimiento anticipado inserta en el contrato de préstamo hipotecario, reiteraremos el criterio mantenido por este Tribunal en anteriores resoluciones.

La parte actora se ha limitado, en la demanda, a copiar de modo prácticamente íntegro la cláusula sexta bis del contrato de préstamo hipotecario (titulada " *vencimiento anticipado* "), si bien sólo ha dedicado su esfuerzo argumentativo a la nulidad por causa de impago de alguno de los plazos convenidos o de cualquiera de las obligaciones asumidas por la prestamista. Por respeto al principio de congruencia, circunscribiremos el análisis a dichas causas.

Del tenor literal de la cláusula sexta bis del contrato de préstamo que nos ocupa se infiere que lo pactado era que el prestamista podría *exigir por anticipado el pago de la totalidad del capital pendiente de amortizar, sus intereses, comisiones, gastos y costas, y declarar vencida la obligación en su totalidad, por cualquiera de las causas siguientes, además de las legales: 1) En caso de falta de pago por la parte prestataria al banco de alguno de los plazos convenidos. 2) Por incumplimiento de la parte prestataria de cualquiera de las obligaciones derivadas de la operación garantizada y demás contraídas en la escritura.*

Pues bien, esta cláusula es claramente **abusiva** porque permite el vencimiento anticipado por incumplimiento de cualquier obligación de las contenidas en el contrato, lo que, de un lado, infringe la doctrina jurisprudencial que limita la facultad resolutoria a los supuestos de incumplimiento de una obligación de especial relevancia y,



de otro, la referencia a " *cualquiera de las obligaciones derivadas de la operación garantizada y demás contraídas en la escritura* " es tan genérica que impide al prestatario conocer suficientemente cuáles son las causas o factores cuya apreciación puede dar lugar a la resolución anticipada del préstamo y, por tanto, a la pérdida del plazo de devolución, vulnerando así lo dispuesto en el art. 7 a) LCGC y los arts. 80.1 a) TRLU. En definitiva, porque, como apunta la STS de 16 de diciembre de 2009, una cláusula tan abierta supone dejar la resolución del contrato a la voluntad de uno de los contratantes, con manifiesto desequilibrio de la posición del prestatario, usuario del servicio, con infracción del art. 82.4 letras a) y e) TRLCU.

De otra parte, también es **abusiva** en la medida en que permite el vencimiento anticipado por impago de cualquier cuota. Normalmente la jurisprudencia ha considerado válidas (sobre la base del art. 1255 del Código Civil) las cláusulas de vencimiento anticipado, en los préstamos, cuando concurre justa causa, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo.

El problema se plantea en relación con los contratos de larga duración, como es el que nos ocupa.

El Tribunal de Justicia de Unión Europea ha abordado esta cuestión en la sentencia de 14 de marzo de 2013, en la que concretan los parámetros a los que el Juez nacional ha de atender: " *En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.*"

Cierto es que el pago de las cuotas constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de préstamo, así como también que el pacto que autoriza la resolución anticipada del contrato a instancia de una de las partes por incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas estipuladas es, en abstracto, admisible dentro del ámbito de autonomía de las partes al contratar (art. 1255 CC).

Ahora bien, en el caso enjuiciado esta facultad no está prevista exclusivamente para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, sino para el impago de cualquier cuota, que bien podría ser simplemente una de ellas.

Consideramos, pues, que el hecho de que la posibilidad del vencimiento anticipado se reconozca con base en cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, incluido el impago de cualquier cuota, resulta manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, abusivo (cfr. el art. 85.4 TRLCU y art. 3 de la Directiva 93/13), lo que da pie a declarar su nulidad. Lo que queda ratificado con la nueva redacción del art. 693.2 LEC, que exige un mínimo de gravedad al incumplimiento (la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dio nueva redacción al art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyo apartado 2º dice: " *Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución*").

No se desvirtúan los anteriores razonamientos por el hecho, alegado por la entidad bancaria, de que el vencimiento anticipado se produjera una vez impagadas bastantes cuotas; y ello, como indica la sentencia de la AP de Pontevedra, de fecha 14 de mayo del 2014, porque la aplicación que pueda hacer la entidad financiera de la cláusula no purifica el eventual carácter abusivo de la misma, que se da, conforme se ha dicho.

CUARTO. La nulidad de la cláusula de interés de demora.-

El contrato de préstamo preveía un interés de demora anual consistente en añadir diez puntos al tipo de interés remuneratorio vigente al producirse la demora.

La Sentencia del Pleno de la sala Civil del Tribunal Supremo, de 22 de abril del 2015, fija 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*". Esta Audiencia Provincial de Alicante adoptó, en fecha 3 de julio del 2015, el criterio unificado de seguir la citada doctrina jurisprudencial, en los contratos de préstamo personal.



En la más reciente, de fecha 3 de julio del 2016, el TS ha adoptado, por motivos de conveniencia por seguridad jurídica, establecer el mismo criterio para considerar el carácter abusivo de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios.

De este modo, en el presente caso, el interés de demora pactado era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual, siguiendo la doctrina jurisprudencial indicada, debemos considerarlo abusivo y, por tanto, nula la cláusula que lo establece.

La citada STS de 22 de abril del 2015 se pronuncia (fundamento de derecho sexto, bajo la rúbrica " *Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo* ") sobre esta cuestión, analizando minuciosamente la jurisprudencia sentada al respecto en varias sentencias del TJUE, y adoptando el criterio (con una extensa justificación, que no consideramos preciso transcribir, por la meridiania claridad de la sentencia citada, a la que nos remitimos), que este Tribunal mantendrá y aplicará en la presente resolución (pues idéntica posición adopta la también referida STS de 3 de julio del 2016), de que la el carácter abusivo de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio, que han de ser suprimidos, de un modo completo, y no simplemente reducidos a magnitudes que excluyan su abusividad.

Lo que, en el caso que nos ocupa, ha de significar, la aplicación del interés remuneratorio pactado.

QUINTO. Carácter abusivo de la cláusula tercera que, a los efectos de liquidación de los intereses ordinarios, considera que el año tiene 360 días y prevé que se divida cierto resultado por 36.000.-

Sobre esta cuestión, compartimos los muy acertados razonamientos contenidos en la reciente SAP Pontevedra de 5 de mayo del 2016 (Ponente, lltmo. Sr. Menéndez Estébanez), que reproducimos por su claridad y precisión:

*" En relación a la primera de las cláusulas cuestionadas en esta alzada relativa al cálculo de los intereses tomando como base de la liquidación el **año comercial** de 360 días, tal estipulación aun tratándose de un uso bancario que pudo tener justificación en el pasado y 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 SSTs 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 7/1.998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación,



por tanto, del art. 10 bis Ley 26/1.984, 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 deriven 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".

SEXTO. Carácter abusivo de la cláusula segunda (anatocismo).-

Sobre este tipo de cláusulas, esta Sección octava ya ha adoptado criterio, expuesto en la SAP Alicante, de 10 junio 2014 (reiterado en otra de 12 de junio de dicho año) cuyos razonamientos se reproducen a continuación:

" La capitalización de los intereses de demora ha sido sancionada negativamente por el legislador en el marco de los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de vivienda. En efecto, el artículo 114 LH, tras la reforma dada por la Ley 1/2013, contiene la expresa prohibición del pacto de anatocismo, señalando en concreto que "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda...no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil", de donde se deduce que en el marco de este tipo de operaciones, de adhesión y desequilibrio con ausencia de negociación individual, se han de tener por no puestos pues con aquellas características se han de considerar abusivos a los efectos del artículo 82 TR 1/07, previsión legal que incluso tiene efectos retroactivos a la vista de la DT 2ª de la Ley 1/2013.

Pero no sólo estamos ante un pacto prohibido por el legislador cuyas razones son trasladables retroactivamente a través del concepto de abusividad proyectable, sobre el pacto en concreto que nos ocupa, sino que además, por lo que a continuación diremos, la cláusula undécima apartado e) es nula por infracción del artículo 5-1 apartado segundo y 5 de la Ley 7/98 sobre condiciones generales de contratación en relación al artículo 4 y 5 Directiva 93/13 al no cumplir los requisitos de transparencia.

CUARTO.- En efecto, dice la STJUE de 14 de abril de 2014 ya citada que "...esa exigencia de redacción clara y comprensible se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y excluida por tanto de la apreciación de su carácter abusivo prevista en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva. De ello resulta también que esta exigencia, tal como se enuncia en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 de esta Directiva", lo que enlaza directamente con lo señalado por la STS de 9 de mayo de 2013 cuando afirma que en el caso de contratos con consumidores, además del control de incorporación, es dable un control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la condición general, añadiendo que para dicho control se ha de tener en consideración que son compatibles los criterios interpretativos de la Ley 7/1998.

Pues bien, en el caso, no tenemos constancia de que se diera a demandante consumidor la información suficiente del gravamen económico que suponía dicho pacto en caso de incumplimiento, ampliándose significadamente su riesgo financiero, percibiéndose de la posición que ocupa la cláusula que se le dio un tratamiento impropia y secundario que impidió al consumidor que percibiera su verdadera relevancia y ello atendida su ubicación separada de la cláusula de intereses de demora, sin título ni advertencia y entre un conjunto de apartados distintos que hacían que aquél pacto quedara enmascarado diluyendo la atención del consumidor, pacto que en realidad sólo lo era en apariencia pues en realidad, y por lo ya señalado, no consta negociado, debiendo recordarse al efecto que el art. 3.2 de la Directiva 93/13 dispone 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", por lo que debe calificarse la condición como impuesta por la entidad crediticia cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, restándole solo o adherirse o renunciar a contratar.

Y esta situación adquiere si cabe mayor relevancia en el caso del anatocismo que en nuestro derecho requiere - art 317 CCo - de acuerdo entre partes.



Cláusula predispuesta en suma, que contiene un contenido, que no acuerdo, propio de las situaciones en las que se produce un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe en perjuicio de los prestatarios pues, como recuerda el TJUE, Asunto C- 280/13 , Barclays Bank, S.A, de 30 de abril de 2014, el propósito de la Directiva, su ámbito de aplicación y el fundamento del sistema de protección, está basado "...según reiterada jurisprudencia...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 ...", razones por las que procede declarar la nulidad del pacto indicado".

SÉPTIMO. Cláusulas que prevén el cobro de ciertas comisiones.-

Con relación a la cláusula cuarta, se mantiene el carácter abusivo de la llamada "comisión de apertura" (del 1 % sobre el principal prestado) y de la comisión por "amortización anticipada, total o parcial", también del 1%, por suponer un gasto encubierto o un enriquecimiento injusto para la entidad bancaria.

No consideramos que tales cláusulas sean abusivas, por cuanto la Orden ENA/2899/2011 tan solo prohíbe las comisiones que no respondan a servicios electivamente prestados o gastos habidos y nos encontramos ante verdaderos servicios prestados por el banco a los prestatarios, en tales supuestos. La comisión de apertura tiene su justificación en la gestión que el banco debe realizar para la apertura y la de amortización anticipada también supone la realización de una serie de gestiones por el banco, que hacen procedente el abono de la comisión pactada.

OCTAVO. Cláusula de gastos a cargo de la parte prestataria.-

Se argumenta también el carácter abusivo de la cláusula quinta, en cuanto impone al prestatario una serie de gastos, así como de la octava ""Seguros, tributos y conservación de las fincas hipotecadas", que se analizará en un fundamento posterior.

La cláusula quinta se titula " *gastos a cargo de la parte prestataria* " y, en casi en dos folios, establece un amplio elenco de gastos que se imponen a la parte prestataria. Así, en su apartado I dispone que serán de cuenta de la parte prestataria los gastos de tasación de la finca así como todos los que origine esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad (...) y los que origine en su día la escritura de cancelación, incluidos los correspondientes a aranceles notariales y registrales (...), gastos y tributos presentes y futuros que graven la operación, incluidos aquellos impuestos en que el obligado al pago sea el Banco (...); los gastos derivados de la conservación y del seguro de daños; las costas y gastos procesales o de otra naturaleza a que diese lugar el incumplimiento del contrato por la parte prestataria, incluidos en tales las costas, los honorarios y derechos del letrado y procurador si el Banco utilizase su intervención, así como todos los gastos y tributos que se causen (...). Añade que la parte prestataria se compromete a otorgar, con gastos a su cargo, cuantas escrituras de subsanación o aclaración fueran necesarias para que la presente pueda quedar inscrita en el Registro de la Propiedad; y los gastos de correo u otros medios de comunicación en que pueda incurrir el Banco en cualquier operación que en su trámite así lo requiera.

Conforme al apartado II de la cláusula, el Banco queda facultado para suplir los pagos debidos por la parte prestataria a tenor de lo pactado en el precedente apartado I y cargarlos en la cuenta de aquella en cualquier momento. Y las cantidades así adeudadas devengarán intereses de demora con arreglo a la cláusula sexta y quedarán garantizados con cargo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula novena.

De un lado, comprobamos como la cláusula en cuestión asigna al prestatario de manera indiscriminada, genérica, sin mayor concreción ni excepciones, todos los gastos y tributos que origine la escritura y su cancelación, "impuestos, gastos y tributos presentes y futuros" , "incluidos aquellos impuestos en que el obligado al pago sea el Banco" ; las costas y gastos procesales a que diese lugar el incumplimiento del prestatario "así como todos los gastos y tributos que se causen", los originados por posibles escrituras de subsanación, gastos de correo u otros medios de comunicación (nos remitimos a la exposición de la cláusula), con tal generalidad que puede interpretarse que incluye cualesquiera gastos que por ley puedan corresponder al empresario, los que éste deba realizar en la gestión y defensa de su derecho y los que no respondan a un servicio efectivamente prestado al prestatario. Entendemos que lo relevante, desde la perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquella, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca.



Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos pudieran ser de cuenta de la misma.

De otro lado, hemos de recordar que conforme al art. 10 bis LGDCU (y art. 89.3 del TRLGDCU), se considera **abusiva**, en todo caso, la transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables (apartado 21), y la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al profesional, así como la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional (22, apartado c).

Igualmente, hemos de considerar el carácter abusivo de las estipulaciones que impongan al consumidor los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario.

Más concretamente, y con relación al pacto sobre costas, es criterio jurisprudencial reiterado (SSTS 17 de mayo de 1993 , 1 de marzo de 1994 , 12 de mayo de 1998) el que declara la improcedencia o ilegalidad de los pactos sobre costas toda vez que vulneran normas imperativas pues el artículo 1.168 del Código civil señala que respecto de los gastos judiciales decidirá el Tribunal con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a los tributos, la cláusula no dice que serán de cuenta del prestatario aquéllos que por ley deba pagar por ser el sujeto pasivo del correspondiente impuesto, sino que le asigna genéricamente todos los que origine la escritura y su cancelación, incluyendo los aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier oficina pública " e impuestos, gastos y futuros que graven la operación, incluidos aquellos impuestos en que el obligado al pago sea el banco". La estipulación no admite otra interpretación que la que literalmente resulta de sus propios términos, con lo cual se incide de pleno en la abusividad que la norma prohíbe.

Efectivamente, la operación está sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el adquirente, considerándose en este caso por tal al prestatario (art. 29 del RDL 1/1993, de 24 de septiembre ; art. 68.II de su Reglamento, aprobado por RD 828/1995), de modo que la cláusula no alteraría la norma tributaria referida al obligado al pago y no coloca al consumidor en una posición menos favorable que la prevista por la ley.

Pero, como se ha visto, la cláusula no asigna al prestatario un determinado impuesto que por ley le corresponda sino que, con generalidad, le atribuye cualquier impuesto originado por la escritura y su cancelación, sin especificar cuáles, de modo que se traslada al consumidor todo tipo de tributos, sin información alguna acerca del significado y alcance real de la estipulación, la cual, es obvio, no puede válidamente alterar la determinación del sujeto pasivo del impuesto. Y de estimar que se está refiriendo, únicamente, al impuesto de AJD (que no es así) sería una cláusula inútil, superflua, cuya inclusión perturba el correcto entendimiento de la asignación de costes tributarios de acuerdo con la ley.

La cláusula asigna así mismo al prestatario el coste de todos los gastos que origine la inscripción de la escritura de préstamo, su cancelación y subsanación, incluyendo aranceles notariales y registrales, y gastos de tramitación ante cualquier oficina pública y gastos de correo y otros medios de comunicación.

Concurre el mismo reproche de abusividad al cargar al prestatario de forma indiscriminada con la totalidad de esos costes prescindiendo de cuál sea la parte obligada al pago según la ley, a quién benefician o convienen o a quién resulta imputable la circunstancia que provocaría el otorgamiento de escrituras de aclaración o subsanación y los requerimientos o notificaciones que procedan.

Se trata de una imposición de pago genérica e imprecisa que, al igual que la anterior, el profesional no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013).

Con relación a los gastos de tasación de la finca, no entendemos que su imputación al prestatario tenga carácter abusivo, ya que dicha tasación es un trámite que ha de constar para la eficaz constitución de la hipoteca y por ello, a falta de argumentos en contra, estimamos que es un gasto que interesa al prestatario y debe soportar a fin de obtener el préstamo.

NOVENO.-

Con excesiva generalidad defiende la demandante el carácter abusivo de la cláusula octava, sobre seguros, tributos y conservación de las fincas hipotecadas. Ello impide analizar congruentemente lo pedido.

De cualquier modo, que se impongan al prestatario los gastos derivados de la conservación de las fincas no parece que pueda tener carácter abusivo alguno, pues dicha conservación de la finca (que constituye, en



definitiva, la garantía del prestamista) parece propia del propietario hipotecante. En cuanto a los gastos del seguro, sin son los consistentes en el pago de la prima, han de ser a cargo del tomador con arreglo al art. 7 de la Ley de Contrato de Seguro .

De otra parte, y en cuanto a la obligación de asegurar las fincas hipotecadas contra daños, "... durante toda la duración de la presente operación ...", por un importe mínimo igual al del valor del seguro, contenido en el Informe de Tasación, este Tribunal ya declaró, en sentencia de 8 de octubre del 2014 , que con ello imponer una garantía desproporcionada, que es calificada como **abusiva** en el artículo 88-1 TRLGDCU. Se reproducen a continuación los razonamientos:

" Así lo entendemos si tomamos como punto de partida lo dispuesto en el artículo 31 Ley de Contrato de Seguro dispone que

"si la suma asegurada supera notablemente el valor del interés asegurado, cualquiera de las partes del contrato podrá exigir la reducción de la suma y de la prima..." ,

pues de tal precepto se desprende que imponer un valor asegurado (suma asegurada) en cualquiera de las anualidades de vigencia del seguro por obligación hipotecaria que pudiera no coincidir con el valor inicial del inmueble, no sólo es inútil desde la perspectiva del interés asegurado sino que, de no mediar real proporcionalidad con el bien, supone para el asegurado un gravamen en el precio o prima del seguro.

Inútil porque la cifra de la suma asegurada, en el marco de los seguros de daños, no constituye un importe predeterminado de una prestación por el asegurador, sino sólo el importe máximo de su prestación - art 27 y 31- inciso final, párrafo primero Ley de Contrato de Seguro - dado que la prestación del asegurador sólo será el de la pérdida realmente padecida al tiempo del siniestro, que es el valor final - art 26 Ley de Contrato de Seguro -, proveyéndose en la reglamentación del contrato de seguro a falta de coincidencia con el valor inicial, el remedio a través de las figuras del sobreseguro o del infraseguro.

Gravoso porque la prima del seguro está en directa relación con la suma asegurada y su falta de adecuación impedirá una moderación de aquella.

Llegamos así a la conclusión que imponer como condición que el aseguramiento, a costa del cliente, lo sea por un valor no menor al de la tasación del bien como condición de valor mínimo durante veinticinco años, que es la duración pactada del préstamo -cláusula 2ª-, constituye una exigencia que no sólo resulta jurídicamente inoperante por la concurrencia de las normas relativas al infraseguro, sino que supone exigir al cliente el mantenimiento a su costa de una prima desproporcionada al interés del asegurado durante la vigencia del contrato, desproporcionada en tanto desconectada, por razón de la volatilidad del capital asegurado en función de las circunstancias concurrentes sobre el inmueble derivadas del tiempo y claramente perjudicial para el tomador del seguro que no puede aprovechar el menor valor del inmueble para adaptar la prima al valor real del inmueble en el transcurso de los años.

Afirmación que se constata por la inexistencia de cualquiera limitación temporal o condición en la cláusula que permitiera adaptar la suma asegurada -que puede ser correcta al tiempo de la tasación- y por tanto, la prima para el asegurado, inflexibilidad que hace definitivamente **abusiva** la cláusula por las razones ya expuestas.

Se dan en suma los requerimientos de los artículos 82-1 y 88 TRLCU para la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión, sin que la normativa invocada - art 30 RD 685/82, derogado el 3 de mayo de 2009 por el RD 716/2009 , y art 10 de éste último- permita sostener la presunción a que se refiere el artículo 88-1 párrafo segundo pues aun cuando los citados preceptos, al exigir que sobre los bienes sobre los que se constituya una garantía hipotecaria ha de contar con un seguro de daños, contengan la indicación de que la suma asegurada debe coincidir con el valor de tasación del bien asegurado, en absoluto imponen dicho criterio como factor de valor durante la vida del contrato sino como valor inicial.

Transformar ese valor inicial en valor constante, en perjuicio del asegurado y sin consideración de la normativa del seguro de daños, constituye el hecho que desvincula la garantía de su finalidad en la relación con el cliente, haciéndola desproporcionada y, por ende, **abusiva**, tal y como ya hemos expresado".

DÉCIMO.-

Se pretende también la declaración de nulidad de la cláusula novena (constitución de hipoteca), con una serie de argumentos (buena fe, antigüedad de la Ley Hipotecaria, garantías exorbitadas para el aseguramiento del interés de la prestamista) que son de todo punto inaceptables, pues la mera constitución de la hipoteca, en garantía de la devolución de la cantidad prestada, no tiene carácter abusivo alguno.

DÉCIMO PRIMERO.-



Se argumenta el carácter abusivo del pacto de liquidez (cláusula undécima), que establece que, a los efectos de lo dispuesto en el art. 572.2 LEC, se pacta expresamente por los contratantes que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el banco en la forma convenida por las partes en el presente contrato.

Lo que se pone en tela de juicio es la concreta liquidación que pueda llevarse a efecto, reiterando la alegación sobre la discrepancia con los intereses liquidados (remuneratorios y liquidación al **año comercial**), cuestiones ya resueltas en fundamentos anteriores.

Se desestima el motivo.

El pacto de liquidez está expresamente permitido por el art 572.2 de la LEC, así como por la jurisprudencia. Como declara la AP Córdoba Auto 27 de marzo de 2014: "Se olvida que la validez del pacto de liquidez está admitido por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo (SS.TC 10 de febrero de 1.932 y TS 7 de mayo de 2.003 y 3 de febrero de 2.005) habiéndose declarado por el Tribunal Supremo que se trata de un pacto válido porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma - SS. 30 de abril y 2 de noviembre de 2.002, 7 de mayo de 2.003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2.005; arts. 520, 1, 550.1, 4º, 572.2 y 573.1, 3º LEC -. Siendo ésta la finalidad del pacto -despacho de ejecución-, ello no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de prueba.

Lo cual, claro está, no obsta a la posible impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición que pueda formular en su caso el ejecutado.

DÉCIMO SEGUNDO.-

Por último, también se discute el carácter abusivo de la cláusula décimo tercera, Protección de datos de carácter personal, aspecto en el que compartimos los razonamientos vertidos en el fundamento segundo de la resolución recurrida, que damos por reproducido a fin de evitar inútiles reiteraciones, insistiendo, si acaso, en que más que una estipulación en sentido estricto, esto es, una cláusula que regule derechos de las partes, de lo que se trata es de una mera información que por disposición legal está obligada la entidad financiera a poner en conocimiento del cliente.

DÉCIMO TERCERO.-

En materia de costas será de aplicación el art. 398.2, que dispone que en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes. En cuanto a las costas de la primera instancia, de conformidad con el art. 394.1, dada la estimación parcial de la demanda, no habrán de ser impuestas a ninguna de ellas.

De conformidad con la D. A. 15ª.8 LOPJ, en caso de estimación total o parcial del recurso, procederá la devolución de la totalidad del depósito constituido por la parte para poder interponerlo.

DÉCIMO CUARTO.-

La presente sentencia no es firme y podrá interponerse contra ella, ante este tribunal, recurso de casación (bien porque la cuantía del proceso exceda de 600.000 € - art.477.2.2º LEC -, bien porque se considere que su resolución puede presentar interés casacional) - art. 477.2.3º LEC) y, en su caso, también, y conjuntamente, recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, del/los que conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Al tiempo de la interposición de dicho/s recurso/s deberá acreditarse la constitución del DEPÓSITO para recurrir por importe de 50 €, por cada uno de ellos, que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en BANCO SANTANDER y el ingreso de las TASAS legales correspondientes en el Tesoro Público, advirtiéndose que sin la acreditación de la constitución del depósito indicado no será/n admitido/s.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente de esta Sentencia, que se dicta en nombre de SM. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Magistrado Don Francisco José Soriano Guzmán, quien expresa el parecer de la Sala.

III - PARTE DISPOSITIVA



FALLAMOS: Que con **estimación parcial** del recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Felicísimo y D. ^a Margarita contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, de fecha 5 de abril del 2016, en los autos de juicio ordinario n.º 693 / 15, **debemos revocar y revocamos dicha resolución** en el sentido de dictar otra que, con estimación parcial de la demanda interpuesta por aquéllos contra BANCO SANTANDER, SA, declara la nulidad de las siguientes cláusulas, insertas en el contrato de préstamo hipotecario de 30 de enero del 2007 concertado entre las partes:

- la cláusula de "anatocismo" (segunda), con el alcance que resulta del Fundamento de Derecho sexto;
- la cláusula tercera, de acuerdo con el Fundamento de Derecho quinto;
- La cláusula cuarta, interés de demora, en los términos del fundamento cuarto;
- La cláusula quinta, gastos, de conformidad con el fundamento octavo;
- la cláusula sobre "vencimiento anticipado" (sexta bis), y
- La cláusula octava, seguros, en los términos del fundamento noveno.

Desestimamos la declaración de nulidad del resto de cláusulas impugnadas.

Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias y con devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución podrá ser objeto de recurso, de conformidad con lo establecido en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.