



Roj: **SJM SS 3329/2015 - ECLI:ES:JMSS:2015:3329**

Id Cendoj: **20069470012015100086**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2015**

Nº de Recurso: **171/2014**

Nº de Resolución: **19/2015**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA

DONOSTIAKO 1 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 3ª Planta - C.P./PK: 20012

TEL.: 943 00 07 29

FAX: 943 00 43 86

NIG PV/ IZO EAE: **20.05.2-14/002188**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **20.069.47.1-2014/0002188**

Procedimiento / *Prozedura* : **Proc.ordinario / Prozedura arrunta 171/2014 - H**

Materia: **CONTRATOS BANCARIOS**

Demandante / *Demandatzailea* : **Anselmo y Agustina**

Abogado / *Abokatua* : **MAITE ORTIZ PEREZ y MAITE ORTIZ PEREZ**

Procurador / *Prokuradorea* : **AINHOA KINTANA MARTINEZ y AINHOA KINTANA MARTINEZ**

Demandado / *Demandatua* : **BANCO SANTANDER S.A.**

Abogado / *Abokatua* :

Procurador / *Prokuradorea* : **SANTIAGO TAMES ALONSO**

SENTENCIA Nº 19/15

En Donostia / San Sebastián, a dos de febrero de dos mil quince

El Sr. D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia / San Sebastián, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 171/2014, instados por la Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. Anselmo y Dª Agustina, mayores de edad, domiciliados en Errenteria (Gipuzkoa), asistidos de la letrada Dª MAITE ORTÍZ, frente a BANCO SANTANDER S.A., domiciliada en Santander, con sucursal en Donostia / San Sebastián, representada por el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, asistido del letrado D. IGNACIO GUERRA GIMENO, sobre nulidad de cláusulas contractuales, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. Anselmo y Dª Agustina, interpuso demanda frente al Banco de Santander S.A. alegando que había suscrito con dicha entidad tres contratos de préstamo (el 13 de enero de 2006, 4 agosto 2006 y 29 julio 2010), constituyendo al tiempo garantía hipotecaria, que se vienen ejecutando ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Donostia y San



Sebastián en procedimiento 893/12, que los contratos contienen cláusulas que entiende abusivas, como la previsión de comisión para el cobro de descubiertos, cláusula cuarta, la imposición de gastos a los prestatarios en cláusula quinta y vencimiento anticipado en cláusula sexta bis, que entiende deben ser declaradas nulas por abusivas.

La demanda reclama, apoyándose en los arts. 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, su art. 4, diversas sentencias del Tribunal Supremo y TJUE, y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que se declare la nulidad por abusivas de dichas previsiones contractuales, con expresa imposición de costas al demandado.

SEGUNDO .- La demanda fue admitida, tras subsanarse omisión de apoderamiento apud acta, mediante decreto de 27 de febrero 2014 en el que se acordaba emplazar a la parte demandada para que compareciera y contestara en el término de veinte días.

TERCERO .- En dicho plazo comparece el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, en nombre y representación de BANCO SANTANDER S.A., que se opone a la demanda, entiende respecto al contrato de 13 de enero de 2006 que ha caducado la acción, sostiene la validez y no abusividad de las cláusulas controvertidas y solicita la desestimación de la demanda, pues los prestatarios conocieron no una, sino hasta tres veces, el contenido de las cláusulas contenidas en los préstamos, de modo que no hay justificación para la tesis que mantienen, reclamando además se le impongan las costas que haya generado su demanda.

CUARTO .- En diligencia de 8 de abril se tuvo por personado y parte a la demandada y se citó a las partes a audiencia previa el siguiente día 28, en la que las partes manifestaron que subsistía el litigio, que no había posibilidad de acuerdo, y que no se impugnaban los documentos aportados por una y otra. Se realizaron alegaciones complementarias, se fijaron los hechos sobre los que había discrepancia, se propuso prueba, documental y de interrogatorio de parte, señalándose para la celebración del juicio el siguiente día 8 de septiembre.

QUINTO .- Llegado el día del juicio se practicó la prueba admitida, y quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia tras exponer cada parte alegaciones a modo de conclusión.

HECHOS

PROBADOS

PRIMERO .- El 13 de enero de 2006 D. Anselmo y D^a Agustina suscriben con Banco de Santander un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 250.000 €, a devolver en 27 años.

SEGUNDO .- En tal contrato se dispuso en la cláusula cuarta que " *El Banco percibirá, por el concepto de comisión de reclamación de posiciones deudoras vencidas (cuotas vencidas e impagadas), la cantidad de 28,00 Euros a satisfacer por la parte prestataria, que se devengará, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, por cada cantidad vencida o reclamada* " .

TERCERO .- La cláusula quinta del contrato, rubricada " *Gastos a cargo de la parte prestataria* ", cuyo último párrafo dice " *Sin perjuicio de lo anterior, si existieran en algún momento varios débitos vencidos de la parte prestataria frente al BANCO, derivados tanto de esta operación como de cualquier otra, el BANCO quedará facultado para determinar libremente el débito a cuyo pago se aplicará cada una de las cantidades que recibe de aquél, o que queden disponibles a su favor en cualquiera de las operaciones* " .

CUARTO .- La cláusula sexta bis dispone en los párrafos segundo y tercero de su apartado 10: " *En el supuesto de falta de pago por la parte prestataria al BANCO de alguno de los plazos convenidos, el BANCO podrá optar libremente por reclamar únicamente la parte impagada del capital, sus intereses, comisiones, gastos y costas o por declarar vencido total y anticipadamente el préstamo y exigir por anticipado el pago de la totalidad del capital pendiente de amortizar, sus intereses, comisiones, gastos y costas.*

En todos estos casos, previa notificación a la parte prestataria en el domicilio indicado a efectos de ejecución hipotecaria, podrá el BANCO proceder contra dicha parte prestataria por acción personal o por acción real contra la finca hipotecada en esta escritura, asistiendo al BANCO, en los supuestos en que dicho vencimiento anticipado se base en el incumplimiento por la parte prestataria de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato, el derecho de exigir, en concepto de penalización por resolución del contrato, el 1 % sobre el capital pendiente de amortizar".



QUINTO .- Mediante escritura de 4 de agosto de 2006 se procede a la novación modificativa del préstamo del anterior 13 de enero, ampliando el importe en otros 54.808,46 €, manteniendo las demás cláusulas del contrato inicial.

SEXTO .- El 29 de julio de 2010 D. Anselmo y D^a Agustina pactan con el Banco de Santander la cancelación de la hipoteca que se había constituido en las escrituras de 13 de enero y 4 agosto 2006, constituyendo otra sobre finca distinta, que responderá "de la misma operación de préstamo" que habían pactado inicialmente, aunque se modifican algunas condiciones, como el plazo, que se amplía hasta 2043 y algunas condiciones económicas.

SÉPTIMO .- La escritura de 29 de julio de 2010 no modifica las previsiones sobre comisiones de reclamación de posiciones deudoras prevista en la cláusula cuarta del préstamo suscrito el 13 de enero de 2006, ampliado en agosto, ni sobre imputación de pagos de la cláusula quinta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Hechos probados

El art. 217 de la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone las reglas sobre la carga de la prueba. A la conclusión de los hechos probados que antes se han referido se ha llegado, conforme a los arts. 209.3 y 218 de la LEC, tras analizar conjuntamente el resultado de la prueba practicada.

El **primero de los hechos que se han declarado probados** se desprende del doc. nº 1 de la demanda (folios 26 y ss), no impugnado por las partes, donde se recogen los términos del préstamo, el nominal prestado, el plazo para la restitución, la garantía hipotecaria y los intervinientes.

El **segundo hecho probado** aparece en el citado doc. nº 1 de la demanda, cláusula cuarta, párrafo tercero, reverso folio 37 y folio 38 de los autos.

El **tercer hecho probado** se constata del doc. nº 1 de la contestación a la demanda, cláusula quinta, último párrafo, folio 40 de los autos.

El **cuarto hecho probado** se aprecia en el mencionado doc. nº 1 de la demanda, cláusula sexta bis, apartado diez, párrafos segundo y tercero, folio 43.

El **quinto hecho probado** lo evidencia el doc. nº 2 de la demanda, no impugnado por las partes, folios 58 y ss, en los que aparece tal ampliación de capital y el mantenimiento, en la cláusula octava (folio 70), de las cláusulas inicialmente pactadas en el contrato de 13 de enero.

El **sexto hecho probado** aparece con el doc. nº 3 de la demanda, no impugnado por las partes, folios 76 y ss, en particular en el exponendo III, folio 83 y su reverso, donde aparece la cancelación de la hipoteca anterior, constituyendo otra distinta, con mantenimiento de las condiciones del préstamo inicial, aunque alterando el plazo y consiguiente la cuota abonar, y algunas condiciones económicas.

El **séptimo hecho acreditado** se constata de la falta de previsión expresa en la escritura aportada como doc. nº 3 de la demanda, folios 76 y ss. No consta que en dicha escritura se hubiera derogado la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras, ni la posibilidad del banco imputar pagos, contenidas en las cláusulas cuarta y quinta de las escrituras previas.

Lo demás se desprende del resto de la prueba practicada, valorada conjunta y críticamente.

SEGUNDO .- Sobre la caducidad

Mantiene la demandada que los actores carecen de acción al haber caducado la que se refiere al préstamo de 13 de enero de 2006, por haber transcurrido el plazo que señala el art. 1301 del Código Civil. Argumenta que el art. 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) remite a las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. Entiende que dicho contrato se consuma el mismo día en que se otorga, por lo que el 13 de enero de 2010 la acción caducó, cuando la demanda se presenta el 26 de febrero de 2014.

Es cierto que el art. 1301 CCv dispone, para determinar el momento inicial del cómputo del plazo de cuatro años que señala en su párrafo primero, que en los casos de "*¿ error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato*". Pero aunque la norma hable de nulidad, la jurisprudencia ha explicado que, en realidad, se está refiriendo a situaciones de anulabilidad, porque la nulidad es definitiva, insubsanable. Lo explica la STS 18 octubre 2005, rec. 127/1999, que indica "*¿ tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996, que "la*



nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción" (en el mismo sentido la sentencia de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras) ".

Si las cláusulas denunciadas son abusivas, serían nulas conforme a la Ley General de Condiciones de la Contratación y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias, y por lo tanto, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente al tiempo de suscribirse los préstamos iniciales. Por lo tanto, no habría plazo que computar.

El plazo de cuatro años del art. 1301 CCv no es de aplicación, porque no nos encontramos ante error, dolo o falsedad de la causa, pero además está mal computado por el banco demandado. La consumación del contrato no se produce con su firma, como sostiene la demandada, sino cuando cada parte ha cumplido sus obligaciones, como señala la STS 11 junio 2003, rec. 3166/1997, que citando la STS 11 julio 1984 explica que *"¿aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".*

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil. Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta. Ejercitada, por tanto, la acción en vida de la beneficiaria de las rentas pactadas, estaba viva la acción en el momento de su ejercicio al no haberse consumado aún los contratos".

Pese a que en este caso nos encontramos ante un préstamo, las obligaciones del prestatario se mantienen, según su redacción inicial, hasta 27 años después de la firma, momento en que finaliza el pago del préstamo. Las novaciones modificativas ulteriores, del plazo o garantía, amplían el término, de modo que cuando los demandantes presentan su demanda aún están cumpliendo sus obligaciones. En consecuencia, el plazo, si lo hubiera pese a tratarse de una pretensión que insta la nulidad por abusiva de las cláusulas controvertidas, ni siquiera habría comenzado a transcurrir.

TERCERO .- Sobre la comisión por reclamación de posiciones deudoras

Entrando entonces al fondo de lo planteado, lo primero que plantea la parte demandante es la abusividad de la comisión contenida en la cláusula cuarta, que autoriza a reclamar 28 € por cada cantidad vencida y no pagada. El banco demandado no ha negado el carácter de condición general, por lo que son de aplicación los arts. 8.2 LCGC, que remite al art. 10 bis y la DA 1ª de la ya citada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente al suscribirse el préstamo original. El mencionado art. 10 bis consideraba abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

La comisión indemniza o remunera al banco de los gastos que padece cuando reclama un impago derivado del préstamo. Es una comisión que se devenga cada vez que se produzca un impago, es decir, que opera *"por cada reclamación"*. No hay prueba alguna de que responda a un coste real, pues ni siquiera se explica al contestar la razón de que sea dicha cantidad, que a todas luces no responde al coste de una llamada de teléfono que



intime al pago, un correo electrónico con la misma finalidad, o una carta postal, de importe bastante inferior. No puede ser tampoco el coste de la reclamación judicial, cuyas reglas están previstas en el art. 394 LEC al disciplinar las costas.

Alega la demandada que ésta y las demás cláusulas se negociaron con los prestatarios. Quien sostiene tal afirmación ha de acreditarla, pues decía el art. 10 bis.1 LGDCU, vigente al suscribirse el contrato, que " *el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba* ". Nada alega el demandado, ningún documento presenta con su demanda y no hay otros elementos probatorios que permitan concluir que, como sostiene, hubo negociación de ésta u otras cláusulas.

Contamos por lo tanto con una condición general no negociada de manera efectiva, redactada e impuesta por el predisponente, que no responde al coste real de la reclamación de posiciones deudoras. En aplicación de los arts. 8.2 LCGC y 10 bis y DA 1ª LGDCU es una cláusula abusiva, y por lo tanto nula, como ha indicado nuestra Audiencia Provincial en AAP Gipuzkoa, Secc. 2ª, 22 abril 2014, rec. 2062/2014, precisamente respecto de este tipo de comisiones en reclamación de pago.

En idéntico sentido, y para esa clase de comisiones, se han pronunciado las SAP Salamanca, Secc. 1ª, 8 febrero 2010, rec. 57/2010, SAP Jaén, Secc. 1ª, 3 mayo 2010, rec. 147/2010, SAP Sevilla, Secc. 8ª, 10 marzo 2011, rec. 265/2011, SAP Madrid, Secc. 14ª, 13 mayo 2014, rec. 733/2013, y SAP Málaga, Secc. 4ª, 23 mayo 2014, rec. 908/2012, por lo que es procedente declarar la abusividad de la cláusula cuarta, que deberá ser apartada del contrato.

CUARTO .- Sobre la imputación de pagos

La siguiente cuestión planteada en la demanda se refiere a la imputación de pagos que la cláusula quinta permite realizar al banco. Literalmente dispone la previsión cuestionada, con el título " *Gastos a cargo de la parte prestataria* ", la siguiente facultad del banco: " *Sin perjuicio de lo anterior, si existieran en algún momento varios débitos vencidos de la parte prestataria frente al BANCO, derivados tanto de esta operación como de cualquier otra, el BANCO quedará facultado para determinar libremente el débito a cuyo pago se aplicará cada una de las cantidades que recibe de aquél, o que queden disponibles a su favor en cualquiera de las operaciones* ".

Esta previsión contractual también es condición general, pues no se niega por la demandada, y no consta probado que se haya negociado, por idénticas razones que en el caso anterior, por lo que no se reiterarán los argumentos ya expuestos. Lo que establece la cláusula es una facultad que habrá que calificar de extraordinaria, pues permite que la imputación de pagos se realice por el acreedor en todo caso, en lugar del deudor, como disponen las reglas generales del Código Civil.

En efecto, las reglas generales de imputación de pagos están contenidas dentro de la disciplina del pago en el Código Civil. Los arts. 1172 a 1174 de dicho cuerpo legal, bajo la rúbrica "imputación de pagos", en primer lugar atribuyen al deudor la facultad de decidir a qué deuda debe imputarse el pago que realiza cuando mantiene varias frente al mismo deudor. Luego el art. 1173 CCv establece que la deuda produce interés primero ha de abonarse éste y sólo después el capital. Finalmente el art. 1174 CCv previene que " *Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas* ". Luego añade " *Si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata* ".

En definitiva el Código Civil atribuye la facultad de imputar pagos al deudor, establece la regla del pago previo del interés y finalmente, si no hay indicación del deudor, no hay interés, o si lo hay el importe a pagar es superior, ha de abonarse siempre la deuda más onerosa. De este modo se asegura que el deudor pueda elegir lo que más le convenga, impide el abono del capital antes de la remuneración, y persigue subsidiariamente que las deudas más onerosas se abonen antes que las que no lo son.

Sin embargo sin razón alguna en este contrato se ha dispuesto lo contrario. Quien decide no es el deudor, sino el acreedor, derogando las previsiones del Código Civil sin explicación plausible, pues no se ofrecen por el demandado. Se alteran las normas legales que tratan de proteger al deudor, puesto que el banco, con la redacción que contiene la previsión contractual cuestionada, puede imputar los pagos a la deuda que produzca más interés, la que acumula mayores obligaciones, o la que sólo tiene garantía personal, en lugar de a las menos onerosas, a las que están a punto de cumplirse o generan un interés menor o reducen el capital, o las que cuentan con garantía hipotecaria que afecta a la vivienda. A lo que se faculta con esta cláusula es a enjugar las deudas de cobro más compleja, por tener menor garantía.

El banco queda habilitado " *para determinar libremente el débito a cuyo pago se aplicará cada una de las cantidades* ". Además esa facultad puede ejercitarla " *en cualquiera de las operaciones* ". Es, sin duda, una extraordinaria facultad que altera la previsión legal. De este modo incurre en la previsión del art. 10 bis LGDCU, vigente al suscribirse el préstamo inicial, pues supone una estipulación no negociada individualmente (no hay prueba al respecto y compete al predisponente, como se dijo en el anterior ordinal), no consta consentida



expresamente (los clientes lo niegan rotundamente y nada se prueba en contrario), es contraria a las exigencias de la buena fe (modifica una previsión legal que favorece al deudor sin causa), y causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (pues impide que el deudor impida el pago a la deuda más onerosa, o a la que afecta a su vivienda, que ha comprometido como garantía de la restitución del préstamo).

Esta cláusula puede considerarse afectada por la previsión de la DA 1ª.II.11º LGDCU, que considera abusiva, por privación de derechos básicos del consumidor, " *La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación* " y 14ª, " *La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor* ".

En definitiva, esta facultad extraordinaria que se atribuye al banco para determinar a qué crédito ha de imputarse el pago, apartando las previsiones protectoras del Código Civil sin razón alguna, debe considerarse también cláusula abusiva y ser extrañadas del contrato.

QUINTO .- Del vencimiento anticipado

Finalmente cuestiona la demandante la cláusula sexta bis que previene el vencimiento anticipado. Se argumenta que la redacción de la misma es abusiva porque permite acordarlo por el incumplimiento de " *alguno de los plazos convenidos*". Oponen el demandado que esta cláusula es admitida por la jurisprudencia, citando la STS 16 diciembre 2009. Efectivamente las STS 2 enero 2006, rec. 1641/1999, 4 junio 2008, rec. 731/2001, 12 diciembre 2008, rec. 2027/2003, 16 diciembre 2009, rec. 2114/2005, o 17 febrero 2011, rec. 1503/2007, han admitido la validez de esta cláusula. Pero lo contrario se mantuvo en STS 27 marzo 1999, rec. 2807/1994.

La cuestión es si la redacción de la cláusula es admisible, porque al permitir que el simple impago de uno solo de los plazos abre la posibilidad de perder el derecho a todo el término aplazado (art. 1129 CCv) parece un exceso, en cuanto que el impago de uno solo no puede ser considerado incumplimiento esencial.

La STJUE 14 marzo 2013, caso Aziz, dijo sobre esta cláusula en el § 73 que " *¿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* ".

Atendiendo a dichas indicaciones, al tiempo de redactarse el primero de los préstamos, sin perjuicio de las posteriores novaciones modificativas, el art. 693.2 LEC permitía el vencimiento " *¿ en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes* ", pero supeditándolo a que " *¿ este convenio figurara inscrito en el Registro* ", circunstancia que no consta en autos, pues nada se ha probado al respecto por la demandada. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha limitado posteriormente esa posibilidad en el caso de préstamos hipotecarios al impago de tres vencimientos, reformando con tal fin el art. 693.1 LEC, lo que evidencia la insatisfacción con la anterior previsión legal. Pero incluso al tiempo de suscribirse el contrato, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM), disponía en su art. 10.1 que el vencimiento anticipado sólo era posible si se demora el pago de al menos dos plazos, o el último de ellos

El canon existente al suscribirse el contrato, por las previsiones del citado art. 693.2 LEC y del art 10.1 Ley 28/1998, no era facilitar que el incumplimiento de " *alguno de los plazos convenidos* " justificara el vencimiento anticipado. La redacción no supeditaba el vencimiento anticipado a un incumplimiento esencial, pues fuera gravísimo y reiterado, intermitente, puntual o un leve retraso, afectara a una parte sustancial del capital o una cantidad nimia de interés, opera en cualquier caso.

La cláusula controvertida es, por lo tanto, excepcional. No consta qué remedio pueda usar el afectado para evitar su eficacia, pues contractualmente no está prevista la posibilidad de enervación abonando lo adeudado. Ello supone que en la forma en que está redactada, permite que un incumplimiento no esencial, el simple impago de una cuota o parte de ella, acarree la exigibilidad de toda la deuda pendiente, perdiendo el deudor el derecho al plazo que dispone el art. 1129 CCv.

Ese carácter se mantiene aunque el acreedor haga un uso moderado de la desproporcionada facultad que contiene. Alega Banco de Santander que han sido cinco los vencimientos impagados que justificaron el vencimiento anticipado y le determinaron a plantear ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Donostia / San

Sebastián ejecución hipotecaria. Pero como dijo la SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 14 mayo 2014, rec. 220/2014, la prudencia del acreedor no "purifica" la cláusula. Haga el uso que haga el banco, la cláusula le permite imponer el vencimiento anticipado por un incumplimiento no sustancial, por nimio que fuere. Esa facultad es inadmisibles, por abusiva, aunque se haya aguardado a varios incumplimientos para plantear la ejecución.

En definitiva, la redacción de la cláusula de vencimiento anticipado que aquí se analiza no es equilibrada, sino desproporcionada, imposibilidad contra la que advierte la previsión del art. 10 bis LGDCU, y el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Opera entonces lo dispuesto en el art. 8.2 LCGC, por ser cláusula que merece, en la forma en que está redactada, la consideración de abusiva al imponer de forma no negociada individualmente (no hay prueba de lo contrario, que como antes se dijo corresponde a la entidad demandada), al suponer un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, como por otro lado ya han dicho las SAP Madrid, Secc. 28ª, 26 junio 2013, rec. 161/2012, y SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 14 mayo 2014, y los AAP Valencia, Secc. 9ª, 20 enero 2014, rec. 758/2013, AAP Pontevedra, Secc. 6ª, 10 febrero 2014, rec. 578/2013, AAP Girona, Secc. 1ª, 26 febrero 2014, rec. 11/2014, rec. 220/2014, AAP Alicante, Secc. 6ª, 16 septiembre 2014, rec. 364/2014, o AAP Girona 22 diciembre 2014, rec. 570/2014.

En definitiva, procede declarar también la abusividad y no incorporación de esta cláusula.

SEXTO .- Sobre las consecuencias de la nulidad

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art. 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente, la nulidad de las cláusulas que merezcan tal sanción, ya que el contrato puede subsistir sin las mismas.

No podrán ejercitarse, sin embargo, las facultades que acarreen, de modo que si ha habido reclamaciones por comisiones habrán de reintegrarse, con sus intereses, si se ha realizado imputación de pagos podrán los prestatarios modificar la decisión del banco, y si se ha ejercitado alguna acción en reclamación de la totalidad del préstamo, pretendiendo su vencimiento anticipado, resultará ineficaz puesto que se ha apartado del contrato.

Finalmente, en aplicación del art. 22 LCGC, que lo ordena incluso tratándose el ejercicio de acciones individuales de nulidad o no incorporación de condiciones generales, procede acordar la remisión al Registro de Condiciones Generales de la Contratación mandamiento para la inscripción de esta sentencia una vez sea firme.

Estas declaraciones, aunque no hayan sido pedidas por la parte demandante, son obligadas por disposición de los mencionados arts. 9.2 y 22 LCGC, por lo que han de incluirse en el fallo aunque no haya solicitud expresa, sin que ello suponga incongruencia *extra petita* pues se trata del cumplimiento de deberes legales dispuesto de forma imperativa.

SÉPTIMO.- Costas

Conforme al art. 394.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), las costas se imponen a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey pronuncio el siguiente

FALLO

1.- ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. Anselmo y Dª Agustina frente a BANCO SANTANDER S.A.

2.- DECLARAR la nulidad de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado entre los demandantes y BANCO SANTANDER S.A. en escritura de 13 de enero de 2006, luego modificada por otras de 4 de agosto siguiente y 29 de julio de 2010:

2.1.- Cláusula cuarta, párrafo tercero, que dice: "*El Banco percibirá, por el concepto de comisión de reclamación de posiciones deudoras vencidas (cuotas vencidas e impagadas), la cantidad de 28,00 Euros a satisfacer por la parte prestataria, que se devengará, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, por cada cantidad vencida o reclamada*".

2.2.- Cláusula quinta, rubricada "*Gastos a cargo de la parte prestataria*", último párrafo, que dice: "*Sin perjuicio de lo anterior, si existieran en algún momento varios débitos vencidos de la parte prestataria frente al*



BANCO, derivados tanto de esta operación como de cualquier otra, el BANCO quedará facultado para determinar libremente el débito a cuyo pago se aplicará cada una de las cantidades que recibe de aquél, o que queden disponibles a su favor en cualquiera de las operaciones " .

2.3.- Cláusula sexta bis, párrafos segundo y tercero de su apartado 10, que dice: " *En el supuesto de falta de pago por la parte prestataria al BANCO de alguno de los plazos convenidos, el BANCO podrá optar libremente por reclamar únicamente la parte impagada del capital, sus intereses, comisiones, gastos y costas o por declarar vencido total y anticipadamente el préstamo y exigir por anticipado el pago de la totalidad del capital pendiente de amortizar, sus intereses, comisiones, gastos y costas.*

En todos estos casos, previa notificación a la parte prestataria en el domicilio indicado a efectos de ejecución hipotecaria, podrá el BANCO proceder contra dicha parte prestataria por acción personal o por acción real contra la finca hipotecada en esta escritura, asistiendo al BANCO, en los supuestos en que dicho vencimiento anticipado se base en el incumplimiento por la parte prestataria de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato, el derecho de exigir, en concepto de penalización por resolución del contrato, el 1 % sobre el capital pendiente de amortizar".

3.- CONDENAR a BANCO SANTANDER S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones, a reintegrar en su caso a los demandantes las comisiones que haya podido percibir con sus intereses, si se ha realizado imputación de pagos a pasar por la modificación que hagan los prestatarios, y a declarar ineficaces las acciones judiciales que se hayan ejercitado aplicando el vencimiento anticipado declarado abusivo.

4.- CONDENAR a BANCO SANTANDER S.A. al pago de las costas del procedimiento.

5.- REMITIR al Registro de Condiciones Generales de la Contratación mandamiento para que se inscriba esta sentencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Por medio de recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455.1 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número -, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02- Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- La sentencia transcrita fue leída y publicada por SSª en audiencia de hoy. Doy fe.