



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 20 (SECCIÓN BIS).
MÁLAGA**

JUICIO ORDINARIO Nº 1255/2021

SENTENCIA Nº 840/2022

En Málaga, a 4 de mayo de 2022.

MAGISTRADA QUE LA DICTA:

PARTE DEMANDANTE:

Letrado: D. Salvador Madrid Fernández.

Procurador: D. Vicente Vellibre Chicano.

PARTE DEMANDADA: CAJAMAR CAJA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE
CRÉDITO.

Letrados:

Procurador:

OBJETO DE JUICIO: JUICIO ORDINARIO SOBRE NULIDAD DE CLÁUSULAS Nº
1255/2021.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 6 de abril de 2021 se presentó en este juzgado por el Procurador de
los Tribunales D. Vicente Vellibre Chicano, en nombre y representación de

demanda de juicio ordinario sobre nulidad de la cláusula
de cálculo de los intereses 360/365, nulidad de la cláusula de comisión de apertura y
restitución de 2100 €, nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras,
nulidad de la cláusula sobre gastos y restitución de 1729,94 €, nulidad de la cláusula de
interés de demora, nulidad de la cláusula de pacto de compensación, nulidad de la cláusula





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de renuncia a ser notificado de la cesión del crédito, restitución de las cantidades abonadas por las cláusulas anteriores, más intereses legales y costas, realizando las alegaciones y presentado la documentación que ha considerado oportunas y pertinentes.

SEGUNDO.- Se dictó Decreto en el que se acordó la admisión de la demanda y el emplazamiento de la parte demandada, quien presentó contestación a la demanda, teniéndose por contestada la demanda mediante Decreto convocando a las partes para la celebración de la audiencia previa el día 27 de abril de 2022.

TERCERO.- El día reseñado se personaron ambas partes, debidamente representadas y defendidas, ratificando sus escritos y proponiendo y admitiendo prueba documental, quedando los autos pendientes de resolución judicial conforme al 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- En la tramitación de este pleito se han observado todas las prescripciones y garantías legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el presente procedimiento la parte actora ejercita acción solicitando que se declare sobre nulidad de la cláusula de cálculo de los intereses 360/365, nulidad de la cláusula de comisión de apertura y restitución de 2100 €, nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, nulidad de la cláusula sobre gastos y restitución de 1729,94 €, nulidad de la cláusula de interés de demora, nulidad de la cláusula de pacto de compensación, nulidad de la cláusula de renuncia a ser notificado de la cesión del crédito, nulidad del pacto de compensación, restitución de las cantidades abonadas por las cláusulas anteriores, más intereses legales y costas, realizando las alegaciones y presentado la documentación que ha considerado oportunas y pertinentes. En la audiencia previa cuantifica por gastos la suma de 1005,58 € y 4239,41 € por apertura.

La parte demandada se allana a la nulidad de la cláusula de gastos y la suma de 1729,94 € y a la nulidad de la cláusula de interés de demora y se opone a la demanda alegando la licitud y validez de las cláusulas cuya nulidad se solicita en la demanda al haber respetado la transparencia fijada en la Directiva 93/13 y la normativa tuitiva contenida en el Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, solicitando la desestimación de la demanda y la imposición de costas.



A la vista de las alegaciones son hechos controvertidos: la validez de las cláusulas impugnadas, cantidad a restituir, el dies a quo de los intereses y costas.

SEGUNDO.- Prueba practicada. La parte demandante ha presentado la siguiente prueba documental (artículos 317, 319, 324 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil):

a) documento nº 2 acredita que las partes del procedimiento firmaron un contrato de préstamo hipotecario del que procede destacar la cláusula 4ª establece la fórmula de cálculo de intereses/capital 360/365; la cláusula 5ª, primer apartado, establece la comisión de apertura del 0,750 % del capital; cláusula 7ª sobre gastos; cláusula 8ª sobre interés de demora (12%); cláusula 12ª sobre pacto de compensación; y la cláusula 21ª sobre cesión de crédito, elevado a escritura pública el 24 de julio de 2014 con número de protocolo mil novecientos cincuenta y uno ante el Notario De la escritura se infiere que la finalidad del préstamo era la financiación de la vivienda reseñada en la escritura.

b) documento nº 3 acredita que la parte demandante celebró un contrato de compraventa de la finca a que se destinó el préstamo y se elevó a escritura pública el 28 de junio de 2006 con número de protocolo dos mil ciento treinta ante el Notario

c) documentos nº 3 u 4 acreditan que el 9 de febrero de 2021 la parte demandante presentó reclamación extrajudicial sobre las cláusulas impugnadas, siendo rehusada por la entidad mediante comunicación de 19 de febrero de 2021.

d) documento nº 5 prueba que la parte demandante el 24 de julio de 2014 abonó la suma de 2100 € en concepto de comisión de apertura.

e) documentos nº 6 a 9 prueban que la parte demandante ha abonado los siguientes gastos:

-gastos de gestoría: 302,5 € abonados el 15 de diciembre de 2014.

-gastos de Notaría: 1145 € abonados el 24 de julio de 2014.

-gastos de Registro de la Propiedad: 453,28 € abonados el 3 de octubre de 2014.

-gastos de tasación: 401,66 € abonados el 14 de julio de 2014.

La parte demandada ha presentado la siguiente prueba documental:

a) documento nº 2 documento interno al que no se le atribuye valor probatorio por no haberse procedido a modificar el contrato de préstamo ni haber intervenido, prestado su consentimiento ni firmado la parte demandante (como otra parte contratante)





b) documento nº 3 acredita que la parte demandada elaboró el 16 de julio de 2014 un documento interno correspondiente a la solicitud de préstamo, pero no se acredita la entrega a la parte demandante.

c) documento nº 4 no se les atribuye valor probatorio para resolver los hechos controvertidos por ser un documento genérico no referido al préstamo litigioso a lo que se añade que en el mismo se indican actuaciones propias del objeto social de la entidad que realiza para otorgar su consentimiento en el contrato con garantías de que la parte prestataria tiene capacidad para cumplir.

d) documento nº 5 no se le atribuye valor probatorio por ser insuficiente al ser una cláusula vigente y aplicable, debiendo liquidarse en fase de ejecución conforme al artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- Marco jurídico. El contrato de póliza de préstamo es un contrato elaborado de conformidad con la llamada contratación en masa en forma de contratos de adhesión, lo que genera ciertas especialidades relevantes en el presente caso. En este ámbito de la contratación la autonomía de la voluntad se ve en cierto modo limitada o restringida en beneficio de la parte más débil de la contratación. En concreto, la producción de bienes y servicios en masa y la homologación de conductas de usuarios y consumidores, según patrones miméticos, junto con las necesidades de simplificación y normativización que imponen las organizaciones empresariales, ha propiciado y extendido, con carácter general, la contratación sujeta a contenidos del contrato tipificados que limitan la voluntad del contratante a la mera aceptación o simple adhesión al contrato que se ofrece por la parte llamada, por ello, predisponente. La libertad en este caso del contratante precisado de aquellos bienes o servicios se reduce a la prestación del consentimiento, careciendo, por regla general, de posibilidades reales de negociación del contenido de las condiciones del contrato. Surgen de este modo las "condiciones generales", es decir, las impuestas por una de las partes contratantes a la otra, redactadas con carácter general, para todos los contratos de una misma clase, y que, en principio, tienden a favorecer a la parte que las impone. Por ello el derecho ha establecido mecanismos compensatorios.

El Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva 93/13/CEE el 5 de abril de 1993, según cuyo artículo 2 «a efectos de la presente Directiva se entenderá por: [...] b) consumidor: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; c) profesional: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada». El artículo 3, apartado 1 señala que: «Las 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





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». El artículo 4, apartado 1, dispone lo siguiente: «Sin perjuicio del artículo 7, 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 concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa»; el artículo 6, apartado 1, prevé que: «..Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional». A su vez, el artículo 7 establece lo siguiente: «1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

En el derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas se ha articulado por medio de las siguientes normativas: Ley General 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a tenor de cuyo artículo 10 «las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, (...) deberán cumplir los siguientes requisitos: (...), c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta. La adaptación íntegra del derecho español a lo dispuesto en la Directiva se realizó a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuyo artículo 8 establece que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esa Ley y, en particular, las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor en el sentido de la LGDCU. Añadió igualmente, en virtud de la DA 1.3, el artículo 10 bis de la LGDCU, con el siguiente tenor: «1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba. 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. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara 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 o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

También es de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En primer lugar, porque se trata de un Real Decreto Legislativo que recoge, articula y ordena en gran medida la normativa que ya estaba en vigor y, por otro lado, porque supone una continuidad en el marco normativo de protección al consumidor en supuestos como el presente, sin que reconozca medidas de tutela sustancialmente distintas a las ya vigentes. Esta norma, en desarrollo del artículo 51.1 y 2 y 53.3 de la Constitución, establece el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado. Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios. Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada. Según el artículo 59, son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario. Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Su artículo 60 especifica que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. Según el artículo 62, se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. Según el artículo 65, los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

El artículo 80 del Decreto-Legislativo, en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción. b) Accesibilidad y legibilidad. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor. En cuanto a las cláusulas abusivas, prevé el artículo 82 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. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. 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. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. Según el artículo 83, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

Asimismo es de aplicación el Código de Buenas Prácticas Bancarias aprobado por Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, estipula una serie de medidas en el ámbito de las familias hipotecadas con problemas de pago para que los bancos y cajas que voluntariamente se adhieran sigan un protocolo para ayudar a reducir la carga mensual o en caso de no ser posible evitar la ejecución hipotecaria, se pacte una dación en pago. Esta normativa incluye un código de buenas prácticas a seguir por las entidades financieras que lo quieran aceptar. El citado Código incluye tres fases:

1ª dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación de los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante casi cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización.

2ª de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda.

3ª si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible. La norma establece los requisitos exigibles para estos supuestos.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Por último la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Asimismo es de aplicación a la acción de nulidad ejercitada en este pleito la Sentencia del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013, inspirada en la Directiva 93/13 (en su considerando decimonoveno y en su artículo 4.2) y en lo que exponía en su precedente la Sentencia del TS de 18 de junio de 2012 (donde señalaba que el control de contenido del posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al del equilibrio de las contraprestaciones, por lo que no cabría un control sobre el precio), sienta que, como regla general, no cabe utilizar un control de abusividad sobre lo que constituye el objeto principal del contrato. Pero establece, asimismo, a continuación, una importante precisión, al señalar que lo que sí cabe es someter a las condiciones generales a ello referidas a un doble control de transparencia. Ese doble control consiste en: 1º superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato (artículos 5.5 y 7 de la LCGC), lo que entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas, el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; y 2º superar, además, una vez que puedan considerarse parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta; ésta debe proyectarse sobre la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato, lo que supone que podrá ser considerada abusiva la condición general si se llegase a la conclusión de que el consumidor no percibiría que se trataba de un conocimiento real y razonablemente completo de cómo aquélla puede jugar en la economía del contrato, porque resulta indispensable que se garantice que el consumidor dispone de la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. Este examen debe realizarse tomando en cuenta, incluso, el contexto en el que se enmarca la cláusula.

Esta sentencia establece que el análisis del carácter abusivo de las cláusulas debe realizarse del siguiente modo:

– 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.

– El artículo 3, apartado 3, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

El 3 de junio de 2014 el Tribunal Supremo dictó Auto de aclaración de dicha resolución judicial en el que dispuso “La sentencia proclama la licitud de las cláusulas suelo condicionada a que se observe la especial transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores. El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes –uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas”.

En su Sentencia de 9 de mayo de 2013 abordó el tema de la extensión de los efectos de la sentencia a terceros no litigantes y afirmó, en relación con lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 222.3 LEC, así como la regla 2ª del artículo 222.1, " en cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora, por ello, una vez advertido que la demandante no había interesado expresamente su eficacia ultra partes y el casuismo que impregnaba el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, estimó oportuno ceñir la eficacia de su pronunciamiento". Como quiera que esa posibilidad de extender a terceros los pronunciamientos contenidos en una sentencia dictada en un proceso en que se sustancia una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores, ha sido igualmente admitida por el TJUE en la doctrina establecida en su sentencia de 26 de abril de 2013 (C-472/2010), la vinculación en este caso a lo razonado por el TS en su sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 25 de marzo de 2015, parece inevitable.

Igualmente en la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 insiste el Tribunal Supremo que "la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica negocial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto casual propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada.

La prueba documental aportada acredita que la escritura pública se refiere a un contrato que contiene condiciones generales predispuestas y redactadas por la entidad





demandada en el marco de la contratación en masa celebrado con un consumidor (hecho no controvertido) sujeto a la normativa tuitiva reseñada.

CUARTO.- Cláusula de cómputo de intereses. La STS 2004/2021 de 25 de mayo establece en sus Fundamentos Jurídicos Tercero, Cuarto y Quinto: “TERCERO.- Previsiones legales sobre el cálculo de intereses. 1.- En la fecha de celebración del contrato, en nuestro ordenamiento jurídico no existía ninguna norma que contuviera expresamente la fórmula o método mediante la cual debían calcularse los intereses remuneratorios de los préstamos de dinero. Pero sí había algunas normas que ofrecían cierta orientación al respecto.

2.- El art. 60 CCom establece en su primer párrafo: «En todos los cálculos de días, meses y años, se entenderán: el día, de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días». La Disposición Adicional Segunda de la Ley Cambiaria y del Cheque de 1985 dio una nueva redacción al segundo párrafo a dicho precepto, que parecía hacer inaplicable las previsiones del primer párrafo a los préstamos, al decir:«Exceptúanse las letras de cambio, los pagarés y los cheques, así como los préstamos respecto a los cuales se estará a lo que especialmente para ellos establecen la Ley Cambiaria y del Cheque y este Código respectivamente».

Sin embargo, ni la regulación del préstamo en el CCom contenía ninguna previsión diferente, ni se ha producido con posterioridad ninguna reforma en tal sentido, por lo que, a efectos de los cálculos temporales, actualmente no hay una regla especial para los préstamos de dinero.

3.- En cuanto que la Tasa Anual Equivalente (TAE) engloba los intereses remuneratorios, resultan relevantes las previsiones sobre su cálculo que se contienen en el apartado I c) del Anexo I de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, que se traspuso a nuestro ordenamiento mediante la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (apartado I c) del Anexo I); en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (apartado I c) del Anexo V); y en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (Anejo 7).

En las cuatro disposiciones citadas se recoge el denominado método con equilibrio o 365/365, es decir, que las anualidades se computan a todos los efectos con 365 días, como prevé el párrafo primero del art. 60 CCom.

4.- Con posterioridad a la fecha de celebración del contrato, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ha mantenido el mismo criterio al hacer mención a la TAE (Anexo II) y también indica que el número de días del año es 365 (366 los bisiestos).

CUARTO.- Las prácticas bancarias sobre el cálculo de intereses. Los usos mercantiles





1.- Según se desprende de las sucesivas memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España (actualmente, Departamento de Conducta de Mercado de Reclamaciones), la fórmula matemática para el cálculo de los intereses remuneratorios se hace mediante una fracción (similar a la transcrita en el fundamento jurídico primero) en la que la duración del año debe constar tanto en el numerador como en el denominador. Bajo esa premisa, son varias las modalidades de cálculo utilizadas en España, en función del número de días que se haga constar en el numerador y en el denominador:

a) Fórmula conocida en la praxis bancaria como año comercial o 360/360: la base de cálculo es de 360 días.

b) Fórmula del año natural o 365/365: se utiliza una base de cálculo de 365 días.

c) Fórmula mixta 365/360: se utiliza un año natural para el devengo de los intereses, pero con una base de cálculo de 360 días.

d) Fórmula mixta 360/365: se parte de un año comercial para el devengo de los intereses, pero con una base de cálculo de 365 días.

2.- Como es lógico, el resultado de aplicar una u otra fórmula de cálculo es diferente. Pero lo determinante, a efectos del equilibrio de las prestaciones y la reciprocidad del contrato, es que se utilice la misma duración del año para el tiempo transcurrido y para la base de cálculo. De manera que la utilización del llamado año comercial (360 días) no implica necesariamente un perjuicio para el prestatario si se mantiene la misma duración respecto del cómputo del tiempo efectivamente transcurrido (360/360). E igual sucede si se mantiene el criterio del año natural (365 días) en ambas variables. Por el contrario, el perjuicio económico se produce cuando la entidad predisponente impone la base de los 360 días y, al mismo tiempo, mantiene el año natural (365 días) para el cómputo de los días transcurridos (365/360), lo que, durante la vigencia del préstamo, produce inexorablemente un incremento de los intereses en favor del prestamista, porque por simple cálculo aritmético el método 365/360 eleva el tipo de interés en un 1,39% en un año normal y en un 1,67% en un año bisiesto.

3.- Por esta razón, el mencionado Servicio de Reclamaciones del Banco de España, se ha pronunciado reiteradamente en contra de la utilización del método de cálculo 365/360, y en la memoria de 2018 resumió que solo se consideraba como buena práctica «el cálculo de intereses utilizando períodos uniformes y, por lo tanto, se ha reputado contrario a una buena praxis financiera el uso de una metodología que combine en la misma fórmula el cómputo del tiempo en años naturales y comerciales para calcular el devengo de los intereses».

4.- Es cierto que durante un largo tiempo la utilización de la base de cálculo 365/360 días se consideró como un «uso bancario», establecido por la práctica reiterada de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16 de noviembre de 1950, determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 2 CCom. Y como tal uso bancario se recogió en las Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de los años 1992 y 1993, que indicaban que: «la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el





numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituyen una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario».

Sin embargo, el propio Banco de España modificó su criterio y, como mínimo desde el año 2016, viene considerando que la utilización del sistema 365/360 no podía quedar amparado como uso bancario, porque: «a) la modernización de los sistemas informáticos de las entidades implica que, en la actualidad, la utilización de la metodología 365/360 carezca de razón técnica alguna; b) se ha venido observando que un elevado número de entidades utiliza la fórmula de cálculo con períodos uniformes, por lo que cabría entender que el anterior uso bancario consistente en utilizar la fórmula 365/360 ha perdido su condición de tal; c) adicionalmente, la regulación en materia hipotecaria en curso refuerza claramente los requerimientos de conducta de las entidades y exige actuar en el mejor interés de los clientes y evitarles posibles perjuicios, debiéndose citar al respecto la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, vigente desde el 21 de marzo de 2016, pendiente de transposición a nuestro ordenamiento nacional».

5.- En todo caso, resulta cuando menos dudoso que dicha práctica bancaria pudiera considerarse propiamente un uso de comercio, en el sentido correcto del art. 2 CCom, dado su carácter unilateral y de uniformidad discutible. Como declaró la sentencia 313/1994, de 8 de abril: «la existencia de una norma derivada del uso no nace de una voluntad individual aunque se repita, sino que requiere la convicción de cumplimiento de una norma jurídica ("oppinio iuris"), que, a su vez, encuentra su origen en una voluntad concorde de las partes, aquí inexistente».

La jurisprudencia de esta sala siempre ha sido prudente en cuanto a la consideración de los usos bancarios como costumbre mercantil, insistiendo en que debe diferenciarse entre lo que son propiamente usos bancarios y lo que son meras prácticas bancarias (sentencias 232/1983, de 29 de abril; 320/1988, de 21 de abril; 686/1994, de 11 de julio; y 394/2011, de 15 de junio).

6.- Como consecuencia de ello, tanto desde la vertiente de estipulación no negociada individualmente, como desde la perspectiva de práctica no consentida expresamente (art. 82.1 TRLCU), lo determinante es el análisis de la cláusula desde la óptica del control de transparencia y, en su caso, de abusividad, como haremos a continuación.

QUINTO.- Los controles de transparencia y abusividad sobre la fórmula de cálculo de los intereses remuneratorios 1.- En el contrato de préstamo de dinero el interés remuneratorio es el precio del contrato, por lo que, si el prestatario es consumidor, únicamente cabe realizar el control de contenido (abusividad) si la cláusula que lo regula no es transparente (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y jurisprudencia que lo interpreta: SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler ; de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matei; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriciuc; de 14 de marzo de 2019, C- 118/17, Dunai; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, GT).

2.- Según reiterada jurisprudencia de esta sala, que por conocida y repetitiva es ocioso reproducir, el control de transparencia tiene por objeto que el adherente consumidor pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato





celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos.

3.- En la cláusula definitoria del cálculo del interés antes transcrita, se aprecia que el plazo de 360 días figura en ambos lados de la fórmula. Además, esa cláusula se complementa con la estipulación financiera segunda, cuando dice: La variable temporal (la letra «p»: períodos de amortización en un año) aparece en el numerador y en el denominador. Lo que en la práctica se traduce en que el banco percibe intereses anuales por 360 días y no por 365. Es decir, de la mera lectura de la escritura pública se desprende que la fórmula de cálculo era 360/360 y no 365/360 como parece mantenerse en la demanda y en el recurso. Por lo que no cabe considerar que la cláusula cuestionada, aunque no se adapte estrictamente a las recomendaciones sobre formulación de la TAE, no fuera transparente, más allá de las dificultades de comprensibilidad intrínseca que puede tener cualquier fórmula matemático-financiera para una persona no experta.

4.- Pero es que, aunque a efectos meramente dialécticos, considerásemos que la cláusula no era transparente, no hay elementos de juicio para considerarla abusiva.

Respecto de la posible abusividad de este tipo de cláusulas de intereses, la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, estableció: «El órgano jurisdiccional remitente deberá, en particular, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado. En particular, deberá comprobar si la circunstancia de que los intereses ordinarios se calculen utilizando un año de 360 días, en lugar del año natural de 365 días, puede conferir carácter abusivo a la mencionada cláusula».

5.- Pues bien, como hemos visto al tratar las distintas fórmulas de cálculo, el método 360/360, aunque no se ajuste estrictamente a la normativa que prevé que el cálculo se haga mediante el método 365/365, no produce ningún desequilibrio en perjuicio del consumidor ni, en consecuencia, puede achacarse mala fe a la entidad predisponente al utilizarlo. Por lo que, siendo esa la fórmula de cálculo establecida en el contrato litigioso, no cabe considerar que resulte abusiva, en los términos del art. 82 TRLCU.

En contra de lo afirmado en el recurso de casación, el método de cálculo no beneficia sistemáticamente al banco, ni supone que se incremente el importe de los intereses remuneratorios. Como ha quedado expuesto, eso podría suceder si la fórmula adoptada hubiera sido la de 365/360, pero no con la que opera en el préstamo examinado.

6.- Tampoco cabría considerar que la cláusula es abusiva per se, por estar incluida en la lista negra de los arts. 85 a 90 TRLCU (en este caso, por falta de reciprocidad, ex art. 87), porque como hemos visto el método 360/360 no incurre en esa falta de correspondencia entre las situaciones de ambas partes.

7.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso de casación debe ser desestimado”.





En el presente supuesto la cláusula cuarta establece que el cómputo del capital se realiza conforme a treinta y seis mil (no treinta y seis mil quinientos) y el cómputo de los intereses se tomará el año de 365 días, por lo que en aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior, al tratarse de una cláusula que afecta al precio procede realizar un control de incorporación gramatical o formal y el de transparencia real, no superando la cláusula objeto de análisis ninguno de los dos controles por no estar la fórmula transcrita visualmente a fin de poder observar la diferencia de criterio para ambos conceptos ni el real por no haberse practicado prueba alguna documental de que se informara al consumidor de la carga económica distinta para ambas partes de lo que suponía elegir un año comercial y un año natural para cada parte. Por lo expuesto, procede declarar la nulidad de la cláusula de cómputo de intereses.

QUINTO.- Consecuencias de la nulidad de la cláusula sobre cómputo de intereses. Al declarar la nulidad de esta cláusula procede, según la doctrina jurisprudencial expuesta, aplicar el año natural de **365 ó 366 días, según el caso, y la duración natural de cada mes, cuando proceda.**

En aplicación del precepto 1303 del Código Civil procede acordar la devolución de todas las cantidades abonadas por aplicación de la cláusula de cómputo de intereses durante toda la vigencia y aplicación de la misma siendo una condena a cantidad ilíquida por ser una cláusula aplicada durante toda la vigencia del contrato, procede, conforme al artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, realizar su liquidación según los siguientes criterios aritméticos:

a) se cuantificará la suma en el procedimiento regulado en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil al obtener la firmeza la resolución judicial.

b) la parte demandante computará la cantidad total abonada durante el préstamo por la aplicación de la cláusula nula.

c) la parte demandante calculará la cantidad que debería abonar sin dicha cláusula, es decir, realizando el cómputo conforme al método del año natural (365 ó 366 días del año sea o no bisiesto) la duración natural de cada mes y un denominador en la fórmula de cálculo de 36500 ó 36600.

SEXTO.- Cláusula de comisión de apertura. **La ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, reformada por la LCCI de 2019, la comisión de apertura se contemplaba en el artículo 5**





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de aquella Ley, titulado “Obligaciones de transparencia en relación con los precios”, del que conviene transcribir sus dos primeros apartados: 1. Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas. En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor. 2. No obstante lo establecido en el apartado anterior: [...] b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito. Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito”.

En el apartado 1 bis b) de la Norma Tercera de la Circular 8/1990, de 22 de junio, entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, establece una regulación en términos similares. Asimismo la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancario -BOE de 29 de octubre de 2011-, norma que ha sido desarrollada en aspectos importantes que afectan a la transparencia bancaria a través de la Circular 5/2012, del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, normativa que se completa con la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE de 18 de junio de 2010) que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago, Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, Ley 10/2014 de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y la Directiva 2014/17/UE (en relación con la Directiva 2008/48/CE)

El Banco de España en su Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009, haciendo interesantes reflexiones sobre el alcance de dichas obligaciones en relación a la transparencia exigible en los contratos bancarios y la buena fe que ha de presidir las relaciones con los clientes. En concreto ha dicho en la citada Memoria el Banco de España, por lo que a nosotros nos interesa, lo siguiente: "*Las entidades pueden pactar libremente comisiones que cobran por las operaciones o servicios que presten y pueden repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que se hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, les es exigible:*

-que informen debidamente del coste de los servicios que ofrecen y de los gastos que los mismos llevan aparejados procurando, en este caso, que aun tratándose de estimaciones, las previsiones sean ajustadas a la realidad.(...)

-además, en las operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo, esos costes deberán estar recogidos, de forma explícita y clara, en el contrato, figurando al menos su concepto en el caso de los gastos cuantía no pueda determinarse en le momento de la firma. No se admiten remisiones genéricas a tarifas. (...)

-que cuenten con el consentimiento al cobro de dichas comisiones o a la repercusión de los gastos que generan los servicios.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 distingue **entre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (sometidas al control de incorporación derivado de la Ley 7/1998, de 13 de abril, y al de transparencia material que establece el precepto de la Directiva citada) de las cláusulas que no definen dicho objeto principal, que pueden ser objeto de análisis de contenido desde la perspectiva de su carácter abusivo, esto es, en atención al quebranto del principio de buena fe, justo equilibrio de prestaciones y reciprocidad.**

Asimismo el Tribunal Supremo en sus Sentencias nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, ha calificado la cláusula de comisión de apertura como una **prestación principal del contrato, es definitoria del precio, que no lo determina únicamente el interés que se abona durante toda la vida del préstamo sino además un pago único e inicial, la comisión de apertura. El Tribunal Supremo en su Sentencia 44/2019, de 23 de enero dispone que el precio del préstamo lo constituye el interés y la comisión de apertura, es una partida del precio de los servicios de la entidad bancaria argumentando que lo contrario supondría que la entidad bancaria debería externalizar estos servicios con una entidad distinta para poder cobrarlos. La configuración de esta comisión como parte del precio impide que los tribunales realicen un control sobre su proporcionalidad según el artículo**





4.2 de la Directiva 93/13, concluyendo el Alto Tribunal que se trataba de una prestación principal (precio) transparente no pudiendo abordar la validez de dichas cláusulas desde la perspectiva del contenido. Por tanto, el Tribunal Supremo distingue entre cláusula determinante de la prestación principal y cláusula accesorio a fin de distinguir entre juicio de transparencia y juicio de contenido (artículos 3 y 4 de la Directiva). EL Alto Tribunal exige igualmente que en las sentencias reseñadas la comisión de apertura debe retribuir un servicio específico al cliente que no constituya la mera disposición del capital prestado (objeto del contrato) que se retribuye con el interés a abonar y para ello debe realizar las operaciones previas de estudio de conveniencia del cliente. Estas operaciones considera el Tribunal Supremo que no es un servicio ajeno al objeto del contrato y por ello no debe retribuirse separadamente, se trata de una actividad consistente en decidir si otorga o no el préstamo según la viabilidad del cliente y de la operación, por ello no se abona estas gestiones en los casos en que no se concede el préstamo. Esta cláusula supone una imposición del profesional, carente de reciprocidad y buena fe.

En la actualidad los apartados 3 y 4 del artículo 14 LCCI, bajo el título “Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios” disponen: “3. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse. 4. Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo”.

En el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 44/2019 establece “Decisión del Tribunal: la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia”. Y que la propia argumentación de la Excm. Sala, frente a la que había desarrollado la sentencia recurrida y casada, comience con estas palabras del apartado 9 de dicho Fundamento:





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

“No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios (...)”. (...) “La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la “comisión de riesgo” objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE. Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo”.

La Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 establece en los apartados 62 y 63 “A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de “objeto principal del contrato” deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto (sentencias de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros*, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 35 y 36, y jurisprudencia citada, y de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 32). Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se





trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada)”.

En la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015 no consideró elemento definitivo del objeto principal del contrato una cláusula que permitía a la entidad financiera prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés del préstamo “en caso de que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero”. Mientras que, en la Sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, el TJUE no puso en cuestión la premisa de que sí entraba, en dicho sentido, en el ámbito de aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 una cláusula que contenía una fórmula de cálculo de los intereses remuneratorios en la que se estipulaba que “se entenderá que año tiene 360 días”. Hay que señalar, sin embargo, que una tesis como la referida de la Sentencia Matei –en principio muy extraña: el interés remuneratorio es, sin duda, el precio que paga el prestatario al prestamista por obtener de él el goce temporal del capital del préstamo–, la justificó el TJUE con el argumento de que, en la letra j) del apartado 1 del Anexo de la misma Directiva, se especifica como una de las cláusulas “que pueden ser declaradas abusivas” (apartado 3, en relación con el 1, del artículo 3) las que tengan por objeto o por efecto “autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados los términos del mismo”. Y conviene mencionar que, en la anterior Sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler, el Tribunal de Justicia entendió que la expresión “objeto principal del contrato” incluía una cláusula que, en un préstamo hipotecario denominado en divisas, establecía que la cotización de venta de la divisa en cuestión sería la aplicable para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo. En la misma sentencia tampoco consideró definitiva del objeto principal del contrato una cláusula que establecía una llamada “comisión de riesgo”; pero es que no había manera de saber qué remuneraba dicha comisión. Los servicios que remunera la comisión de apertura están claramente determinados por las normas legales españolas arriba citadas; y se trata de costes que la concesión de cada concreto préstamo genera necesariamente, en mayor o menor medida, a la entidad financiera prestamista.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Igualmente en la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 dispone “[P]ara orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de “objeto principal” y de “precio”, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de “coste total del crédito para el consumidor”, en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L 133, p. 66) (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 47). Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este”.

El Tribunal Supremo en diversas Sentencias 705/2015, seguida de las Sentencias 147/2018, 149/2018, 44/2019, 45/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019 y 457/2020 no ha sostenido que forme parte del objeto principal del contrato, en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, cualquier cláusula que imponga al prestatario consumidor un pago que forme parte del referido “coste total del crédito para el consumidor” –la mejor prueba de ello es la jurisprudencia antes mencionada que, desde la Sentencia 705/2015, seguida de las Sentencias 147/2018, 149/2018, 44/2019, 45/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019 y 457/2020, ha declarado abusivas las cláusulas que imponen al prestatario consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo–; ni, como se ha dejado reseñado con las propias palabras de la Excm. Sala Primera, la razón por la que ha declarado que la comisión de apertura es, junto al interés remuneratorio, “partida principal” o “componente sustancial del precio del préstamo” hipotecario ha sido “el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este” para el consumidor.

A la vista de todo lo anterior, la comisión de apertura no constituye una cláusula determinante de una prestación principal, aunque se incluya en el coste del préstamo, sino una prestación accesoria y por tanto sometida a control de transparencia y contenido (conforme a las exigencias de buena fe analizar si supone un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

jurisdiccional remitente). El TJUE establece que la comisión es accesoria e impone al profesional la carga de probar que la comisión responde a servicios efectivamente prestados pues en otro caso podría causar en detrimento de consumidor contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de octubre de 2020 dispone que la comisión de apertura retribuye la actividad inicial realizada por la entidad bancaria tendente a valorar la viabilidad de la operación respecto de lo cual quien suscribe concluye que ello ni es un servicio específico que presta la entidad al cliente sino la acción de todo contratante tendente a considerar si una determinada operación le es conveniente (es decir, es una acción de valoración de riesgo empresarial *que incumbe únicamente a la demandada* cuyo eventual coste autónomo -caso de que exista- no puede trasladar a la actora) ni se entiende que ello pueda constituir un servicio real, existente, pues, llevado el argumento a extremos absurdos y en la medida en que se conceda o no finalmente el préstamo (y como el servicio de valoración de la viabilidad se habrá llevado a cabo en todo caso), la entidad debería exigir su pago en toda circunstancia, incluso cuando el préstamo finalmente no se concede, cosa que evidentemente -lo contrario resultaría absurdo-, no sucede. En definitiva, la actuación por medio de la cual la entidad bancaria decide si el cliente es solvente, esto es, si la operación le resulta conveniente en términos de seguridad financiera, no puede sino incluirse en la fase precontractual de negociación sin que constituya servicio alguno real, efectivo y, sobre todo, distinto al hecho de prestar dinero a cambio de la remuneración que constituye el interés.

Por tanto, a la vista de la doctrina expuesta y de la normativa aplicable una comisión debe basarse en un servicio efectivamente prestado que no constituye un coste inherente de la actividad empresarial ni una obligación legal, es decir, no cabe cobrar una cantidad por una actividad inherente al contrato consistente en determinar si la operación es viable que se realiza por exigencia legal (SAP de Málaga de 27 de octubre de 2020). En el presente supuesto la parte demandada no ha aportado prueba que acredite la prestación de un servicio específico a la parte demandante que no se incluya en la actividad propia de la misma inherente a evaluar la solvencia del cliente para celebrar el préstamo objeto de solicitud.

En conclusión, la cláusula es nula de pleno derecho, debiendo excluirse su aplicación del contrato no vinculando al consumidor y en consecuencia procede restituir la cantidad debidamente abonada de 2100 € al imputarse por la entidad demandada en la cuenta de la parte demandante, según la escritura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SÉPTIMO.- Cláusula de gastos y **cláusula de interés de demora.** El allanamiento es un acto de disposición del objeto del pleito por las partes, sujeto a lo dispuesto la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil, regulado en el artículo 21.1 de la Ley 1/2000, de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

enjuiciamiento Civil en el que se dispone "Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.

Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley.

Si el allanamiento resultase del compromiso con efectos de transacción previsto en el apartado 3 del artículo 437 para los juicios de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, la resolución que homologue la transacción declarará que, de no cumplirse con el plazo del desalojo establecido en la transacción, ésta quedará sin efecto, y que se llevará a cabo el lanzamiento sin más trámites y sin notificación alguna al condenado, en el día y hora fijadas en la citación si ésta es de fecha posterior, o en el día y hora que se señalen en dicha resolución".

De conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil y Código Civil son exigibles los siguientes requisitos en el allanamiento:

- 1..capacidad legal suficiente de ambas partes, quienes reúnen capacidad ad causam y procesal tal y como exigen los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 29, 30 y 1810 a 1812 del Código Civil.
- 2..voluntad expresa de transigir, la cual se infiere de modo claro y firme en los escritos presentados por ambas partes debidamente asesoradas y representadas (artículos 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1809 del Código Civil).
- 3..objeto del pleito debe ser materia disponible (precepto 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1813 a 1815 del Código Civil). En este supuesto se trata de un derecho de carácter patrimonial derivado de la nulidad de la cláusula gastos y de interés de demora siendo conforme la transacción a las exigencias legales.

Igualmente el allanamiento requiere que el mismo se efectúe sin que suponga fraude de ley ni renuncia a derechos contraria al interés general ni perjuicio de tercero, ya que el mismo se refiere a las partes del pleito y sin que concurra fraude, contrario al interés general o perjuicio de tercero.



En atención a lo expuesto, concurren todos los requisitos legales exigidos para apreciar y estimar el allanamiento manifestado por la parte demandada resultando condenada a lo solicitado en el petitum de la demanda.

Por lo expuesto, procede estimar la demanda en los siguientes pedimentos y por ello procede en consecuencia:

a) **declaro nula y abusiva la cláusula 7ª sobre gastos del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes y elevado a escritura pública el 24 de julio de 2014 con número de protocolo mil novecientos cincuenta y uno ante el Notario , procediendo su inaplicación.**

b) **condeno a la parte demandada a abonar a la parte demandante la suma de mil setecientos veintinueve euros con noventa y cuatro céntimos (1729,94 €), en concepto de nulidad de la cláusula gastos.**

c) **declaro nula y abusiva la cláusula 8ª sobre interés de demora (12%) del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes y elevado a escritura pública el 24 de julio de 2014 con número de protocolo mil novecientos cincuenta y uno ante el Notario procediendo su inaplicación.**

OCTAVO.- Cláusula de renuncia sobre notificación de la cesión del crédito por la entidad financiera. El artículo 149 de la Ley Hipotecaria establece “El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.”

Por tanto, la cesión de crédito hipotecario es admitida, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro estableciendo la AP de Barcelona de 11 de febrero de 2009 “26. El recurso de los demandantes afirma que también resulta abusiva la estipulación del contrato por virtud de la cual la entidad acreedora se reserva la facultad de transferir a cualquier otra persona o entidad todos los derechos derivados del contrato sin necesidad de tener que notificar la cesión al deudor, quien renuncia al derecho que le concede el art. 149 LH. Afirma el recurso que esa renuncia al derecho a ser notificado





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

cuando exista una cesión de derechos supone una merma de sus derechos. 27. Debemos partir de que la cesión de crédito es admitida, con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 1.112 del Código Civil (EDL 1889/1) y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1.526 y ss del Código Civil (EDL 1889/1); es igualmente admitido que al no ser el deudor cedido parte del negocio jurídico de cesión no es necesario su conocimiento ni consentimiento para la perfección del aquél. 28. En todo caso, la cesión de crédito no puede perjudicar los derechos del cedido, por lo que si la desconoce y satisface la prestación al primitivo acreedor cedente queda libre de su obligación y nada puede reclamar el nuevo acreedor cesionario (artículo 1.527 del Código Civil (EDL 1889/1)), pero si, por el contrario, el cedido tiene conocimiento de la cesión, sólo libera la obligación si paga al cesionario.29. Además, el deudor cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones objetivas o reales que pudiera oponer a su primitivo acreedor, debiendo tener en cuenta que el artículo 1.198 del Código Civil (EDL 1889/1) señala que el deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión.30. La cesión del crédito hipotecario también está contemplada en los artículos 149 y ss y 176 de la Ley Hipotecaria (LH) y artículos 242 a 244 del Reglamento Hipotecario (RH). Y en lo que aquí nos interesa, el artículo 151 de la LH recuerda que cuando se haya omitido la notificación, cuando haya de realizarse, será responsable de los perjuicios el cedente, y el artículo 242 del RH indica que del contrato de cesión se habrá de dar conocimiento al deudor salvo que hubiera renunciado a ese derecho en escritura pública o se tratase del supuesto previsto en el artículo 150 de la LH , es decir, hipoteca constituida para garantizar obligaciones transmisibles por endoso o títulos al portador. 31. Sobre la discusión sobre la nulidad de la cláusula de renuncia a la notificación de la cesión de crédito se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de septiembre de 2009, donde tras analizar la nulidad por abusiva de una cláusula de cesión del contrato, analiza la de cesión de crédito considerando que: “La cláusula no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts 1112,1528 y1878 CCy149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión del contrato, el consentimiento del deudor cedido... Lo que resulta, sin oscuridad, de la





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación “contra proferentem” (art. 1258 CC (EDL 1889/1)) es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts 1527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil. Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª LGDCU (EDL 2007/205571). La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (ST 1 de octubre de 2001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (§. 15 de julio de 2002). La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva “la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos”. La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente. La misma doctrina es aplicable a la cesión de crédito hipotecario. El artículo 149 LH admite que pueda cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esa falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas “Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley” (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso. Por lo tanto, si no se cumplen los requisitos anteriormente citados, la cláusula de cesión de crédito deberá reputarse como abusiva por cuanto impone una limitación de derecho al consumidor de conformidad con el artículo 86.7 TRLGDCU, además de privarle y restringirle las facultades de compensación de créditos prevista en el artículo 86.4 de dicha norma”.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

En atención a lo anterior supone realizar el doble control a la cláusula considerando este Tribunal que la misma supera la transparencia formal por ser una redacción clara pero no la real ya que no se incluye las consecuencias de dicha renuncia y la restricción de derechos frente al tercero que podría acarrearle, por lo que no supera este control. Igualmente en los términos indicados procede determinar que la cláusula es abusiva al restringir derechos del consumidor.

En atención a lo anterior, procede declarar nula y abusiva la cláusula procediendo su inaplicación.

NOVENO.- Cláusula de compensación de saldo. La compensación es una forma de pago que regulan los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, no obstante, la cuota hipotecaria no es la deuda en sí sino una forma de pago. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 diciembre 2009 declara que es una cláusula abusiva la cláusula tipo que expresa que las cuentas y depósitos de efectivo o valores que el titular tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, pudiendo el Banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de diciembre de 2009 dispone que en cuanto a las cláusulas de compensación de pagos son cláusulas válidas, siempre que sean pactadas expresamente por las partes con la adecuada información previa sobre las mismas y sus consecuencias. Ello implica que estas cláusulas, para no ser declaradas abusivas, deben ser redactadas de manera transparente, concreta, sencilla y clara. Así lo dispone el Alto Tribunal en la citada resolución: “La respuesta al motivo cabe resumirla diciendo, que, con independencia de que no todas las Sentencias de las Audiencias Provinciales que cita sientan una conclusión al respecto del tema en el sentido en que lo entienda la parte recurrente, en cualquier caso, no cabe negar que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (art. 1.255 CC), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación «ad intra» con ellos, que





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

aquí no interesa. Otra cosa diferente es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, sepa el alcance de lo que asume, y ello se traduce en esta sede, en que lo haga con la suficiente información. Para ello, la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1999, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente. Y aplicando dicha doctrina a las cláusulas expresadas anteriormente, cabe decir que reúnen los requisitos exigibles las número 1 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) y 2 (Bankinter), y no los reúne la número 3 (Banco Santander Central Hispano) pues no es suficiente la mera referencia a «indistinto». Por ello, se desestima el motivo en cuanto a las dos primeras cláusulas, y se estima en cuanto a la número 3”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 6 de marzo de 2020 establece “Este tribunal tiene perfectamente claro que la conducta del banco, acto seguido a compensar, fue incorrecta. El banco tenía, como ya hemos explicado, derecho a efectuar la compensación y no merece reproche por ello. Ahora bien, lo que nunca debió hacer la entidad financiera demandada es abstenerse de comunicar por escrito al demandante cómo se había operado en esa aplicación de fondos, de manera que su cliente tuviera perfecta constancia del origen de la recepción de cantidades en su favor y del concreto destino que el banco les deparó. Lo que no puede justificarse es el aparente silencio por parte de éste, ya que no consta que enviase una carta brindando las explicaciones correspondientes, ni que mandase los extractos desglosados de cada uno de los movimientos operados para permitir la adecuada comprensión por parte del interesado de cómo se había actuado. Esta conducta de la entidad crediticia entrañaba una vulneración de las buenas prácticas y usos financieros, como así lo informó, además, el Banco de España ante la reclamación planteada por el Sr. Cristóbal. La conducta del banco no resultó neutra, sino que perjudicó al demandante, pues se embarcó en un litigio contra un tercero al desconocer que éste le había transferido fondos, ya que BANCO POPULAR ESPAÑOL SA había recibido ese dinero y lo había aplicado para compensar el saldo negativo de otros productos, sin molestarse en informarle expresamente de esa operativa. Estamos ante un motivo generador de responsabilidad contractual (artículos 1088, 1089, 1091 y 1101 del C. Civil) que obliga al banco a resarcir en lo procedente a su cliente. En nuestra opinión, esa conducta produjo un resultado dañoso para el





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

demandante, pues le llevó a embarcarse en un pleito innecesario por impago contra ese tercero, en el que, además, resultó derrotado, porque el demandado no tuvo problema para justificar el pago. Resulta obvio que esa clase de situaciones entrañan el sufrimiento de costes y enturbian la relación comercial con ese sujeto al que se demanda. Por lo tanto, no podemos sino considerar acertado que el juzgado fijase un importe dinerario a favor del actor en concepto de resarcimiento por el perjuicio sufrido y a cargo del banco que provocó esa situación”.

En aplicación de la doctrina expuesta y la normativa de condiciones generales y consumidores procede concluir que la misma supera el control de transparencia formal pero no el real al no indicar su funcionamiento, naturaleza y consecuencias económicas siendo especialmente relevante éstas últimas. Igualmente se considera que es una cláusula que produce desequilibrio al consumidor en atención a lo que dispone el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU considera abusiva “la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos”. En virtud de lo expuesto, procede declarar la nulidad de esta cláusula.

DÉCIMO.- Cláusula de renuncia sobre notificación de la cesión del crédito por la entidad financiera. El artículo 149 de la Ley Hipotecaria establece “El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.”

Por tanto, la cesión de crédito hipotecario es admitida, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro estableciendo la AP de Barcelona de 11 de febrero de 2009 “26. El recurso de los demandantes afirma que también resulta abusiva la estipulación del contrato por virtud de la cual la entidad acreedora se reserva la facultad de transferir a cualquier otra persona o entidad todos los derechos derivados del contrato sin necesidad de tener que notificar la cesión al deudor, quien renuncia al derecho que le concede el art. 149 LH. Afirma el recurso que esa renuncia al derecho a ser notificado cuando exista una cesión de derechos supone una merma de sus derechos. 27. Debemos partir de que la cesión de crédito es admitida, con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

por el artículo 1.112 del Código Civil (EDL 1889/1) y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1.526 y ss del Código Civil (EDL 1889/1); es igualmente admitido que al no ser el deudor cedido parte del negocio jurídico de cesión no es necesario su conocimiento ni consentimiento para la perfección del aquél. 28. En todo caso, la cesión de crédito no puede perjudicar los derechos del cedido, por lo que si la desconoce y satisface la prestación al primitivo acreedor cedente queda libre de su obligación y nada puede reclamar el nuevo acreedor cesionario (artículo 1.527 del Código Civil (EDL 1889/1)), pero si, por el contrario, el cedido tiene conocimiento de la cesión, sólo libera la obligación si paga al cesionario.29. Además, el deudor cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones objetivas o reales que pudiera oponer a su primitivo acreedor, debiendo tener en cuenta que el artículo 1.198 del Código Civil (EDL 1889/1) señala que el deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión.30. La cesión del crédito hipotecario también está contemplada en los artículos 149 y ss y 176 de la Ley Hipotecaria (LH) y artículos 242 a 244 del Reglamento Hipotecario (RH). Y en lo que aquí nos interesa, el artículo 151 de la LH recuerda que cuando se haya omitido la notificación, cuando haya de realizarse, será responsable de los perjuicios el cedente, y el artículo 242 del RH indica que del contrato de cesión se habrá de dar conocimiento al deudor salvo que hubiera renunciado a ese derecho en escritura pública o se tratase del supuesto previsto en el artículo 150 de la LH , es decir, hipoteca constituida para garantizar obligaciones transmisibles por endoso o títulos al portador. 31. Sobre la discusión sobre la nulidad de la cláusula de renuncia a la notificación de la cesión de crédito se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de septiembre de 2009, donde tras analizar la nulidad por abusiva de una cláusula de cesión del contrato, analiza la de cesión de crédito considerando que: “La cláusula no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts 1112,1528 y1878 CCy149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión del contrato, el consentimiento del deudor cedido... Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación “contra proferentem” (art. 1258 CC (EDL 1889/1)) es que por el adherente se renuncia a la





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts 1527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil. Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª LGDCU (EDL 2007/205571). La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (ST 1 de octubre de 2001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (§. 15 de julio de 2002). La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva “la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos”. La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente. La misma doctrina es aplicable a la cesión de crédito hipotecario. El artículo 149 LH admite que pueda cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esa falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas “Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley” (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso. Por lo tanto, si no se cumplen los requisitos anteriormente citados, la cláusula de cesión de crédito deberá reputarse como abusiva por cuanto impone una limitación de derecho al consumidor de conformidad con el artículo 86.7 TRLGDCU, además de privarle y restringirle las facultades de compensación de créditos prevista en el artículo 86.4 de dicha norma”.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

En atención a lo anterior supone realizar el doble control a la cláusula considerando este Tribunal que la misma supera la transparencia formal por ser una redacción clara pero no la real ya que no se incluye las consecuencias de dicha renuncia y la restricción de derechos frente al tercero que podría acarrearle, por lo que no supera este control. Igualmente en los términos indicados procede determinar que la cláusula es abusiva al restringir derechos del consumidor.

En atención a lo anterior, procede declarar nula y abusiva la cláusula procediendo su inaplicación.

UNDÉCIMO.- Intereses. Además de la cantidad de la deuda y en respuesta a la petición de la parte actora, este tribunal considera conforme a derecho reconocer a esta parte la indemnización por los daños derivados de la morosidad en el cumplimiento de su obligación de pagar la contraprestación a que está obligada la parte demandada, según el artículo 1101 Código Civil y la más reciente **doctrina del Tribunal Supremo (acuñada desde mediados de los años noventa) respecto del superado aforismo “in illiquidis non fit mora”.** **Conforme a la nueva doctrina, la condena al pago de una cantidad de dinero en una sentencia determina que proceda el abono de los correspondientes intereses como justa compensación al acreedor por la cantidad debida, incluso aunque en la sentencia se condene al pago de una cantidad inferior a la pedida. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-5-1998 indica: “si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma” (en la misma línea cabe citar, entre otras, las SSTs 29-11-1999; 8-11-2000).**

La indemnización consiste, al ser una obligación dineraria, según el artículo 1108 Código Civil, y no haberse pactado nada entre las partes, en el interés legal devengado por la cantidad debida desde la interposición de la demanda.

En cuanto al día a quo es el día del cobro de cada una de las cuotas hipotecarias, tal y como dispone el Tribunal Europeo (21 de diciembre de 2016) y el Tribunal Supremo (Sentencias 24 de febrero de 2017, 25 de mayo de 2017 y 20 de diciembre de 2016), órgano que indica expresamente "*en estos casos de nulidad, conforme al artículo 1303 del Código Civil, el*





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

alcance restitutorio de los intereses incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles y en la última sentencia reseñada establece "Ello es así, porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa (sentencias de esta Sala núm. 81/2003, de 11 de febrero; 325/2005, de 12 de mayo; y 1385/2007, de 8 de enero de 2008, entre otras muchas). Ésta es la solución adoptada por los arts. 1295.1 y 1303 CC, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas (sentencias núm. 772/2001, de 20 de julio; 812/2005, de 27 de octubre; 1385/2007, de 8 de enero; y 843/2011, de 23 de noviembre), como sucede, como regla general, con la resolución de las relaciones contractuales".

En el caso de autos, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo recogida en su Sentencia de 19 de diciembre de 2018, ya reseñada, procede, al haber declarado abusiva la cláusula que impone el abono de los gastos derivados del contrato hipotecario, restituir la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula en cuestión, es decir, imponer a la entidad demandada la obligación de abonar las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber existido la cláusula abusiva, asimilando esta obligación a la figura jurídica del enriquecimiento injusto (el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que impuso al consumidor) y a la figura jurídica del pago de lo indebido (el consumidor ha realizado un pago indebido y la entidad bancaria se benefició del mismo), procediendo dejar indemne al consumidor lo cual se consigue con la imposición de abonar lo pagado y los intereses de dicha suma desde su abono por el consumidor hasta el dictado de la sentencia, aplicándose posteriormente lo dispuesto en el precepto 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil..





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

DÉCIMO SEGUNDO.- Costas. El Tribunal Supremo en su Sentencia 472/2020, de 17 de septiembre y 31/2021, de 26 de enero, dispone que en aquellos procedimientos sobre cláusulas abusivas donde el consumidor vea estimadas totalmente sus pretensiones, la banca abonará todas las costas procesales, indicando que la regulación que impone las costas contenida en los artículos 394 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no colisiona con el Derecho comunitario, y en concreto, con la Directiva 93/13, si se respetan los principios de efectividad y equivalencia. El respeto al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea exige dar cumplimiento a otros dos principios: el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas (art. 6.1 de la Directiva 93/13) y el del efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas en los contratos no negociados celebrados con los consumidores (art. 7.1 de la Directiva 93/13). Así alude a la Sentencia 419/2017, de 4 de julio que declaró "el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes: 1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor. 2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas. 3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio. 4.ª) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, procede condenar a la entidad bancaria al abono de las costas procesales”.

Por tanto, la doctrina anterior determina que en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos” (efecto disuasorio inverso).

Asimismo la parte demandada se ha allanado parcialmente tras la contestación sin que proceda cambiar el criterio de condena en costas reseñados por no reunir los requisitos legales del artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Atendiendo a lo expuesto, los preceptos legales citados y los de general aplicación.

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda por el Procurador de los Tribunales D. Vicente Vellibre Chicano, en nombre y representación de
contra la entidad bancaria CAJAMAR CAJA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO y en consecuencia:

a) declaro nula la cláusula 4ª sobre “intereses ordinarios” establece el cómputo de los intereses conforme a la fórmula de 36000 (año 360 días, mes 30 días, con el denominador de 36000) debiéndose de aplicar el método del año natural (365 ó 366 días del año sea o no bisiesto) la duración natural de cada mes y un denominador en la fórmula de cálculo de 36500 ó 36600 del contrato de préstamo celebrado entre las partes y elevado a escritura pública el 24 de julio de 2014 con número de protocolo mil novecientos cincuenta y uno





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

ante el Notario
misma.

procediendo la inaplicación de la

b)condeno a la parte demandada a devolver las cantidades cobradas por la aplicación de la cláusula de cómputo de interés aplicable resultando su cuantía del sumatorio de la diferencia existente entre los intereses abonados en aplicación de dicha cláusula y los que resulten de suprimir la mencionada cláusula, tal y como prevé la escritura litigiosa desde la escritura y durante toda la aplicación de la cláusula declarada nula. La cantidad anterior se determinará en el procedimiento regulado en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil siendo la parte demandante la que debe presentar la cuantificación de la cantidad de conformidad con lo indicado y la escritura pública.

c)declaro nula y abusiva la cláusula 5ª, primer apartado, establece la comisión de apertura del 0,750 % del capital del contrato de préstamo celebrado entre las partes y elevado a escritura pública el 24 de julio de 2014 con número de protocolo mil novecientos cincuenta y uno ante el Notario procediendo la inaplicación de la misma.

d)condeno a la parte demandada a abonar a la parte demandante la suma de dos mil cien euros (2100 €), en concepto de nulidad de la cláusula de comisión de apertura.

e)declaro nula y abusiva la cláusula 7ª sobre gastos del contrato de préstamo celebrado entre las partes y elevado a escritura pública el 24 de julio de 2014 con número de protocolo mil novecientos cincuenta y uno ante el Notario procediendo la inaplicación de la misma.

f)condeno a la parte demandada a abonar a la parte demandante la suma de mil setecientos veintinueve euros con noventa y cuatro céntimos (1729,94 €), en concepto de nulidad de la cláusula de gastos.

g)declaro nula y abusiva la cláusula 8ª sobre interés de demora (12%) del contrato de préstamo celebrado entre las partes y elevado a escritura pública el 24 de julio de 2014 con número de protocolo mil novecientos cincuenta y uno ante el Notario procediendo la inaplicación de la misma.



h) declaro nula y abusiva la cláusula 12ª sobre pacto de compensación del contrato de préstamo celebrado entre las partes y elevado a escritura pública el 24 de julio de 2014 con número de protocolo mil novecientos cincuenta y uno ante el Notario procediendo la inaplicación de la misma.

i) declaro nula y abusiva la cláusula 21ª sobre cesión de crédito del contrato de préstamo celebrado entre las partes y elevado a escritura pública el 24 de julio de 2014 con número de protocolo mil novecientos cincuenta y uno ante el Notario procediendo su inaplicación.

j) condeno a la parte demandada a abonar la suma correspondiente por interés legal desde el abono de las sumas indebidamente cobradas hasta el dictado de la sentencia, aplicándose posteriormente lo dispuesto en el precepto 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

k) condeno a la parte demandada a abonar las costas procesales generadas en esta instancia

Notifíquese la presente resolución judicial a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr./Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en MALAGA.

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA



