

# JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CÁDIZ

Estadio Carranza Fondo Sur. 1ª Planta  
Horario atención : de 10 a 14 horas  
Tlf.: 662978436- 662978489. Fax: 956,011701  
NIG: 1101242M20130000255

**Procedimiento: Juicio Ordinario 324/2013. Negociado: V**

Sobre

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr./a.: MARIA ANGELES ASENJO GONZALEZ

Letrado/a Sr./a.:

Contra D/ña.: [REDACTED]

Procurador/a Sr./a.: MANUEL ZAMBRANO GARCIA-RAEZ

Letrado/a Sr./a.:

## SENTENCIA nº 413/14

En Cádiz, a 25 de noviembre de 2014

Han sido vistos por mí, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Pilar Sebastián Benito, Magistrada-Juez de Adscripción Territorial de Andalucía, provincia de Cádiz, actuando como Juez del Juzgado nº 1 de lo Mercantil de Cádiz, en sustitución del titular, los autos de juicio ordinario nº 324/13, en los que son partes, como demandante, D. [REDACTED], representado por el/la Procurador/a Sr/a. Asenjo González, y asistido por el/la Letrado/a Sr/a. Herreros Ramírez, y, como demandada, “[REDACTED] S.A.”, representada por el/la Procurador/a Sr/a. Zambrano García-Ráez, y asistida por el/la Letrado/a Sr/a. García Solano, cuyo objeto es nulidad de condiciones generales de la contratación.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 10 de abril de 2013 se presentó demanda de juicio ordinario por el/la Procurador/a Sr/a. Asenjo González, en representación de D. [REDACTED], contra “[REDACTED] S.A.”. En ella solicitaba:

a) La declaración de nulidad, por abusivas, de las siguientes cláusulas, contenidas:

- En el préstamo hipotecario suscrito, por el demandante y su esposa, D<sup>a</sup>. [REDACTED], mediante escritura de fecha 15 de septiembre de 2005, otorgada ante la Notario de Jerez de la Frontera D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Dolores Conesa Lorenzo, con el número 1.172 de su protocolo:

- Cláusulas Financieras: 5ª (gastos), 6ª (intereses de demora), 6ª bis, subapartados a) y e) (vencimiento anticipado del préstamo).

- Otras cláusulas: 7ª (finalidad del préstamo), 10ª (fuero), 11ª, subapartados b) y c) (conservación de la garantía), 12ª (subrogación de los adquirentes) y 13ª (apoderamiento).

- En la ampliación de dicho préstamo, contenida en la escritura otorgada en fecha 25 de marzo de 2009, ante el Notario de Jerez de la Frontera D. Óscar Alberto Fernández Ayala, con el número 965 de su protocolo:

- Estipulaciones 1ª, apartado 4º (límites a la variación del tipo de interés) y 12ª, subapartado c) (intereses de demora), y 6ª (apoderamiento).

Igualmente se solicitaba la declaración de nulidad de cualesquiera otras cláusulas cuya abusividad pudiera apreciar, de oficio, el Tribunal.

b) La declaración de la obligación de [REDACTED] de aplicar el Código de Buenas Prácticas contenido en el RD-Ley 6/12, de 9 de marzo, y la condena de dicha entidad bancaria a la aplicación de las medidas complementarias establecidas en el apartado 2 del Anexo de dicho texto legal.

SEGUNDO. Dicha demanda fue admitida a trámite por este Juzgado, en virtud de decreto de fecha 8 de mayo de 2013, y seguidamente se dio traslado a la demandada de copia de la misma y de los documentos adjuntos. Ésta presentó contestación en tiempo y forma.

TERCERO. El día 5 de marzo de 2014 se celebró la audiencia previa, con el resultado que consta en el correspondiente soporte audiovisual. Se propuso y admitió, aparte de la documental aportada junto a los escritos de alegaciones de las partes, el interrogatorio de la parte demandada, en las personas que hubiesen intervenido en la contratación del préstamo y su ampliación, quedando requerida la parte demandada para la determinación de su identidad.

CUARTO. El día 25 de noviembre de 2014 se celebró el juicio. En él se practicó la prueba propuesta y admitida (en las personas de D. [REDACTED], D. [REDACTED] y D. [REDACTED], empleados de la entidad bancaria, que fueron interrogados como testigos), con el resultado que obra en el correspondiente soporte audiovisual, quedando el pleito visto para sentencia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En el presente caso, en la demanda se solicita la nulidad de las cláusulas enumeradas en el antecedente de hecho primero, sobre la base de su consideración como abusivas. Se solicita también la declaración de la obligación de la entidad bancaria de aplicar el Código de Buenas Prácticas contenido en el RD-Ley 6/12, de 9 de marzo, y su condena a aplicación de las medidas complementarias establecidas en el apartado 2 del Anexo de dicho texto legal

La demandada se opone a las pretensiones contenidas en la demanda. Alega, en primer lugar, que ya ha suscrito el mencionado código de buenas prácticas, si bien no es de aplicación al caso concreto, puesto que el préstamo no se concedió para la adquisición de la vivienda habitual. En segundo lugar, alega que el préstamo ya ha sido objeto de ejecución, en el procedimiento nº 1.158/11, tramitado por el Juzgado nº 2 de Chiclana, que actualmente se halla en suspenso. En tercer lugar, niega que el demandante deba tener la consideración de consumidor (afirma, por el contrario, que es empresario), así como que algunas de las cláusulas impugnadas tengan el carácter de condición general, y se opone a la calificación como abusivas de las cláusulas impugnadas.

La existencia y contenido de las cláusulas a que se refiere el litigio no han sido extremos discutidos por las partes, por lo que tal existencia, y el contenido alegado por la parte demandante, descrito más arriba, y aceptado, como ya se ha dicho, por la demandada, han de tenerse por ciertos, conforme a lo dispuesto por el art. 281.3 LEC. La discusión se centra, más bien, en la condición de consumidor del demandante,

**SEGUNDO.- *Necesidad de que el adherente sea consumidor o usuario.***

Analizaremos, en primer lugar, la condición de consumidor o usuario del demandante, puesto que ello es fundamental para continuar examinando las pretensiones de la demanda. En efecto, el art. 8.2 de la Ley 7/98 (en adelante, LCGC) se refiere exclusivamente a los contratos celebrados con un consumidor, y remite, en cuanto a la definición de “cláusula abusiva”, a la antigua Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ya hemos visto que, en la actualidad, ha sido sustituida por el RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre. Conforme al art. 2 del RD Legislativo 1/07, el ámbito de aplicación de dicha norma se restringe a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios o profesionales. Conforme al art. 3 del RD Legislativo 1/07, son consumidores o usuarios, a efectos de la misma, las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Son empresarios, conforme al art. 4, quienes actúan en el marco de su actividad empresarial o profesional, sea pública o privada. Resulta claro, pues, que para que una condición general pueda someterse al control de abusividad es presupuesto necesario que el adherente, adquirente de bienes o servicios, sea un consumidor o usuario, es decir, que no destine tales bienes o servicios al ejercicio de una actividad empresarial o profesional. En el presente caso, en la escritura de préstamo se hizo constar (cláusula 7ª de las no financieras, que, de hecho, es una de las impugnadas) que el importe recibido debía destinarse a la adquisición de una vivienda (concretamente la escritura se refiere a “la que luego se dirá”, y con posterioridad se hipotecan dos fincas, una en Chiclana y otra en Jerez), y que la misma no estaba afecta al ejercicio de actividad profesional o empresarial alguna.

De hecho, D. [REDACTED] corroboró que la finca de Chiclana era una segunda vivienda, y de la escritura se desprende que la de Jerez constituía el domicilio habitual del demandante y su familia. En la oferta vinculante también se hizo constar que el destino del préstamo era “primera vivienda otros”. Sin embargo, del resultado de la prueba testifical se desprende (y el hecho de que se impugne, precisamente, esta cláusula parece corroborarlo) que la ampliación del préstamo vino motivada por las vicisitudes de la actividad empresarial del actor. Así, D. [REDACTED] afirmó, y lo corroboró D. [REDACTED], que el demandante era el dueño o gerente de una mercantil, “[REDACTED] S.L.”, y que ésta era cliente habitual de la entidad bancaria demandada. Afirmaron también, de manera algo vaga el primero, y mucho más claramente el segundo, que la mencionada ampliación obedeció a una reestructuración de deudas, es decir, que se enmarcó en un intento de reconducir la delicada situación económica del actor (concretamente la sociedad que regenta, al parecer, tenía problemas de tesorería), concediéndole nueva financiación para hacer frente a sus débitos, tanto personales como derivados de su actividad empresarial. Para interpretar el concepto de consumidor contenido en el art. 3 del RD Legislativo 1/07 hemos de tener en cuenta la Directiva 2011/83 /UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2011, que modifica algunos aspectos de la 93/13 CEE (la que determinó el contenido del art. 8.2 de la LCGC, en que se basa la presente demanda). La mencionada Directiva, en su considerando 17, aclara que “la definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor “. En el supuesto que nos ocupa, como ya hemos dicho, el préstamo se concertó para la adquisición de una vivienda, es decir, para un fin no relacionado con el ejercicio de una actividad empresarial (de hecho, como ya hemos visto, en la escritura se niega que la vivienda adquirida esté afecta a una actividad de este tipo, y, en caso de cambiar su destino, ello debía comunicarse expresamente a la entidad demandada). El importe de dicho préstamo fue de 258.435 euros. La ampliación, según la correspondiente escritura, supuso la entrega de 100.000 euros más. Como ya hemos visto, la ampliación del préstamo vino motivada por las dificultades económicas del actor, concretamente por la situación de falta de fondos por la que, al parecer, estaba atravesando la mercantil “[REDACTED] S.L.”. Hemos de tener en cuenta, no obstante, de un lado, que la finalidad del préstamo original era la adquisición de una vivienda, como hemos visto, y que es de suponer que el importe primeramente concedido, que es la mayor parte del dinero entregado, se hubiera ya utilizado para hacer frente al pago del correspondiente precio, y, de otro, que ni siquiera consta que toda la cantidad en que se amplió fuese invertida en la empresa, puesto que, al parecer, según se desprende del testimonio de D. [REDACTED], la ampliación tenía por objeto atender deudas tanto del demandante como de la empresa, sin que haya llegado a especificarse siquiera en qué medida se pretendían atender unas y otras. Por todo lo expuesto hemos de concluir que el demandante actuó, en el negocio jurídico que nos ocupa, como consumidor, y no

como empresario, puesto que la mayor parte del capital recibido estaba destinado a fines ajenos al ejercicio de la actividad empresarial: el obtenido en virtud del préstamo original, que fue la mayor parte, se destinó a la compra de una vivienda, y ni siquiera parece que el obtenido en virtud de la ampliación se destinara totalmente a atender deudas derivadas de la actividad empresarial.

**TERCERO.- *Carácter de condición general.*** A continuación examinaremos si las cláusulas impugnadas poseen el carácter de condiciones generales de la contratación. En efecto, requisito necesario para que las mismas pueda ser calificada de abusivas es que posean tal carácter de condición general. Así, el art. 8 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación dispone, en su apartado 1, que “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. El apartado 2 establece que “en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el y de la , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. La referencia debe entenderse hecha al RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, que, a partir del 1 de diciembre de 2007 (fecha en que entró en vigor), sustituye y deroga a la mencionada ley. Pues bien, conforme al art. 1.1 de la Ley 7/98, “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”. La realidad que contempla el art. 1.1 de la Ley 7/98 son los llamados contratos de adhesión, que se caracterizan porque su contenido viene predeterminado e impuesto por una de las partes (predisponente), mientras que la contraparte (adherente) se limita a aceptar, en bloque, las cláusulas propuestas, sin que exista una previa negociación individualizada del contenido del contrato, es decir, sin que el adherente haya tenido la posibilidad de intervenir en la determinación de tal contenido. Incluso establece el mencionado precepto, en su apartado 2, que “el 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”. Es decir, que el contrato se calificaría igualmente como de adhesión aunque alguna o algunas cláusulas en concreto sí hubieran sido negociadas, si bien a estas últimas se aplicaría la normativa general relativa a los contratos. Las condiciones generales no son sino las cláusulas de un contrato de adhesión, cuando están destinadas a ser incorporadas a una pluralidad indeterminada de contratos. En los contratos con condiciones generales no falta el consentimiento, libremente emitido, del adherente, sino que dicho consentimiento se limita a aceptar el clausulado propuesto por el predisponente, como condición necesaria para obtener el bien o servicio que desea, y que la contraparte le ofrece. Es decir, los contratos con condiciones generales no excluyen por completo la existencia de autonomía de la voluntad, si bien la misma se ve matizada o limitada, ya que el

adherente, como hemos dicho, se limita a aceptar, o no, el contenido contractual propuesto por el predisponente, sin que pueda influir en su determinación. Ello determina la asimetría de la posición de una y otra parte, lo cual no implica la desaprobación, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, de este tipo de contratos, si bien hace necesaria la implantación de una serie de mecanismos de especial protección para el adherente, precisamente para compensar o corregir la situación de inferioridad en que se encuentra frente al predisponente, y evitar que éste se aproveche, injustamente, de tal situación. Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley 7/98, que señala que “la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica”. Cuando el contrato se celebra entre un empresario o profesional y un consumidor, dicha desigualdad es aún más patente, pues, como ha indicado, reiteradamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la Directiva 93/13, el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro; 4 junio 2009, Pannon GSM; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones,; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; 9 noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè; 26 abril de 2012, Invitel; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d’Estalvis de Catalunya; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG). Este es, precisamente, como también se ha encargado de señalar el TJUE en las resoluciones citadas, el fundamento del sistema de protección a los consumidores diseñado por la citada Directiva, y recogido por el art. 8.2 de la Ley 7/98, es decir, de la protección del consumidor frente a posibles cláusulas abusivas: no el hecho de que no hayan sido en absoluto conocidas o consentidas por éste (lo que sería objeto de otro tipo de control, el de incorporación, o no, de la cláusula al contrato, filtro que han de superar todos los contratos, con condiciones generales o no, y no sólo los celebrados con consumidores), sino la situación de especial desventaja o desequilibrio del mismo frente al empresario o profesional, que éste podría aprovechar para configurar el contenido del contrato de forma injustamente perjudicial para aquél. De esta manera, el control de abusividad quedaría excluido no por la existencia de un consentimiento contractual libre y válidamente emitido, que se presupone que existe (limitado, eso sí, en los contratos de adhesión, a aceptar o no el clausulado que le ofrece la contraparte), pues de lo contrario la cláusula, simplemente, no podría considerarse incorporada al contrato, sino por la presencia de una negociación previa. Es la ausencia de dicha negociación individualizada lo que determina que estemos ante una cláusula impuesta y predispuesta por el empresario o profesional, es decir, ante una condición general, susceptible de ser sometida a control de abusividad cuando el contrato se celebra con un consumidor.

**CUARTO.-** El art. 1.1 de la Ley 7/98 no determina qué debe entenderse por

cláusula impuesta o no negociada individualmente, si bien el art. 3.2 de la Directiva 93/13 deja claro 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”. La STS 241/13, de 9 de mayo, entiende que “el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato [...]”. Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, “ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar”, ya que, como señala la referida STS, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LGDCU en su primitiva redacción, tal y como lo interpretaba la STS de 20 de noviembre de 1996 (necesidad de que el consumidor no hubiera tenido oportunidad de eludir su aplicación, lo que excluía una conducta meramente pasiva), actualmente, como consecuencia de la trasposición de la Directiva 93/13, no se requiere, por el art. 8.2, en relación con el art. 1.1 de la Ley 7/98, que el clausulado en cuestión se destine por el empresario o profesional a ser incorporado a todos los contratos que celebre, sino únicamente que se incorpore a una pluralidad de contratos. Máxime cuando, como resalta la STS 241/13, se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas para el consumidor medio es reducida. Por el mismo motivo no excluye el carácter impuesto de la cláusula el hecho de que el consumidor haya podido elegir entre los distintos contratos ofrecidos por diferentes entidades bancarias, siempre que se trate de contratos con cláusulas predispuestas. Hemos de recalcar que, tal y como aclara, asimismo, la mencionada STS, la “imposición” no se refiere al contrato, sino a su contenido, de manera que no la excluye el hecho de que el consumidor haya podido decidir libremente si contrata o no, y con quién, sino la falta de posibilidad real de influir en la determinación de dicho contenido, a través de una negociación previa e individualizada. Por otra parte, tal y como también señala la STS 241/13, de 9 de mayo, y ya hemos apuntado anteriormente, el conocimiento, por el adherente, de la integración en el contrato de una determinada cláusula, no excluye su carácter impuesto. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por éste que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento, de hecho (y sin perjuicio de lo que después se dirá sobre la transparencia), constituye un presupuesto necesario de la existencia de consentimiento válido, requisito absolutamente elemental para ser incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos esenciales desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC (consentimiento que, para ser válido, no puede estar viciado por error o dolo, conforme al art. 1.300 Cc), como por exigirlo, de forma expresa, los artículos 5 y 7 LCGC, 7/98, en relación con los contratos que dicha norma regula. Por el mismo motivo, no excluye el carácter impuesto ni, por tanto, la naturaleza de condición general de la contratación, el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial, particularmente la OM de 5 de mayo de 1994. La STS 75/2011, de 2 de marzo, declara que la finalidad

tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor". Debemos puntualizar, por último, para evitar equívocos, al igual que hace la STS 241/13, y como también hemos apuntado ya, que tal carácter impuesto no determina, por sí, la ilicitud de la cláusula. Se trata de un mecanismo propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados en todos los casos, o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". Dicho carácter determina, únicamente, la sumisión a una legislación específica, la Ley 7/98, determinante de una especial protección para el adherente, en atención a la asimetría propia de este modo de contratar, y, cuando el adherente es consumidor, la posibilidad de sumisión al control de abusividad, como parte de dicha especial protección.

**QUINTO.-** En cuanto a la prueba de tal circunstancia (carácter impuesto, es decir, no negociado, de la cláusula), hemos de partir de la base de que, conforme al art. 217.7 LEC, para la aplicación de los criterios generales sobre carga de la prueba, que contienen los apartados 2 y 3 de dicho artículo (corresponde a la parte demandante la de acreditar los hechos en que funde su pretensión, y a la demandada la de probar los que impidan, extingan o enerven la eficacia de los anteriores), ha de tenerse en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes. Es obvio que resulta mucho más sencillo a la entidad bancaria probar que la cláusula no fue predispuesta e impuesta por ella, es decir, que fue negociada individualmente con el consumidor (así, dicha entidad dispondría de medios probatorios tales como la aportación de otros contratos suscritos por ella, con otras personas, en los que las condiciones sean totalmente diferentes, el testimonio de aquellos de sus empleados que se relacionaron con la contraparte, a efectos de suscribir el contrato, e incluso el interrogatorio de la propia contraparte), que al adherente acreditar la ausencia de dicha negociación individual, pues, al margen de que se trata de la prueba de un hecho negativo, prueba que la jurisprudencia ha venido considerando como *probatio diabólica*, resulta, en efecto, muy difícil, si no imposible, para cualquiera que contrate un préstamo con una entidad bancaria, acceder, por ejemplo, a otros contratos suscritos por dicha entidad con terceros, a no ser, en todo caso, por la vía del art. 328 LEC (exhibición documental inter partes). Partiendo de tales consideraciones, hemos de entender que la carga de probar que una cláusula ha sido objeto de negociación individual, y que, por tanto, no procede la aplicación de la LCGC, corresponde al predisponente,



es decir, en este caso, a la entidad de crédito. A mayor abundamiento diremos que el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010, ha venido reconociendo el carácter de condición general de contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las entidades financieras, por lo que, incluso, podemos considerar que dicha habitualidad es un hecho notorio, no necesitado de prueba, conforme al art. 281.4 LEC, sin perjuicio de la posibilidad de la entidad bancaria de acreditar que, en el caso concreto, sí existió negociación individual. En el mismo sentido, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 12 de septiembre de 2011, señaló, con cita de la STS de 14 de octubre de 1.999, entre otras, que la jurisprudencia de dicho Alto Tribunal ya tenía establecido que a quien afirma que una cláusula se ha negociado individualmente le corresponde probar que ha sido así, y tal criterio ha sido recogido, de hecho, por el art. 82.2 del RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, que se refiere a la protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas. En el presente caso, tanto D. [REDACTED] como D. [REDACTED] indicaron que no habían intervenido en los tratos previos a la suscripción, tanto del préstamo como de su ampliación, pero D. Luis corroboró que el procedimiento ordinario para contratar con la entidad bancaria es el típico de los contratos de adhesión: se solicitan los datos económicos al posible cliente, se le explican las condiciones (es decir, no se negocia, no se determina con él el contenido del contrato, sino que se le explican las condiciones, preestablecidas, por tanto, por la entidad bancaria, para el producto que haya solicitado), y las instancias superiores de la entidad bancaria deciden si aprueban o no la operación. D. [REDACTED], si bien dijo que “se suele negociar” (aunque, en el caso concreto, no recuerda los términos de las conversaciones mantenidas con el actor), indicó que el contrato tenía un contenido estandarizado, que el banco tiene varios modelos de préstamo hipotecario, que se toma uno de ellos, y que esto es lo normal. Entendemos, pues, que la “negociación” se referirá, en todo caso, a aspectos como el capital prestado, tipo de interés o plazo de amortización (que son los que suelen variar en este tipo de operaciones, según las circunstancias del caso concreto), pero, en principio (y de la prueba practicada no se desprende lo contrario), el contenido del resto del contrato viene predeterminado por la entidad bancaria, que elabora unos modelos que se utilizan para una pluralidad indeterminada de contrato. Hemos de concluir, por tanto, que nos hallamos ante condiciones generales de la contratación. Sentado que nos hallamos ante un consumidor, y que las cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación, pasaremos a analizar la abusividad de cada una de las cláusulas impugnadas. Comenzaremos por la cláusula “suelo”, que se introdujo con ocasión de la ampliación del préstamo.

**SEXTO.- Licitud de las cláusulas suelo.** Hemos de aclarar, antes que nada, que las denominadas “cláusulas suelo”, cuyo efecto es fijar un límite mínimo al interés variable no son intrínsecamente ilícitas. En tal sentido, hemos de mostrarnos de acuerdo con el criterio expuesto por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 12 de septiembre de 2011, que señala que “la cláusula suelo es uno de los instrumentos de cobertura ante los riesgos de fluctuación del índice de

referencia de los tipos de interés, en este caso el EURIBOR, de cierta relevancia en la actualidad en que este índice ha bajado considerablemente en relación con el existente a la fecha del contrato. Como tal instrumento es lícito y su incorporación a un contrato de préstamo no se vería afectada por causa de nulidad si fuera consentida y pactada entre las partes y el desequilibrio que pudiera generar por sí solo se viera compensado por otros mecanismos (mayores o menores porcentajes en los diferenciales, ausencia de comisiones por vencimientos anticipados o recíproca cláusula techo), todo ello previa y claramente detallado, informado y pactado". En efecto, la mencionada cláusula proporciona estabilidad a las entidades bancarias, permitiéndoles recuperar los costes invertidos para ofrecer el producto (préstamo hipotecario), lo cual no dudamos que sea de interés público (también beneficia, en principio, al consumidor, pues permite, en general, bajar los tipos y ampliar los plazos), además de razonable, desde el punto de vista económico, y, en sí, perfectamente legítimo. Así lo corrobora el informe del Banco de España, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 457, de 7 de mayo de 2010. Sin embargo, ello no quiere decir que no deban someterse a los controles de validez establecidos por el ordenamiento jurídico, y particularmente al control de abusividad, establecido, para la protección de los consumidores, por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, 7/98, de 13 de abril, que traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva CEE del Consejo 93/13, de 5 de abril, y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 26/84, de 19 de julio, cuyo contenido recoge, en la actualidad, el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, que asimismo se inspira en la norma comunitaria, pues la libertad consagrada por el art. 38 CE, que ampara a los empresarios en cuanto a la posibilidad de determinar el contenido de los productos que ofrecen (y el clausulado, por tanto, de los contratos a través de los cuales los ofrecen), debe tener como límite, entre otros, la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, que impone a los poderes públicos el art. 51 CE. Así, tal y como señala la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011, "esa racionalidad económica de la acotación de los tipos de interés variable no puede ser opuesta en el examen de la condición general desde el prisma de la tutela del consumidor, como elemento legitimador de una posible falta de reciprocidad en su contenido. Dicho de otra forma los efectos beneficiosos de la utilización de una determinada cláusula financiera para el buen funcionamiento del sistema, no pueden proyectarse a la relación jurídica individual con el consumidor, si la aplicación de dicha cláusula dentro de esa relación jurídica individual rompe la debida reciprocidad existente entre las partes". De manera que si bien, en principio, son razonables y lícitas, para ser válidas han de superar los controles previstos por el ordenamiento jurídico, y especialmente, en los supuestos de contratos con condiciones generales celebrados con consumidores, el de abusividad.

**SÉPTIMO.- *Carácter de elemento esencial del contrato de la cláusula suelo y posibilidad de ser sometida a control de abusividad.*** Se plantea por la demandada que la cláusula objeto de controversia se refiere a un elemento esencial del contrato, y por ello no es susceptible de ser sometida a control de abusividad, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13. El art. 4.2 de la Directiva

93/13 impide, ciertamente, someter a control de abusividad los elementos esenciales del contrato, entre los que se incluye el precio, que en un contrato de préstamo es el tipo de interés. En efecto, dicho precepto dispone que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida:

a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual (tesis mantenida, p.e., en Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011, Audiencia Provincial de Madrid de 22 de marzo de 2007, que cita, o Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010).

b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.

c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y no entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo.

La STS 241/13, de 9 de mayo, concluye que las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y, por tanto, definen el objeto principal del contrato.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 3 de junio de 2010, determinó que el artículo 4.2 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a

la definición del objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, de un lado, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, de otro, es decir, a que la normativa interna de los Estados miembros sea más estricta, en cuanto a la protección de los consumidores, que la propia Directiva. El Tribunal Supremo, Sala I, en sentencias de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010, determinó que, a la vista de la interpretación del art. 4.2 de la Directiva realizada por la mencionada sentencia, no puede impedirse el control, por los órganos jurisdiccionales españoles, del carácter abusivo de ninguna cláusula no negociada individualmente (las resoluciones citadas se refieren, concretamente, a las de redondeo al alza del tipo de interés variable), conforme a la legislación española, sobre la base del art. 4.2 de la Directiva, y ello con independencia de que la cláusula verse sobre elementos esenciales del contrato, o no. En efecto, a diferencia de la Directiva 93/13, la Ley 7/98 no excluye dicho control en función de que las cláusulas se refieran, o no, al objeto principal del contrato, siempre que se trate, como hemos visto, de condiciones generales insertas en contratos con consumidores, tal y como ha corroborado la más reciente STS 241/13, de 9 de mayo, que se refiere, precisamente, a cláusulas suelo. De hecho, como también apunta la mencionada sentencia, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición del objeto principal. Es decir, la protección otorgada por el ordenamiento español frente a cláusulas abusivas, aunque recoge el contenido de la Directiva 93/13, es más amplia, de modo que resulta irrelevante si la cláusula afecta o no a un elemento esencial del contrato, siempre, claro está, que esté incluida en el ámbito de dicha protección, es decir, que pueda calificarse de condición general, no negociada individualmente, y que el contrato haya sido celebrado con un consumidor. Cuestión distinta es, puntualiza la resolución citada, "determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren al objeto principal del contrato, y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces "los legítimos intereses económicos de los mismos" .

**OCTAVO.-** En efecto, la STS 241/13, de 9 de mayo, considera, al igual que hacía la STS 406/12, de 18 de junio, que cita, que, en tales casos, el control de abusividad de la cláusula depende de la inexistencia de transparencia, que define como "el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato", y distingue de la necesaria para que la cláusula en cuestión pueda considerarse incorporada al contrato, es decir, para que exista consentimiento

válido, que identifica, como ya tuvimos ocasión de ver, con el conocimiento, por el consumidor, de la existencia y contenido de la cláusula, sin que haya mediado error o dolo. Reproducimos, en tal sentido, los puntos 205 a 207 de la indicada sentencia (STS 241/13), en los que explica el fundamento legal de este segundo tipo de control (transparencia como presupuesto del control de abusividad, cuando la cláusula se refiere a elementos esenciales del contrato), que considera aplicable a las cláusulas suelo (puesto que definen un elemento esencial del contrato): “el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que " [...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", y el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible". El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible”. A mayor abundamiento, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...];b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido", lo que lleva a concluir, tal y como expresa, asimismo, la sentencia citada (punto 211), que “la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas”. Es decir, en el caso de estipulaciones que afecten al objeto principal del contrato, se impone un segundo control de transparencia, además del necesario para considerar la cláusula incorporada al mismo, relativo a si tales estipulaciones permiten al consumidor conocer su posición real en el contrato, en el marco de un desarrollo normal del mismo, de manera que, sólo si éste no se supera, es posible examinar su abusividad. La superación de dicho control de transparencia, en tales supuestos, no excluye la existencia de desequilibrio, pero sí la posibilidad de que la cláusula sea declarada abusiva y nula. Como dice la STS 241/13, de 9 de junio, “que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definen el objeto principal del contrato en los términos

expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas”.

**NOVENO.-** Dicha transparencia, a efectos del control de abusividad, se define, por la STS 241/13, de 9 de mayo, del siguiente modo:

- En primer lugar se distingue, como ya hemos tenido ocasión de ver, de la ausencia de "error propio" o "error vicio", determinante de la existencia de un consentimiento válido, es decir, de la incorporación de las cláusulas al contrato.

- En segundo lugar, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante. En definitiva, como afirma el Informe de la Comisión Europea de 27 de abril de 2000, sobre la aplicación de la Directiva 93/13, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa". En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, ya citada, apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente "[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]". Las cláusulas transparentes deben permitir, pues, al consumidor comprender su importancia real en el desarrollo normal del contrato.

**DÉCIMO.-** La STS 241/13, de 9 de mayo, señala, en relación con las cláusulas suelo, que, en general, adolecen de falta de transparencia, pues “pese a incluirse

en contratos ofertados como préstamos a interés variable, [...], de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo”. Compartimos plenamente tales consideraciones y creemos, por tanto, que, por lo general, las cláusulas suelo adolecen de falta de transparencia, pues, como, creemos, es notorio, ciertamente, el diferencial que, añadido al índice de referencia, determina el tipo de interés, es un dato fundamental para el consumidor medio a la hora de adoptar la decisión de contratar un préstamo hipotecario, al igual que la variabilidad determinada por las fluctuaciones de dicho índice de referencia, que le transmite la idea de que, del mismo modo que pueden perjudicarle las subidas, pueden beneficiarle las bajadas, por lo que suele estimarlo preferible a un préstamo con interés fijo. La existencia de cláusula suelo, al imponer un límite mínimo a la variabilidad del tipo de interés, transforma, en la práctica, en cierta medida, dicho interés variable en fijo, pero ello resulta escasamente previsible para el consumidor medio, que no dispone, en efecto, de la misma información que la entidad bancaria (que, en algunos casos, posee, incluso, influencia en la determinación del valor de dichos índices, y ello es lo que ocurre, p.e., con el más usual de ellos, el EURIBOR, como es sabido, que se define como el tipo de interés promedio al que las entidades se ofrecen a prestar dinero en el mercado interbancario, y se calcula usando los datos de los veintiséis principales bancos que operan en Europa), acerca de las fluctuaciones usuales y previsibles de los índices de referencia, información que, por otra parte, la entidad bancaria no suele facilitar a sus clientes, a la hora de contratar. Por otra parte, el informe del Banco de España publicado en el BOCG de 7 de mayo de 2010, en su apartado 3.2 (“Causas del uso de las acotaciones a la variación”), indica que “[l]as entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a

afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios [...]". Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios ", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato. De hecho, el mencionado informe propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre la aplicación de cláusulas suelo, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación. No se ha probado que, en el caso concreto, tal información fuese facilitada a la parte actora, correspondiendo la carga de acreditar tal extremo a la entidad bancaria. Reproducimos, al efecto, las consideraciones que ya hicimos respecto de la carga de probar el carácter impuesto de las cláusulas, que consideramos enteramente aplicables. De las testificales, en efecto, no se desprende tal cosa, puesto que los testigos, y particularmente D. [REDACTED], que es el que intervino de un modo más directo en la contratación, según se desprende de sus propias manifestaciones, y de las de los otros dos testigos, no han concretado qué información se facilitó al demandante. De la documental se desprende que la cláusula aparece en la escritura de ampliación, en epígrafe separado (en el que se indica que se trata de un límite a la variación del tipo de interés), pero, con ocasión de la ampliación, que fue cuando se introdujo la cláusula "suelo", no se entregó oferta vinculante (sólo para el contrato original, al que sí se adjunta), y, como hemos dicho, no se acredita que se facilitara ninguna información adicional, ni en forma de folleto (D. Manuel García Pérez corroboró que no se le dio tal folleto, porque no solía hacerse), ni de ninguna otra forma, que permitiera al actor percatarse de los efectos que podía tener la aplicación de dicha cláusula y ser, en definitiva, plenamente consciente de lo que estaba firmando, sin que su condición de empresario (de una empresa relacionada con el sector metalúrgico, tal y como se puso de manifiesto en el juicio) deba hacer presumir la existencia de especiales conocimientos financieros que permitieran tal comprensión, sin necesidad de información adicional alguna.

**UNDÉCIMO.- Control de abusividad. Desequilibrio.** Visto que resulta posible someter la cláusula "suelo" a control de abusividad, a continuación llevaremos a



cabo ese control. El art. 82.1 del RD Legislativo 1/07, al que, como hemos visto, remite el art. 8.2 LCGC, establece que “se considerarán cláusulas 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 y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. De forma similar, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 (que, como ya tuvimos ocasión de ver, inspira la protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas contenida en la legislación nacional) señala que “[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Tanto la Directiva como la norma española proporcionan tan sólo una definición abstracta de lo que son las cláusulas abusivas, por lo que, tal y como indica la STS 241/13, de 9 de mayo, “atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores [...]-, no es posible limitarla a la esfera subjetiva. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto”. En este sentido la STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68, afirma que “[...] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido [...] , y en el apartado 69 que “[e]n lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”. Es decir, tanto el TS como el TJUE abogan por un concepto objetivo de buena fe, a los efectos de considerar una cláusula como abusiva.

En el caso concreto de las cláusulas suelo, la STS 241/13, de 9 de mayo, apunta, además, varias ideas que ayudan a definir el desequilibrio importante en perjuicio

del consumidor, contrario a la buena fe:

Por un lado, rechaza la idea de emplear criterios de tipo económico para valorar si existe equilibrio. En tal sentido, rechaza que haya de identificarse equilibrio y equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo (tope máximo que, al igual que la cláusula suelo, limita la variabilidad del tipo de interés, en este caso al alza), sobre todo teniendo en cuenta que este último no existe en todos los casos. Entiende que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial. Como ya señaló, en el mismo sentido, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011, el órgano jurisdiccional no podría entrar a analizar el importe fijado para el tipo de interés, puesto que tal fijación se hace en función del resto de circunstancias económicas concretas que determinan la celebración del contrato, así como de las de la propia entidad y el mercado crediticio, que no corresponde valorar a dicho órgano, sino a los operadores que actúan en el mercado.

Asimismo considera irrelevante que exista techo, y, de hecho, entiende que la oferta de cláusulas suelo y techo, cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor, más que de equilibrio, de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo, y no lo es. En este sentido, ya existían resoluciones que venían considerando la existencia de desequilibrio aunque se hubiera establecido un techo, atendiendo a que, en la práctica, jamás resultaba aplicable, o lo sería en situaciones muy excepcionales, de forma que no aportaba una protección efectiva al consumidor, en las mismas condiciones en que la cláusula suelo se la otorga a la entidad bancaria (p.e. sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León, de 11 de marzo de 2011).

El artículo 82.3 TRLCU del RD Legislativo 1/07 dispone, al igual que la Directiva 93/13, que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". De este modo, el desequilibrio debe referirse a la posición global de las partes en el contrato, y puede manifestarse en la propia oferta, en la fase genética, o posteriormente, en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. En tal sentido, aclara el TS que, con independencia del carácter, consensual y bilateral, o real y unilateral, que se atribuya al contrato de préstamo, y con independencia de que la entidad bancaria haya cumplido o no la totalidad de sus prestaciones (es decir, haya hecho entrega del capital prestado), puede existir desequilibrio, en perjuicio del consumidor, puesto que éste puede referirse a la posición de las partes durante la ejecución del contrato (ss. 241/13, de 9 de mayo, y 663/2010, de 4 de noviembre, y 61/2010, de

29 de diciembre, que cita). No existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones, y menos aún para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato. En cuanto a las circunstancias a valorar, han de ser las concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, su evolución previsible, si ésta fue tenida en cuenta o hubiera debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. No es relevante que el consumidor se subrogue en la posición que antes ocupaba un empresario o profesional, o que no resulte aplicable la OM de 5 de mayo de 1994 (STS 241/13, de 9 de mayo, puntos 237 y 239). Por último, la naturaleza de los productos ofrecidos en los contratos a los que se incorpora las cláusulas suelo (préstamos hipotecarios a interés variable) llevan a considerar que debe valorarse, a efectos de determinar la existencia de desequilibrio, el reparto real, entre la entidad bancaria y el consumidor, del riesgo inherente a la variabilidad de los tipos de interés en abstracto (STS 241/13, de 9 de mayo, punto 263).

Sobre la base de todo ello, la STS 241/13, de 9 de mayo, concluye, en general, respecto de las cláusulas suelo, que, "si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-[...], en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza". De este modo resulta que la entidad bancaria, que, como es lógico, por tratarse de un profesional del crédito, posee una mayor información acerca de la posible evolución de los tipos de interés, se fija un precio mínimo previsible, de manera que asume un riesgo, de ver disminuida su remuneración por el capital prestado y, por tanto, de que el contrato le resulte económicamente oneroso o menos rentable, inferior al que asume el consumidor, que se obliga a abonar las cuotas resultantes de tener en cuenta las fluctuaciones del tipo de interés sin que pueda razonablemente esperar que dicha obligación de pago se vea minorada en función de la variación del tipo de interés, al existir dicho límite mínimo, sin que, por otra parte, haya podido ser consciente de ello al contratar, puesto que, a diferencia de la contraparte, no dispone de la información necesaria para prever la posible evolución de los tipos de interés. Es decir, la asimetría en cuanto a la información implica una desigual asunción de riesgos, determinante de la existencia de desequilibrio importante contrario a la buena fe, en perjuicio del consumidor. En el caso que nos ocupa no se ha probado que las cosas hayan sido

diferentes. Por ello, y por todo lo anteriormente expuesto, procede declarar abusiva la cláusula referida.

**DECIMOSEGUNDO.-** En cuanto al **interés moratorio** (al igual que el resto de cláusulas impugnadas, que se analizarán a continuación), no se refiere a un elemento esencial del contrato, puesto que no incide en la determinación del precio (interés remuneratorio u ordinario), ni de la cantidad prestada. Por ello no es necesario examinar si se supera o no el control de transparencia (que haya existido o no es indiferente, pues igualmente pueden ser abusivas), y pasaremos a analizar, sin más, si implican un desequilibrio contrario a la buena fe, en perjuicio del consumidor. Conforme al art. 82.4 del Real Decreto Legislativo 1/07, en todo caso son abusivas las cláusulas (es decir, en todo caso existe el desequilibrio indicado) que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90, ambos inclusive, del mismo texto legal: “a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario”. Ya el art. 1.256 Cc prohibía, en el mismo sentido, que la validez y el cumplimiento de los contratos quedaran al arbitrio de uno solo de los contratantes. Conforme al art. 85.6, son abusivas, por vincular el contrato a la voluntad del empresario, “las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”. A efectos de valorar la desproporción, la jurisprudencia (por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencias de 18 de julio de 2011 o 13 de febrero de 2012, entre otras), venía adoptando, como criterio orientativo, el límite establecido por el artículo 19.4 de la Ley 7/95, de Crédito al Consumo (actual art. 20.4 de la Ley 16/11), que se refiere a los intereses devengados por descubiertos en cuenta corriente (2,5 veces el interés legal del dinero). Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 1/13, de 14 de mayo, resulta preciso tener en cuenta, tal y como señala la Audiencia Provincial de Asturias, por ejemplo, en sentencias de fecha 10 de junio y 19 de septiembre de 2013, y 25 de abril de 2014, el límite establecido actualmente en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que establece que “los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, introducido por el apartado dos del artículo 3 de la citada Ley 1/2013, si bien como criterio interpretativo, dado que no estaba en vigor en la fecha en que se firmó la póliza de préstamo, por lo que hemos de concluir que el interés resultará desproporcionado y, por ello, abusivo, si supera claramente tres veces el interés legal del dinero en el momento de su suscripción. Hemos de tener en cuenta, además, que, tal y como señala la STS de 2 de octubre de 2001, el interés de demora posee la naturaleza de una “sanción o pena, con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones”. Por este motivo, como hemos

dicho, el interés pactado debe superar “claramente” el triple del interés legal del dinero, puesto que, de lo contrario, el interés moratorio no podría cumplir su finalidad sancionadora, sin perjuicio de tener en cuenta otros factores, a efectos de valorar la abusividad de la cláusula de interés moratorio. En el presente caso, el tipo de interés moratorio pactado en el contrato original es del 19%. Conforme a la Ley 2/04, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (Disposición Adicional 5ª), el interés legal del dinero quedó fijado, para 2005 (año en que se concertó el préstamo), en el 4%. En la escritura de ampliación se estableció un 20%, siendo el interés legal, para el año 2009, según la correspondiente Ley 2/08, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (DF 26ª), igualmente del 4%. El interés moratorio, pues, resulta claramente superior al triple del interés legal vigente entonces. Ello nos ha de llevar a considerar que la cláusula que se refiere al interés moratorio (6ª de las estipulaciones financieras) es abusiva, por establecer, a favor de la entidad bancaria, una indemnización desproporcionada en caso de impago por el consumidor. En consecuencia, y puesto que, como veremos, declarada la nulidad de una cláusula, por abusiva, la jurisprudencia del TJUE prohíbe la integración (es decir, la nulidad ha de implicar la pura y simple eliminación de la cláusula, como si nunca hubiera existido, sin que resulte posible la moderación del tipo), doctrina que ha sido acogida por el RDL 1/07, también debe ser declarada nula la ampliación de la responsabilidad hipotecaria establecida en la segunda escritura, respecto de los intereses de demora (estipulación 1ª. 12.c).

**DECIMOTERCERO.-** Resta analizar el carácter abusivo del resto de cláusulas impugnadas. Comenzaremos por la cláusula denominada “**gastos**” (5ª de las condiciones financieras del préstamo original), cuyo tenor literal aparece en los folios 9 y 10 de la primera de las escrituras adjuntas a la demanda (la de 15 de septiembre de 2005), y es el siguiente: “son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación – incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía – y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, aceptación, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª. La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula. Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el

Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca. La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos, procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por el incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes, directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama o notariales), así como los derivados por los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador, aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva. El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con cargo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª. Respecto de la primera parte de la cláusula, la referida a los tributos, comisiones y gastos derivados de la documentación del contrato, su ejecución y el aseguramiento del bien hipotecado, en realidad se mezclan varios conceptos. Respecto de los gastos de documentación, el art. 89.1.3 del RDL 1/07 considera abusiva “la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”. La cláusula no especifica cuáles son, en concreto, los gastos a que se refiere la cláusula. Los que usualmente se generan son los siguientes: Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, arancel del Notario y arancel del Registrador de la Propiedad. En cuanto al primero, el RD Legislativo 1/93, de 24 de septiembre, que aprueba el texto refundido de la ley reguladora de dicho impuesto, establece, en su art. 8.1.d), que el sujeto pasivo del mismo, en los préstamos de cualquier naturaleza, es el prestatario, y, conforme al art. 9.1.a), sólo subsidiariamente el prestamista, si ha cobrado cualquier cantidad como consecuencia del préstamo, sin exigir al prestatario la justificación de haber pagado el impuesto. En cuanto al arancel del Notario, conforme al RD 1426/89, de 17 de noviembre, “corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente”. En cuanto al arancel del Registro de la Propiedad, conforme al RD 1427/89, de 17 de noviembre, “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”. Por lo que se refiere al tributo, pues, la cláusula no significa la imposición de su pago a persona distinta de quien, legalmente, ha de ser el sujeto pasivo. En cuanto a los gastos de otorgamiento de escritura, conforme a las normas aplicables, parece que correspondería, asimismo, al prestatario, que con arreglo a la Ley del ITP y AJD sería, como hemos visto, el “interesado” en el acto jurídico documentado (préstamo, garantizado con hipoteca). En cuanto al arancel del Registrador, por coherencia con lo anterior hemos de interpretar que, igualmente, el “interesado” es el prestatario. Sin embargo, aunque estos son los gastos que suele generar la documentación del préstamo hipotecario, y aunque, respecto de ellos, parece que lo pactado no contradice lo que disponen las normas jurídicas, lo cierto es que la cláusula no distingue, y hace referencia, de manera genérica, a “todos” los tributos, comisiones y gastos, derivados de la documentación del contrato, inicialmente y durante su ejecución, de modo que podría quedar incluido alguno que, legalmente, no correspondiera pagar al consumidor, sino al empresario, es decir, al banco. Por ello debemos considerarla abusiva, a la luz del art. 89.1.3 del RDL 1/07. Ello no quiere decir, por supuesto, que el prestatario no deba hacer frente a aquellos gastos que, por Ley, le corresponden, sino tan sólo que no pueden repercutírsele otros. Mención aparte hemos de hacer a las primas del seguro de daños, que, al recaer sobre el bien hipotecado, propiedad del prestatario, debe corresponder abonar a aquél, sin que la cláusula pueda considerarse abusiva, respecto de este concepto. Por lo demás, en cuanto a la autorización a la entidad bancaria para llevar a cabo inscripciones, en representación del cliente, y para suplir gastos, a tal fin, y repercutirlos, posteriormente a dicho cliente, no debe considerarse abusiva, puesto que, de un lado, si la entidad bancaria está actuando por cuenta del cliente, es decir, realizando un acto (inscripción), y corriendo con unos gastos, que corresponden a éste, es lógico y está plenamente justificado que después le repercuta su importe, y, de otro, se especifica que tales “servicios complementarios” se prestarán si lo solicita previamente el cliente, por lo que no estaríamos en el supuesto previsto por el art. 89.1.4 RDL 1/07 (“imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados”). En cuanto a la repercusión de los gastos de reclamación del crédito, en caso de impago por el prestatario, tampoco puede considerarse abusiva, puesto que, respecto de los extrajudiciales, conforme al art. 1.168 Cc, “los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor”, además de estar incluidos, desde luego, en la previsión de los arts. 1.101 y 1.124 Cc, conforme a los cuáles el deudor que incumple debe resarcir al acreedor de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, y respecto de los judiciales, conforme al art. 583.2 LEC, las costas de la ejecución (hemos de recordar que la escritura de constitución de hipoteca posee la condición de título ejecutivo conforme al art. 517.2.4º LEC) son, en todo caso, de cargo del ejecutado,

siendo, por otra parte, preceptiva siempre, en el proceso ejecutivo (que es al que el banco acudirá para reclamar la deuda), la intervención de Letrado y Procurador, conforme a los arts. 23 y 31 LEC.

**DECIMOCUARTO.-** Analizaremos a continuación la cláusula de vencimiento anticipado (cláusula 6ª bis de las estipulaciones financieras, incluidas en el primer contrato de préstamo). Al respecto, tal y como indica la STS de 16 de diciembre de 2009, “la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008 ; y 12 de diciembre de 2.008 “. Sobre dicha base admite la validez del vencimiento anticipado ante el impago de una sola de las cuotas. Sin embargo, la misma doctrina (SS. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008, y la de 16 de diciembre de 2009, que las cita) sólo admite la validez de tales cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes. Entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la entidad financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio. Veamos en qué términos se expresa, al respecto, la cláusula impugnada. En primer lugar, en su apartado a) prevé, como causa de resolución anticipada, la “falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o sus intereses”. No se refiere, pues, al incumplimiento de obligaciones accesorias, sino al impago de capital e intereses, es decir, a un incumplimiento que afecta a la obligación principal del prestatario. Sin embargo, la referencia al impago “de una parte cualquiera” puede generar desequilibrio, en perjuicio del consumidor, pues dicha expresión tanto puede referirse a la falta de pago de una cuota, como a una mínima parte de la misma, siendo, en este caso, la resolución una medida desproporcionada a la gravedad del incumplimiento. A la vista de lo expuesto en la contestación, en la que se refiere a la jurisprudencia que apoya la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado ante el impago de una sola cuota, no parece que la demandada esté interpretando la cláusula de un modo tan radical, pero, puesto que dicha interpretación cabe, y podría dar lugar a una situación de grave desequilibrio, en perjuicio del consumidor, debemos declarar la nulidad de la estipulación, lo cual no quiere decir que, ante un incumplimiento lo suficientemente grave, por parte del prestatario, el banco carezca de la correspondiente facultad resolutoria, puesto que se la otorga el art. 1.224 Cc. Por el



mismo motivo debe ser declarada nula la causa prevista en la letra e), puesto que se refiere al incumplimiento de “cualquier otra de las obligaciones contraídas con el banco en virtud del presente contrato”. El resto de la cláusula no se impugna.

**DECIMOQUINTO.-** Por lo que se refiere a la cláusula 7ª, de las no financieras, recogida en el contrato original, relativa a la finalidad del préstamo (el prestatario se obliga a invertir el capital prestado en la adquisición onerosa de una vivienda, y a no variar el actual destino de la misma, que afirma no estar afecta a actividad empresarial o profesional alguna), alega la entidad bancaria que la razón de ser de tal estipulación es que la variación del destino del bien hipotecado afecta al valor de la garantía. Nada se ha acreditado en tal sentido, pero tampoco se aprecia que el establecimiento de tal obligación genere desequilibrio alguno, en perjuicio del consumidor, y por ello, sin perjuicio de que, como ya dijimos, anudar al incumplimiento de tal obligación la facultad resolutoria de la entidad bancaria parece desproporcionado (y por tanto abusivo), ha de ser mantenida su validez. En cuanto a la cláusula 10ª, en lo que se refiere al fuero, hemos de decir que, como ya hemos tenido ocasión de ver, nos hallamos ante un contrato de adhesión, celebrado con un consumidor, respecto del cual se solicita la declaración de nulidad de determinadas cláusulas, sobre la base del art. 8.2 LCGC, y los arts. 82 y ss del RDL 1/07, y para tales supuestos la LEC, en su art. 52.1.14º, establece un fuero específico, el del domicilio del demandante, que, con arreglo al art. 54.1, es imperativo, lo que quiere decir que no cabe sumisión expresa ni tácita. De hecho el apartado 2 del mismo precepto establece que no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios. En cuanto a los procesos de ejecución, conforme al art. 545.3 LEC, para la ejecución de títulos extrajudiciales (distintos de los procedentes de un tribunal arbitral), “será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar que corresponda con arreglo a lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de esta Ley. La ejecución podrá instarse también, a elección del ejecutante, ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o ante el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados, sin que sean aplicables, en ningún caso, las reglas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la sección 2.ª del capítulo II del Título II del Libro I. Si hubiese varios ejecutados, será competente el tribunal que, con arreglo al párrafo anterior, lo sea respecto de cualquier ejecutado, a elección del ejecutante”. Si se trata de ejecución exclusivamente sobre el bien hipotecado, se aplican las normas del art. 684 LEC. Conforme a su apartado 1, regla 1ª, será competente, “si los bienes hipotecados fueren inmuebles, el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si ésta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicaren en diferentes partidos, el Juzgado de Primera Instancia de

cualquiera de ellos, a elección del demandante, sin que sean aplicables en este caso las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la presente Ley”. Por tanto cualquier cláusula de sumisión expresa contenida en el contrato objeto de la presente litis sería, en principio, nula, no ya por abusiva, sino simplemente por contraria a una norma imperativa, con arreglo al art. 6.3 Cc. A mayor abundamiento, el art. 90.2 del RDL 1/07 establece que son abusivas las cláusulas que establezcan “la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble”. En el presente caso, la sumisión se hace a los Juzgados y Tribunales de Jerez de la Frontera, que, como ya tuvimos ocasión de ver (así se desprende de la escritura de préstamo), es la localidad en la que el demandante posee su domicilio habitual, además de la localidad donde se ubica uno de los inmuebles hipotecados (la otra finca está en Chiclana). Partiendo de la base de que la sumisión se refiere a la competencia territorial, y no a la objetiva (si los Juzgados de Jerez de la Frontera carecen de competencia objetiva, como ha ocurrido, por ejemplo, en el caso del presente pleito, es más que evidente que dicha estipulación no se la puede atribuir, y de hecho no se ha discutido, en ningún momento, la competencia de este Juzgado), la cláusula parece correcta, pues, en principio, no dice nada distinto de lo ordenado legalmente. Sin embargo, existe la posibilidad de que el prestatario modifique su domicilio, a lo largo de la vida del contrato (que es muy larga, en principio), y en este caso el fuero que legalmente corresponde, para los procesos declarativos, y el pactado serían distintos. En el caso de la ejecución (particularmente, de la ejecución hipotecaria), es cierto que uno de los inmuebles hipotecados está en Jerez, y que, probablemente, en lo que la entidad bancaria estaba pensando es en este tipo de procesos, más que en un declarativo, pero tampoco podemos olvidar que la cláusula se redacta en términos generales (“para la resolución de cuantas cuestiones y controversias puedan surgir en relación con el presente contrato”), sin distinguir si se aplica a uno u otro tipo de procedimiento, por lo que podría dar cobertura a la aplicación de un fuero contrario a las previsiones legales. Sin embargo, la cláusula también recoge que ello será “sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones legales que impongan un fuero específico”. Es por esto por lo que no podemos considerar que la cláusula es abusiva.

**DECIMOSEXTO.-** En cuanto a la cláusula<sup>11ª</sup> (conservación de la garantía, apartados B) y C), a la luz de la doctrina expuesta por la STS de 16 de diciembre de 2009, su contenido parece perfectamente razonable. De un lado, resulta lógico, y no parece desproporcionado, el establecimiento de la obligación, para el prestatario, de tener asegurados los bienes hipotecados, y que la correspondiente indemnización, que habría de cobrar éste en caso de siniestro, quede afecta al

pago de la deuda, al igual que lo estaba la finca hipotecada, de manera que, aun en este caso, la entidad bancaria contaría con una garantía. De otro, respecto de los arrendamientos, tal y como indica la mencionada sentencia, “el hipotecante [...] puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los arts. 661, 675 y 681 LEC, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca -realización de la finca hipotecada. Sucede, sin embargo, que en el art. 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, se garantiza al arrendatario de vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años del contrato en el caso (entre otros) de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial. La consecuencia de la norma anterior es que, al no operar el principio de purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo. Ello, a su vez, acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta. Esta minusvaloración del bien derivada del arrendamiento de vivienda disminuye generalmente la garantía de la hipoteca, de ahí que sea razonable la inclusión de cláusulas que mantengan la integridad de la garantía, sin que ello suponga que se crea un desequilibrio para el hipotecante (aquí prestatario consumidor), salvo que la garantía resulte desproporcionada conforme al apartado 18 de la DA 1ª LGDCU -imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido”, y ello, tal y como concluye la misma sentencia, debe valorarse conforme a las circunstancias del caso concreto. En el presente caso, la cláusula parece referirse, exclusivamente, a los arrendamientos de vivienda, que ya hemos visto que son los que pueden disminuir el valor de la garantía (y, aun así, los consiente cuando se pacten por un plazo no superior a cinco años), sin que se haya aportado, por lo demás, prueba alguna de la que se desprenda la desproporción mencionada. Tampoco genera desequilibrio, por el mismo motivo (puesto que lo contrario podría suponer una evidente disminución de la garantía hipotecaria, sin que se desprenda de la prueba practicada que esta cautela sea desproporcionada), la obligación, asumida por el prestatario, de estar al corriente en todos aquellos gastos o tributos a cuyo pago pudiera quedar afecto el inmueble. En cuanto a la cláusula 12ª (subrogación), no podemos considerar que es nula, puesto que no establece otra cosa distinta de la que ordena el art. 1.205 Cc, que exige, para que la subrogación en la deuda produzca efecto, el consentimiento del acreedor. La STS arriba citada entiende que son nulas este tipo de cláusulas si impiden la enajenación, en caso de no consentir la subrogación la entidad bancaria, pero de la redacción de la que nos ocupa no se desprende tal cosa.

**DECIMOSÉPTIMO.-** En cuanto a la cláusula relativa al apoderamiento a la entidad bancaria para llevar a cabo la inscripción, así como la subsanación de los defectos formales de que pudiera adolecer la escritura (13ª en la escritura original, 6ª en la modificación), no parece, en principio, que ocasione ningún desequilibrio, en perjuicio del consumidor, que éste apodere a la entidad bancaria para llevar a cabo dicha inscripción, al amparo de los arts. 1.709 y ss Cc, puesto que la misma tiene un evidente interés en que la hipoteca acceda al Registro de la Propiedad (su validez depende de que esté inscrita, conforme al art. 145.2º de la Ley Hipotecaria), y para el consumidor no supone ninguna desventaja, más bien al contrario, le ahorra una tarea que puede, y suele, resultarle engorrosa. Ello no obstante, y en la medida en que la cláusula prevé que este apoderamiento se extiende, incluso, a los supuestos en que pueda existir autocontratación, debe ser declarada nula, puesto que ello podría dar lugar a abusos indeseables y que debe tenerse especial cuidado en evitar en las relaciones entre empresario y consumidor, en las que, como hemos visto, el primero es la parte más fuerte, y el segundo la más débil. Es un principio general de nuestro Ordenamiento, de hecho, que se infiere de preceptos como el art. 1.459 Cc, la prohibición de la autocontratación. Además, debemos poner en relación esta cláusula con la 5ª (gastos), ya examinada, que permitía a la entidad cobrar comisiones por la realización de tareas como las referidas, y cuya validez mantuvimos en atención a que dicha facturación sólo tendría lugar si el servicio había sido solicitado expresamente por el cliente. La cláusula que ahora examinamos vendría a significar más bien lo contrario: que el banco realizaría estas tareas en cualquier caso, y que automáticamente le cobraría al cliente la comisión o tarifa que estimase conveniente, fijada por la misma entidad. Esto nos llevaría al supuesto del art. 89.4 del RDL 1/07: imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. Por ello reiteramos que la cláusula (de apoderamiento) debe ser declarada nula.

**DECIMOCTAVO.- Efectos de la consideración de la cláusula como abusiva. Nulidad.** En cuanto a las consecuencias de la consideración de una cláusula como abusiva, conforme al art. 83.1 del RD Legislativo 1/07, las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho, y se tendrán por no puestas. Es claro, pues, que la cláusula objeto de litigio debe declararse nula y tenerse por no puesta. En cuanto al resto del contrato, el apartado 2 dispone que "la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una

situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato". El artículo 9.2 LCGC establece que "la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil". Tal y como señala la STS 241/13, de 9 de mayo, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido), no obstante lo cual, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del principio *favor negotii* tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y en segundo lugar, cuando ello no sea posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido ( SSTS 488/2010 de 16 julio; 261/2011, de 20 de abril; 301/2012, de 18 de mayo; 616/2012, de 23 de octubre). Cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial sí contempla el fenómeno de la nulidad parcial, como hemos visto, y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. Es posible, por tanto, mantener subsistente la eficacia del resto del contenido del contrato, cuando la nulidad no afecte al mismo. Será la sentencia estimatoria de la pretensión de nulidad la que, en cada caso, determine la extensión de los efectos de ésta, con arreglo a lo que acabamos de decir. Sin embargo no es posible ir más allá, puesto que la posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 ( RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva". Por tal motivo, declarada la nulidad de una cláusula, debemos limitarnos a determinar si puede subsistir, o no, la vigencia del resto de cláusulas contractuales, tras la eliminación de aquélla. De hecho, la redacción actual del art. 83 del TRLDCU, introducida por Ley 3/14, de 27 de marzo, establece que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, *el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos,*

*siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*". La imposibilidad de integrar cobra especial importancia en el caso de los intereses moratorios, a los que se refiere expresamente la STJUE antes mencionada (que indica que, de lo contrario, no se produciría el correspondiente efecto disuasorio para quien introdujo la cláusula considerada abusiva), pues la nulidad de la cláusula, por abusiva, no permite la reducción del tipo, sino la eliminación total de la misma. Tal y como señala la STS 241/13, de 9 de mayo, las cláusulas suelen referirse al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-, si bien no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" (en el sentido de parte inescindible de la definición contractual de dicho objeto, de manera que, si falta aquélla, éste quedaría indeterminado), y, por ello, la nulidad de las cláusulas suele no comportar la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que no supone la imposibilidad de su subsistencia. Con más razón no impide mantener dichos efectos la ineficacia del resto de cláusulas declaradas nulas, que no afectan a elementos esenciales del mismo. Es por ello por lo que debemos conservar la validez del resto de cláusulas contractuales, no declaradas nulas. Hemos de aclarar, puesto que así se solicita expresamente en el suplico de la demanda, que los efectos de la nulidad declarada se extienden no sólo al actor, sino también a su esposa, D<sup>a</sup>. Margarita González Ramírez, coprestataria. Ello resulta obvio, puesto que lo que es nulo lo es para todos, y no puede ser eficaz para uno e ineficaz para otro, y además la demanda se entiende interpuesta por el esposo en interés de la sociedad ganancial, al amparo del art. 1.385 Cc.

**DECIMONOVENO.- Código de buenas prácticas.** En la demanda se solicita, por último, la declaración de la obligación de BBVA de aplicar el Código de Buenas Prácticas contenido en el RD-Ley 6/12, de 9 de marzo, y la condena de dicha entidad bancaria a la aplicación de las medidas complementarias establecidas en el apartado 2 del Anexo de dicho texto legal. Tal y como indica el apartado 1 del artículo 5 de la mencionada norma, dicho Código, contenido en el Anexo mencionado, es de adhesión voluntaria para las entidades bancarias, si bien BBVA, tal y como la propia demandada reconoce en su contestación, sí está adherida al mismo. Sin embargo, la aplicación de este Código, y particularmente de las medidas previstas en el apartado 2 del Anexo, a las que se refiere el suplico, no sólo depende de su aceptación voluntaria por parte de la entidad, sino también de que se cumplan los requisitos previstos en la norma para la inclusión del deudor y del contrato de préstamo o crédito en su ámbito de aplicación. En efecto, el art. 2 del RD-Ley citado establece que "las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor". El art. 3, en su apartado 1, define

el umbral de exclusión mediante la concurrencia de todas las circunstancias siguientes: “a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar. El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral. b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas. Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad: 1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente. 2.º La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo. 3.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral. 4.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años. c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a). A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o

gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad". Además, conforme al apartado 2 del mismo precepto, "para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos: "a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma. c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores". Además, conforme al apartado 2 del artículo 5, "la aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores: a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 250.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 50.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres; b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 225.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 45.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres; c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 187.500 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 37.500 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres; d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 150.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 30.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres. A efectos de lo anterior se tendrán en cuenta las últimas cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal. Asimismo se entenderán por personas a cargo, los descendientes y ascendientes y los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar que habiten en la misma vivienda y que dependan económicamente del deudor por percibir rentas inferiores al salario mínimo interprofesional". El art. 5, apartado 7, deja claro que "el contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este Real Decreto-ley. No procederá, por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito". Por tanto este órgano jurisdiccional sólo podría compeler a la entidad demandada a aplicar



las medidas solicitadas en caso de que nos halláramos ante un supuesto incluido en dicho ámbito de aplicación, y ello no sucede. Así, en primer lugar, de los documentos aportados junto a la demanda se desprende la situación de baja médica de D. Manuel y, al menos de manera indiciaria (puesto que se presenta demanda de empleo, no certificación del Servicio Andaluz de Empleo) de desempleo de D<sup>a</sup>. Margarita, pero no se acreditan los ingresos de la unidad familiar. Ciertamente los documentos presentados indican que no han de ser muy elevados, puesto que el certificado de la AEAT refleja que, en el ejercicio 2011 (último en el que se presentó declaración de IRPF con anterioridad a la presentación de la demanda, en abril de 2013), D. Manuel no presentó declaración (ello sugiere que sus ingresos no debían superar el mínimo establecido para que ello sea obligatorio), pero, puesto que, desde luego, la parte conoce, y es presumible que pueda acreditar documentalmente cuáles han sido sus ingresos, se echa de menos la presentación de algo más que un mero indicio. Por ejemplo, y sin ir más lejos, se presenta la demanda de empleo de D<sup>a</sup>. Margarita, pero no el certificado de que no percibe prestaciones, o que acredite la cuantía de las que perciba. Por otro lado, no se acredita la evolución de la economía familiar en los cuatro años anteriores a la presentación de la solicitud ante la entidad bancaria (20 de septiembre de 2012, tal y como acredita el documento nº 13 de la demanda), ni la cuota de amortización del préstamo se ha multiplicado, desde septiembre de 2008, por 1,5, tal y como se desprende del documento nº 12 de la demanda, ni se prueba la existencia de circunstancias de especial vulnerabilidad. Hemos de tener en cuenta que, a diferencia de la entidad bancaria, que, al menos, debía conocer la situación de los prestatarios en el momento de conceder el préstamo (desde luego la entidad prestamista suele recabar esos datos con anterioridad a la operación, y es posible que, incluso después, siga conociendo la situación económica de los prestatarios, puesto que en muchos casos el cliente ha contratado otros productos, tiene domiciliada su nómina, etc), el órgano jurisdiccional carece de tal información, a no ser que se la proporcione la parte, por lo que la actividad probatoria ha de ser particularmente cuidadosa, en este caso en el que ya no se acude a la entidad prestamista, sino, suponemos que tras la negativa de ésta, a los Tribunales. En tercer lugar, como no se acredita el importe de los ingresos netos de la unidad familiar, tampoco podemos saber si la cuota hipotecaria supone más del 50% de los mismos. Además, tal y como se desprende de la escritura, y vienen a corroborar las certificaciones del Registro de la Propiedad, así como el certificado del padrón municipal, el préstamo, si bien grava la vivienda habitual, además de la adquirida, no se concedió para la adquisición de dicha vivienda habitual, sino para la adquisición de una segunda vivienda, la ubicada en el sitio denominado “Calabozo”, pago de Espartina, de la localidad de Chiclana de la Frontera. La vivienda habitual de la familia, en efecto, es la situada en la calle Santillana, nº 2, 1º, de Jerez de la Frontera, que pertenece a D. Manuel y a D<sup>a</sup>. Margarita desde 1994. La ampliación,

como ya tuvimos ocasión de ver, tenía por objeto la refinanciación de deudas, tanto personales del actor como de la sociedad que administra. Por último, y a mayor abundamiento, no se acredita cuál fue el precio por el que se adquirió la vivienda, puesto que no se aporta ni la escritura ni el contrato privado de compraventa, y, concretamente, no se acredita que dicho precio no supere los máximos establecidos por el apartado 2 del art. 5 del RD Ley, pero el capital del préstamo fue, originariamente, de 258.435 euros, y ello apunta, indiciariamente, a la superación de dichos máximos, en el caso de que el precio de compra de la vivienda coincida con el capital del préstamo (y así ha de ser, en principio, puesto que la finalidad de éste era la adquisición de aquélla). Entendemos, dada la tajante redacción del apartado 7 del art. 5, que la referencia que la letra c) del apartado 2 del Anexo hace a los deudores que estén incurso en un proceso de ejecución hipotecaria, en el que se haya anunciado la subasta, no está pensada para cualquier deudor que se halle en tal situación, sino tan sólo para los que, hallándose en tal situación, se encuentren comprendidos en el ámbito de aplicación del RD Ley, es decir, para los que reúnan los requisitos que acabamos de mencionar. Por lo expuesto no procede acceder a la última de las pretensiones deducidas en la demanda, sin perjuicio, claro está, de que la entidad bancaria pueda decidir aplicar voluntariamente las medidas solicitadas, al amparo de lo previsto por el apartado 8 del art. 5: “las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo”.

**VIGÉSIMO.- Costas.** Conforme al art. 394.2 LEC, al ser parcial la estimación de la demanda, no procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

Por todo lo anterior,

## FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el/la Procurador/a Sr/a. Asenjo González, en representación de D. [REDACTED], frente a “[REDACTED] S.A.”, debo declarar y declaro la nulidad, por abusivas, de las cláusulas que a continuación se mencionan, y debo condenar y condeno a la demandada a eliminar dicha cláusula del mencionado contrato, con subsistencia de la eficacia del resto del contrato:

- En el préstamo hipotecario original, suscrito, por el demandante y su esposa, D<sup>a</sup>. [REDACTED], mediante escritura de fecha 15 de septiembre de 2005, otorgada ante la Notario de Jerez de la Frontera D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Dolores Conesa

Lorenzo, con el número 1.172 de su protocolo:

- Cláusulas Financieras: 5ª (gastos), en los términos expresados en el fundamento de Derecho 13º de la presente resolución, 6ª (intereses de demora), 6ª bis) (vencimiento anticipado del préstamo), subapartados a) y e).

- Otras cláusulas: 13ª (apoderamiento).

- En la ampliación de dicho préstamo, contenida en la escritura otorgada en fecha 25 de marzo de 2009, ante el Notario de Jerez de la Frontera D. Óscar Alberto Fernández Ayala, con el número 965 de su protocolo:

- Estipulaciones 1ª, apartado 4º (límites a la variación del tipo de interés) y 12ª, subapartado c) (intereses de demora), y 6ª (apoderamiento).

No ha lugar a declarar la obligación de la demandada de aplicar el Código de Buenas Prácticas contenido en el RD Ley 6/12, de 9 de marzo, al préstamo suscrito por el demandante, ni, por tanto, a condenar a la misma a la aplicación de las medidas previstas en el apartado 2 del Anexo.

Todo ello sin expresa condena en costas de ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, en legal forma.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación, ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la misma, previa consignación del depósito de 50 euros previsto por LO 1/09, de 3 de noviembre, en la cuenta de este Juzgado, requisito sin el cual no se admitirá a trámite.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su incorporación a la causa, lo pronuncio, mando y firmo. Doy fe.