



Roj: **SAP PO 965/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:965**

Id Cendoj: **36038370012015100169**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2015**

Nº de Recurso: **232/2015**

Nº de Resolución: **173/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 965/2015,**
STS 3922/2019

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00173/2015

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 232/15

Asunto: ORDINARIO 264/13

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NUM. 1 A ESTRADA

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS**

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NO MBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.173

En Pontevedra a once de mayo de dos mil quince.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 264/13, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de A Estrada, a los que ha correspondido el Rollo núm. 232/15, en los que aparece como parte apelante-demandado: ABANCA CORPORACION BANCARIA, representado por el Procurador D. MAGDALENA MENDEZ BENEGASSI GAMALLO, y asistido por el Letrado D. ELISA LEIRADO GONZALEZ, y como parte apelado-demandante: D. Eloisa y D. Juan Alberto , representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ SOMOZA, y asistido por el Letrado D. MANUEL QUINTANS LOPEZ, y siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. **D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de A Estrada, con fecha , se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Somoza, en nombre y representación de D^a Eloisa y D. Juan Alberto , contra la entidad Novagalicia Banco SA, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Méndez-Benegassi Gamallo, y, en consecuencia, declaro nulas por abusivas, las cláusulas siguientes, la 1^o bis (cuenta especial), la 3^o bis (intereses aplicable, cláusula suelo), la 4^o (comisiones), los apartados b), c), d), e), y f), de la 5^o (gastos a cargo de la parte prestataria), la 6^o (interés de demora), los apartados a) y f) de la cláusula 6^o bis (interés de resolución anticipada), y, la 11^o, incorporadas a ambos contratos hipotecarios objeto de litis de fechas 7 de septiembre de 2009 y 15 de Diciembre de 2010, con idéntica denominación y número, con los efectos recogidos en el fundamento jurídico noveno de esta resolución.

Estimándose parcialmente la demanda, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Abanca Corporación Bancaria, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Declaración de nulidad de la cláusula de Comisiones .- En virtud del precedente Recurso por Abanca, Corporación Bancaria SA, se pretende la revocación parcial de la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 264/13 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de A Estrada en tanto declaró la nulidad de una serie de cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscritas el 7 de febrero de 2009 y 15 de diciembre de 2010 con la demandante.

Esta Sala se ha pronunciado de manera exhaustiva, y en relación a la misma entidad hoy apelante en nuestra Ss de 14 de mayo de 2014 , Pte. Sr. Almenar Belenguer, que inevitablemente se tendrá en cuenta a la hora de responder a las cuestiones aquí planteadas, dada también la identidad de las cláusulas a las que se refiere el litigio.

El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , establece el apartado 1^o 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 2^o 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 insertadas, 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 acudirse 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 a 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, 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".

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.

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. 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 .

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 aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor** y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

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.

SEGUNDO.- Cláusula de Comisiones y de Gastos.- Aduce la entidad apelante que dicha cláusula 4ª letra c) no es nula porque implica un incremento de los gastos que el prestatario deba soportar en caso de impago, debiendo ser consideradas como no abusivas comisiones que respondan a gastos soportados por la entidad bancaria y justificados lo que no se da en este caso, tal como se argumenta en la recurrida. Sostiene la apelante que no existe la desproporción a que alude el art. 82.1 del RDL 1/07, la parte demandante las admite, y además firma un segundo préstamo en el que reitera las mismas comisiones que son operativas solo en caso de incumplimiento.



Los apelados, D^a Eloisa y D. Juan Alberto se oponen al recurso alegando que una cosa es la inexistencia de desequilibrio y otra un incremento de los gastos que el prestatario debe soportar. Además la declaración de nulidad lo es de la cláusula 4^o en su totalidad, no del punto c), o sea de la comisión por apertura, la subrogación de tercero, la modificación en las condiciones o garantías, por posición deudora, por cancelación parcial anticipada y por cancelación total y por subrogación de otra entidad en el crédito. En ninguno de estos supuestos se explique ni justifique cuáles pueden ser esos gastos. Tampoco cabe argumentar que el préstamo hipotecario es por definición un contrato unilateral donde solo hay obligaciones para una de las partes que es el prestatario porque la SS TS de 9 de mayo de 2013 descarta dicho argumento para sostener la imposibilidad de que exista solo en los contratos bilaterales.

La recurrente entiende que la SS a quo se ha referido a la cláusula 4^a c) de las escrituras de préstamo hipotecario: **"Comisión de modificación en las condiciones o garantías a petición de la parte prestataria (ampliación o reducción de capital, alteración del plazo, condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, método o sistema de amortización de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo, prestación o modificación de las garantías personales, sustitución, modificación o liberación de garantías reales, distribución de la responsabilidad hipotecaria y la modificación de la titularidad del préstamo) la Caja percibirá una comisión del uno por ciento (1%) sobre el principal o límite de la operación, con un mínimo de 150 euros "** A este punto ciñe el motivo de recurso, y sobre él nos pronunciaremos.

El motivo debe rechazarse, por una parte, algunas modificaciones contractuales están expresamente previstas y sometidas a una regulación concreta, que incluye la determinación de la comisión aplicable (en cantidad fija o como porcentaje) o su exclusión, de manera que la cláusula ahora cuestionada trataría de eludir esos condicionantes en perjuicio del **consumidor**. Por otra parte, una cosa es que, planteada la modificación, la entidad pueda en su caso valorar la procedencia de una comisión, por ejemplo porque supone un estudio o asesoramiento previo, y otra muy distinta es que eso se pueda hacer, con carácter previo y general, obviando las circunstancias del caso concreto, en el que quizá no haya motivo para el devengo de la comisión, con lo que la cláusula deviene abusiva.

Es más, si bien, es posible que algunos de los conceptos contemplados pudieran generar el cobro de una comisión (por ejemplo, la supresión o variación de garantías que exigen el nuevo estudio del préstamo, por ej.) en tanto que implican una variación sustancial, sin embargo, otras no, como puede ser la alteración del plazo no está muy justificado.

Ese pacto genérico impide al Juez valorar si, en el caso de que se trate, existe o no un servicio que pueda devengar un derecho, precio o comisión, y que, por tanto, justifique la reclamación, por lo que es desproporcionado en la medida en que ampara el cobro por servicios que no se presten.

La Sentencia también declara la nulidad de la cláusula de gastos a cargo de la prestatario y entiende el recurrente que no procede la nulidad de la cláusula en los puntos b, c, d, e, f y g) de la escritura de préstamo: aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación, así como de las actas solicitudes y asientos correspondientes, los tributos que graven esta operación y gastos de tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad. tales gastos los incluye la recurrida en el art.89.3 de la LCU.

Se opone la apelante a las partidas de gastos de los aranceles notariales (b) y d) de tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad en tanto que no es cierto que dichas cláusulas no recojan una distribución equitativa y una mínima reciprocidad de los gastos como consecuencia de la intervención notarial. La apelante apunta a que el TS la abusividad de las cláusulas reside en la imposición al **consumidor** adherente de gastos porque el legislador atribuye al empresario por medio de una norma imperativa.

Como ya dijimos en nuestra SS de 14 de mayo de 2014 , De acuerdo con la norma 6^a 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 beneficiaria del derecho de hipoteca o 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 los imputa al prestamista en cuyo beneficio se constituye la hipoteca.

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.

La cláusula 5ª letra d) atribuye al prestatario hipotecante el pago de los tributos que graven 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 valorable 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.

TERCERO.- Interés de demora.- Se anula la cláusula Sexta sobre intereses de demora, en que se pactó un tipo del 18% anual, cuando es así, según sostiene la apelante que es un interés perfectamente habitual en 2009 y 2010 y a la luz del art. 114 de la LH y de la Disp. Transitoria Segundo de la Ley 1/13 y atendido el interés legal del dinero aplicable a la época de la contratación del préstamo hipotecario, resulta razonable y coherente con el Derecho nacional español y por todo ello, un tipo que en modo alguno puede considerarse que contravenga las exigencias de la buena fe, ni cause en perjuicio del **consumidor** un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

El Juzgado "a quo" considera, 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, analizando el tipo medio de intereses sobre de demora en otros ámbitos.

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 y ya lo expusimos en nuestra SS de 14 de mayo pasado, partiendo aún del supuesto en que no se trata de adquisición de una vivienda habitual el préstamo, pero sí un préstamo suscrito por un **consumidor**.

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 cuáles 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 parto 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 5,75% y 5% hasta el 1 de octubre de 2010 y después Euríbor más 1,25 y 1%.

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 de puro consumo de la prestataria; 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, 96.200 €, 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 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".

CUARTO.- Cláusula de vencimiento anticipado.- Nos hallamos ante la misma cláusula examinada en la resolución anteriormente citada, con la que ha identidad:

<<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."

Aunque la entidad recurrente que se ha limitado a resolver el contrato ante el incumplimiento reiterado por parte del prestatario, por lo que no 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 del 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.>>

El juzgador a quo ha razonado correctamente el porqué de la anulación de los apartados a) y f) de la Cláusula 6 bis, que autorizaban la resolución anticipada en el caso de incumplimiento de cualquier cuota como aquella otra que lo permitía por incumplimiento de cualesquiera obligaciones del contrato, además sin hacer la misma previsión para al caso de que el incumplidor hubiese sido la entidad, con independencia de que obligación se tratase e incluso de si habían incumplido más o menos cuotas, o la parte del préstamo impagado.

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.

QUINTO.- Cesión del Crédito Hipotecario.- Cláusula 11ª.- En este punto la resolución a quo estima que debe ser declarada nula puesto que el negocio jurídico de cesión de créditos, no puede perjudicar al deudor cedido, y, la renuncia anticipada a la notificación en tanto priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma



(conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor, por lo que, aunque el art.242 RH permite dicha renuncia, dicho precepto no prevalece sobre la LGDCU, contraviniendo el art. 86.7 de la misma.

Considera la apelante que si el deudor puede subrogar a otro en el crédito por aplicación de la Ley2/94, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, a su sola voluntad permite en caso de que el nuevo prestamista no interese a la parte demandante solicite la subrogación a otra entidad sin que el prestamista pueda impedirlo, por lo que existe reciprocidad.

La cláusula en cuestión indica que "La caja, cuando lo estime conveniente, podrá ceder su crédito hipotecario, en todo o en parte, con sus accesorios, dando conocimiento de la misma a la parte prestataria". Esto es basta notificar, que no consentir.

La STS de 16 de diciembre de 2009 aclara la cuestión y señala que "A la misma se refiere el fundamento de derecho vigesimoprimer de la sentencia recurrida que la recoge con el siguiente tenor literal: "En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste".

La sentencia recurrida acoge los argumentos de las entidades BBVA y Caja Madrid en orden a estimar que la cláusula controvertida no es incardinable en el Apartado 10ª de la DA 1ª LGDCyU que se refiere a "la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste". Argumenta, en síntesis, que no se trata de cesión de contrato sino de crédito y que no hay merma de garantías del **consumidor**, ni siquiera en el caso de que haya transmisión de la hipoteca, además de que el art. 242 RH expresamente autoriza la renuncia del deudor, precepto que no es incompatible con la DA 1ª LGDCU . Asimismo hace referencia a la aplicabilidad, pese a la cláusula, de los arts. 1.198 , 1.527 y 1.887 CC , según la alegación efectuada por Caja Madrid.

Para responder a este motivo debe significarse que la cesión a que se refiere la cláusula lo es de contrato. Así resulta de la referencia a préstamo, y no a derecho de crédito derivado del préstamo, y de manera incontestable resulta en el texto de la póliza de Caja Madrid (no recogido en el fundamento de la resolución recurrida) que se refiere a transferir "todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que, al efecto, le concede el art. 149 de la vigente Ley Hipotecaria ".

A pesar del confusionismo del texto, no cabe duda que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio y 6 de noviembre de 2006 , 8 de junio de 2007 , 3 de noviembre de 2008 , 30 de marzo de 2009). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2002 , 28 de abril y 5 de noviembre de 2003 , 19 de febrero de 2004 , 16 de marzo de 2005 , 29 de junio de 2006 , 8 de junio de 2007 , 3 de noviembre de 2008), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión , aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, en el caso apartados 2ª -reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo-, 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste), y 14 -imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del **consumidor**-, como de la normativa general de los arts. 10.1,c) y 10 bis,1, párrafo primero, de la LGDCU .

Sostiene la resolución impugnada que la cláusula genérica que transcribe recoge una cesión de crédito , y no una cesión de contrato , y acoge la tesis de la parte recurrida de que la cláusula no se opone a la aplicabilidad de los artículos 1.198 , 1.527 y 1.887 CC .

Si así fuere, la cláusula (que transcribe la resolución recurrida) no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts. 1.112 , 1.528 y 1.878 CC y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato , el consentimiento del deudor cedido (SS. 1 de octubre de 2001 , 15 de julio de 2002 , 26 de marzo y 13 de julio de 2004 , 13 de julio de 2007 , 3 de noviembre de 2009). Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación "contra proferentem" (art. 1.288 CC), es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil .

Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del **consumidor** que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª LGDCU . La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de



2002). La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido , y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva "la privación o restricción al **consumidor** de las facultades de compensación de créditos". La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.

La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario . El art. 149 LH admite que puede cederse , siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario , pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor**, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso).

El motivo, decae.

No resulta acogible tampoco la alegación de actos propios con fundamento el hecho de que los prestatarios suscribieron otra hipoteca con cláusulas idénticas, que durante años y que hasta que se produjeron los impagos no generaron dificultades de comprensión.

Precisamente la doctrina que recoge el concepto de actos propios que se contienen en el escrito de recurso es la que impide que pueda servir de fundamento al motivo, y ello es así toda vez que el haber suscrito el crédito una vez no "causa estado" si lo hace otra vez en las mismas condiciones sino solo que ambas, esto es, en las dos escritura se utilizaron cláusulas en perjuicio del **consumidor** y proscritas por la ley.

SEXTO.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que desestimando el Recurso de Apelación formulado por Abanca, Corporación Bancaria SA representada por la Procuradora Dª Magdalena Méndez - Benegasi Gamallo, contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 264/13 por el Juzgado de Primera instancia nº 1 de A Estrada, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente con imposición de las costas a la apelante.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO, Presidente; Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ponente; y, D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ.