

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00081/2017

SENTENCIA

En Palma de Mallorca, a veintitrés de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos por D^a. CLARA BESA RECASENS, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia num. Ocho de esta Ciudad y su Partido Judicial, los autos seguidos en el Juicio Ordinario 871/2016, promovido por D^a. EVA AMENGUAL ALONSO, representada en Juicio por la Procuradora de los Tribunales D^a. Sara Truyols Álvarez Novoa, y asistida del **Letrado D. Ricardo González Zayas**, en ejercicio de una acción de nulidad dirigida contra TARGOBANK, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Gonzalo Bernal García, y asistida del Letrado D. Demetrio Madrid Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Procedente de la Oficina del Decanato, se repartió a este Juzgado demanda presentada el día 17 de Noviembre de 2016, por la Procuradora de los Tribunales D^a. Sara Truyols Álvarez Novoa, en la representación arriba indicada, en cuyo suplico se solicitaba se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1º.- NULIDAD DE LA CLAUSULA FINANCIERA 3.3. LIMITACION A LOS TIPOS DE INTERES.

- a).- Declarar nula de pleno derecho la cláusula de limitación del tipo de interés incluida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria citada.
- b).- Condenar a la entidad demandada a eliminarla.
- c).- Condenar a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas de los préstamos hipotecarios sin la cláusula suelo, y devolver, en su caso, el exceso de intereses cobrado

desde el 9 de mayo de 2013, hasta el 5 de agosto de 2015 fecha que unilateralmente dejó de aplicarse, todo ello en consonancia con la “doctrina fijada” por la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015.

Subsidiariamente, respecto de la pretensión anterior, para el evento en que durante el presente procedimiento se dictara una sentencia por el TJUE anulando la “doctrina fijada” por el Tribunal Supremo referida, se condene a la demandada a devolver, en su caso, el exceso de intereses cobrado desde el inicio del préstamo (o *ex tunc*).

2º.- NULIDAD DE LA CLAUSULA FINANCIERA 4.1 COMISION DE APERTURA.

- a) Declarar nula de pleno derecho la citada cláusula.
- b) Condenar a la entidad demandada a eliminarla.
- c) Condenar a la demandada a fin de que proceda a reintegrar a mi mandante la suma de **DOS MIL OCHOCIENTOS EUROS CON OCHENTA Y CINCO CENTIMOS (2.800,85 euros)** más sus intereses legales desde la fecha de cobro 19 de enero de 2007.

3º.- PACTO FINANCIERO 4.3 COMISION RECLAMACION POSICIONES DEUDORAS.

- a) Declarar nula la citada cláusula.
- b) Condenar a la entidad demanda a eliminar dicha cláusula.
- c) Condenar a la entidad demandada a reintegrar a mi representada las comisiones cobradas por reclamación de posiciones deudoras, toda vez que no se desglosan en los cuadros de amortización entregados, a determinar en ejecución de sentencia

4º.- CLAUSULA FINANCIERA 4.6 SEGURO DE PRIMA UNICA.

- a) Declare la nulidad de dicha cláusula.
- b) Condenar a la entidad demandada a eliminarla.
- c) Condenar a la entidad demandada a devolver a la parte demandante la suma de percibida en concepto de demoras de **3.162,10€**, más intereses legales.

5º.- CLAUSULA FINANCIERA 6 MORA

- a) Declare la nulidad de dicha cláusula.
- b) Condenar a la entidad demandada a eliminarla

c) Condenar a la entidad demandada a devolver a la parte demandante la suma percibida en concepto de demoras, por importe de **MIL OCHENTA Y CUATRO EUROS CON OCHO CENTIMOS (1.084,08€)** más sus intereses legales.

6º.- CLAUSULA HIPOTECARIA QUINTA ± CESION DE CREDITO

- a) Declare la nulidad de dicha cláusula.
- b). Condenar a la entidad demandada a eliminarla.

SEGUNDO.- Por decreto se admitió a trámite la demanda y el emplazamiento del demandado por el término de veinte días. La parte demandada se personó en forma y contestó a la demanda y solicitó su desestimación, sin imposición de costas. Por diligencia, se tuvo por contestada la demanda y se señaló día y hora para la celebración de Audiencia Previa.

TERCERO.- El día de la Audiencia Previa, comparecieron las partes, representadas por sus Procuradores y asistidas por sus Letrados. Seguidamente ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se concedió el turno de palabra a las partes presentes, para que se alegaran cuestiones procesales, alegaciones complementarias, o impugnación de dictámenes o documentos. Por la demandante se renunció a la petición principal, manteniendo la subsidiaria, con respeto a la nulidad de la cláusula 3.3 de limitación del tipo de interés. Igualmente se planteó como excepción procesal la iliquidez de la condena por estar proscritas las condenas con reserva de liquidación. La parte demandante concretó que con respecto a la condena de la cláusula por comisión de apertura y posiciones deudoras, el importe conjunto reclamado es de 2.877,35€ según cuadro de amortización. En cuanto a la cláusula financiera por seguro de prima única se reclama el importe de 3.162,10€. A continuación se efectuó declaración de hechos controvertidos y no controvertidos, declarándose como controvertidos: 1º) Si es o no una condición general; 2º) Información y transparencia y abusividad de la condición; 3º) Efectos. Se prosiguió con el trámite de proposición de prueba. La parte actora propuso como medio de prueba la documental acompañada con la demanda. La parte demandada propuso como medios de prueba documental. Los medios de prueba propuestos se admitieron y dado que la prueba propuesta era la documental, se acordó que al no resultar necesaria la celebración de vista, los autos quedarán pendientes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora, ejercita una acción de nulidad de seis de las cláusulas comprendidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 19 de enero de 2007, en concreto son las cláusulas financieras 3.3, 4.1, 4.3, 4.6, 6 y la hipotecaria 5ª, relativa a la cesión de crédito.

La demandada, el día de la vista, manifestó que no se opone a la declaración de nulidad de la cláusula de variación de tipo de interés pero si a los efectos retroactivos de la misma, y se opuso a la declaración de nulidad del resto de las cláusulas interesadas y sus efectos.

Vista la posición de las partes, procede valorar cada una de las cláusulas por separado, si bien teniendo en cuenta, que no se ha cuestionado la condición de consumidora de Dª Eva Amengual Alonso, lo que permite la aplicación íntegra de toda la materia tuitiva de los consumidores prevista en nuestro ordenamiento, en materia de nulidad de cláusulas por falta de transparencia y abusividad, tal y como resulta del art. 80 del RD 1/2007, al igual que sucedía con la anterior regulación la ley 26/1984 de Consumidores y Usuarios, vigente a la fecha de celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

SEGUNDO.- Nulidad de la cláusula 3.3 de limitación del tipo de interés.

A) La primera cuestión opuesta por la demandada es si la cláusula suelo es elemento esencial o puede examinarse como condición general. Dicho extremo fue resuelto por la conocida sentencia de fecha 9 de Mayo de 2013 del Tribunal Supremo cuando dispuso en su fundamento de derecho décimo:

"2.3. *Conclusiones.* De lo expuesto cabe concluir:

- a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.
- b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone."

B) La segunda cuestión afecta al control de transparencia de las condiciones generales, el cual se encuentra en el actual art. 80 del R. Decreto Legislativo 1/2007, que regula las mismas **a) Concreción, claridad y sencillez** en la

redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. **b)** Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura. **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.

Al mismo resultado se llega por aplicación del art. 10 de la ley 26/1984 de Defensa General de Consumidores y Usuarios vigente al tiempo de la celebración del contrato.

Sobre el control de transparencia, debe decirse que el mismo conlleva no solo que sea fácilmente comprensible, sino que el consumidor pueda tener conocimiento de la información que transmite y sus consecuencias en el contrato suscrito.

En dicho sentido puede traerse a colación sentencia del TS num. 138/2015 de fecha **29 de Abril de 2015**, cuyo Ponente es Rafael Sarazá Jimena, con relación a una cláusula suelo, en la cual efectúa una valoración de lo que debe entenderse por control de transparencia en su fundamento de derecho decimocuarto, con expresa referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013, y 25 de Marzo de 2015, expresándose en los siguientes términos:

"Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la **cláusula** predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o

desarrollo del mismo. Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la **cláusula**, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones **abusivas**. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una **cláusula** que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato ».

Por tanto, que las **cláusulas** en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible, no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse **cláusulas** que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las **cláusulas** no se referirá a [...] siempre que dichas **cláusulas** se redacten de manera clara y comprensible»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas **abusivas** si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Así lo hemos declarado también en la sentencia núm.138/2015, de 24 de marzo.

4.- En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (apartado 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (apartado 72), que «del anexo de la misma Directiva, resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia, la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.»

Y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, tras declarar en su apartado 41 que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor, la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que «la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.»

5.- En el presente caso, la decisión ha de adoptarse en base a los criterios de transparencia que se formularon en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como concreción de las exigencias de la normativa nacional y comunitaria. Tales criterios integran la parte sustancial de la doctrina jurisprudencial sentada en dicha sentencia y confirmada por

las posteriores núm. 138/2015, de 24 de marzo, y núm. 139/2015, de 25 marzo, que como tal doctrina jurisprudencial es aplicable no solamente a las cláusulas suelo objeto de tales procesos, sino a todas las que constituyan cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, de modo que permite a las entidades financieras y a los consumidores valorar en cada caso si las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario concertadas entre los mismos superan o no el control de transparencia.

En el caso aquí enjuiciado, concurren todas las circunstancias que llevaron a que en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, declaráramos la abusividad de las cláusulas suelo cuestionadas, por falta de transparencia, y que son:

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas, y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.»

En el supuesto examinado en los presente autos, tras pactarse como interés fijo durante el primer año el tipo del 4,764%, y para los años sucesivos se pacta Euribor a un año incrementado en 1,250 puntos porcentuales, resulta que por medio de la cláusula suelo se establece un límite próximo al tipo del primer año, de manera que el interés remuneratorio pactado es un interés ficticiamente variable, dado que se fija una cláusula suelo cuyo efecto determina que el interés actúe como fijo y en beneficio exclusivo de la entidad prestamista. En el contrato se acuerda índice de referencia EURIBOR más 1,250 puntos, luego se fija un 4,00% como cláusula suelo. La entidad se está asegurando que el interés,

sea como mínimo 4%, cuando sin embargo está vendiendo el interés del préstamo como variable. A nivel formal se ubica de manera separada, pero dentro de la propia cláusula tercera, si bien define el interés variable en el apartado 3.2, y la limitación sobre la variación del tipo de interés en el apartado siguiente 3.3.

Por otra parte no debe olvidarse que la carga de la prueba de la información completa facilitada a los consumidores y de su negociación, corresponde a la entidad bancaria, al tratarse de un contrato de adhesión, sin que conste que la misma entidad, haya informado al deudor de la repercusión de dicha cláusula en el precio del préstamo, con escenarios o hipótesis ejemplificativas. No consta tampoco que el cliente tuviera con carácter previo al otorgamiento de la escritura, una oferta vinculante o bien un borrador de la escritura.

La consecuencia, es la falta de transparencia de la cláusula suelo, al impedir al consumidor representarse como actúa la misma, que repercusiones reales tenía sobre el interés pactado, y que era irrelevante pactar un interés variable, por cuanto se iba a comportar como un interés fijo por mor de la cláusula suelo, en beneficio exclusivo del prestamista.

En dicho sentido, sobre la posibilidad de dejar sin efecto una clausula suelo por falta de transparencia, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, pudiendo citar en concreto sentencias 9 de Mayo de 2013, sentencia 25 de Marzo de 2015 y sentencia 23 de diciembre de 2015, en este último caso con respecto a un caso de cláusula suelo del Banco Popular, además de las antes relacionada de fecha 29 de abril de 2015.

C) En tercer lugar, se valoran los efectos de la declaración de nulidad, toda vez que la parte demandada solicita que se aplique solo desde mayo de 2013.

En el presente caso, la nulidad debe acarrear los efectos propios del art. 1303 del Código Civil, y el art. 83 de la ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de fecha 21 de Diciembre de 2016, al resolver cuestión prejudicial, planteada por el Tribunal de lo Mercantil num. 1 de Granada en C-154/15, a la que posteriormente se acumularon las C-307/15 Y C-308/15, con relación art. 6 y 7 de la Directiva 93/13 CEE de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas, y que resuelve:

“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del art. 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula, con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”

Al mismo resultado se llega por aplicación de la Ley 26/1984 de Defensa General de los Consumidores y Usuarios, vigente a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, en particular art. 2 y art. 10 del referido Texto Legal, al margen del efecto útil de la Directiva Comunitaria 93/13 CEE.

Consecuentemente, la declaración de nulidad de la cláusula por falta de transparencia, comporta su falta de validez, y su inaplicación, desde la fecha de celebración del contrato, es decir retroactividad plena, y no limitada como hasta la fecha se venía haciendo conforme Doctrina del Tribunal Supremo.

D) En cuarto y último lugar, la consecuencia de esta falta de validez de la cláusula de variación del tipo de interés y de su efecto retroactivo, es que deberá liquidarse el préstamo conforme lo pactado y por tanto según el interés variable previsto en la cláusula 3.2 del contrato, debiendo proceder a una nueva valoración del préstamo y sus intereses, desde la fecha de la celebración del contrato el día 19 de enero de 2007, hasta la fecha de su inaplicación por la entidad.

TERCERO.- Nulidad de la cláusula 4.1 por comisión de apertura y 4.3 comisión por reclamación de posiciones deudoras.

El control de la cláusula relativa a las comisiones y gastos por posiciones deudoras, determina que deban ser declaradas nulas en su redacción y aplicación, toda vez que no consta la negociación de las referidas cláusulas ni que se corresponda a un servicio efectivo, de conformidad con el principio de claridad y transparencia, exigible conforme art. 80 del Texto Refundido de la ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, RD legislativo 1/2007, y la normativa vigente Orden EHA /2899/2011 sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la Circular del Banco de

España 5/2012, si bien a la fecha de celebración del contrato regia el art. 10 de la Ley 26/1984 y la Orden 5 de mayo de 1994 y de 12 de Diciembre de 1989.

En el presente caso, se carga a la prestataria al suscribirse el préstamo, una comisión de apertura de 2.800,85€ y unas comisiones por posiciones deudoras de 30,05€ cada una, que sumadas todas según extracto presentado, sumarían un total de 2.877,35€. Sin embargo no se ha justificado el motivo de la comisión, ni el gasto ni el servicio retribuido con ella, no existe ni la más mínima justificación ni aclaración por parte de la entidad prestamista, circunstancia que permite declarar la nulidad de la cláusula por abusiva, al imponerse dicha condición general, resultando un manifiesto desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, que determina que ha sido impuesta en contra de la buena fe que debe regir las relaciones negociales, de acuerdo con el **art. 82 y 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007**, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Al mismo resultado se llega por aplicación de la Ley 26/1984 de Defensa General de los Consumidores y Usuarios, vigente a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, en particular art. 2 y art. 10 del referido Texto Legal, al margen del efecto útil de la Directiva Comunitaria 93/13 CEE.

CUARTO.- Nulidad de la cláusula 4.6 seguro de prima única.

En cuanto a la cláusula impugnada, nada impide que se pacte un contrato de seguro, normalmente para garantizar los riesgos que pudieran afectar a la finca objeto de hipoteca o a las cuotas pendientes de amortizar. Dicha cláusula sería válida siempre que se justifique la existencia del seguro, dado que en caso contrario, da lugar a considerar no solo que se ha impuesto unilateralmente, sino que sobretodo no responde a un contrato de seguro efectivo, por lo que es contraria al mínimo equilibrio de derecho y obligaciones de las partes, y por tanto contraria a la buena fe que debe regir las relaciones negociales. En el presente caso, se impone al celebrar el contrato una prima única por un seguro, por valor de 3.162,10€, desconociéndose absolutamente la existencia del seguro, su identificación, la más mínima información, resultando dicha estipulación manifiestamente abusiva, y consecuentemente nula de conformidad con el art. 82 y 83 de la Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el texto refundido de Ley **General** para la Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios. A mayor abundamiento, debe resaltarse que la carga de la prueba sobre la negociación de la cláusula

y su validez, recae sobre la entidad comercializadora, conforme art. 82.2 del mismo Texto Legal, entidad que no ha practicado prueba alguna al respecto.

Al mismo resultado se llega por aplicación de la Ley 26/1984 vigente a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, en particular art. 2 y art.10.

QUINTA.- Nulidad de la cláusula 6ª sobre intereses moratorios.

En el presente caso, se solicita la nulidad de la cláusula relativa al interés moratorio consistente en el interés remuneratorio + 16 puntos, hasta un máximo de 25,114%. El interés remuneratorio estipulado de la primera fase es de 4,764%, y la segunda Euribor a un año + 1,250. Tal y como se recoge en la ilustrativa sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 para los préstamos hipotecarios (que a su vez reproduce el mismo criterio previsto para declarar la abusividad de los intereses moratorios de los préstamos personales, acordado ya en sentencia del Tribunal Supremo fecha 22 de abril de 2015), el interés de demora no puede superar en 2 puntos al ordinario o remuneratorio. En el caso concreto, el interés ordinario en el cómputo anual sería de un mínimo de 16 puntos, el cual incrementado en 2 puntos, resultaría un interés moratorio mínimo de 18%, por lo que supera en más de 2 puntos el límite fijado jurisprudencialmente. Consecuentemente procede declarar la abusividad, de conformidad con el art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, al considerarse que es una estipulación no negociada expresamente, que en contra de las exigencias de la buena fe, causa al consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

Al mismo resultado se llega por la aplicación del art. 10.4 la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios 26/1984 de 19 de Julio.

SEXTA.- Cláusula hipotecaria 5ª sobre cesión de créditos.

La última de las condiciones generales cuya nulidad se reclama es el de naturaleza hipotecaria, y su tenor literal es el siguiente: "La Entidad acreedora se reserva la facultad de transferir a cualquier persona o entidad, todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia del deudor, quien renuncia al derecho que al efecto le concede el artículo 149 de la Ley Hipotecaria."

El art. 149 de la ley Hipotecaria, en su redacción vigente a la fecha de otorgarse la escritura, exigía expresamente que la cesión se haga en escritura pública, se ponga en conocimiento del deudor y se inscriba en el Registro.

Dicho artículo fue reformado posteriormente por la Ley 41/2007, con la siguiente dicción literal: "el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1526 del Código Civil."

Es cierto que existe un disquisición doctrinal, acerca de si procede o no la notificación al deudor, o si solo procede cuando es la cesión del contrato pero no cuando se cede un crédito.

En el presente caso, además de considerar que la estipulación se pactó dentro de las condiciones hipotecarias y no las financieras, es evidente que por la fecha de otorgamiento de la escritura, es decir el día 19 de enero de 2007, resultaba de aplicación la redacción del art. 149 de la Ley Hipotecaria, anterior a la reforma operada por la Ley 41/2007, que exigía en todo caso la notificación, y por tanto, la renuncia a dicho derecho, impuesta unilateralmente, sin negociación, es una limitación al derecho de los consumidores y usuarios, y debe declararse abusiva de acuerdo con el art. 82.4 b), toda vez que la carga de que fue objeto de negociación y no impuesta unilateralmente por la demandada, recaía sobre la entidad bancaria, que no ha propuesto ni practicado prueba alguna al respecto, ni ha justificado el motivo de su inclusión en el contrato, ni porque se impone en beneficio exclusivo de una de las partes.

A idéntico resultado se llega, si se aplica el art. 2 y el art. 10 de la Ley 26/1984 vigente en la fecha de celebración del contrato.

La nulidad de esta clase de pacto por razón de su carácter abusivo está ya fijada en la *sentencia del Tribunal Supremo de 16/12/2009*, al decir;

<<. ...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. 1.527 (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. La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de **cesión** no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2.001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2.002). 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 del crédito hipotecario. El art. 149 LH admite que puede 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 esta 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).>>

SÉPTIMA. - Costas. En materia de costas, y de conformidad con el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es de aplicación el criterio del vencimiento objetivo, por lo que procede imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos citados, y los de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMAR íntegramente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Sara Truyols Álvarez Novoa, en nombre y representación de D^a. ~~XXXXXXXXXXXX~~, dirigida contra **TARGOBANK, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Gonzalo Bernal García, acordando los siguientes pronunciamientos, con respecto al contrato de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 19 de enero de 2007, otorgada ante el Notario de Palma de Mallorca D. José Moragues Caffaro num. protocolo 163/2007:

1º. a) Se declara nula por falta de transparencia, la cláusula financiera recogida en el apartado **3.3** de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 19 de Enero de 2019, que estipula un interés nominal mínimo del 4,00%.

b) Se acuerda la eliminación de la anterior cláusula de dicho contrato y se tiene por no puesta.

c) Se condena a la entidad TARGOBANK, S.A. a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, por el

efecto retroactivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo o de limitación del tipo de interés, desde el día de la celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, debiendo en su lugar efectuarse una nueva liquidación conforme el interés remuneratorio pactado.

2° y 3°. a) Se declara la nulidad por abusiva, de la cláusula financiera **4.1 y 4.3** sobre comisión por apertura y por posiciones deudoras

b) Se condena a la demandada a la eliminación de dicha cláusula del contrato.

c) Se condena a la demandada a la devolución de los importes indebidamente cobrados por los referidos conceptos, que suman un total de **2.877,35€**.

4°. a) Se declara la nulidad por abusiva de la cláusula financiera **4.6** de seguro de prima única.

b) Se condena a la demandada a la eliminación de dicha cláusula del contrato.

c) Se condena a la demandada a la devolución del importe indebidamente percibido de **3.162,10€** de la prima única.

5°. a) Se declara la nulidad por abusiva, de la cláusula financiera **6ª** relativa al interés de demora.

b) Se condena a la demandada a la eliminación de dicha cláusula del contrato.

c) Se condena a la entidad demandada a devolver a la parte demandante la suma percibida en concepto de demoras, por importe de **1.084,08€**.

6°. a) Se declara la nulidad por abusiva, de la cláusula hipotecaria **QUINTA** relativa a la cesión del crédito.

b) Se condena a la demandada a su eliminación.

7°. Se imponen las costas a la parte demandada.

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

LA MAGISTRADA-JUEZ

Modo de Impugnación: Notifíquese a las partes la presente resolución, informándolas que contra esta sentencia cabe recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes a su notificación, que se interpondrá ante este órgano judicial.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros y la tasa correspondiente, salvo que el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en la cuenta de este expediente, abierta en la entidad bancaria Santander con el nº 0470-0000-04-0871-16, indicando en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dictó, en Audiencia Pública, en el mismo día de la fecha. Doy fe.

Letrada de la Administración de Justicia,