



Roj: **SAP PO 448/2014 - ECLI: ES:APPO:2014:448**

Id Cendoj: **36038370012014100078**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2014**

Nº de Recurso: **220/2014**

Nº de Resolución: **175/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00175/2014**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCIÓN PRIMERA**

**PONTEVEDRA**

**APELACIÓN CIVIL**

**Rollo: 220/14**

**Asunto: Juicio Ordinario (Condiciones Generales de la Contratación)**

**Número: 106/13**

**Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Vigo)**

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Francisco Javier Menéndez Estébanez

D. Manuel Almenar Belenguer

D<sup>a</sup> María Begoña Rodríguez González

D. Jacinto José Pérez Benítez

**LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, INTEGRADA POR LOS  
MAGISTRADOS ANTERIORMENTE EXPRESADOS,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**S E N T E N C I A**

En Pontevedra, a catorce de mayo de dos mil catorce.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 220/14, dimanante de los autos de juicio ordinario sobre condiciones generales de la contratación incoados con el núm. 106/13 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Vigo), siendo apelante la entidad "  **NCG BANCO, S.A.** ", representada por el procurador Sr. Fandiño Carnero y asistida por la letrada Sra. Casas Nogueiro, y parte apelada  **D. Aureliano** , representado por la procuradora Sra. Nogueira Fos y asistido por el letrado Sr. Lorenzo Fernández. Es Ponente el Ilmo. Sr.  **D. Manuel Almenar Belenguer.**



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- En fecha 4 de febrero de 2014 se pronunció por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Vigo) en los autos de juicio ordinario de los que deriva el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

*" Que estimo sustancialmente la demanda interpuesta por el procurador Sra. Nogueira en la representación acreditada, DECLARO NULAS las condiciones generales 3 bis e, 5, 6, 6 bis, en el préstamo hipotecario suscrito por el demandante, sin que proceda la restitución de las cantidades pagadas en exceso por la cláusula de revisión de tipos de interés desde fecha 9 de mayo de 2013, con expresa imposición al demandado de las costas causadas ."*

**SEGUNDO** .- Notificada la resolución a las partes, por la representación de la entidad "NCG, S.A." se interpuso recurso de apelación, formalizado mediante escrito presentado el 5 de marzo de 2014 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia estimando íntegramente el recurso y revocando íntegramente la sentencia de instancia, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas; subsidiariamente, para el caso de que se mantenga el pronunciamiento de condena, se revoque el pronunciamiento de condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia.

**TERCERO** .- Del referido recurso se dio traslado a la parte actora, que se opuso al mismo a medio de escrito presentado el 3 de abril de 2014 y por el que interesaba que, previos los trámites legales, se dictara resolución confirmando íntegramente la de instancia, con imposición a la parte apelante de las costas ocasionadas en la alzada, tras lo cual con fecha 14 de abril de 2014 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó Ponente al Magistrado Sr. Manuel Almenar Belenguer, que expresa el parecer de la Sala.

**CUARTO** .- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Sala acepta los razonamientos jurídicos de la sentencia de instancia en cuanto no se opongan a los que seguidamente se exponen.

### **PRIMERO** .- Planteamiento de la cuestión .

En el presente procedimiento se ejercita por D. Aureliano una acción individual de nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación incluidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria formalizada el 30 de mayo de 2008, entre "NCG Banco, S.A.", como prestamista, y los esposos D. Aureliano y Dña. Jacinta, como prestatarios hipotecantes, y en virtud de la cual la entidad financiera prestó al demandante y a su esposa la cantidad de 100.000 €, a interés variable y a devolver en un plazo de treinta años, mediante 360 cuotas mensuales fijas, en las condiciones que se recogen en la póliza.

Más concretamente, el actor interesa la nulidad, por abusivas, de las siguientes cláusulas:

#### 1.- "3º BIS.- TIPO DE INTERÉS APLICABLE

(...)

*e) No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al cuatro con treinta y cinco centésimas por ciento (4,35%), ni superior al quince por ciento (15%) .*

#### 2.- " 5ª.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA

Son de cuenta de la parte prestataria los siguientes gastos:

a) Gastos de tasación del inmueble objeto de hipoteca y los de comprobación de su situación registral.

b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca que en esta escritura se constituye así como los de las actas, solicitudes y asientos correspondientes a las entregas del capital prestado.

c) Los tributos que graven esta operación.

d) Gastos de tramitación de esta escritura en el Registro de la Propiedad y en la oficina Liquidadora del Impuesto, así como una copia de la misma, liquidada e inscrita en el Registro de la Propiedad para la Caja, que se expide sin finalidad ejecutiva, y los de una copia que la Caja tuviera, en su caso, necesidad de solicitar con eficacia ejecutiva.

e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como seguros de daños y de caución a que se hace referencia en el apartado e) de la cláusula 9ª.



f) 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 de que la Caja se valiera, aunque no sea obligatoria su intervención.

g) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Caja dirigida a la concesión o administración del préstamo.

### 3.- " 6ª.- INTERESES DE DEMORA

a) Sin perjuicio de las acciones resolutorias que la Caja pueda ejercitar, la cantidades vencidas y no pagadas devengarán intereses de demora al tipo nominal anual del dieciocho por ciento (18%).

b) El mismo interés de demora devengará el capital pendiente de vencimiento en caso de reclamación judicial, hasta la cancelación total del préstamo.

### 4.- " 6ª BIS.- RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO.

Además de lo dispuesto en el párrafo segundo de la cláusula 1ª BIS, la Caja, sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos:

a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la Ley 1/2000 .

(...)

f) Por incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato ."

La mercantil "NCG Banco, S.A." se opone a la demanda alegando, con carácter previo y con relación a la primera de las cláusulas combatidas, la excepción de litispendencia, al haberse sustanciado a instancia de la asociación de consumidores "ADICAE" un procedimiento contra varias entidades, entre las que se encuentra la propia demandada, en el que se pretende la nulidad de cláusulas análogas y a la sazón pendiente de la resolución del oportuno recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En cuanto al fondo, la demandada dedica el grueso de su argumentación a defender la validez de la cláusula suelo o de límites a la variación de los tipos de interés (folios 15 a 20 y 23 a 64), extendiendo luego los razonamientos a las demás cláusulas cuya nulidad se pretende.

Así, tras señalar que no estamos ante estipulaciones arbitrarias o abusivas o que sean contrarias a la buena fe, ni que causen un detrimento injustificado en las obligaciones contractuales, ni provocan desequilibrio alguno, ni son oscuras o faltas de transparencia, habiendo sido aceptadas por los interesados una vez informados por el Notario autorizante del contenido íntegro del contrato, se afirma:

1º El pacto de limitar la variabilidad del tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario no constituye una condición general de la contratación, en el sentido de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por faltar los requisitos de imposición y predisposición, ya que fue fruto de la negociación habida entre las partes con carácter previo al contrato.

2º Subsidiariamente, dicho pacto no constituye una condición general de la contratación puesto que fija y regula un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario, como es el precio o retribución que debe satisfacer el prestatario/consumidor, y, por tanto, no es una cláusula impuesta.

3º Subsidiariamente, el pacto de limitación de la variabilidad del tipo de interés no falta a la exigencia de reciprocidad en el contrato, que no consiste en una reciprocidad en el contenido del contrato, sino en una reciprocidad obligacional o causal.

4º Subsidiariamente, aun admitiendo que el control de reciprocidad incluya el control de la proporcionalidad del contenido económico de las prestaciones de las partes, no existe prueba alguna de que el pacto enjuiciado cause una desproporcionalidad económica o material abusiva.

5º Subsidiariamente, el pacto de límites a la variación de los tipos de interés satisface las exigencias de la buena fe, consistentes en un mandato de transparencia, sin que ocasione un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

6º En todo caso, la supuesta declaración de abusividad obligaría a integrar el contrato conforme al art. 83 RDL 1/2007 , y, en consecuencia, a adecuar la cláusula a lo establecido en los supuestos en que no se convinieron limitaciones a la variabilidad del tipo de interés.



En el acto de la audiencia previa, recaída ya sentencia en casación, la parte demandada recondujo la excepción de litispendencia alegada a la de cosa juzgada, al entender que ya había sido resuelta la cuestión controvertida en relación con la primera de las cláusulas; excepción que se rechazó en el mismo acto por el Juzgador que, ya en sentencia, aborda el resto de cláusulas y, tras considerar que no se ha cuestionado su naturaleza condiciones generales, trae a colación los razonamientos contenidos en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 26 de julio de 2013, con ocasión del ejercicio de una acción colectiva contra, entre otras, cláusulas similares a las litigiosas y, aplicando la doctrina allí sentada, declara la nulidad de la mismas, sin efectos retroactivos respecto de la cláusula suelo.

Frente a esta resolución se alza la parte demandada, reiterando por vía de recurso los motivos aducidos al oponerse a la demanda, si bien, con carácter subsidiario, impugna además el pronunciamiento de condena al pago de las costas al haberse rechazado por el Juzgador la eficacia retroactiva de la nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés y, por tanto, tratarse de una estimación parcial de la demanda.

**SEGUNDO.- La excepción de cosa juzgada. La extensión de los efectos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.**

Como se ha expuesto, la entidad demandada vuelve a invocar en vía de recurso la excepción de cosa juzgada con base en la STS de 9 de mayo de 2013, que declaró la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del antecedente de hecho primero de la propia sentencia. En el apartado 4 se transcribía una cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés inserta en una escritura de préstamo hipotecario suscrita por la antigua Caixa Galicia, hoy NCG Banco, S.A.

La extensión subjetiva de los efectos de las sentencias dictadas por los Juzgados y Tribunales en procesos incoados en virtud del ejercicio de acciones colectivas por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios, o de cualesquiera otros legitimados, es una cuestión polémica tanto en lo que se refiere a la eficacia de la sentencia respecto a otros consumidores que no intervinieron en el procedimiento y que pudieran resultar afectados por las cláusulas discutidas o con relación a otros contratos celebrados por las entidades que fueron parte en el pleito o por otras que no fueron parte pero que utilizan cláusulas análogas a las que fueron declaradas nulas.

Precisamente, para evitar las dudas que sobre la eficacia respecto de terceros pudiera suscitar la declaración de nulidad de una cláusula contractual, el art. 221.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta al Tribunal para determinar si la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente o, por el contrario, los efectos de limitan a quienes fueron parte en el concreto proceso.

En el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo aborda de manera expresa el problema en el fundamento de derecho décimo noveno y lo resuelve en los siguientes términos:

*" 298. Como hemos declarado en la STS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006, la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa.*

*299. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC -"[l]a cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley"-y proyectar sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que "[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".*

*300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que "[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia*



*de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos ."*

Y al resolver el incidente de nulidad planteado por varias demandadas contra la mencionada sentencia, el Tribunal Supremo declara (cfr. el FD 6, apartado 4º del Auto de 6 de noviembre de 2013):

" 4.- La alegación de que la sentencia cuya nulidad se solicita produce indefensión a las demandadas porque no pueden defenderse en otros litigios individuales o colectivos mientras que otras entidades sí pueden hacerlo, es inconsistente.

*Las demandadas han gozado de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión. La sentencia dictada efectúa un control abstracto y general de la validez de las condiciones generales que produce los efectos propios de una sentencia de esta naturaleza ( art. 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), en los términos precisados en la propia sentencia.*

*Las demás entidades bancarias, si son demandadas en acciones individuales o colectivas por la utilización de cláusulas abusivas, habrán de gozar de los mismos derechos de defensa de los que han gozado las demandadas en el presente litigio.*

*Ninguna indefensión se deriva de la existencia de acciones colectivas y de los efectos que las leyes procesales atribuyen a las sentencias que sobre ellas se dictan. "*

En otras palabras, los efectos de la sentencia se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las " *cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos* ", lo que obliga a un análisis pormenorizado para valorar, primero, si se trata de cláusulas materialmente idénticas a las que fueron objeto de dicha declaración, y, segundo, si en el caso concreto ha existido esa actuación adicional que subsane los motivos que han provocado la declaración de nulidad.

En el caso enjuiciado, la entidad "NCG Banco, S.A.", que había sido parte demandada en el proceso apuntado, asumió en el acto de la audiencia previa que la cláusula 3ª bis de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con D. Aureliano era idéntica a las declaradas nulas y se avino unilateralmente a dejar de aplicarla a partir de la fecha de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, sin que se llegara a entrar en otras consideraciones.

No estamos, pues, ante un supuesto de litispendencia ni, tras pronunciarse la sentencia, de cosa juzgada, puesto que la declaración de nulidad no se extiende erga omnes y respecto de cualquier cláusula limitativa de la variación de los tipos de interés, sino respecto de determinado tipo de cláusulas empleadas por las entidades que se citan (entre ellas, la demandada) y que reúnan las características o se hayan incorporado en las circunstancias que se establecen

Si la demandada consideró que la cláusula 3ª bis estaba afectada por la declaración de nulidad y decidió renunciar a su aplicación con efectos de 9 de mayo de 2013, tal actuación es acorde a derecho pero no vacía de contenido la pretensión ejercitada.

La demandada alega que, en todo caso, nos encontraríamos ante una pérdida sobrevenida de objeto que, conforme al art. 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , debería producir la terminación del proceso en relación con esta cláusula.

Ciertamente, la aceptación por parte "NCG Banco, S.A." de la nulidad de la cláusula suelo, en aplicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y con efectos desde esa fecha, no deja de suponer una satisfacción intraprocesal de las pretensiones del actor, pero ni eso supone una cosa juzgada "parcial" (sino, en su caso, un allanamiento parcial), ni tiene otros efectos en el proceso que la de excluir el debate sobre dicha cláusula, mas sin producir la terminación del proceso ni entrañar una hipotética estimación parcial de la demanda, que es lo que el fondo pretende la entidad recurrente a los efectos del pronunciamiento en materia de costas.

### **TERCERO.- Las cláusulas litigiosas como condiciones generales de la contratación .**

La sistemática argumental de la demandada, basada en la defensa de la validez de la cláusula suelo, obliga a analizar, primero, las alegaciones realizadas con carácter general en defensa de dicha cláusula y a las que se remite al abordar las estipulaciones discutidas (interés de demora, vencimiento anticipado y asunción de gastos), para después, en su caso, valorar las efectuadas, de manera mucho más breve, respecto de cada una de ellas.

La mercantil "NCG Banco, S.A." no cuestiona que las cláusulas controvertidas tengan carácter contractual, ni que se trate de cláusulas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos, sino que centra la discrepancia en que tales estipulaciones no pueden ser calificadas como condiciones generales de la





contratación porque su incorporación al contrato, lejos de ser impuesta por ninguna de las partes, deviene fruto de una negociación precontractual y libremente aceptada con pleno conocimiento de su contenido y efectos.

El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, establece 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 "[E]l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas 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 STS 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 art. 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.

En el caso estudiado, la parte demandada acepta la concurrencia tanto del primero de los requisitos como del cuarto, sin que tampoco suscite duda alguna el relativo a la "predisposición" porque, de hecho, la propia regulación sectorial demuestra que se trata de cláusulas predispuestas, que en su aplicación práctica se concretan en ofertas "irrevocables". El debate se centra, pues, en determinar si se trata de cláusulas "impuestas".

El art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores, ha de acudir al art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, conforme al cual "[s]e 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 art. 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, reitera que "[S]e 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 adhiere 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 una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base 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 art. 1 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 consumidor 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 consumidor asuma la iniciativa o, al menos, a 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 art. 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (cfr. la STS de 20 de noviembre de 1996), 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 art. 281.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (cfr. SSTs de 2 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2009, 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y en el art. 82.2 párrafo 2º del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual "[E]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".

Es verdad que el art. 1 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 art. 1 del proyecto, fue suprimida por entender que la empresa que afirme 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 predisponer 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. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente* ".

La aplicación de estas consideraciones a las tres cláusulas enjuiciadas, en virtud de las cuales se fijan los intereses de demora, se declaran de cargo del consumidor o adherente la práctica totalidad de los gastos que, cierta o eventualmente, pudieran derivarse de la operación o de las vicisitudes a que pudiera dar lugar, y se atribuye a la entidad financiera la facultad de resolver anticipadamente el contrato en las circunstancias que se relacionan, hace patente que en los tres casos nos encontramos ante condiciones generales de la contratación.

En efecto, la lectura de dichas estipulaciones evidencia que estamos ante estipulaciones que no solo se incorporan en un contrato, sino que han sido redactadas de antemano por la entidad financiera, sin que el cliente haya podido influir en su contenido, por más que lo haya podido conocer y, consciente o no de la naturaleza y consecuencias de la cláusula, la acepte en lo que constituye la expresión de un consentimiento voluntario y libre, pero no por ello debidamente formado. Una cosa es conocer la existencia de la estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipo de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto y, por ende, la aceptación del contrato, normalmente determinada por la ausencia de alternativas suficientemente fundadas, bien porque no existan, bien porque el cliente se encuentra en una posición de inferioridad tanto en lo que se refiere al nivel de información como a la capacidad de negociación propiamente dicha.

De las tres cláusulas únicamente solo se vislumbra, en una sola de ellas, un elemento susceptible a priori de una mínima negociación, como el tipo de interés fijado en la estipulación que regula los intereses de demora. Las otras dos cláusulas (imputación de gastos y vencimiento anticipado) y la propia de intereses, a salvo el tipo fijado, no dejan margen alguno a la negociación o debate precontractual, sino que se limitan a imponer una situación dada que, o se toma o se deja, sin margen al cruce de propuestas que pudiera derivar en un acuerdo resultante de mutuas cesiones y contraofertas.



La redacción literal de las cláusulas no recoge concesión alguna a la posición del prestatario. Todas las posibles disyuntivas o dudas se deciden a favor de la entidad financiera, ya se trate de cualesquiera interpretaciones sobre el qué, cómo y cuándo se devenga el intereses moratorio (cfr. la liquidación unilateral, la auto autorización para hacerse pago con cargo a cualesquiera cuentas o intereses...), los gastos que pudiera ocasionar el negocio, sin distinción por su origen, destino o importe, o las circunstancias que pudieran justificar el vencimiento anticipado del préstamo, con independencia de su relevancia, impacto contractual, proporcionalidad... Y en cuanto al tipo de interés, la comparación con los intereses de demora previstos en otros contratos de la misma clase suscritos por la propia demandada, así como en préstamos hipotecarios en las principales entidades financieras que operan en el mercado, revela igualmente la inexistencia de una negociación real, puesto que, en la época a que se remonta el contrato, todas oscilaban entre los 18 y los 20 puntos.

Es, pues inverosímil que, atendido el tenor literal de las cláusulas, hubiera no ya negociación alguna, sino la más mínima oportunidad de negociación real.

Si a ello se une, de un lado, la regla sobre la carga de la prueba recogida en el art. 82.2 TRLCU y el art. 3.2 de la Directiva 93/13 (CEE, del Consejo, y, de otro lado, la norma general sobre la disponibilidad y la facilidad de la prueba ( art. 217.6 LEC ) y la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la demostración de los hechos negativos, es forzoso concluir que, si todo apunta a que nos hallamos a cláusulas impuestas y la demandada, a quien incumbía acreditar que habían sido negociadas individualmente, no solo no lo ha hecho sino que ni siquiera lo ha intentado, absteniéndose de proponer prueba al respecto, las cláusulas discutidas han sido "impuestas" (en el sentido anteriormente apuntado) y, en consecuencia, reuniendo los demás requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, constituyen condiciones generales de la contratación, a los efectos del art. 1 LCGC y, por ende, a los efectos de determinar la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

La parte demandada alude a que nos hallamos ante un contrato regulado, cuyas disposiciones responden a lo establecido en la normativa sectorial bancaria.

Ciertamente, el art. 4 párrafo 2º LCGC excluye del ámbito de aplicación de la Ley las condiciones generales que " *vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes* ". Pero ni el concreto interés de demora que pueda fijarse, ni la asunción de los gastos (fuera de lo dispuesto por las leyes tributarias sobre el sujeto pasivo del impuesto, tasa o arancel), ni la inclusión del vencimiento anticipado en sus distintas modalidades, causas y efectos, son elementos reglados administrativamente, antes al contrario, responden a ámbitos abiertos al marco de la autonomía de las partes, que en este caso la entidad crediticia fagocita al eliminar cualquier posibilidad de negociación y que, precisamente por no venir impuestos a las partes, ni directamente ni para el caso de falta de pacto, quedan al margen de la exclusión operada por el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo , de 5 de abril (cfr. el apartado 26 de la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 ), y, por ende, del art. 4 párrafo 2º LCGC, que transpuso el mencionado art. 1.2 de la norma comunitaria.

#### **CUARTO .- La aplicación del art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación a las cláusulas litigiosas . El control de abusividad en general.**

La Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, aclara un concepto no por sabido menos importante: no cabe identificar condición general de la contratación, por más que sea prerredactada e impuesta, con cláusula abusiva, o, en otras palabras, las condiciones generales no son por sí ilícitas ni abusivas, sino que lo serán en la medida en que incurran en los supuestos legalmente previstos.

Como proclama la Exposición de Motivos, una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. En cambio, cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Y a continuación se insiste: "*Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas*".

Así, el art. 8 LCGC, tras declarar la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva





(apartado 1º), concreta en su apartado 2º que "[E]n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Sobre lo que debe entenderse por "cláusula abusiva", que como se ha dicho tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores, hay que estar a lo previsto en los art. 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, y en el art. 82 apartados 1º y 3º TRLCU.

El art. 3.1 dispone que "[L]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

En parecidos términos se pronuncia el art. 82.1, al definir las cláusulas abusivas como "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

El art. 4.1 de la Directiva, transpuesto en el art. 82.3 TRLCU, apunta como elementos a valorar para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, las circunstancias que concurran en su celebración y las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa aquél.

La parte demandada aduce, bien que con referencia a la cláusula suelo aunque luego extiende el razonamiento al resto de cláusulas sin mayor argumentación, que estamos ante un elemento esencial del contrato y, por tanto, inmune al control de abusividad de conformidad con el art. 4.2 de la Directiva 93/13, CEE, del Consejo, según el cual "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

El argumento no se comparte porque, cualquiera que fuere la interpretación que se haga de "la definición del objeto principal del contrato" (o, si atendemos al considerando décimo noveno de la Directiva, a cláusulas "que describan el objeto principal del contrato"), ni la concreción del tipo de interés de demora, ni la imputación del pago de gastos accesorios ni la facultad de resolución anticipada del contrato, definen el objeto del contrato, singularizado por el principal objeto del préstamo, el interés remuneratorio o precio y las condiciones de tiempo y forma de la devolución. No estamos ante elementos principales o que estén directamente vinculados con el objeto del contrato o formen parte inescindible del mismo, ya sea del importe principal que se entrega o del que se dispone o del precio a pagar, sino ante extremos de naturaleza accesoria que no cumplen una función delimitadora o descriptiva esencial y que, en consecuencia, están dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y sometidos al control de abusividad, administrativo o judicial.

En esta línea, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerne Rábai/OTO Jelzálogbank, aclara con carácter general que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que "los términos «objeto principal del contrato» únicamente abarcan una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal (...), si se aprecia, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho, que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza" (respuesta del Tribunal a la cuestión prejudicial primera).

Y acto seguido, la misma sentencia aplica esta doctrina a la cláusula analizada y concluye que "tal cláusula, en cuanto estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva de una «retribución» cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13" (respuesta a la cuestión prejudicial segunda).

El TJUE rechaza así que la cláusula que determina el tipo de cambio de las cuotas mensuales integre el concepto excluido de cláusulas relacionadas con la "adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra".



Descartado que las cláusulas discutidas definan el objeto principal del contrato o describan la relación calidad/precio, y, por tanto, que estén excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva, procede estudiar si son o no abusivas.

De los arts. 3.1 de la Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU se desprende que las condiciones generales contractuales serán abusivas cuando reúnan los siguientes requisitos: a) sean contrarias a las exigencias de la buena fe; b) generen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato; y, c) dicho desequilibrio perjudique al consumidor.

Ni uno ni otro preceptos definen ni contienen precisión alguna sobre lo que ha de entenderse por "buena fe" o de "desequilibrio importante" a los efectos que nos ocupan.

El decimosexto considerando de la Directiva sí que recoge una mención al respecto en los siguientes términos: "*considerando [...] que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta*".

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó ambos conceptos en la sentencia de 14 de marzo de 2013 (apartados 68 y 69), aportando unas indicaciones generales para su interpretación:

" 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 ."

En todo caso, para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual y como prevé el art. 4.1 de la Directiva habrá que tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, el conjunto de sus cláusulas y todas las circunstancias que concurran en su celebración (cfr. SSTJUE de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, apartado 39 , y 9 de noviembre de 2010 , VB Pénzügyi Lízing, apartado 42), lo que incluye también, según el Tribunal Europeo, el análisis de las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, y, por tanto del sistema jurídico nacional (véase la sentencia de 1 de abril de 2004 , Freiburger Kommunalbauten, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C 76/10, Rec. p. I 11557, apartado 59).

Al amparo de los criterios expuestos procede entrar a examinar las concretas cláusulas impugnadas a fin de comprobar si aprueban o no el control de abusividad.

#### **QUINTO.- La cláusula por la que se declaran de cargo de la parte prestataria determinados gastos .**

El Juzgado "a quo", por remisión a la SAP de Madrid de 26 de julio de 2013 , declara la nulidad de esta estipulación argumentando que "[L]a abusividad de la cláusula resulta palmaria, en la medida en que implica la repercusión en el consumidor, sin distinción alguna, del pago de todos los gastos y de todos los tributos de la operación convenida con el banco, incluidos aquellos que por su naturaleza pudieran ser de cargo del empresario o de los que éste fuese el sujeto pasivo. Ello implica la contravención de la regla del artículo 89, en su número 3, letras "c" y "a" (...) del TRLGDCU " (FD 6º).

La entidad recurrente insiste en que, además de que el demandante manifestó expresamente su consentimiento ante el Notario, no estamos ante una estipulación arbitraria ni abusiva, ni contraria a la buena fe, ni causa un detrimento injustificado en las obligaciones contractuales, ni es una cláusula oculta, ni existe desequilibrio entre las partes, sino que es una cláusula clara, transparente y expresamente aceptada por el demandante.

La cláusula litigiosa declara a cargo de la parte prestataria los gastos de tasación del inmueble y de comprobación de su situación registral; los aranceles notariales y registrales; los tributos que graven la operación, los gastos de tramitación de la escritura en el Registro y en la Oficina Liquidadora del Impuesto, así como los de obtención de copias de la escritura, los derivados de la conservación del inmueble, la prima del



seguro del seguro de daños, los gastos procesales que se enumeran y cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio.

De entrada llama la atención la redacción abierta y con vocación omnicomprensiva de la estipulación que, precisamente por ello, resulta desproporcionada con independencia de que, respecto alguno de los conceptos, vulnere normas de carácter imperativo.

El art. 89.3 TRLCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "[L]a transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (número 2º), como "[L]a 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. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

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 que 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 resto de conceptos enumerados en la cláusula discutida.

#### **Aranceles notariales y registrales. Gastos de tramitación.**

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 aquella 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.

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 5ª de la póliza de préstamo, 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 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.

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.

### **Tributos que gravan el préstamo hipotecario.**

La cláusula 5ª letra d) atribuye al prestatario hipotecante el pago de los tributos que gravan la operación, sin distinción de ninguna clase.

Alega la entidad recurrente que, conforme a la legislación tributaria, el sujeto pasivo de los posibles tributos (impuesto sobre el valor añadido, transmisiones patrimoniales...) es el demandante, al margen de que, en cualquier caso, siempre prevalecería la legislación fiscal.

El motivo no se comparte.

La hipoteca está considerada como un derecho real de garantía, por lo que su constitución queda sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido o al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, en función de quiénes sean los sujetos intervinientes. Pero además es un acto valuable y que puede tener acceso al Registro correspondiente, por lo que si se documenta en escritura pública (obligatorio para que la hipoteca quede válidamente constituida ex artículo 145 de la Ley Hipotecaria), también cabría su gravamen en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, si su constitución no está sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

Al tratarse de un préstamo con garantía hipotecaria, nos hallamos ante una operación exenta del impuesto sobre el valor añadido (art. 20 Uno 18ª Ley 37/1992, de 28 de diciembre) y sujeta al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (cfr. art. 7 letras A y B del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora del referido impuesto).

El art. 8 del citado texto refundido declara que estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario, en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a), y, en la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d).

Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo.

Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De esta forma, no es cierto que la entidad financiera quede al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante.

A mayor abundamiento, 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 c) 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 ser palmariamente abusiva al descargar toda la carga tributaria, con independencia del hecho desencadenante del impuesto y de la identidad del beneficiado por dicho hecho, sobre una de las partes del contrato.

### **Gastos derivados de la conservación del inmueble hipotecado, incluido el seguro de daños .**





En principio, la imputación al prestatario hipotecante de los gastos de conservación del inmueble hipotecado tiene un fundamento sólido en los arts. 1129 del Código Civil y 117 de la Ley Hipotecaria, puesto que el préstamo se concede por un importe y en unas condiciones que parecen directamente ligadas al valor del bien que constituye la garantía de devolución, de modo que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía.

No estamos ante una garantía desproporcionada en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLCU, sino ante una consecuencia de la obligación de conservar y reparar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo, que se contiene en la cláusula 9ª letra e) de la escritura.

Cuestión distinta es que en la cláusula 9ª letra e), a la que se remite la cláusula 5ª letra e), se incluye un inciso por el que la entidad financiera se reserva

*" el derecho de aceptar a la Entidad Aseguradora, que podrá rechazar por causas justificadas y la póliza de seguro concertada "*. Esta estipulación viola el art. 1256 del Código Civil y el art. 85.3 TRLCU porque en definitiva viene a dejar a la decisión del empresario la elección de la compañía con la que el consumidor deba contratar, por lo que debe ser anulada.

**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 de que la Caja se valiera, aunque no sea obligatoria su intervención.**

La parte recurrente alega que, en los procesos de ejecución hipotecaria, el abono de las costas corresponden al ejecutado, salvo en el caso de estimación de la oposición de ejecución, supuesto en que, al margen de lo que digan las escrituras de préstamo, todos los Juzgados imponen las costas a la ejecutante, sin que ello sea cuestionado por ninguna entidad bancaria, por lo que tal cláusula, pactada entre las partes, es válida y eficaz.

El motivo no puede ser acogido por el mismo argumento que invoca la parte. Los gastos del proceso aparecen perfectamente regulados en los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 para los procesos de ejecución.

Dichas normas se basan en el principio del vencimiento, de manera que, en primera instancia, las costas se imponen a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Más concretamente, en caso de ejecución, se impondrán las costas al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto ( art. 559.2 LEC ), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo ( art. 561.2 LEC ), imponiéndose al ejecutado cuando se rechace la concurrencia del defecto procesal o de los motivos de fondo alegados ( art. 559.2 y art. 561.1.1º LEC ); por el contrario, cuando se aprecie parcialmente la pluspetición, el carácter abusivo de alguna cláusula cuya inaplicación no impida despachar ejecución o algún motivo de fondo que determine que la ejecución siga adelante por una cantidad inferior a la reclamada, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia.

En consecuencia, la imposición en todo caso de las costas procesales no sólo infringe normas de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de las partes 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.

Y a esta conclusión no se opone el hecho de que las entidades crediticias no hagan valer ante los órganos judiciales la referida estipulación porque ello responde a la constatación de la inoperancia de tal invocación, que no empece a que, al margen de los Tribunales y prevaliéndose de la falta de conocimientos o de la posición de inferioridad del consumidor, pueda invocarse en una relación directa extraprocesal con resultado favorable para la prestamista.

En cuanto a la imputación de los honorarios y aranceles de procurador, aun en los casos en que su intervención no sea preceptiva, la estipulación conculca directamente el art. 23.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 aquél 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 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, procede declarar la nulidad de la misma al amparo de los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC.



**Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Caja dirigida a la concesión o administración del préstamo**

La estipulación aparece expresamente recogida en el listado del art. 89 TRLCU, que en su apartado 4 considera en todo caso como abusivas las cláusulas que impongan al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados, mientras que en el apartado 5º extiende tal calificación a los incrementos de precio, es decir, a los cobros, 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.

Obsérvese que la estipulación no distingue en función de quien interese el servicio o a quien beneficie, ni exige la previa aceptación del mismo por parte del prestatario, sino que deja a la voluntad de la entidad financiera tanto la oportunidad de su prestación como la fijación de su importe y condiciones de cobro, esto es, traslada al empresario la facultad de decidir unilateralmente la celebración de un nuevo contrato, aunque sea accesorio, y las condiciones del mismo, sin que ni siquiera se recoja la obligación de informar inmediatamente al cliente ni, por supuesto, se reconozca la facultad del mismo de resolver el contrato ante la modificación o el nuevo servicio unilateralmente implantado, incurriendo así en la prohibición general recogida en el art. 85 TRLCU y, en particular, en el apartado 3º de dicha norma.

**SEXTO.- La cláusula por la que se fija el interés de demora en el tipo nominal anual del 18% .**

El Juzgado "a quo" considera, siempre por remisión a la SAP de Madrid de 26 de julio de 2013 , que la cláusula de intereses de demora es abusiva por desproporcionada, al fijar un tipo del 18%, que entiende excesivo a los fines de conseguir el objetivo que lo justifica.

La recurrente rechaza esta conclusión con base en dos motivos: primero, que estamos ante un elemento esencial del contrato que fue expresamente aceptado por el demandante, y, segundo, que no es desproporcionado, como lo corrobora la actual redacción del art. 114 LH , que limita el interés de demora al triple del interés legal en los préstamos para la adquisición de vivienda habitual, cuando aquí la hipoteca ni siquiera grava la vivienda habitual del prestatario.

La Sala no comparte los motivos de impugnación alegados por la entidad recurrente.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 , Aziz, después de apuntar los criterios que el Juez nacional debe ponderar en abstracto para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual inserta en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, recordó con relación a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora que " a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos ".

Para analizar si la cláusula discutida causa, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato, debemos, primero, analizar cuales son las previsiones legales en materia de intereses de demora en los distintos ámbitos de contratación, incluido el financiero, cuando una de las partes no cumple o demora el cumplimiento de sus obligaciones, y, segundo, ponderar el concreto tipo de interés fijado en el contrato, en relación con el interés legal y las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, para valorar su adecuación para lograr el fin buscado, que no es otro que incentivar el cumplimiento debido de las prestaciones asumidas en los contratos.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, la regla general en los contratos viene prevista en el art. 1108 del Código Civil , con arreglo al cual la indemnización de daños y perjuicios por mora consiste, a falta de pacto entre las partes, en el interés legal del dinero, cuya evolución en los últimos veinte años, en relación con el interés fijado en el área tributaria y en el campo de las operaciones comerciales revela:

Interés legal I. Demora Tributario I. Demora Comercial

1995 9% 11% ---

1996 9% 11% ---

1997 7,50% 9,50% ---

1998 5,50% 7,50% ---



1999 4,25% 5,50% ---  
2000 4,25% 5,50% ---  
2001 5,50% 6,50% ---  
2002 4,25% 5,50% 10,35% (desde 09/08/02)  
2003 4,25% 5,50% 9,85% -9,10% (1/2 semestre)  
2004 3,75% 4,75% 9,02%-9,01% (1/2 semestre)  
2005 4% 5% 9,09%-9,05% (1/2 semestre)  
2006 4% 5% 9,25%-9,83% (1/2 semestre)  
2007 5% 6,25% 10,58%-11,07% (1/2 semestre)  
2008 5,50% 7% 11,20%-11,07% (1/2 semestre)  
2009 (31/3) 5,50% 7% 9,50% (1º semestre)  
2009 (01/4) 4% 5% 8,00% (2º semestre)  
2010 4% 5% 8,00% (todo el año)  
2011 4% 5% 8,00%-8,25% (1/2 semestre)  
2012 4% 5% 8,00% (todo el año)  
2013 4% 5% 7,75% (01/01/13 a 23-02-13)  
8,75% (24/02/13 a 30/06/13)  
8,50% (2º semestre)  
2014 4% 5% 8,25%

En otras palabras, el interés legal en nuestro país ha oscilado en la última década entre el 3,75 y el 5,50%, manteniéndose en el 4% entre los años 2010 y 2014, mientras el tipo de interés de demora tributario en el mismo período se ha movido entre el 4,75% y el 7%, permaneciendo invariable en el 5% desde 2010 hasta 2014.

Por otra parte, el tipo del interés de demora para las operaciones comerciales entre 2006 y 2014 ha fluctuado entre el 7,75% (primeros meses de 2013) y el 11,20% (primer semestre de 2008), siendo del 11% en el primer semestre de 2011.

En otros ámbitos de contratación podemos encontrar, a título de ejemplo, los siguientes tipos de aplicación:

en materia hipotecaria, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria y fijó el límite del tipo de interés de demora en el caso de préstamos destinados a la adquisición de la vivienda habitual cuando la garantía hipotecaria recaiga sobre la propia vivienda, a tres veces el interés legal, esto es, actualmente el 12%; el art. 20.4 de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo, fija un tope superior en 2,5 veces el interés legal para este tipo de operaciones;

el art. 7 de la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, suma al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación, efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate (actualmente, 0,250%), un diferencial de 8 puntos (hasta 2013 era de 7 puntos);

en materia de contrato de seguro, el art. 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, sanciona el retraso injustificado de las compañías aseguradoras en el pago de las indemnizaciones a los perjudicados por siniestros cubiertos por los contratos de seguro que aquellas tengan suscritos, con el pago de un interés anual igual al del interés legal vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50%, si bien, transcurridos dos años desde la producción del siniestro sin que la indemnización haya sido satisfecha, el Juez no podrá imponer a la aseguradora un interés anual inferior al 20%.

El art. 576 de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que, desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.



En el supuesto de autos, el interés remuneratorio estipulado entre las partes resultó ser del 5,63% el primer año, 4,350% el segundo año, 4,350% el tercer año, 4,350% el quinto año y 4,350% el sexto año (cfr. la certificación aportada por la entidad demandada -folio 480-).

La comparación entre los distintos tipos de interés evidencia la desproporción del tipo de demora pactado en relación con los aplicables en los distintos sectores, bien a falta de pacto, bien por expresa disposición legal: el tipo de interés moratorio estipulado excede en 14 puntos el interés legal y en más de cuatro veces el remuneratorio; asimismo, en la fecha en que se fijó, rebasaba en 11 puntos el interés de demora tributario y en 7 puntos el interés de demora señalado para las operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y la Administración; asimismo, superaba el tope máximo previsto para el interés de demora en los contratos de crédito al consumo en más de 4 puntos...

Si tenemos en cuenta, primero, que la finalidad del préstamo fue la adquisición de vivienda (según se recoge en la propia escritura pública), es decir, un bien de primera necesidad; segundo, que además la operación estaba garantizada con un derecho real, como es la hipoteca, que no solo comporta un privilegio especial en caso de ejecución singular o colectiva, sino que atribuye al acreedor un procedimiento específico de ejecución para reclamar el principal, intereses, gastos y costas en las condiciones señaladas en la propia escritura, procedimiento que entraña una cognición y unos medios de alegación y prueba limitados con el objetivo de agilizar al máximo la tramitación y facilitar el pronto cobro de la cantidad reclamada; y, tercero, que el tipo para la subasta en caso de ejecución se cuantificó en la suma de 123.288 €, lo que evidencia la suficiencia del bien para hacer frente a todas las cantidades adeudadas..., es palmario que nos hallamos ante un tipo de interés que, por su montante, resulta desproporcionado en orden a obtener la meta que legitima el pacto y que no es otra que estimular el correcto cumplimiento de la obligación de la otra parte contratante.

Alega la parte demandada para sostener la corrección del tipo de interés de demora pactado en la escritura que dicho tipo era el que en general se plasmaba en los contratos celebrados por las distintas entidades financieras en la época de que se trata. Sin embargo, aunque efectivamente es un elemento de comparación, el hecho de que la práctica fuese común o estuviese extendida no es suficiente para purgar su carácter desproporcionado, puesto de relieve por el examen de los tipos legal y contractualmente previstos en el mismo y en otros ámbitos, como se acaba de ver.

En estas condiciones, la cláusula debe estimarse abusiva por imponer una indemnización desproporcionadamente elevada al consumidor prestatario por el incumplimiento de sus obligaciones, integrando la prohibición establecida en el art. 82.4 TRLCU (falta de reciprocidad de las prestaciones de las partes, en tanto que nada se prevé al respecto en relación con posibles incumplimientos de la entidad contratante), en relación con el apartado 1º del Anexo al que se remite el art. 3.3 de la Directiva 93/13 y que considera abusivas las "cláusulas que tengan por objeto o por efecto: (...) e. Imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta".

#### **SÉPTIMO.- La cláusula sobre vencimiento anticipado.**

Con carácter previo, no es ocioso resaltar que la Registradora de la Propiedad ya denegó la inscripción de gran parte de las cláusulas incluidas en la escritura, de acuerdo con el criterio seguido en las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 11 de enero y 16 de agosto de 2011, por vulnerar diversas normas imperativas. Y entre las denegadas, hasta ocho se refieren a distintos motivos comprendidos en la cláusula 6º bis de la escritura como suficientes para que la entidad financiera pueda proceder a la resolución anticipada del contrato, entre ellos el contemplado en la letra f (cfr. la copia de la nota extendida por la Registradora de la Propiedad al calificar el documento y proceder a la inscripción -folios 81 y ss.-).

En cualquier caso, como la denegación no priva de fuerza a la cláusula en cuestión, que sigue vinculando contractualmente al deudor, procede entrar en su análisis.

La parte actora solicita la nulidad, por abusiva, de la estipulación que faculta a la entidad financiera a dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, por los siguientes motivos:

1º " Si por cualquier motivo no pudiera inscribirse esta escritura en el plazo de tres meses... " (párrafo 2º de la cláusula 1ª bis, al que se remite el primer párrafo de la cláusula 5ª).

2º " Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran " (letra a) de la cláusula 5ª).

3º " Por incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato " (letra f) de la cláusula 5ª).

Como doctrina general en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, cumple recordar que la jurisprudencia más reciente solo admite la validez de dichas cláusulas cuando " concurra justa causa,



consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes " (cfr. SSTs. 9 de marzo de 2.001 , 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008 , y 16 de diciembre de 2009 ). Línea jurisprudencial que ha sido confirmada por la STJUE de 14 de marzo de 2013 (apartado 73).

#### **La falta de inscripción de la hipoteca por cualquier motivo como causa desencadenante de la facultad de resolver anticipadamente el contrato .**

La parte recurrente impugna la declaración de nulidad alegando que es una estipulación lícita, en el marco del art. 1255 CC , y que no produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

La alegación no se comparte por dos razones. En primer lugar, porque aunque es cierto que la inscripción es constitutiva y que la hipoteca es condicionante del préstamo, de modo que la falta de inscripción afecta directamente a la existencia de la garantía, lo cierto es que la cláusula no diferencia en función de quien es el responsable o a quien es imputable la inscripción, y por ende, la constitución de la hipoteca, sino que se limita a establecer los efectos de la no inscripción y los imputa al prestatario hipotecante con independencia de la causa que la hubiera motivado (por ejemplo, un embargo anotado entre tanto como consecuencia de la tardanza de la entidad financiera en inscribir el derecho real).

En este sentido, la STS de 16 de diciembre de 2009 ya proclamó en el FD 21 que "[E]s cierto que la hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir. Como señala la parte recurrida, el problema de la cláusula es que "recoge la facultad del banco de resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente", y que no tiene en cuenta que es "suya [de la Entidad Financiera] la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribirlo" [el préstamo]. En definitiva "lo que se deduce de la cláusula es que la prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes", y esto es ciertamente desproporcionado, y, por ende, abusivo ."

Y, en segundo lugar, porque una mínima diligencia imponía a la entidad prestamista comprobar previamente a la concesión del préstamo la inexistencia de obstáculos que pudieran dificultar o impedir la inscripción, sin que sea dable trasladar las consecuencias de su negligencia a la contraparte, responsabilizándola de una omisión solo a ella imputable, lo que entraña un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.

#### **El incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato como causa desencadenante de la facultad de resolver anticipadamente el contrato .**

Por lo que se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado por " incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato ", su carácter abusivo no plantea duda alguna porque, de un lado, infringe la doctrina jurisprudencial apuntada, que limita la facultad resolutoria a los supuestos de incumplimiento de una obligación de especial relevancia, lo que exige analizar caso por caso la naturaleza de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento, e impide que la inobservancia de una prestación accesoria tenga efectos tan gravosos para el contratante incumplidor; por otro lado, la referencia a " cualquiera de las cláusulas del contrato " 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; y, por último, como apunta la STS de 16 de diciembre de 2009 , una cláusula tan abierta viene a dejar la resolución del contrato a la voluntad de uno de los contratantes, con manifiesto desequilibrio del prestatario, usuario del servicio, con infracción del art. 82.4 letras a) y e) TRLCU.

#### **La falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización.**

La jurisprudencia se ha inclinado tradicionalmente, con base en el art. 1255 CC , por considerar válidas las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo (en esta línea se manifiestan las SSTs de 7 de febrero de 2000 , 9 de marzo de 2001 , 4 de julio y 12 de diciembre de 2008 ).

El problema se plantea en relación con los contratos de larga duración, como es el que nos ocupa: un contrato de préstamo a devolver en un plazo de treinta años.

El Tribunal de Justicia de Unión Europea estudia esta cuestión en la repetida sentencia de 14 de marzo de 2013 y 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 ."*

Precisamente, con el fin de incorporar esta doctrina a nuestro ordenamiento positivo en materia de ejecución hipotecaria, 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 ."*

La entidad recurrente afirma que se ha limitado a resolver el contrato ante el incumplimiento reiterado por parte del prestatario, y, más concretamente, ante el impago de cuatro cuotas, las que se devengaron desde junio a septiembre de 2012, por lo que no se aprecia ninguna aplicación abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, a lo que se añade que la ejecutada tiene a su alcance la posibilidad que le brinda el art. 693.2 LEC , para liberar el bien mediante la consignación de las cantidades adeudadas.

Sin embargo, ni la aplicación que pudiera hacer la entidad financiera purifica el eventual carácter abusivo de la cláusula, ni en todo caso la aplicación que efectivamente ha realizado la entidad "NCG Banco, S.A." respeta el control de abusividad.

Es verdad que el pago de las cuotas constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de préstamo, 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 ).

Mas 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.

El tenor literal de la cláusula es terminante: la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de las cuotas, incluyendo todos los conceptos que las integran, es suficiente para desencadenar, a voluntad de la prestamista, el vencimiento anticipado. Y ello con independencia de si el incumplimiento afecta a una o a más cuotas, si es total o parcial, si afecta al principal o a los intereses, si se produce al principio del período contractual o más avanzado el mismo...

De este modo, no es que la facultad se reconozca únicamente al empresario (lo que de por sí justificaría la apreciación de una desproporción entre las partes), sino que se reconoce con base en cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, lo que resulta manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, abusivo (cfr. el art. 85.4 TRLCU y art. 3 de la Directiva 93/13 ).

Esta conclusión no queda desvirtuada ni por el hecho de que el art. 693.2 LEC , en su actual redacción, exija un mínimo de gravedad al incumplimiento, ni porque la entidad financiera haya aguardado, en el caso concreto, a que el deudor dejara de abonar cuatro cuotas mensuales.

Es más, la misma reforma legal, al exigir unos requisitos mínimos, hace patente que la cláusula era abusiva, y, en todo caso, no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad.

A mayor abundamiento, en el presente caso nos encontramos con que, ascendiendo el importe del préstamo a 100.000 ? y fijándose un período de devolución de treinta años, en 360 cuotas mensuales, el prestatario fue atendiendo el pago de las sucesivas cuotas desde la primera, vencida el 1 de julio de 2008, hasta la correspondiente al mes de mayo de 2012, inclusive, desatendiendo los vencimientos de junio, julio, agosto y septiembre, momento en que, con fecha 18 del citado mes, la entidad financiera procedió al cierre de la cuenta, es decir, después de que se pagaran 47 cuotas y se dejaran de pagar 4 cuotas, de un total de 360 cuotas.





Es más, las 4 cuotas insatisfechas importaban un capital de 1.285,34 ? y unos intereses ordinarios de 2.444,43 ?, frente al total del préstamo, ascendente a 100.000 ?, lo que supone un incumplimiento relativo de la obligación del 1,28% en lo que se refiere al principal.

En estas condiciones la Sala concluye que nos hallamos ante una cláusula que impone al consumidor prestatario, o al menos permite imponerle, una sanción que resulta absolutamente desproporcionada en relación con la entidad del incumplimiento, que ciertamente existe, pero que se estima insuficiente para provocar la pérdida del plazo y determinar el vencimiento anticipado por la sola voluntad de la entidad prestamista.

#### **OCTAVO.- Efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas.**

Con arreglo al art. 6.1 de la Directiva 93/13 y del art. 82.1 TRLCU, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula comporta su nulidad de pleno derecho, y, por tanto, su expulsión del contrato de préstamo, sin que proceda moderación ni integración de ninguna clase, de manera que bajo ningún concepto pueda vincular al deudor.

En efecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto/Calderón Camino), después de recordar que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional y que, justamente por esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, dedica los apartados 58 a 73 a resolver la cuestión prejudicial suscitada sobre si el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva:

*" 62 En lo que atañe al tenor literal del citado artículo 6, apartado 1, procede hacer constar, por un lado, que el primer fragmento de frase de dicha disposición, si bien reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les impone expresamente la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularán al consumidor».*

*63 En este contexto, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de interpretar la citada disposición en el sentido de que incumbe a los tribunales nacionales que examinan el carácter abusivo de las cláusulas contractuales deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que las mencionadas cláusulas vinculen al consumidor (véanse la sentencia Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 58; el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C 76/10, Rec. p. I-0000, apartado 62, y la sentencia Perenicová y Perenic, antes citada, apartado 30). En efecto, tal y como se ha recordado en el apartado 40 de la presente sentencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar 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.*

*64 Por otro lado, procede señalar que el legislador de la Unión previó expresamente, tanto en el segundo fragmento de frase del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como en el vigésimo primero considerando de ésta, que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas».*

*65 Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión 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.*

*66 Esta interpretación viene confirmada, además, por la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13.*

*67 En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 37; Pannon GSM, apartado 26, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 51).*

*68 Así pues, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores -los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales-, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de*



*prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».*

*69 Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 . En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.*

*70 Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13 , que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08 , Rec. p. I 4785, apartados 28 y 29, y Perenicová et Perenic, antes citada, apartado 34).*

*71 Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor. "*

Esta doctrina se ha reiterado en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 (Erika Joros/Aegon Magyarország Hitel Zrt ), y de 3 de octubre de 2013 (Duarte Hueros/Autociba), que recuerdan que incumbe al Juez nacional determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por el mismo, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del sistema de protección establecido por la Directiva y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10 , apartado 27 y jurisprudencia citada).

En definitiva, las cláusulas declaradas nulas se tendrán por no puestas, con el efecto de que, respecto de la atributiva de los gastos, se estará a lo previsto en las Leyes en defecto de pago; con relación a la cláusula de vencimiento anticipado, se aplicará la regulación general en materia de resolución contractual; y, por último, en cuanto a la cláusula de intereses de demora, se estará a lo dispuesto en el art. 1108 del Código Civil .

En relación con esta última cuestión, conviene recordar que la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (C-26-13, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerne Rábai/OTO Jelzálogbank), ha declarado que en el caso de que la supresión de una cláusula abusiva hiciera imposible ejecutar el contrato, la Directiva 93/13 no se opone a que el Juez nacional la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional. Y en análogo sentido, la sentencia del mismo Tribunal y fecha, C-280/13, Barclays Bank, S.A., excluye que la Directiva 93/13 extienda su ámbito de aplicación a las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, cuando no exista una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.

Asimismo, como consecuencia de la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación que se indican, procede remitir al Registro de Condiciones Generales de la Contratación el oportuno mandamiento para la inscripción de la sentencia, según dispone el art. 22 LCGC.

#### **NOVENO.- Las costas procesales.**

El último motivo de impugnación gira en torno a la condena al pago de las costas procesales de primera instancia.

La recurrente afirma que la sentencia infringe el art. 393 LEC porque en el acto de la audiencia previa ya explicó que, en cumplimiento de la STS de 9 de mayo de 2013 , no aplica desde dicha data la cláusula suelo, lo que llevó al Juzgador a declarar en el FD 4º que estábamos ante una estimación parcial de la demanda, a pesar de lo cual en el fallo se dice que estima sustancialmente la demanda.



El motivo carece de fuerza suasoria. El hecho de que el Tribunal Supremo estableciese la irretroactividad de los efectos económicos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo no implica que, por lo que aquí afecta, estemos ante una estimación solo parcial de la demanda puesto que tales efectos retroactivos no eran objeto de pretensión alguna por el demandante, que se limitó a interesar la nulidad de las cláusulas que se indican. La condena al pago de las costas era, pues, consecuencia ineludible de la aplicación del art. 394 LEC .

En cuanto a las costas de esta alzada, si bien es cierto que se rescata de la declaración de nulidad la letra a) de la cláusula 5ª (y se incluye la letra e) de la cláusula 9ª en virtud de las facultades de apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual), esto no supone una estimación parcial del recurso sino que, atendida su irrelevancia en el conjunto de la pretensión deducida, estamos ante una desestimación sustancial del recurso, lo que, conforme al art, 398 LEC , comporta la imposición a la recurrente de las costas causadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## **FALLO**

### **LA SALA ACUERDA :**

Que desestimando en lo sustancial el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Fandiño Carnero, en nombre y representación de la entidad "NCG Banco, S.A.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede de Vigo), debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con la salvedad de excluir de la declaración de nulidad la letra a) de la cláusula 5ª y declarar la nulidad, por abusiva, de la letra e) de la cláusula 9ª.

Se imponen a la parte recurrente las costas de esta alzada.

Expídase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para que proceda a la inscripción de las sentencias de primera y de segunda instancia.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen. Doy fe.