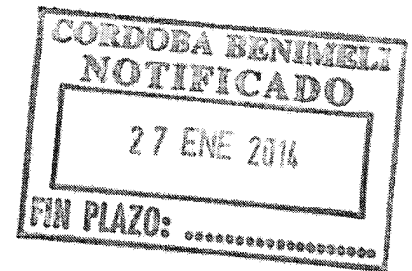


Juzgado de lo Mercantil nº 2
Alicante
Juicio ordinario



Sentencia

En Alicante, a 20 de enero de 2013

1 Antecedentes de hecho

Primero. El 19 de junio de 2013, doña [redacted], Procurador de los Tribunales y de don C [redacted] R presentó demanda de juicio ordinario contra la mercantil [redacted] que, por turno de reparto, correspondió a este juzgado.

Segundo. Fue admitida a trámite por Decreto de 26 de junio de 2013 y se emplazó a la demandada.

Tercero. Don José Luis Córdoba Almela, Procurador de los Tribunales y de la mercantil [redacted] presentó escrito de contestación a la demanda el día 30 de septiembre de 2013.

Cuarto. El acto de la Audiencia Previa tuvo lugar el día 8 de enero de 2014. En él comparecieron ambas partes que se ratificaron en sus pretensiones y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba.

Ambas partes propusieron la documental; la actora además, testifical e interrogatorio de parte.

Se admitió sólo la documental y los autos quedaron vistos para sentencia.

1 Fundamentos de Derecho

Primero. La parte actora solicita que dicte sentencia por la que se declare la nulidad de diversas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario de 18 de marzo de 2005; en concreto se trata de las cláusulas; Quinta, que recoge que serán de cargo del prestatario los gastos, costas y gastos procesales así como los derivados de las escrituras de subsanación o aclaración; Sexta reguladora de los intereses de demora y de un pacto de anatocismo; Sexta Bis reguladora del vencimiento anticipado; Séptima y Decimocuarta que prevé la finalidad del contrato; Novena sobre la extensión de la garantía y Decimosexta, reguladora de las condiciones de subrogación y Decimoséptima sobre el tratamiento de datos.

La demandada alega caducidad y se opone.

Segundo. Sobre la caducidad de la acción.

Se alega por la demandada el transcurso de más de cuatro años desde la celebración del contrato, invocando la aplicación del artículo 1301 del CC, que sin embargo poco tiene que ver con el presente que no tiene por objeto el error en el consentimiento sino la existencia de cláusulas nulas por infracción de la normativa sobre condiciones generales de la contratación y de defensa de los consumidores y usuarios, que según unánime jurisprudencia y doctrina no está sometida a plazo de caducidad alguno y puede incluso ser apreciada de oficio por el Tribunal sentenciador al ser un vicio que determina la nulidad radical y no la anulabilidad.

Entre otras SAP Guipúzcoa, Civil sección 2 del 11 de Marzo del 2013: *En efecto, y como esta Sala tiene declarado en resoluciones de anterior fecha, ha de tenerse en cuenta la circunstancia de que el art. 1.301 del Código Civil, el cual determina que la acción de nulidad sólo durará cuatro años ha sido interpretado jurisprudencialmente en el sentido de que dicho plazo únicamente es aplicable a los supuestos de anulabilidad y en modo alguno a los supuestos de nulidad absoluta y radical como el que nos ocupa, debido a que en él se plantea la falta de uno de los elementos esenciales del contrato, cual es el consentimiento, por error en el momento de la emisión del mismo, por cuanto que en estos casos la acción ejercitada es imprescriptible y no se encuentra sujeta a plazo de caducidad alguno, y ello debido a que el acto nulo lo es desde su inicio y esa nulidad persiste en el tiempo, sin que produzca efectos y sin posibilidad de convalidación alguna, con lo que es evidente que la caducidad planteada la por la entidad Banco Español de Crédito S.A.-Banesto no podía ser estimada y había de ser rechazada, tal y como ha sido acordado en sentencia dictada, por lo que la misma en cuanto a ese extremo ha de ser confirmada.*

Tercero.- Sobre la cláusula Quinta que regula los gastos y costas procesales.

Han de desestimarse las alegaciones efectuadas por la parte actora en lo concerniente a la posible repercusión de todos los gastos procesales en todo caso, dado que la demandante exige que se haga constar que los supuestos en los que no son rezeptivos el abogado y el procurador no puede tener lugar dicha repercusión. Al respecto se observa que lo que pretende es que se incorpore esta precisión a pesar de que no puede considerarse que efectivamente debe exigírsele a la entidad de crédito, en la medida en que los incumplimientos derivados del contrato de préstamo hipotecario derivan siempre en una ejecución hipotecaria (que exige abogado y procurador). Por ello, la exigencia de que se contemple la posibilidad mucho más que remota de que se instare un declarativo por escasa cantidad (impropia de un préstamo hipotecario) cuando además no es necesario acudir al declarativo precisamente porque el título de préstamo hipotecario es título de ejecución, es pretensión manifiestamente insostenible en la medida en que pretende que se incorpore una adición a una cláusula que carecería de cualquier tipo de virtualidad práctica, contemplando una consecuencia específica para un supuesto que nunca se da *de facto* y que por tanto es irreal.

Por otra parte dice la demandante que “por Ley” los gastos de documentación y tramitación corresponden al empresario, si bien se trata de una alegación muy genérica, aunque sometida al principio *iura novit curia*, no existe ninguna norma que imponga al empresario ninguno de los gastos que se enumeran en la cláusula enjuiciada.

Cuarto.-Sobre la cláusula Sexta reguladora de los intereses moratorios y el anatocismo.

Un concepto objetivo de cláusulas abusivas se contiene en el art. 82-1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, Texto Refundido 1/2007 de 16 de Noviembre, el cual incorporó a nuestro Derecho interno las Directivas Comunitarias de protección a los usuarios y consumidores.

En efecto, el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993 dice que *las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, en contra de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Y en el art. 4º de la Directiva se establece que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.*

El art. 82 de la Ley de Consumidores y Usuarios, T.R. 1/2007, contiene unas precisiones idénticas sobre las cláusulas abusivas: *Se consideran 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. El 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.*

En todo caso, el T.J.U.E., en su Sentencia de 14 de Marzo de 2013, ha considerado que corresponde al Juez Nacional pronunciarse *sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso y a la luz de las disposiciones de la Directiva.*

Alcanzando el siguiente pronunciamiento sobre las cuestiones prejudiciales planteadas:

- *El concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al*

consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

- Para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

Así pues, el concepto legal y jurisprudencial de cláusula abusiva se delimita por un conjunto de circunstancias que han de ser apreciadas por el órgano judicial, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. Estas circunstancias son las siguientes:

-Una de las partes del contrato ha de ser necesariamente consumidor o usuario. De no ser así, de ser las dos partes empresarios, no cabe plantear el debate sobre el carácter abusivo de las cláusulas (Art. 3º de la Directiva (en detrimento del consumidor) y art. 82 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (en perjuicio del consumidor y usuario).

-Se ha de tratar de una cláusula no negociada individualmente o de una práctica no consentida expresamente (Art. 3º de la Directiva y art. 82 de la L.G.D.C.U.).

- Se deben haber infringido las exigencias de la buena fe.

-Y debe producir un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La Sentencia del T.J.U.E. de 14 de Marzo de 2013, aclara que en 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, tal y como indicó en esencia la Abogada General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podría 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. El juez nacional podrá valorar si –y en su caso en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

A ello hay que añadir que el criterio del desequilibrio procura objetivarse en la pauta de si *el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.*

Se podría tomar como referencia el límite de la Ley 7/1995, de 23 de marzo (derogada por Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo) que no es de aplicación al ámbito hipotecario pero que se limita 2,5 veces al correspondiente el interés legal, de la misma manera que Ley 3/2004 de 29 de diciembre por la que se establecen

medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (que lo eleva a 7 puntos porcentuales sobre el valor del interés legal).

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª en su auto de 14 de febrero de 2012 citado por la demandada, entre otras muchas resoluciones viene a defender la validez los intereses de demora toda vez que no tienen una naturaleza usuraria, y por tanto no tienen por finalidad un enriquecimiento ilícito o basado en la situación de necesidad y asfixia económica de una parte, porque su finalidad es la de compeler al cumplimiento, hacer la posibilidad del incumplimiento menos factible para la contraparte, tal manera que se asegure legítimamente el cumplimiento de la obligación mediante el sistema de coacción-sanción que garantice que, en el orden de prioridades de pagos que pueda encontrarse la parte, el pago del propio préstamo ocupe un lugar preferente.

El presente supuesto se prevén 18 puntos, sobre los que puede llegarse a la conclusión que se trata de una cuantía excesiva, desproporcionada y manifiestamente abusiva, con clara naturaleza penal que por tanto tiene una finalidad mucho más allá de incentivar el pago y de colocar en lugar prioritario el abono de las cuotas hipotecarias dentro del orden de preferencias del consumidor, sino que a todas luces genera un perjuicio injustificado al consumidor y que puede razonablemente creerse que éste, bajo ninguna circunstancia, lo habría admitido de haberse permitido una negociación individualizada de estos términos salvo que se encontrare en una grave situación de necesidad, lo cual no es la pauta normal en la que deben ser enjuiciado el carácter abusivo de una cláusula.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, su moderación ha de realizarse por el juzgado teniendo en cuenta los usos del sector, la buena fe y la normativa actualmente vigente, de manera que entiendo que la cifra correcta y que se ajusta a los principios de proporcionalidad y equidad es la de tres veces el interés legal del dinero.

En lo concerniente al pacto de anatocismo, su admisión en derecho español ya ha sido consagrada por reiterada y antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sólo exige pacto expreso, entre otras STS, Civil sección 1 del 21 de Diciembre del 2006

Es cierto que esta Sala ha exigido el pacto expreso para que puedan aplicarse los intereses sobre intereses (sentencias de 8 mayo 1990, 24 octubre 1994, 30 diciembre 1997 y 7 mayo 1998).

Quinto. Sobre la cláusula Sexta Bis que establece el vencimiento anticipado.

Se solicita la nulidad de la cláusula por permitir la resolución anticipada por el incumplimiento de una sola cuota de principal o intereses, debiendo resolverse la misma en sentido desestimatorio ya que es reiterada la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que defiende su validez. Entre otras STS 17 de Febrero del 2011

Esta Sala tiene declarado en sentencia nº 506/2008, de 4 de junio, que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente [en la sentencia que cita la parte recurrente de 27 marzo 1999] por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia

también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil , no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió "obiter dicta", en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas, por ejemplo en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000.

Añade la sentencia nº 506/2008, de 4 de junio , que en efecto, como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo.

Efectuando el análisis requerido por la STJUE de 14 marzo de 2013 vemos que la cláusula contractual, yadmitiendo que puedetener la condición de cláusula general, no genera una posición de las partes en la que el consumidor se encuentre perjudicado respecto a la que surgiría si simplemente se remitiese a la normativa nacional, que según el artículo 1.6 del CC queda integrada por la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que ha declarado que no es motivo para declarar abusiva una cláusula que se establezca su vencimiento anticipado como consecuencia del impago de una cuota del principal ode los intereses toda vez que es una obligación principal que, por lo tanto, se ajusta a los términos previstos en el 1124 CC.

No puede calificarse de forma sobrevenida como nula una clausula por que haya concurrido una reforma legal nueve años después derivada precisamente de la sentencia citada porque la valoración de su posible carácter abusivo ha de efectuarse en el momento de la celebración del contrato y atendiendo a la normativa vigente en ese momento.

Además, algo muy distinto es que, resuelto el contrato, se pretenda cobrar lo adeudado por el proceso de ejecución hipotecaria. En este caso, la nueva redacción del art. 693 de la L.E.C.(redactado por el apartado trece del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social) sí que exige que se haya dejado de cumplir al menos tres plazos mensuales. Pero esto segundo, que es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción hipotecaria, no convierte, ni mucho menos, en abusiva la cláusula que permite resolver el contrato por incumplimiento de sus obligaciones por parte del prestatario.

Sexto.- Sobre la cláusula Séptima y Decimocuartareguladora de la finalidad del préstamo.

En realidad reguladoras ambas del destino del inmueble, y que en modo alguno pueden considerarse abusivas dado que lo que se pretende no es limitar la facultad del prestatario de disponer libremente el uso del inmueble, sino mantener la vigencia del mismo declarada en el momento de la concertación del contrato, toda vez que este uso afecta a la

2. No obstante, los afectados podrán verse sometidos a una de las decisiones contempladas en el apartado 1 cuando dicha decisión:

a) Se haya adoptado en el marco de la celebración o ejecución de un contrato a petición del interesado, siempre que se le otorgue la posibilidad de alegar lo que estimara pertinente, a fin de defender su derecho o interés. En todo caso, el responsable del fichero deberá informar previamente al afectado, de forma clara y precisa, de que se adoptarán decisiones con las características señaladas en el apartado 1 y cancelará los datos en caso de que no llegue a celebrarse finalmente el contrato.

b) Esté autorizada por una norma con rango de Ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado.

De la redacción de la cláusula se observa que el tratamiento de los datos serán considerados "como un dato más y en ningún caso determinarán la decisión final de aprobación o denegación" de forma que esa exclusividad que conferiría al interesado el derecho a oponerse no concurre, por lo que no se ha privado al consumidor de derecho alguno reconocido en ninguna norma.

Décimo.- Sobre las costas.

En atención a la estimación parcial de la demanda y por aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se hace especial pronunciamiento en materia de costas.

Fallo

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por doña [redacted] Procurador de los Tribunales y de don C [redacted] contra la mercantil [redacted] S.A. de tal manera que se declara la nulidad de la Cláusula Sexta del contrato de préstamo hipotecario de 18 de marzo de 2005 concertado entre las partes que quedará integrada según los términos recogidos en la presente y sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas.

Se desestiman las demás pretensiones ejercitadas.

Notifíquese esta resolución partes haciéndole saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de apelación ante éste juzgado y para la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante en el plazo de veinte días a contar desde la fecha de su notificación.

Así lo acuerda, manda y firman Salvador Calero García, juez titular del juzgado de Juzgado de lo Mercantil nº2 de Alicante.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en ALICANTE, a veintitrés de enero de dos mil catorce.