



Roj: **SAP S 2163/2013 - ECLI:ES:APS:2013:2163**

Id Cendoj: **39075370042013100607**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **4**

Fecha: **20/12/2013**

Nº de Recurso: **105/2013**

Nº de Resolución: **620/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL MAR HERNANDEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000620/2013

Ilma. Sra. Presidente

D^a. Maria José Arroyo García

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Marcial Helguera Martínez

D^a. M^a del Mar Hernández Rodríguez

En Santander, a 20 de diciembre de 2013.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Procedimiento Ordinario, 19/2012, Rollo de Sala nº 0000105/2013, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 de Santander.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante COMPAÑÍA ELECTRICA PEÑA LABRA, S.L. representada por el Procurador D^a. TERESA CAMY RODRIGUEZ-HESLES, y defendida por el Letrado D. JOSE ANGEL ECENARRO BASTERRECHEA; y parte apelada BBVA, S.A. representada por el Procurador D. ISIDRO MATEO PEREZ y defendida por el Letrado D. JOSE MASSAGUER;

Es ponente de esta resolución la Il^{ta}. Sra. Magistrada D^{ña}. M^a del Mar Hernández Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Il^{mo}. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO DE PRIMERA LO MERCANTIL Nº 1 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 22 DE OCTUBRE DE 2012, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por la Sra. Camy Rodríguez por falta de legitimación activa, de las pretensiones formuladas contra BANCO BILBAO VIZCAYA, S.A. Cada parte pagará sus costas y las comunes por mitad".

SEGUNDO. - Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Lo Mercantil, formulándose impugnación por la apelada; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Il^{ta}. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO. - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La demanda origen de los presentes autos versa sobre una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación. Se fundamenta en que la demandada otorgó un préstamo personal a la mercantil NORDCON, S.L. de 147.000.000 ptas destinado a la actividad empresarial que constituye el objeto social de la prestataria mediante escritura de préstamo de con garantía hipotecaria de 17 de julio de 1998 en la que compareció como fiador la actora, cuyo plazo de duración era hasta el 17 de julio de 2004 y que el 13 de diciembre de 1999 se otorgó escritura de ampliación y novación del préstamo hipotecario en el que compareció de nuevo como fiador la actora. Sostiene que ambos contratos están integrados por unas cláusulas que constituyen típicas condiciones generales de la contratación, algunas de las cuales están viciadas de nulidad por contravenir la LCGC u otras normas imperativas. En la fundamentación jurídica se refería de manera concreta a las siguientes cláusulas: de redondeo, de limitación del interés variable, de redondeo al alza, de referencia de tipo medio de los préstamos hipotecarios, de gastos a cargo de los prestatarios, de resolución anticipada del contrato, de obligaciones del hipotecante respecto a fincas hipotecadas, de cesión del contrato, de otorgamiento de facultad al prestamista para imputación der pagos y de tratamiento de datos personales.

La demandada se opuso a la demanda excepcionando la falta de legitimación activa del actor por no ser adherente, al no ser parte en los contratos por haber intervenido en los contratos como fiador. En cuanto al fondo, negó que los contratos consistiesen solo en condiciones generales de la contratación, que la única finalidad de la demanda es paralizar el procedimiento de ejecución hipotecaria, y la no conculcación de norma alguna justificativa de su nulidad.

La sentencia apelada apreció la excepción de falta de legitimación activa por entender que la actora, al obligarse como fiadora, no ostenta la cualidad de adherente, no efectuando condena al pago de las costas procesales.

El apelante se alzó frente a dicha sentencia alegando que goza de legitimación activa y reiterando la nulidad de las condiciones generales a que se refiere la demanda.

A su vez, la demandada impugnó el recurso en lo relativo al pronunciamiento sobre la no condena al pago de las costas procesales por considerar que no concurre duda alguna de hecho o de derecho que justifique la no aplicación de la regla del vencimiento.

SEGUNDO.- Con relación al primer motivo del recurso relativo a la impugnación de pronunciamiento sobre la falta de legitimación activa del actor, se estima.

Esta Sala considera que la actora sí ostenta la condición de adherente en relación con la póliza de préstamo hipotecario de 1998 y su aplicación, al haber suscrito las mismas en su condición de fiador solidario. Como consecuencia de ello es adherente en relación con las cláusulas que determinen las obligaciones por él garantizadas, en tanto que asume las mismas como garante. En cambio, no tiene la condición de adherente en relación con cualesquiera otras ajenas a su ámbito de garantía y a las que únicamente quedase obligado el hipotecante.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, procede entrar en el fondo de lo pretendido en la demanda, al haber quedado imprejuizado en la sentencia recurrida.

Al respecto debe que realizarse como primera precisión que los hechos y razonamientos a tener en cuenta para el examen de la pretensión del actor son exclusivamente los contenidos en la demanda sin que puedan ser valorados ni respondidos los novedosos argumentos esgrimidos vía conclusiones ni a través del recurso de apelación.

CUARTO.- Cláusula de redondeo de la escritura de 17 de julio de 1998.

De conformidad con la cláusula 3ª bis del contrato de 17 de julio de 1997 "Para calcular el tipo de interés aplicable a cada revisión se aplicarán las siguientes reglas: 1º la referencia indicada se redondeará al alza hasta el más próximo múltiplo de 0,25 puntos".

En la demanda se invocaba como fundamento de su nulidad el art. 8.1 LCGC en relación con el art. 6.3 CC , con los principios de buena fe, interdicción del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo del art. 7 CC , y el art. 1.258 CC . A su vez trajo a colación las Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011 y de 4 de noviembre de 2010 .

En primer lugar, no ostentando el prestamista la condición de consumidor y siendo por ello únicamente fiscalizable la validez de las condiciones generales de la contratación impugnadas al amparo del art. 8.1 y no del art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , tampoco resulta aplicable el criterio fijado por el Tribunal Supremo en las dos sentencias citadas en la demanda al haber sido dictadas respecto a consumidores adherentes.



En segundo lugar, procede examinar la impugnación a la luz de la posible vulneración de los artículos 6.3 y 7 del Código Civil relativos al ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo. La Sentencia de 20 de junio de 2011 establece que "El principio de buena fe consagrado por el artículo 7.1 CC constituye, según la jurisprudencia (por todas, SSTS de 20 de junio de 2006 y 4 de julio de 2006), una noción que se refiere al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones de acuerdo con la conciencia subjetiva orientada objetivamente por los valores de probidad y lealtad en las relaciones de convivencia acordes con la conciencia social y debe ser contrastado de acuerdo con las circunstancias de cada caso".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 sostiene que "La doctrina del abuso del derecho, que tiene carácter excepcional según la jurisprudencia, no es aplicable en supuestos en los que la actuación controvertida está cubierta por un precepto legal conforme al apotegma jurídico *qui iure suo utitur neminem laedit* (quien ejercita su derecho no daña a nadie), recogido en el Derecho Romano (Leyes 55 y 155, párrafo 1.º, del Título XVII, Libro L, del Digesto) y por las Partidas (regla 14, Título XXXIV, Partida VII). En palabras de la SSTS de 1 de febrero de 2006 y 15 de noviembre de 2010 se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho (SSTS de 8 de julio de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991 y 25 de septiembre de 1996); exigiendo su apreciación, en palabras de la STS de 18 de julio de 2000, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo), o dicho de otro modo, que el acto o actos cuestionados sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva, y b) que la norma en que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerlo, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser el referido un medio de vulneración de otras normas, bien por ir dirigido a perjudicar a otros, aparte de ser preciso, según reiterada jurisprudencia, que haya de manifestarse notoria e inequívocamente la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida por fundamental en la regulación de la materia".

Partiendo de los conceptos anteriores precisados jurisprudencialmente, esta Sala considera que ninguna infracción de los arts. 6.3 y 7 CC conlleva la cláusula analizada. En primer lugar, como se ha señalado, el principio de buena fe según ha establecido la jurisprudencia se refiere al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones de acuerdo con la conciencia subjetiva orientada objetivamente por los valores de probidad y lealtad en las relaciones de convivencia acordes con la conciencia social y debe ser contrastado de acuerdo con las circunstancias de cada caso, viniendo referido con carácter general al modo de ejercicio de los derechos. Por otro lado, ninguna conducta contraria a los valores de probidad y lealtad en las relaciones de convivencia se aprecia en la demandada, siendo la cláusula examinada fruto del principio de libertad contractual no conculcado por la inclusión en el contrato de la cláusula que nos ocupa, tendente a regular las relaciones contractuales entre las partes, atendiendo a los intereses de las mismas, que en modo alguno puede considerarse contraria de manera genérica al principio de buena fe.

A su vez, como se ha dicho, el abuso del derecho ha de ser apreciado de manera excepcional, siendo precisa en todo caso la concurrencia del requisito subjetivo consistente en la voluntad de causar un perjuicio o la ausencia de interés legítimo, que no ha sido fundamentado en la demanda. Igualmente, tampoco considera esta Sala que la demandada haya obtenida con la cláusula examinada un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico, teniendo en cuenta que como se ha reiterado, no resultan aplicables las normas tuteladoras de los derechos de los consumidores y usuarios. Partiendo de ello, se considera que la cláusula tienen su acomodo en el principio de libertad contractual recogido en el art. 1.255 CC según el cual "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público", encontrándose cubierto por esta norma.

En último término, ninguna infracción se aprecia del art. 1.258 CC según el cual "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

No siendo sostenida la nulidad al amparo de la infracción de norma alguna prohibitiva o imperativa diferente de las examinadas, procede desestimar la pretensión.

QUINTO.- Cláusula suelo de limitación del interés variable.



La segunda cláusula impugnada es la relativa a la limitación del interés variable contenida igualmente en la enumerada como 3ª bis del contrato de 17 de julio de 1997, en concreto en su apartado 3º, párrafo segundo según la cual "El tipo de interés que resulte no podrá ser inferior al CINCO por ciento (5,00%) nominal anual, ni superior al DIEZ por ciento (10%) igualmente nominal anual".

El actor fundamenta su pretensión de nulidad en la infracción de la buena fe contractual, la falta de equilibrio entre la cláusula techo y suelo, que la aplicación de la OM de 5 de mayo de 1994 no puede suponer exclusión del ámbito de aplicación de la LGCC ni impedir el control de abusividad, concretando finalmente su nulidad en la infracción del art. 7.1 CC por su carácter contrario a la buena fe contractual.

La demandada se opuso sosteniendo que la cláusula enjuiciada no tiene la consideración de condición general de la contratación al no ser impuesta, fijar un elemento esencial en el contrato y ser transparente su inclusión en el contrato.

De conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la circunstancia de que una cláusula constituya el elemento esencial del contrato no excluye su carácter de condición general predisuelta por una de las partes. En segundo término, la circunstancia de que sea transparente su inclusión en el contrato tampoco excluye el carácter de condición general de la contratación puesto que constituye un requisito para su incorporación, ya que faltando éste o la aceptación por la otra parte contratante, carecería de eficacia obligacional. Frente a todo ello lo que califica una cláusula como condición general de la contratación es que sea predisuelta, esto es, prerredactada, impuesta por el empresario al adherente como requisito necesario para la obtención del bien o servicio sobre el que versa el contrato y que se encuentre incorporada o este destinada a su incorporación a una pluralidad de contratos. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ha establecido que "La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario". No obstante, consideramos que dicha carga de la prueba recae igualmente en el empresario cuando el adherente no es un consumidor, si por la redacción de la cláusula y su contenido cabe inferir que su destino natural es su incorporación a una pluralidad de contratos, como sucede en el presente caso en el que la cláusula que nos ocupa resulta habitual en una pluralidad de contratos de préstamo y financiación de características similares al analizado. Faltando esta prueba, consideramos que constituye una auténtica condición general de la contratación.

En cuanto a los motivos de nulidad invocados, en primer lugar se sostiene su carácter contrario a la buena fe, lo que se concreta en la falta de equilibrio entre el techo y el suelo y su carácter abusivo. Sin embargo, como se señaló en el fundamento de derecho anterior, con carácter general la buena fe ha de ser fuente de interpretación de los contratos y del ejercicio de los derechos. Por otro lado, y al igual que se estableció en el supuesto anterior, ninguna conducta contraria a los valores de probidad y lealtad en las relaciones de convivencia se aprecia en la demandada, siendo la cláusula examinada fruto del principio de libertad contractual no conculcado por la inclusión en el contrato de la cláusula que nos ocupa, tendente a regular las relaciones contractuales entre las partes, atendiendo a los intereses de las mismas, incluidos el relativo a la fijación de la contraprestación debida por la financiación otorgada a través del correspondiente interés (que es lo recogido en la cláusula examinada), que en modo alguno puede considerarse contraria de manera genérica al principio de buena fe. Por otro lado, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo ya reiterada, no cabe el control de equilibrio de este tipo de cláusulas por definir y describir el objeto principal del contrato. A mayor abundamiento, ningún desequilibrio en abstracto se considera que ocasione la cláusula analizada no amparado por el principio de libertad contractual que rige las relaciones de las partes al no resultar aplicable la normativa sectorial de consumidores y usuarios.

En último término, el control de abusividad al que se alude en la demanda no es posible en el supuesto que nos ocupa puesto que como se ha señalado, resultando aplicable el art. 8.1 y no el art. 8.2 LCGC, no es posible examinar la nulidad sobre el filtro de la normativa protectora de los derechos de consumidores y usuarios dentro de la cual se inserta el control de abusividad.

SEXTO.- Cláusula de redondeo al alza y limitación del tipo de intereses.

Insiste la actora en la nulidad de la cláusula de redondeo al alza y las imitaciones relativas a la variación del tipo de interés que se reiteran en el contrato de 17 de julio de 1998, extendiéndose la pretensión de nulidad al pacto segundo de la escritura de 13 de diciembre de 1998 que declaró la extensión de estas cláusulas.

Las mismas razones que han dado lugar a la desestimación de la pretensión de nulidad de la cláusula de redondeo y de la cláusula de limitación del tipo de interés contenidas en los dos fundamentos de derecho anteriores deben reiterarse, excluyendo la nulidad ahora analizada.

De la misma manera, el pacto incluido en la segunda escritura de 13 de diciembre de 1999 de extensión de vigencia de estas cláusulas no puede considerarse nulo por idénticas razones.



SÉPTIMO.- Clausula 3ª bis relativa a la sustitución del tipo de referencia Euribor de la escritura de 17 de julio de 1998.

Se insta la nulidad de las cláusulas terceras bis regla 2ª párrafos 8º, 13º y 4º según las cuales "dicha referencia es la definida en el anexo VIII, apartado 3, de la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio (B.O.E. del 3 de agosto de 1994)", "Salvo los casos en los que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo, el Banco comunicará a los prestatarios, por cualquier procedimiento escrito, el nuevo tipo de interés aplicable a la operación, con carácter previo a su aplicación, entrando en vigor el nuevo tipo en la fecha de revisión indicada anteriormente, quedando como consecuencia modificadas las cuantías de las cuotas y renunciando expresamente los propietarios a todo plazo de espera desde la fecha de revisión para que se le aplique el referido nuevo tipo" y prevé la sustitución de la referencia para el supuesto de que dejara de publicarse, si la sustitutiva no llegara a entrar en vigor o dejara de publicarse, y si la tercera en sustitución dejara también de publicarse.

En primer lugar entiende la actora que el reenvío que la clausula realiza a la Circular del Banco de España supone una infracción de los principios de transparencia, claridad, concreción y sencillez lo que es importante por afectar a un elemento esencial. Sin embargo esta Sala entiende que no se puede imputar a la referida cláusula de falta de transparencia o concreción así como de oscuridad, al ser claro su contenido de su simple lectura y remitirse a una norma publicada en el Boletín Oficial del Estado de acceso generalizado, no infringiéndose con ello el art. 5 LCGC.

Con relación a la obligación de comunicar el nuevo tipo salvo dispensa legal, entiende el actor que vulnera el principio de la buena fe contractual y el art. 1.258 CC . En primer lugar, dicha cláusula no afectaba a los fiadores, lo que es suficiente para desestimar la pretensión al carecer de la condición de adherente el actor respecto a la misma. A mayor abundamiento, de nuevo esta Sala no aprecia infracción legal alguna. Respecto al principio de buena fe ha de reiterarse lo ya señalado en esta sentencia, entendiendo que ninguna conducta contraria a los valores de probidad y lealtad en las relaciones de convivencia se aprecia en la demandada al incluir esta cláusula que salvaguarda la existencia de una modificación que excluya la exención de la obligación de comunicar las variaciones del tipo de interés. Igualmente, tampoco existe infracción del art. 1.258 CC cuyo contenido ya ha sido transcrito en esta sentencia, no alterándose con ello el carácter obligacional del contrato.

En último lugar, respecto a la previsión de la sustitución de la cláusula EURIBOR porque dice que es oscura y de difícil entendimiento infringiendo el art. 5.5 CC y 7.1 de la LCGC y el art. 7.1 CC (buena fe) y 1.256 CC .

Como ya se ha señalado, el contrato expiró en el año 2004 y dicha cláusula nunca fue aplicada puesto que el tipo EURIBOR mantuvo su publicación durante todo el periodo de vigencia del contrato. Como consecuencia de ello, el actor carece de interés legítimo para instar su nulidad.

A mayor abundamiento, invocándose que se trata de una cláusula oscura del 5.5 en relación con el art. 7.b LCGC, esta Sala considera que se trata de una cláusula perfectamente comprensible y legible para cualquier persona media a la vista de su tenor literal, no pudiendo ser calificada de ilegible, ambigua, oscura o incomprensible, puesto que de su simple lectura se comprende que prevé la solución a la hipotética situación derivada de la falta de vigencia de la referencia EURIBOR, estableciendo de manera clara qué referencias de las que le sustituyeran serán tenidas en cuenta, con la suficiente claridad que puede ser exigible a un hecho futuro e incierto como es la existencia de una referencia pública sustitutiva o de la necesidad de acudir a otras referencias no oficiales.

En último lugar, la vulneración de los principios de buena fe y del 1.256 CC solamente es una mera alegación carente de fundamento laguna en la demanda, no apreciándose por esta sala vulneración alguna de los mismos, sin que se considere que se está dejando la validez y cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

OCTAVO.- cláusula de gastos a cargo de los prestatarios de 17 de julio de 1998.

Según la cláusula quinta en la parte exclusivamente objeto de impugnación "cuantos gastos se originen por el otorgamiento de esta escritura, así como los correspondientes en su día y caso a la cancelación, ..., serán de cuenta de los prestatarios... se entienden comprendidos los gastos de... cancelación de hipoteca.. los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de sus obligaciones de pago...Igualmente son a cargo de los prestatarios cualesquiera atributos que pudiera grabar... la cancelación de la garantía hipotecaria".

En primer lugar sostiene la actora que la imposición de los gastos procesales contraviene las normas de orden público sobre imposición de costas. Esta Sala discrepa de la valoración del demandante, considerando frente a ello, en primer lugar, que el art. 394 LEC no se encontraba vigente en el momento de la celebración del contrato, no pudiéndose considerar por ello infringida esta norma. Por otro lado, consideramos que no siendo



consumidor el adherente y no resultando aplicables las normas especiales relativas a los consumidores y usuarios, con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC 1/2000, resultaban admitidos en nuestros derechos pactos que alterasen la regla del vencimiento entre profesionales.

En cuanto a los gastos derivados de la cancelación de la hipoteca sostiene que se trata de una cláusula que peca de oscuridad y ambigüedad, vulnerando el art. 5.5 y del 7. B LCGC. Frente a ello consideramos que esta cláusula es clara en su redacción, haciendo pechar al prestatario con los gastos que se generen en la cancelación de la hipoteca sin perjuicio de la discrepancia del actor en orden a su extensión, cuestión distinta de la relativa a la falta de claridad. En todo caso, las posibles dudas interpretativas que con carácter abstracto no se aprecian por esta Sala podrían ser salvadas a través de su interpretación de plantearse controversia alguna en cuanto a la asunción por el actor de unos concretos gastos, recargos o impuestos.

No indicándose en la demandada otra norma imperativa infringida, desestimamos la pretensión de nulidad.

NOVENO.- Cláusula de vencimiento anticipado de escritura de 17 de julio de 1998.

La cláusula 6 bis del contrato establece que "No obstante el plazo pactado para la duración del préstamo, el Banco podrá considerarlo vencido de pleno derecho y exigible la totalidad de las obligaciones de pago que tenga contraídas el prestatario/s cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes: a) cuando los prestatarios incumplieran cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, y especialmente el incumplimiento de cualquier pago en las fechas contractualmente previstas...En el caso de resolución anticipada del préstamo por el Banco,..., se percibirá una penalización del 3% sobre la totalidad de las cantidades debidas".

Entiende el actor que la cláusula rompe la reciprocidad del contrato, vulnerando los principios de buena fe contractual e interdicción del abuso del derecho, infringe los principios de transparencia, claridad, concreción y sencillez y prohibición de ambigüedad y oscuridad y que la sanción del 3% al no preverse para el banco rompe el principio de buena fe y de necesaria reciprocidad jurídica.

Ha de tenerse en cuenta que el contrato expiró en el año 2004 y que dicha cláusula nunca fue aplicada por lo que carece el actor de interés jurídico alguno para interesar su nulidad al no haber sido aplicada ni poderlo ser en un futuro, lo que es suficiente para desestimar la pretensión.

A mayor abundamiento, y en cuanto a su posible nulidad, no pudiendo examinarse a la luz de la LGDCU y siendo únicamente posible su filtro de conformidad con el art. 7 y demás preceptos del Código Civil invocados, no se aprecia infracción del principio de reciprocidad, considerando frente a ello amparada en el principio de libertad contractual la cláusula analizada. En último término, el tenor literal carece es suficientemente claro para que cualquier persona media pueda comprender su contenido, sin apreciarse por ello oscuridad alguna o falta de claridad o transparencia.

DECIMO.- Obligaciones del hipotecante respecto a las fincas hipotecadas.

Según la cláusula no financiera segunda el hipotecante queda obligado "b) a tener asegurada LAS FINCAS hipotecadas durante la vigencia de la operación, mediante un seguro del denominado a todo riesgo, en una Compañía de reconocida solvencia, por un capital no inferior al valor de tasación a los efectos del seguro, consintiendo el prestatario/s y/o el hipotecante que el seguro lo efectúe el Banco por cuanta del obligado en caso de no hacerlo este" De tener aseguradas las fincas hipotecadas y autorizar a banco para asegurar de no hacerlo.

Sostiene la actora que se trata de una cláusula que infringe el principio de buena fe del art. 7 CC y el art. 1258 de la misma norma .

Sin embargo ninguna infracción apreciamos de dichos preceptos. En primer lugar, respecto al art. 1.258 CC claramente no resulta infringido puesto que en nada afecta al carácter obligacional de los contratos. Respecto al principio de buena fe, no se ve conculcado debiéndose recordar que con carácter general la buena fe ha de ser fuente de interpretación de los contratos y del ejercicio de los derechos. Por otro lado, ninguna conducta contraria a los valores de probidad y lealtad en las relaciones de convivencia se aprecia en la demandada, siendo la cláusula examinada fruto del principio de libertad contractual no conculcado por la inclusión en el contrato de la cláusula que nos ocupa, tendente a regular las relaciones contractuales entre las partes, atendiendo a los intereses de las mismas y especialmente a garantizar el de la obligación de aseguramiento, estableciendo la posibilidad de cumplimiento de la obligación a través del Banco para el supuesto en que el hipotecante no cumpliera con ella y evitando con ello la resolución del contrato.

DECIMOPRIMERO.- Cesión del contrato de 17 de julio de 1998 según la cláusula no financiera séptima "el Banco podrá ceder a cualquier persona o entidad, en todo o en parte, todos o cualquiera de los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o

transferencia al deudor, el cual renuncia al derecho que, al efecto, le concede el art. 149 de la vigente Ley Hipotecaria".

Entiende el actor que se trata de una cláusula nula por ser abusiva e infringir los arts. 7, 1256 y 1.258 CC y el principio de reciprocidad jurídica al no preverse similar posibilidad al prestatario.

En primer lugar, como se señaló más arriba, el contrato expiró en el año 2004 y la cláusula examinada nunca fue aplicada, careciendo por ello el actor de interés jurídico para impugnarla, lo que es suficiente para desestimar la pretensión.

A mayor abundamiento, no se aprecia infracción de los arts. 7, 1256 y 1258 CC por no exigirse consentimiento para la cesión, debiéndose tener en cuenta que la infracción legal que de conformidad con el art. 8.1 LCGC puede dar lugar a la nulidad de una condición general de la contratación, debe ser de una norma imperativa, faltando tal carácter imperativo al precepto relativo a la necesidad de consentimiento para la cesión de los contratos, admitiendo frete a ello el pago en contrario.

DECIMOSEGUNDO.- Facultad de imputación de pagos no financiera.

Se impugna la cláusula no financiera octava según la cual "Salvo instrucciones..., los prestatarios facultan plenamente al Banco para que las entregas de cantidad que se efectúen a fin de reducir las deudas derivadas de ésta y otras operaciones que el mismo tenga con el banco, pueda imputarlas y atribuir a cualquiera de ellas o a otras obligaciones vencidas".

Entiende la actora que el precepto infringe el principio de buena fe del art. 7 y el art. 1258 CC, aludiendo igualmente a los arts. 1256 y 1174 CC. Sin embargo, en la demanda se realizan meras alegaciones genéricas en relación con la vulneración de estos preceptos. En todo caso, no se entiende que con el contenido de dicha cláusula se esté dejando a la voluntad del Banco el cumplimiento de las obligaciones, no infringiéndose con ello el art. 1.258 CC, tampoco altera el carácter obligacional del contrato, ni puede considerarse una cláusula contraria al principio de buena fe en el sentido ya reiterado en esta resolución. En último término, el art. 1.174 CC admite pacto en contrario, no siendo por tanto contrario a dicho precepto la cláusula analizada. En todo caso, en su contenido, la cláusula deja a salvo que la prestataria realice instrucciones contrarias a dicha regla de imputación de pagos.

DÉCIMOTERCERO.- Tratamiento de datos personales.

La última cláusula cuya nulidad se insta es la adicional 4ª del contrato de 17 de julio de 1998 según la cual "Los datos personales de los intervinientes, recogidos ahora o en el futuro, para la mejor gestión de las distintas relaciones Banco-cliente, podrán ser registrados en un fichero automatizado, titularidad del Banco y ubicado en el Centro de Proceso de Datos del banco, sobre el cual el interesado podrá ejercitar sus derechos de acceso y, en su caso, los subsiguientes derechos de rectificación y/o cancelación de datos. Los intervinientes autorizan expresamente al Banco a fin de que dichos datos puedan ser cedidos o, en su caso, interconectados, a terceros que formen parte del Grupo de Empresas del Banco o a otros terceros, en este último caso con la exclusiva finalidad de que el interesado pueda recibir informaciones publicitarias sobre productos, servicios, ofertas o promociones especiales, relacionadas, en su caso, con su condición de cliente del Banco o como titular de una tarjeta de crédito/débito emitida o gestionada por el Banco o Bancos de su grupo".

Entiende la actora que se vulnera en dicha cláusula el art. 4 de la LPDP así como los arts. 5.5 y 7 LCGC por su carácter ambiguo y general.

En primer lugar, no consideramos que exista infracción alguna del artículo 4 de la Ley Orgánica de Protección de Datos por no ser aplicable al actor por su carácter de persona jurídica. A mayor abundamiento, aun cuando considerásemos que rige en el presente caso, tampoco entendemos que el mismo sea infringido por la cláusula analizada según el cual "1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.

3. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.

4. Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16.



5. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos.

6. Los datos de carácter personal serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, salvo que sean legalmente cancelados.

7. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos". En concreto, las finalidades perseguidas con la cesión de datos contenida en la cláusula debatida no son contrarias a este precepto que en todo caso prevé la posibilidad de cancelar la autorización.

Por otro lado, tampoco entendemos que constituya una cláusula ambigua de conformidad con el art. 5.5 en relación con el art. 7 B LCGC puesto que tras su detenida lectura consideramos que es lo suficientemente clara y que expresa de manera comprensible que se está autorizando a la demandada para hacer uso de los datos personales, se autoriza su cesión a terceros para los fines precisados en la cláusula y con respeto a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Por ello se desestima la pretensión.

DECIMOSEXTO.- En cuanto a la impugnación, se discrepa por la impugnante del pronunciamiento contenido en la sentencia apelada en relación con las costas procesales. El motivo se estima. Ninguna duda de hecho o de derecho se aprecia por esta Sala justificativa de la no condena al pago de las costas procesales y de la aplicación de la regla del vencimiento contenida en el art. 394 LEC . Frente a ello, ningún elemento fáctico ha sido discutido y en cuanto al derecho esta Sala no ha apreciado duda alguna que altere dicha regla.

Por ello procede estimar la impugnación y condenar al actor al pago de las costas procesales de la primera instancia dada la desestimación de la demanda,

DECIMOSÉPTIMO.- Dada la estimación parcial del recurso por estimarse parcialmente el motivo relativo a la legitimación activa del actor y la estimación de la impugnación, no se realiza condena al pago de las costas procesales de esta segunda instancia en aplicación del art. 398 LEC .

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de COMPAÑÍA ELECTRICA PEÑA LABRA, S.L. contra la ya citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander y debemos estimar y estimamos la impugnación formulada por la representación de BBVA, S.A., frente a la citada sentencia y en su lugar, desestimamos la demanda condenando al pago de las costas procesales de la primera instancia al actora y sin realizar condena al pago de las costas de esta apelación.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha de lo que yo el Secretario doy fe.