



## JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

juzpriminstancia101bismadrid@madrid.org

42020310

NIG: 28.079.00.2-2018/0272214

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 6772/2020**

Materia: Cláusulas GRI - Resto

NEGOCIADO 2 BIS

**Demandante:** ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS "ASUFIN", D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

**Demandado:** BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. IGNACIO RODRIGUEZ DIEZ

### SENTENCIA Nº 4323/2023

En Madrid, a 7 de julio de 2023

En nombre de su Majestad el Rey

Vistos por mí, Juan José Toscano Tinoco, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 101 bis de Madrid, los presentes autos de juicio declarativo ordinario tramitados en este juzgado bajo el nº 6772/20, sobre nulidad de condiciones generales de contratación, promovidos por ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) actuando en interés de D.

D. \_\_\_\_\_ a representada por el procurador de los tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Jesús Mendiola Olarte, contra BANCO DE SANTANDER SA representada por el procurador de los tribunales D. Ignacio Rodríguez Díez.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procurador de los tribunales. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Jesús Mendiola Olarte en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de juicio declarativo ordinario frente a la entidad BANCO DE SANTANDER SA, por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que se estimaran sus pretensiones.



**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada en un plazo de veinte días para que se personase y contestase a la demanda interpuesta de contrario. Dentro del plazo legal se personó y contestó a la demanda oponiéndose a la misma en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que expuso por escrito, y concluyó suplicando al juzgado que, previo los trámites oportunos, se dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, con expresa imposición en costas a la actora.

**TERCERO.-** Contestada la demanda se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa. En el día y hora señalados comparecieron la actora y la demandada, quienes, después de manifestar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, resueltas las cuestiones procesales planteadas y fijados los hechos controvertidos, propusieron la prueba conveniente a su derecho.

Se admitió únicamente como prueba la documental aportada, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429.8ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los autos quedaron conclusos para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Pretensiones de las partes y acción ejercitada**

La parte actora ejercita una acción de nulidad de determinada condición general de contratación inserta en préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada. E interesa la restitución de cantidad que se derive de la apreciación de la nulidad, de conformidad con las cantidades reclamadas en el cuerpo de la demanda y en el Suplico, que cabe integrar con el mismo.

En concreto, expone en su escrito de demanda que, la parte actora suscribió con la entidad financiera, BANCO DE SANTANDER BANCO SA, en fecha 25 de febrero de 2008 escritura de préstamo hipotecario.

En dicho préstamo, se insertó como cláusula quinta, los gastos relativos a la formalización de la hipoteca. Solicita la parte actora la nulidad de dicha cláusula, así como la devolución de las cantidades pagadas en virtud de dicha cláusula.

Se solicita la nulidad de dicha cláusula por cuanto fue impuesta de forma unilateral por la demandada sin posibilidad de elección por el prestatario. En relación con los gastos, se alega que han de ser sufragados por la entidad demandada puesto que no corresponden al prestatario.

Igualmente se solicita la declaración de nulidad de la cláusula de comisión de apertura



Por su parte, la entidad demandada en su escrito de contestación se ha opuesto a las pretensiones ejercitadas.

## SEGUNDO.- Fijación de los hechos

En el presente procedimiento no se discute la condición de consumidor de la parte actora. Asimismo, tampoco se discute la existencia del préstamo hipotecario suscrito entre las partes mencionado anteriormente, ni tampoco la existencia de las cláusulas objeto de la impugnación inserta en el mismo y que las mismas fueran condición general de la contratación. Y se admiten por la parte demandada el importe de los gastos cuya restitución interesa la actora (sin perjuicio de oponerse a dicha restitución) así como que, efectivamente, fueron abonados por dicha parte prestataria.

Respecto de si existió negociación individual de la cláusula impugnada. La trascendencia jurídica de ese hecho es determinar si estamos en presencia de un a condición general de contratación, sometida al régimen de protección de consumidores y usuarios patrocinado por la Directiva 13/93 y la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios. Se ha de proceder, por tanto, a tratar esta cuestión.

Se hace un profundo estudio de la cuestión, con una exhaustiva síntesis jurisprudencial y normativa, en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla en la reciente sentencia de fecha 14 de noviembre de 2017, recaída en el Juicio Ordinario 775/15. Señala en ella el juzgador:

*"El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de diciembre, sobre Condiciones Generales de la Contratación, establece el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: " Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos ".*

*Y el apartado 2º del mismo precepto aclara que "[E]l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."*

*A la luz de esta norma, la STS de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante condiciones generales de la contratación los siguientes:*



a) *Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.*

b) *Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.*

c) *Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*

d) *Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.*

*Asimismo, la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertada, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo, y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el art. 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de diciembre, 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.*

*Para entender cuándo una cláusula negocial resulta "impuesta", debe acudirse a diferentes textos legales. Así, el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, dispone que "[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 artículo 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 aquéllas 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.*

*(...)Debe valorarse, además, que a la luz de las normas contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, la parte demandada debería conservar la documentación relativa a los tratos precontractuales mantenidos con el cliente, incluida la información facilitada al consumidor sobre el producto bancario que se le ofertaba, máxime si se tiene en cuenta que la negociación precontractual se lleva a cabo generalmente en sus dependencias, y a la vista de los soportes indicados podría acreditar que había existido un verdadero proceso de negociación, pleno, con posibilidades reales por parte del prestatario de influir en la determinación de las cláusulas que ahora se analizan, con intercambio de ofertas y contraofertas entre ambas partes contratantes. Sin embargo, a pesar de dicha facilidad probatoria, no ha desarrollado acto de adveración alguno sobre tal extremo, motivo por el cual, en atención a la norma contenida en el artículo 217.7 de la LECiv., debe soportar las consecuencias de la falta de acreditación del carácter individualmente negociado de la estipulación cuestionada.*

*También debe considerarse que las reglas sobre la carga de la prueba recogidas en el artículo 82.2 TRLCU y el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 imponen al demandada la obligación de acreditar que se ha producido una negociación efectiva e individualizada de las cláusulas, actividad probatoria con la que no ha cumplido en el presente litigio. La jurisprudencia ha aplicado de forma constante estas normas. En primer lugar, la jurisprudencia del TJUE, al interpretar la citada Directiva comunitaria, ha recordado recientemente la vigencia y trascendencia de tal regla. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, incluso en el caso de las dictadas por dicho tribunal cuando tenía otra denominación, STJUE) de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, ha declarado en su apartado 19:*

*“Pues bien, de la resolución de remisión resulta que las partes en el litigio principal discrepan sobre la cuestión de si la estipulación decimotercera del contrato fue o no objeto de negociación individual. Corresponde por tanto al tribunal remitente pronunciarse sobre esa cuestión, atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba”.*

*De igual forma ha operado la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, no solo reafirmó que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre*



*profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto la Directiva como el TRLCU, sino que en su apartado 164 afirmaba lo siguiente:*

*“Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012 , reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”.*

*Como razona la STS, Sala Primera, de 29 de diciembre de 2.015: “Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 diciembre , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 ) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial.”*

*Lo indicado hasta el momento determina que haya de considerarse cumplido por la parte demandante el mandato del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la prueba sobre el carácter impuesto de las estipulaciones que ahora se analizan, máxime cuando no se ha desplegado elemento probatorio alguno que permita albergar dudas sobre el hecho de que las cláusulas controvertidas en la presente litis hayan sido prerredactadas por la entidad demandada, que las mismas estaban destinadas a ser incorporadas a una multitud de contratos, y que no han sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente, sino impuesta por el banco a modo de “oferta irrevocable”. En consecuencia, ha de sostenerse que las mismas son condiciones generales de la contratación, cuya validez es susceptible de ser controlada judicialmente.*





Concurren los presupuestos de contractualidad (la cláusula discutida está incorporada a un contrato), predisposición (es un hecho notorio, como se expresa en la STS, Sala Primera, de 29 de diciembre de 2.015), generalidad (está redactada para su incorporación a los contratos destinados a concertar el mismo tipo de préstamo con una pluralidad indeterminada de consumidores) e imposición. En relación con esta última cualidad, debe aclararse que este presupuesto ha quedado perfectamente definido por la STS, Sala Primera, de 29 de diciembre de 2.015, ya aludida, que se pronuncia en los siguientes términos: “Esta “imposición del contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de “obligar a contratar”. Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo”.

Según la resolución antes indicada: “Hay “imposición” de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE . No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. Así lo declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , apartado 150.

**10.-** Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas.”

Y respecto de la generalidad de la cláusula, debe recordarse, como hace la STS, Sala Primera, de 29 de diciembre de 2.015, que “No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones.”



*No perjudica para que pueda ser considerada una condición general de la contratación el que se trate de una cláusula que define el objeto del contrato. Sobre esta cuestión, la STS, Sala Primera, de 29 de diciembre de 2.015, se pronuncia en los siguientes términos:*

*“Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.*

*Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos ". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que el Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de diciembre de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales).*

*Con posterioridad, el apartado 32 de la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Cajamadrid , consideró que el art. 4.2 de la citada Directiva no define el ámbito de aplicación material de la Directiva, y que las cláusulas contempladas en dicho precepto (las que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra) están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva.*

*También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo , consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.”.*





En el caso de autos, concurren estos presupuestos para poder considerar que las cláusulas discutidas han sido impuestas, puesto que se trata de un préstamo hipotecario concedido por entidad bancaria, sin que se haya aportado prueba alguna por la demandada que acredite una negociación individual de la cláusula. Pues negociación individual es algo distinto a captar o conseguir la voluntad del cliente de adherirse al clausulado general. Significa, como se desprende de la doctrina jurisprudencial citada, la existencia de una negociación ad hoc, pactando el contenido y límites de la cláusula. Ello conllevaría, sin duda y dado el ámbito en que se produce la contratación el intercambio de ofertas o contraofertas por escrito (correos electrónicos, cartas, borradores)- y en último término, la existencia de personas que pudieran dar detalles de tales tratos. No se alegó en la contestación nada al respecto. Pues no puede equipararse ello a facilitar información escrita del clausulado del préstamo (oferta vinculante).

Por otra parte y ello es un hecho notorio en vista de otros procedimientos tramitados contra la misma entidad, el contenido de la cláusula impugnada se reitera en numerosas escrituras de otorgamiento de préstamo hipotecario, lo que evidencia su carácter contractual, predispuesto y general.

No habiendo, pues, probado la parte demandada la negociación individual de las cláusulas controvertidas, pueden ser estas sometidas al control de abusividad que la parte actora pretende.

#### - **caducidad y prescripción**

La demandada pone de manifiesto el importante lapso de tiempo transcurrido desde la firma del contrato y pretende la desestimación de la demanda sin entrar en el fondo del asunto, por estar caducada la acción de nulidad que ejercita la actora y/o prescritas las que permiten reclamar los efectos restitutorios derivados de aquella.

La imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. Como señala el Tribunal Supremo en su STS 1080/2008, de 14 de noviembre *“En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el Artículo 1301 del Código Civil se refiere a los contratos meramente anulables -en que concurren los requisitos que expresa el Artículo 1261, como refiere el Artículo 1300- y no a aquellos que, como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible (sentencias de 4 noviembre 1996, EDJ 7294, 14 marzo 2000, EDJ 2512, 18 octubre 2005, EDJ 165809, 22 febrero 2007, EDJ 8524 y 18 marzo 2008, EDJ 4565894, entre otras muchas)”*. El vicio que puede motivar la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas no es un vicio del consentimiento, en el sentido del art. 1261 del Código Civil, que se refiere a la nulidad relativa o anulabilidad, respecto de aquellos contratos en los que concurren los elementos esenciales para su formación, esto es, consentimiento, objeto y causa. Por el contrario, la declaración de abusividad de una cláusula contractual conlleva la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con la normativa especial en esta materia, contenida en el Real Decreto Legislativo 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, cuyo art. 83 establece que *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*. Así, sentado el carácter de nulidad absoluta en la sanción que puede imponerse a la cláusula impugnada, de ser declarada abusiva y, constituyendo doctrina jurisprudencial la imprescriptibilidad de esta acción, procede desestimar las alegaciones de la demandada en relación con este extremo.

No obstante esta imprescriptibilidad de la acción declarativa, la reclamación de los efectos restitutorios derivados de ella puede estar sujeta a una limitación temporal, que, a falta de disposición especial, se regirá por el plazo general de las acciones personales, que según el art. 1964 CC en su nueva redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, es de cinco años. De acuerdo con la Disposición Transitoria 5ª de la Ley y el art. 1939 CC, al que se remite aquella, este nuevo plazo de prescripción será aplicable a las acciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, como ocurre en el presente caso.

Ahora bien, para resolver esta alegación formulada por la parte demandada resulta fundamental determinar cuál es el momento de inicio de la prescripción, que debe regirse por lo dispuesto en el art. 1969 a tenor del cual *“El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”* y el momento en que esta acción pudo ejercitarse no puede ser otro que el de la declaración judicial de nulidad de la cláusula, de manera que tampoco puede apreciarse prescripción de la acción que ejercita la actora en este pleito.

### **TERCERO.- Posible nulidad de la cláusula inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes y relativa a los gastos de hipoteca y tributos que gravan el préstamo hipotecario.**

La cláusula quinta relativa a los gastos de hipoteca e inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes impone, con carácter general, al prestatario el pago de todos los gastos y tributos de la operación.

La cuestión jurídicamente controvertida es determinar si la cláusula relativa a los gastos inherentes al otorgamiento del préstamo hipotecario y referidos en la misma tiene la consideración de cláusula abusiva conforme a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, así como determinar los efectos de la declaración de nulidad, de estimar ésta concurrente.

El concepto de cláusula abusiva lo da el artículo 82.1 de dicho Texto Refundido, al señalar que *“Se considerarán cláusulas abusivas 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.”* Proporciona la ley un elenco de cláusulas abusivas en sus



artículos 85 a 90. En su artículo 89 se contienen las que resultan “desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato”.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

Son estos supuestos de abusividad en los que se aloja por el Tribunal Supremo, en su sentencia 705/2015 de 23 de diciembre la carga al cliente de los gastos necesarios para la constitución de la hipoteca. Se vienen a tratar en dicha sentencia varios de los gastos que usualmente se imponen al consumidor por parte de las entidades bancarias: formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real) formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real); tributos que gravan el préstamo hipotecario; gastos derivados de la contratación del seguro de daños y gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista.

Sin embargo, más allá del estudio de cada uno de los supuestos, considero de interés traer a colación la resolución de la que traía causa dicha sentencia 705/2015 de 23 de diciembre, cual era la sentencia 242/13 de 26 de julio dictada por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

En dicha sentencia se decía:

“se trata de una cláusula abusiva, a tenor de lo previsto en el artículo 89.1(3) del TRLGDCU, en sus letras "a" (repercusión de gastos) y "c" (pago de tributos), porque no da lugar a distinción alguna entre gastos y tributos que pudieran incumbir a una u otra parte, permitiendo la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa (lo que incluiría los imputables al banco o de los que éste pudiera ser sujeto pasivo en un determinado momento) al consumidor. No se trata de que el banco interprete que a quien le iba a corresponder el pago de tales conceptos (por la lectura que haga de la previsión legal que esté vigente en un determinado momento) sería, en su opinión, siempre al consumidor, sino que el problema estriba en que con el tenor de



dicha cláusula los que en algún momento pudieran corresponderle a la entidad bancaria, por naturaleza o disposición normativa, podría cargarlos al cliente. Una condición general de ese calado, que permite el tratamiento del mismo modo de los gastos y tributos que pudieran incumbir al empresario que los que no lo fueran, resulta claramente abusiva.”

Por tanto, la abusividad deriva de una atribución indiscriminada al cliente de gastos. Esta generalidad de la cláusula da pie a que se carguen o puedan cargar al cliente gastos cuyo abono pudiera corresponder al banco. Y por ello es abusiva. Por tanto, no se precisa para declararlo así identificar qué gastos en concreto, de los que no le correspondían, fueron cargados al cliente. Bastaría, incluso, pensar en gastos futuros, no devengados, pues lo esencial es que la cláusula impugnada así lo permitiría.

En el presente caso, por más que se enumeren una serie de gastos que concretamente ha de asumir al parte prestataria, lo cierto es atribución genérica del pago de los impuestos evidencia que, con carácter general, se imponen los impuestos derivados de la constitución de la hipoteca.

Esta atribución indiscriminada de gastos hace que concurra los supuestos previstos en el artículo 89.3 a) y c), de acuerdo con el razonamiento citado de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

La trascendencia de los gastos que improcedentemente se cargaron al prestatario surge a la hora de determinar los efectos de la declaración de la cláusula como abusiva. Y es que, como señala el artículo 83 del TRLGDCU, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, añadiendo que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Que la cláusula sea nula obliga a restituir las prestaciones conforme al régimen establecido en los artículos 1303 a 1308. Con arreglo al nuevo criterio jurisprudencial que viene a clarificar la redistribución de los gastos en las STS 46/19 recurso de casación 2128/17, STS 47/2017 recurso de casación 4912/2017, STS 48/2019 recurso de casación 5025/2017 y STS 49/2017 recurso de casación 5298/2017, todas ellas de fecha 23 de enero de 2019 dictadas por el pleno de la sala de lo civil del TS, decir que, y tal y como disponen las citadas sentencias que, con transcripción literal, el art. 83 TRLGDCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva. Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestión, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGDCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y



su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

En relación con los efectos que debe tener esa declaración de abusividad sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, los gastos notariales, de registro de la propiedad, gestoría y tasación, la STJUE 16/07/2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) establece el siguiente criterio de interpretación:

“El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.”

Este criterio ha sido examinado por el Tribunal Supremo en diversas resoluciones (*SSTS, Civil sección 1 del 24 de julio; 15 y 26 de octubre de 2020 [ROJ: STS 2495/2020]; [ROJ: STS 3327/2020]; [ROJ: STS 3453/2020]; 17 de noviembre de 2020 (ROJ: STS 3793/2020) y, por último en Sentencia del Pleno de 27 de enero de 2021*) llegando a las siguientes conclusiones:

a) Gastos de notaría: “Como «la normativa notarial (el art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

El mismo criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, que se acomoda plenamente a la doctrina expuesta en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad”.

En consecuencia, la entidad bancaria deberá restituir al consumidor el 50% del importe del gasto de notaría.





b) Gastos de Registro de la Propiedad: En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

De acuerdo con lo manifestado, como la norma imputa el gasto directamente a “aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote el derecho”, debe asumirse por la entidad bancaria, como la favorecida por la inscripción de hipoteca, al 100%.

c) Gastos de gestoría: “en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como «cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad».

Este criterio no se acomoda bien a la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva”.

No existiendo una disposición de derecho nacional que imponga el pago de todo o parte del gasto de gestoría al consumidor, se le debe restituir el 100% de lo abonado por la entidad bancaria.

d) Gastos derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados: Antes de la reforma introducida por la actual Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados señalaba: “Estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: (...) d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario.”

Durante su período de vigencia, existía, por tanto, una disposición que imponía el pago de este gasto en su totalidad al prestatario/consumidor, por lo que nada habrá de abonarle la entidad bancaria al consumidor por dicho concepto.

e) Gasto de tasación: “Aunque la tasación no constituye, propiamente, un requisito de validez de la hipoteca, el art. 682.2.1º LEC requiere para la ejecución judicial directa de la hipoteca, entre otros requisitos:

«Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario».



La exigencia de la tasación de la finca de conformidad con la Ley de Mercado Hipotecario y su constancia mediante la correspondiente certificación es, además, un requisito previo para la emisión de valores garantizados. Así se desprende del art. 7 de la Ley, cuyo apartado 1 dispone lo siguiente:

«Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán».

El apartado 2 de este art. 7, encomienda al Ministerio de Economía y Comercio, «las normas generales sobre tasación de los bienes hipotecables, a que habrán de atenerse tanto los servicios de las Entidades prestamistas como las Entidades especializadas que para este objeto puedan crearse».

Ni el RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, ni la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles, contienen disposición normativa alguna sobre quién debe hacerse cargo del coste de la tasación.

De ahí que, de acuerdo con la STJUE de 16 de julio de 2020, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva.

Cuando resulte de aplicación la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de tasación corresponderán al prestatario, por haberlo prescrito así en el apartado i) de su art. 14.1.e)».

Por consiguiente, ante la ausencia de disposición de derecho interno que imponga al consumidor el pago de todo o parte de este gasto, la entidad bancaria deberá restituirle el 100% de lo pagado por este concepto.

No cabe acordar restitución por los gastos de cancelación, al ser exclusivo interesado el prestatario.

En atención a lo expuesto, y a la vista de la documental aportada (ex art. 326 LEC), la entidad demandada deberá abonar a la parte demandante la cantidad de 997,40euros más los intereses correspondientes (art. 1108 CC) desde la fecha de sus respectivos abonos, según determina el Tribunal Supremo, en su STS, Civil, Pleno, del 19 de diciembre de 2018 (ROJ: STS 4236/2018) y posteriores.

#### **CUARTO.- Intereses legales**

Las cantidades objeto de condena de la presente resolución se incrementarán en el interés legal correspondiente, desde el momento de su pago por la parte prestataria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1303 CC. No puede alegarse a tal efecto la buena fe del acreedor cuando la cláusula que determinó el desembolso del prestatario había



sido impuesta por aquel en contravención de la normativa protectora de los consumidores, que impide, como se ha señalado, la atribución indiscriminada de impuestos y gastos.

Por otro lado, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que toda sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero liquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto entre las partes o por disposición especial de la ley.

Por ello, la cantidad que debe satisfacer el demandado, al no existir pacto entre las partes o disposición legal especial que otra cosa establezca, la misma devengará los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total y completo pago.

#### **QUINTO.- Comisión de apertura**

El Tribunal Supremo, en sentencia 44/2019, de 23 de enero, entendió que la comisión de apertura no es abusiva ya que formaba parte del precio, retribución que percibe el banco por la concesión del préstamo y cumple el control de transparencia. La mencionada sentencia establecía que “la propia naturaleza del préstamo y las operaciones necesarias para la concesión del mismo muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello significa que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura”.

Por su parte el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) exige, con sustento en el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13, al órgano judicial “controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado” y, con sustento en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, concluye que si la entidad financiera no demuestra “que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido” (...) “puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”.

En el caso concreto, a la vista de la prueba practicada, la entidad demandada no ha probado que dicha comisión responda a servicios efectivamente prestados ni gastos en que hay incurrido, por lo que procede declarar la nulidad con los efectos restitutorios interesados.



**SEXTO.-** Se interesa que se declare la nulidad de la cláusula 6ª bis, a cuyo tenor literal permite dar por vencido el préstamo por el impago de alguna de las cuotas mensuales de amortización e intereses del préstamo hipotecario o por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones.

En esta materia de cláusulas de vencimiento anticipado, la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: «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». 3.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Matiza, sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo 705/15 de 23 de diciembre que la abusividad proviene de los términos en que condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC , cuando dice que "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 en el asiento respectivo" ; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "[l]a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión". Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC , los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11 ). 5.- La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad. Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual ( art. 1124 CC ), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real.

Ha de añadirse que en la misma sentencia 705/15 del Tribunal Supremo se ha mostrado contrario a integrar el contrato de préstamo hipotecario, una vez declarada nula la cláusula de vencimiento anticipado, con el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de tal manera que pudiera subsistir la facultad de vencimiento anticipado respetando el límite de tres mensualidades de incumplimiento a que se refiere el citado precepto. Y ello porque “La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor”.

En definitiva, el tribunal nacional debe analizar la cláusula de vencimiento anticipado, que únicamente debe permitir a la entidad prestamista dar por vencido el préstamo ante un incumplimiento del deudor que tenga la consideración de esencial y suficientemente grave –en relación con la duración y cuantía del préstamo-. Dicho vencimiento anticipado debe constituir una excepción y no la forma general de proceder ante el incumplimiento del prestatario, debiendo extenderse el examen a los medios de





los que dispone el deudor para evitar o mitigar los efectos de la aplicación de dicha cláusula, que han de ser “adecuados y suficientes” en palabras del TJUE.

- *Incumplimiento esencial*

Procede analizar, en primer lugar, si el incumplimiento del deudor al que se vincula el vencimiento anticipado del préstamo merece la consideración de esencial. La facultad de la entidad prestamista de dar por vencido el préstamo anticipadamente se vincula, en el caso que nos ocupa, al impago por el deudor de cualquiera de las cuotas. Atendiendo a la naturaleza del contrato de préstamo, por el que “*una de las partes entrega a la otra (...) dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad*” (art. 1740 del Código Civil), la obligación del prestatario de restituir lo prestado define esta clase de contrato y constituye precisamente su obligación principal. Por ello, cabe afirmar que la facultad de la que dispone la entidad prestamista de dar por vencido anticipadamente el préstamo se vincula al incumplimiento por deudor de una obligación esencial.

- *Incumplimiento suficientemente grave*

Para afirmar la conformidad de la cláusula con el Derecho de la Unión Europea, el incumplimiento del prestatario ha de revestir un carácter suficientemente grave en relación con la duración y cuantía del préstamo, según exige el TJUE. Este requisito no concurre en el presente supuesto, ya que ante el importe del capital y el número de cuotas, vincular el impago de una sola de las cuotas, que supone un ínfimo porcentaje con respecto del principal debido, a la resolución de la totalidad del préstamo, resulta claramente desproporcionado en perjuicio del deudor, creando un importante desequilibrio entre las partes del contrato.

- *Excepcionalidad de la cláusula*

Otro de los aspectos que debe examinarse es, según el TJUE, la excepcionalidad de la cláusula con relación a las normas generales que se aplicarían en la materia ante la ausencia de estipulaciones contractuales específicas o, en otros términos, las consecuencias para el deudor, ante el mismo incumplimiento, de no preverse dicha cláusula en la escritura de préstamo. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción vigente a la fecha de suscripción de la escritura de préstamo hipotecario, prevé la aplicación del procedimiento especial de ejecución hipotecaria ante el impago por el deudor de alguno de los plazos vencidos “*siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro*” (art. 693.1). Así pues, es preciso que la escritura de préstamo contenga expresamente la facultad de la entidad prestamista de dar por vencida la totalidad del préstamo, para que dicha entidad pueda hacer uso de la misma. De no existir dicha estipulación contractual, el acreedor únicamente estaría facultado para resolver el contrato de acuerdo con la norma general contenida en el art. 1124 del Código Civil, en cuyo caso, para resolver la obligación recíproca habría de constar igualmente un incumplimiento sustancial y de suficiente entidad, sin que un simple retraso en el pago pueda fundamentar la resolución, como viene entendiendo la jurisprudencia. En



resumen, el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo ante el impago de una sola de las cuotas por el deudor constituye una excepción en perjuicio del deudor, aplicable como consecuencia de la previsión contractual de la cláusula, frente a las normas generales que exigen, para la resolución de la obligación, un incumplimiento esencial y de suficiente entidad.

- *Medios de los que dispone el consumidor*

Finalmente, ha de analizarse 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. Ante el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual, el art. 693.3 LEC (en su redacción dada por Ley 1/2013, aplicable a los procedimientos de ejecución hipotecaria que se inicien tras su entrada en vigor) permite al deudor liberar el bien antes de que se cierre la subasta, aun sin consentimiento del acreedor, *“mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte”*. Habiéndose iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria tras la entrada en vigor de la citada Ley, se aplicaría la previsión contenida en el precepto y el deudor podría evitar la ejecución mediante la consignación de la cantidad correspondiente. Así, existe un remedio para evitar los efectos de la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado sin embargo, dicho remedio ha de ser adecuado y eficaz, circunstancias que no pueden afirmarse con rotundidad teniendo en cuenta la elevada cuantía de la consignación que se exige al consumidor, que, recordemos, se ve inmerso en el procedimiento de ejecución como consecuencia de la imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas del préstamo.

Analizados los aspectos de la cláusula de vencimiento anticipado que prevé la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos, de acuerdo con las conclusiones del TJUE, la escasa gravedad del incumplimiento del deudor (la falta de pago de una cuota, sin mayor ponderación en relación con la cuantía y duración del crédito) que permite el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, en relación con la cuantía y duración del mismo, la excepcionalidad de dicha cláusula frente a la aplicación de las normas generales en materia de resolución contractual, más beneficiosas para el deudor así como la inexistencia de mecanismos legales que permitan al deudor evitar sus consecuencias, y ello a pesar de la esencialidad de tal incumplimiento, determinan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato que convierte la cláusula analizada en abusiva, de acuerdo con el concepto que proporciona el art. 82 de la LGDCU, cuyo apartado 1 establece que *“Se considerarán cláusulas abusivas 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”.*

### Introducción

La actora alega también la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrita con la demandada, que permite a la entidad acreedora resolver anticipadamente el contrato y reclamar la totalidad de lo debido, previéndose literalmente, como causa para ello el incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones pactadas y, respecto de la falta de pago, la de una cuota cualquiera de amortización e intereses.

El artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, viene a regular los motivos y las condiciones por las que el prestamista puede dar por vencido anticipadamente el contrato:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

iii. Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

Tales requisitos y motivos son de aplicación, con independencia del contenido y redacción del pacto en cuestión, y no solamente para los contratos firmados a partir de su entrada en vigor, 16 de junio de 2019, sino a todos los contratos, tal y como viene a establecer la Disposición Transitoria Primera, apartado cuarto:

“Disposición transitoria primera. Contratos preexistentes.

4. Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta



más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no.

Con base a ello, podría sostenerse que la nulidad pretendida de contrario ya no requiere de un pronunciamiento judicial al respecto, ya que la misma ha sido sustituida ex lege por la citada ley.

En el mismo sentido aquí expuesto, y sobre cláusulas análogas a la aquí examinada, se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno, Sala 1ª, 463/2019 de 11 de septiembre, cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores, entre ellas en la sentencia 603/2019 de 12 Nov. 2019, Rec. 1111/2015 (y en el mismo sentido la sentencia 616/2019 de 14 Nov. 2019, Rec. 1943/20159), donde tiene declarado:

“2.- La cláusula cuestionada dice:

"6ª bis. Resolución anticipada por la entidad de crédito:

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

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

3.- Por la evidente conexidad argumental entre ambos motivos, se resolverán conjuntamente, mediante la remisión a lo resuelto por la sentencia del pleno de esta sala 463/2019, de 11 de septiembre, en relación con las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, la STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C- 179/17) y los AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16, C-167/16 y C-486/16).

**QUINTO.-** Doctrina jurisprudencial sobre el vencimiento anticipado. Remisión a la sentencia de pleno 463/2019, de 11 de septiembre. Desestimación de los motivos tercero y cuarto de casación

1.- En la sentencia 463/2019, de 11 de septiembre, a cuyo contenido y citas jurisprudenciales -tanto nacionales como comunitarias- nos remitimos íntegramente para evitar inútiles reiteraciones, establecimos los criterios y efectos aplicables a la



abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios, conforme a la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y en los tres autos de 3 de julio de 2019, antes reseñados.

2.- En dicha sentencia, consideramos que las cláusulas que, como la enjuiciada en el recurso, permiten el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario sin modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del mismo y sin posibilidad real de que el consumidor evite su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, son abusivas, porque no respetan los estándares mínimos que ha fijado el TJUE y la propia Sala Primera en sentencias anteriores.

3.- Asimismo, en aplicación de las pautas facilitadas por el TJUE para determinar si es posible la subsistencia del contrato, declaramos que el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo, cuyo fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De este modo, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa, por lo que, en principio, la supresión de la cláusula que sustenta esa garantía causaría la nulidad total del contrato.

Ahora bien, esa nulidad total expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa.

4.- Para evitar estas consecuencias, el TJUE ha admitido que la cláusula abusiva se sustituya por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al art. 693.2 LEC previo a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI).

No obstante, la sala consideró en la mencionada sentencia de pleno que esa norma no puede aplicarse en su literalidad, sino con un planteamiento más exigente, de modo que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción posterior a la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia. Para ello servirá como criterio orientativo de primer orden el art. 24 LCCI.

5.- Si aplicamos tales consideraciones a la cláusula controvertida, se aprecia que no supera los estándares establecidos, pues ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo





haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio-). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

6.- Consecuentemente, deben desestimarse los motivos tercero y cuarto de casación y confirmarse la sentencia recurrida, en cuanto que declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable tal y como está redactada.

Sin perjuicio de que, al margen de lo previsto en la cláusula, puedan ser aplicables las consideraciones expuestas en la tan mencionada sentencia 463/2019, de 11 de septiembre, en el supuesto de que la entidad prestamista, en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago por el prestatario, instara en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley.”

Trasladando todo lo expuesto al caso que nos ocupa, procede declarar la nulidad de la cláusula controvertida.

### **SÉPTIMO.- Cláusula de posiciones deudoras**

Se interesa que se declare la nulidad de la cláusula que fija un concepto de comisión de morosidad por gastos habidos como consecuencia de la reclamación de posiciones deudoras.

La parte actora alega la abusividad de la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario que bajo la rúbrica de “Comisiones” impone al prestatario el pago de una comisión derivada de la mora de aquél y, según menciona expresamente, de los gastos originados a la entidad por la reclamación.

Funda la actora la abusividad de esta cláusula en la no correlación con los costes reales que pudiera suponer a la entidad demandada la reclamación. La demandada, por su parte, se opone a dicha pretensión, alegando la no aplicación de la mencionada cláusula.

Sentada la aplicación de la normativa de consumidores y en particular, la LGDCU, procede analizar la posible abusividad de esta cláusula de acuerdo con dicho texto legal cuyo art. 87.6 contiene un catálogo de cláusulas abusivas por falta de reciprocidad, considerando como tal *“el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”*. Asimismo, el art. 89.5, en relación con las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, se refiere a *“Los incrementos de precio por*



*servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresado con la debida claridad o separación”.*

En el caso que nos ocupa, se penaliza doblemente el impago por el deudor pues, además de los correspondientes intereses moratorios, se vincula dicho impago al devengo de una comisión por el mero hecho del incumplimiento, que no se corresponde con el coste real de un servicio prestado por la contraparte o con un perjuicio efectivo causado a esta. En definitiva, se presenta bajo la naturaleza de cláusula penal lo que constituye la propia esencia de los intereses moratorios, que también se vinculan al impago en el presente caso, y por no corresponderse tales comisiones con un coste o perjuicio real para el empresario se entiende abusiva la cláusula que las contiene.

La declaración de abusividad de la cláusulas citadas conlleva la declaración de su nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 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, a tenor del cual *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”.*

#### **OCTAVO.- Costas**

En materia de costas, además de lo previsto en el art. 394 LEC, debe tenerse en cuenta el criterio marcado por el TJUE en su *sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19)* cuando señala, en contemplación de la norma de derecho interno (art. 394 LEC), aplicando el *principio de efectividad* que “resulta de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia que la aplicación del artículo 394 de la LEC podría tener el efecto de que no se condenara al profesional al pago íntegro de las costas cuando se estime plenamente la acción de nulidad de una cláusula contractual abusiva ejercitada por un consumidor, pero *solo se estime parcialmente la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de esta cláusula (...)* condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69)”, por lo que concluye que “ el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que *se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo*, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales”.



En atención a dichos criterios, procede imponer las costas generadas en la instancia a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales y demás de aplicación,

## FALLO

**SE ESTIMA PARCIALMENTE** demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales D. M<sup>a</sup> Jesús Mendiola Olarte en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) actuando en interés de D. J

A i contra BANCO DE SANTANDER representada por el procurador de los tribunales D. Ignacio Rodríguez Díez y en consecuencia:

Declaro la nulidad de las cláusulas de gastos, vencimiento anticipado, posiciones deudoras y comisión de apertura de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 25 de febrero de 2008.

Subsistiendo la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la declaración judicial de nulidad.

Condeno a BANCO DE SANTANDER SA, a abonar a la actora la cantidad de 997,40 euros más las cantidades abonadas en concepto de comisión de apertura y los intereses legales desde el momento en que se efectuó el pago de dichas cantidades por la parte prestataria. Asimismo, dicha cantidad devengará, desde el momento del dictado de esta sentencia, un interés anual igual de del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

Se impone a la parte demandada el pago de las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0000 04 6772 20 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá realizarse en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo “beneficiario”: Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 101 bis de Madrid; y en el campo “observaciones” o “concepto” habrán de consignarse los siguientes dígitos: 5284 0000 04 6772 20.



No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (L.O. 1/2009 Disposición Adicional 15).

Así lo acuerda manda y firma D. Juan José Toscano Tinoco, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia 101 bis de Madrid.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por JUAN JOSÉ TOSCANO TINOCO