



Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers

Calle Josep Umbert, 124 - Granollers - C.P.: 08402

TEL.: 936934586
FAX: 936934589
EMAIL: instancia4.granollers@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0809642120168121004

Procedimiento ordinario 779/2016 -F

Materia: Juicio ordinario por cuantía

Parte demandante/ejecutante: BANCO BILBAO
VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.
Procurador/a:

Parte demandada/ejecutada:
Procurador/a:
Abogado/a:
MÓNICA REVUELTA GODOY

SENTENCIA Nº 2/2017

En Granollers, a 9 de enero de 2016.

Vistos por mí, Doña Nuria Barcones Agustín Magistrada-Juez , del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers, las presentes actuaciones de **Juicio ordinario sobre reclamación de cantidad** tramitados con el número 779/16, en el que han intervenido como demandante BBVA SA, representada por el Procurador Sr. XX y asistido de Letrado Sr. XXX, y como demandados XXXXXX, representado por el Procurador Sr. XXXXX y asistido del letrado Sra. Revuelta, en virtud de las siguientes consideraciones,

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IA/P/cons/JuicioOrdinarioSegur de Verificació: NJO126XHAG8UKIDF07660CXW3ULVIGD

Signat per Barcones Agustín, Nuria;

Data i hora 09/01/2017 11:10



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 20 de junio de 2016 se turnó a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por BBVA , SA , en la que se afirma que los demandados habían suscrito un crédito multiopción con garantía hipotecaria de un capital de 48.000 euros, constituyendo hipoteca a favor del actor sobre la registral XXXX del RP de Canovelles. Los demandados han incumplido sus obligaciones de pago y de acuerdo con lo previsto en la cláusula sexta bis del contrato el banco ha dado por vencida la deuda, reclamándose en este procedimiento lo adeudado. Por todo ello, solicita la condena al pago de la suma 41.909,91 euros, intereses y costas. Se emplazó a los demandados quienes contestaron a la demanda solicitando desestimación por nulidad de cláusulas de vencimiento anticipado, intereses de demora, comisión de devolución y cláusula suelo.

SEGUNDO. Posteriormente se citó a las partes para la celebración de la audiencia previa legalmente prevista, teniendo lugar la misma el día 21 de diciembre de 2016. En el día y hora señalada comparecieron ambas partes. Se fijaron los hechos controvertidos. Por la parte demandante propuso como medios de prueba la documental y el interrogatorio, siendo admitida toda la propuesta. Por el demandado se propuso prueba documental que fue admitida. Tras lo cual quedaron los autos vistos para dictar sentencia el día 21 de diciembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se ejercita en este procedimiento una



acción de reclamación de cantidad derivada de la suscripción de un contrato de préstamo con garantía real. A tal pretensión se opone la parte demandada en base a los argumentos y fundamentos jurídicos expuesto en el escrito de contestación y que aquí se dan por reproducidos.

Siendo ello así a la actora corresponde acreditar los hechos en los que basa su pretensión (art. 217 de la LEC) y a la parte demandada el pago o la existencia de cualquier otra causa obstativa o excluyente de su obligación de pago.

SEGUNDO. Expuesto lo anterior, debe valorarse la prueba obrante en autos consistente en la documental aportada por la actora.

En la demanda se aporta la escritura de fecha 18 de diciembre de 2008 un préstamo con garantía hipotecaria. Se aporta liquidación de saldo deudor efectuada el día 29 de octubre de 2013. Se aporta listado del desarrollo de la operación del que resulta el interés aplicado a las cuotas devengadas. Constan requerimiento extrajudiciales.

La parte demandada ha aportado copia del procedimiento de ejecución hipotecaria instado por la actora y que fue sobreseido en instancia.

No se ha negado por la demandada el impago de cuotas. No es controvertido que los demandados ostenten la condición de consumidores.

El objeto de controversia es la declaración de nulidad de cláusulas abusivas instada por la demandada. Consta la declaración de nulidad efectuada en sede de ejecución hipotecaria. En este momento debemos proceder a su análisis atendida la acción instada en el proceso declarativo. Para ello debe estarse a la reciente jurisprudencia recaída en la materia y de forma

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/iap/consultaCSV.html>
Codi Segur de Verificació: NJ0126XHAG8UKIDFO766OCXW3ULVIGD
Signat per Barcones Agustín, Núria;
Data i hora 09/01/2017 11:10



muy especial a la SAP de Pontevedra cuyo criterio se comparte plenamente. Así la SAP de fecha 26 de mayo de 2016 en la que de forma muy clara se explica el criterio a seguir cuando en un procedimiento ordinario se insta el incumplimiento de un préstamo con garantía real en contraposición a los préstamos personales y debiendo diferenciarlo debidamente de la acción instada en ejecución hipotecaria. Así la citada sentencia establece:

"La cuestión controvertida ya fue analizada en el Auto del pleno de las secciones civiles de esta Audiencia Provincial de fecha 30 de octubre de 2015, al que también se remite *nuestra sentencia de 9 marzo 2016* (ponente Sr. Almenar Belenguer) y en el que, revisando el criterio seguido hasta ese momento por las distintas Salas, se razonaba:

"Como regla general en relación con las cláusulas de **vencimiento anticipado**, cumple recordar que la jurisprudencia más reciente sólo admite la validez de dichas cláusulas cuando "*concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes*" (cfr. *SSTS 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, y 16 de diciembre de 2009*). Línea jurisprudencial que, como se verá, ha sido confirmada por la *STJUE* de 14 de marzo de 2013 (apartado 73).

Por lo que se refiere en particular al **vencimiento anticipado** por la falta de pago de cualquiera de los plazos de intereses o cuotas de amortización, la jurisprudencia se ha inclinado tradicionalmente, con base en el *art. 1255 CC*, por considerar válidas las cláusulas de **vencimiento anticipado** en los préstamos cuando concurra justa causa, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas



de amortización del préstamo (en esta línea se manifiestan las SSTs de 7 de febrero de 2000 , 9 de marzo de 2001 , 4 de julio y 12 de diciembre de 2008).

Así, la STS de 17 de febrero de 2011 repasa la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

"(...) la posible controversia no existe tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, ya que en su artículo 693.2 admite la plena eficacia de tales pactos siempre que estén inscritos en el Registro de la Propiedad. Por otro lado -añade la Audiencia- es obvio que tanto las cantidades adeudadas ya vencidas como las vencidas anticipadamente pueden reclamarse en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria «debiendo descartarse la peregrina idea expuesta por el apelante de que los plazos ordinarios son los únicos que pueden reclamarse en este tipo de procedimientos, mientras que el **vencimiento anticipado** debería ejercitarse a través de otro procedimiento ordinario destinado a solicitar la resolución del contrato».

Esta Sala tiene declarado en sentencia nº 506/2008, de 4 de junio , que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente [en la sentencia que cita la parte recurrente de 27 marzo 1999] por la nulidad de tales cláusulas de **vencimiento anticipado** en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil , no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió "obiter dicta", en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido



por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas, por ejemplo en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000.

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

El problema se plantea en relación con los contratos de larga duración, como es el que nos ocupa: un contrato de préstamo a devolver en un plazo de veinticinco años (descontados los dos años de carencia), que finaliza el 1 de julio de 2032 (cláusula segunda de la escritura de 22 de junio de 2005).

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Aziz, después de apuntar los criterios que el Juez nacional debe ponderar en abstracto para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual inserta en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, recordó con relación a la cláusula relativa al **vencimiento anticipado** en este tipo de contratos: " En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al **vencimiento anticipado** en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado,



corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del **vencimiento anticipado** del préstamo ."

Así pues, para valorar si la cláusula enjuiciada causa, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato, debemos, primero, analizar si la facultad de la entidad de crédito para declarar vencido anticipadamente el contrato y reclamar el total importe del préstamo viene vinculada al incumplimiento por el prestatario de una obligación esencial (en una primera aproximación parece que solo puede tratarse del incumplimiento de obligaciones que afecten directamente al préstamo -impago real o inminente de las cuotas o plazos- o a la garantía hipotecaria -pérdida o deterioro grave del inmueble-), siempre y cuando dicho incumplimiento pueda calificarse de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo; y, segundo, ponderar si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas de derecho interno aplicables en la materia y si, en todo caso, tales normas nacionales prevén medios adecuados y eficaces para que el prestatario pueda poner remedio a los efectos del **vencimiento**



anticipado del préstamo.

Precisamente, con el fin de tratar de incorporar esta doctrina a nuestro ordenamiento positivo en materia de ejecución hipotecaria, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dio nueva redacción al art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo apartado 2º dice: " Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución ."

El apartado 3º del mismo precepto añade que, en este caso, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor " que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte "; y el párrafo segundo del mismo apartado aclara que, si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, " el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades " expresadas.

De este modo, el legislador remite el concepto de "obligación de carácter esencial" al puntual pago de las cuotas del préstamo, establece un mínimo de incumplimiento susceptible de generar el presupuesto fáctico que faculte al prestamista para resolver anticipadamente el contrato y apunta un



posible remedio para el ejercicio de esta facultad a través de la consignación del importe debido.

No obstante, conviene destacar que la reforma legal no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, por debajo del cual se impide *ex lege* el **vencimiento anticipado**, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad. Únicamente así cabría entender que la norma respeta la exigencia jurisprudencial de que el cumplimiento " *tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo* ".

La discusión surge a la hora de valorar la concurrencia de los criterios o parámetros apuntados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso concreto (y anticipados, si bien con carácter general, por nuestro Tribunal Supremo), lo que a su vez exige dar respuesta a tres interrogantes que se suscitan escalonadamente:

1º Si la cláusula de **vencimiento anticipado** litigiosa está incluida dentro del ámbito de aplicación de la **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, o, por el contrario, puede entenderse comprendida en la exclusión prevista en el art. 1.2 de la expresada norma.**

2º **En caso de entender que la cláusula está sujeta a la Directiva, habrá que determinar en** qué momento ha de apreciarse el carácter abusivo de la cláusula, es decir, si cuando se elaboró e incorporó al contrato o en el instante en que se pretende aplicar, o, más concretamente, si debe



tenerse o no en cuenta el modo en que se aplica la cláusula por el empresario para extraer si puede considerarse o no abusiva.

3º Para el supuesto de que se concluyese que la cláusula es abusiva y, consecuentemente, nula, habrá que dilucidar cuales son los efectos de tal declaración de nulidad.

CUARTO .- La consideración de la cláusula de vencimiento anticipado estudiada como cláusula incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

En el Considerando décimo tercero de la Directiva 93/13 se explica: " Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen *cláusulas abusivas* ; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas » que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo ".

Y en consonancia con esta afirmación, el art. 1.2 de la Directa previene que "[L]as cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las



disposiciones de la presente Directiva ".

Las dudas pueden aparecer porque el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en su redacción vigente en la fecha de celebración del contrato, rezaba: " Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro ."

La cláusula en cuestión permite a la entidad financiera tener " por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos: a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran... "

Aparentemente, la cláusula reproduce el art. 693.2 LEC , de tal suerte que podría deducirse que no queda sometida a las disposiciones de la Directiva.

La Sala es consciente de que quizá, en defensa de esta tesis, pudiera invocarse la STS 470/2015, 7 de septiembre (ponente Sr. Saraza Jimena), cuyo fundamento de derecho octavo señala:

" OCTAVO.- El **vencimiento anticipado** de los contratos de financiación al comprador de bienes muebles a plazos.

1.- El contrato celebrado entre Santander Consumer y los demandados es un contrato de financiación a comprador de bienes muebles. En el caso enjuiciado, el préstamo se concedió para financiar la adquisición de un automóvil.

Este contrato se encuentra regulado en la



Ley 28/1998, de 13 de julio, como resulta de la regulación que de su ámbito de aplicación hace el art. 1.1 en relación al art. 4 de la ley.

El art. 10.2 de esta ley prevé: « [1]a falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente ».

2.- La estipulación que en el contrato regulaba el **vencimiento anticipado** del contrato reproduce el régimen establecido en el citado precepto legal, sin añadir ninguna modificación significativa, por lo que no puede aplicarse el control de abusividad establecido en el art. 3.1 y concordantes de la Directiva 13/1993, y en la legislación nacional que la traspone al Derecho interno.

Como declaró la STJUE de 30 abril de 2014, Caso Barclays Bank, S .A. contra Alejandra y Cristobal, asunto C-280/13, « [1]a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las **cláusulas abusivas** en los contratos celebrados con consumidores, y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones ». Por tanto, la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos



dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato. "

Sin embargo, a juicio de la Sala, ni la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 , ni la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2015 , son de aplicación al caso de autos porque aquí no nos encontramos ante la transcripción de un precepto legal o reglamentario de naturaleza imperativa, sino ante una estipulación que plasma el convenio que una norma legal admite, en principio, como válido a los efectos de facultar al acreedor a reclamar la parte no vencida.

Más concretamente, el art. 693.2 LEC no contiene una disposición imperativa, sino que se trata de una norma procesal orientada a aclarar la admisibilidad de un pacto extraprocesal por el que las partes acuerdan conceder al acreedor el derecho a declarar vencido el préstamo en determinadas condiciones. No se impone nada, sino que se recoge una mera posibilidad o facultad.

Y, por otra parte, una cosa es que el art. 693.2 LEC exija que las partes hayan pactado expresamente en la escritura el reconocimiento de tal facultad a favor del acreedor y que el pacto acceda al Registro de la Propiedad, como requisitos *sine qua non* para el acreedor pueda reclamar el importe total a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, y otra cosa muy distinta que semejante previsión implique, primero, que el ejercicio de dicha facultad es un trasunto de una disposición legal (tan no es así que, si no se recoge expresamente en la escritura, el acreedor no puede dar por vencida la totalidad del préstamo), y, segundo, que se legitima o ampara legalmente, siempre y en todo caso, el **vencimiento anticipado** .

No es que el precepto de por bueno o valide el pacto que recoge la facultad de **vencimiento**



anticipado , con independencia de las concretas condiciones en que se materialice, sino que, partiendo de que la estipulación sea válida desde el punto de vista de su contenido, exige que conste y se recoja en la escritura y en el Registro para que desencadene los efectos pretendidos.

De otra manera no se entenderían las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo en las que exige que " *nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas* ", como tampoco la *sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2013* , que establece los parámetros con arreglo a los cuales examinar si la cláusula es abusiva.

En definitiva, al contrario de lo que sucede con el supuesto analizado en la *STS de 7 de septiembre de 2015* , en que la cláusula se limitaba a copiar una norma contenida en la Ley 28/1998, de 13 de julio, en el caso discutido no se trata de la transcripción de un precepto, sino de la plasmación de un pacto al que, si es materialmente válido (cuestión en la que la Ley de Enjuiciamiento Civil no entra), la Ley atribuye unas consecuencias jurídicas determinadas.

Y así se desprende de la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto *C-280/13* , caso *Barclays Bank*, a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Palma de Mallorca, y en la que, tras sentar que las disposiciones nacionales que son objeto de la remisión prejudicial tienen carácter legal o reglamentario y no se reproducen en el contrato sobre el que versa el litigio principal, aclaró que " *las disposiciones de ese tipo no están comprendidas en el ámbito de aplicación la Directiva 93/13, que tiene por objeto prohibir las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores* " (apartado 40).



A continuación, la misma sentencia razonaba: "
A diferencia del asunto que dio lugar a la
sentencia *RWE Vertrieb* (*C-92/11* ,
EU:C:2013:180 , apartado 25), en el cual, según
los apartados 29 a 38 de dicha sentencia, las
partes se pusieron de acuerdo sobre la extensión
del ámbito de aplicación de un régimen previsto por
el legislador nacional, las disposiciones legales y
reglamentarias nacionales sobre las que versan las
cuestiones prejudiciales resultan aplicables sin
que su ámbito de aplicación o su alcance hayan sido
modificados en virtud de una cláusula contractual.
Así pues, es legítimo presumir que no se ha
alterado el equilibrio contractual establecido por
el legislador nacional (véase, en este sentido, la
sentencia *RWE Vertrieb*, *EU:C:2013:180* ,
apartado 28). El legislador de la Unión decidió
expresamente preservar dicho equilibrio, tal como
se deduce de los términos del considerando
decimotercero y del artículo 1, apartado 2, de la
Directiva 93/13 " (apartado 41)."

Y sigue la sentencia: "En el presente caso, la
cláusula empleada por la entidad bancaria
ejecutante no se limita a recoger la posibilidad de
que las partes "convengan la facultad a favor del
acreedor", sino que materializa el pacto y define
su aplicación, concretando el presupuesto exigido
para su aplicación en términos que la ley no
especifica ni legitima. A mayor abundamiento, cabe
traer a colación la *sentencia del TJUE de fecha 21
de enero de 2015* (asuntos acumulados *C-482/13* , *C-
484/13* , *C- 485/13* y *C-487/13* , *Unicaja Banco y
Caixabank/José Hidalgo Rueda y otros*, *EU:C:2015:21*
) , que enjuicia la conformidad de la *disposición
transitoria 2ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo* ,
por la que se extiende el límite de los intereses
de demora previsto en el nuevo *art. 114 LH* (tres
veces el interés legal) a los préstamos con
garantía de hipoteca sobre vivienda habitual,
constituidos antes de la entrada en vigor de la
Ley, en relación con los intereses que se devenguen



con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

La sentencia razona que " la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora " (apartado 36).

Y después de aseverar que "es preciso considerar que, en la medida en que la *disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013* no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la *Directiva 93/13* no se opone a la aplicación de tal disposición nacional" (apartado 39), concluye:

" 40 Ello implica en particular, por una parte, que cuando el juez nacional debe examinar una cláusula de un contrato relativa a intereses de demora calculados a partir de un tipo inferior al previsto por la *disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013* , la fijación por ley de ese límite máximo no impide a dicho juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula en el sentido del artículo 3 de la *Directiva 93/13* . De este modo, no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada *Directiva*.

41 Por otra parte, en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la *disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013* y deba ser objeto de limitación en virtud de esa *disposición*,



tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula ."

De donde podemos deducir que una disposición nacional, como es el art. 693.2 LEC , con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria debe despachar ejecución por el total de la deuda, incluida la parte no vencida, cuando el acreedor se haya reservado tal facultad en el contrato y la estipulación figure en el Registro, no se opone a la Directiva 93/13 siempre que la aplicación del artículo no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es "abusiva" en el sentido del art. 3.1 de la citada Directiva.

QUINTO.- La apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado : al tiempo de celebrar el contrato o en el momento en que el acreedor aplica la cláusula .

La constatación de que una cláusula determinada (intereses remuneratorios, intereses de demora, **vencimiento anticipado** , pago de comisiones...) es susceptible de ser calificada como abusiva, puede llevar al ejecutante a tratar de obviar los potenciales efectos perturbadores que podrían derivarse de la declaración de nulidad intrajudicial obviando su aplicación o acomodando sus efectos dentro de márgenes presumiblemente admisibles.

Desde el instante en que la consecuencia que se deriva de la apreciación del carácter abusivo es la



nulidad de la cláusula, de manera que se tiene por no puesta, es evidente que el ejecutante puede (y debe) excluir su aplicación en la pretensión que ejercita.

El problema nace cuando el ejecutante no obvia la cláusula, sino que trata de atemperar sus efectos con el propósito de no verse íntegramente privado de las ventajas derivadas de su aplicación, o, simplemente, adecúa su aplicación a las sucesivas modificaciones normativas con el mismo objetivo.

La doctrina y los mismos jueces están divididos. Un sector considera que el ejecutante no tiene por qué reclamar el pago de la total cantidad adeudada según lo acordado en el título, antes al contrario, puede renunciar a lo que considere oportuno en beneficio del deudor, de manera que, si los conceptos o sumas reclamados no resultan abusivos o desproporcionados, en sí mismos considerados y con independencia de lo que pudiera resultar de la valoración de la cláusula en abstracto, la pretensión ha de ser acogida.

Por el contrario, una segunda postura atiende a la literalidad del art. 6 de la Directiva 93/13 y del art. 82 del texto refundido LGDCU (tras la reforma de la Ley 3/2014, de 27 de marzo), que declaran la nulidad sin más de la cláusula abusiva, por entender, de un lado, el art. 4.1 de la Directiva obliga a atender a las circunstancias que concurran en el momento de la celebración del contrato y a las demás cláusulas del mismo o de otro contrato del que dependa; de otro lado, si la cláusula es nula lo es a todos los efectos y no puede ser utilizada "en parte"; y, finalmente, si se dejara a la voluntad del ejecutante la decisión de hacer valer o no una cláusula, en función de las circunstancias de tiempo, lugar, nivel de vida, parámetros económicos y cualesquiera otros condicionantes que pudieran incidir en la



valoración del equilibrio o desproporción existente entre las partes, disminuiría el efecto disuasorio que implica la sanción de nulidad de la cláusula, afectando negativamente al nivel de protección que pretende alcanzar la Directiva, puesto que el profesional podría sentirse tentado de incluir **cláusulas abusivas** en el contrato a la espera de ver la posibilidad de invocarlas en función de cómo evolucionen los acontecimientos.

El tema es discutible. El art. 573.3 LEC , al facultar al acreedor que tuviera dudas sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía para " *pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución* ", podría servir para apuntalar la primera tesis, si bien las conclusiones del Abogado General en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena, publicadas el pasado 16 de octubre, y la propia *sentencia del TJUE de fecha 21 de enero de 2015* , anteriormente citada, parecían apuntar -no de manera clara, todo hay que decirlo- en la segunda dirección.

De otro lado, la posibilidad siempre abierta del art. 1124 del Código Civil que, aunque recoge la facultad de resolución de las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe -y no la pérdida del plazo, que es lo que realmente entraña la cláusula de **vencimiento anticipado** -, tiene los mismos efectos de permitir la reclamación del total importe, parecía afianzar la primera postura en la medida que, si el impago comprende un número significativo de plazos o cuotas, es claro que supone un incumplimiento grave que, por la vía del citado art. 1124 CC , abriría la puerta a la reclamación de la suma objeto del préstamo, de



forma que, al ser el resultado idéntico, razones de economía procesal podían aconsejar seguir adelante con la ejecución despachada, en un procedimiento que, por otra parte, contempla determinadas cautelas orientadas a la protección del consumidor que no existen o no aparecen expresamente previstas en un procedimiento ordinario.

Hasta ahora, las Secciones civiles de esta Audiencia Provincial, en línea con la mayoría de Audiencias, veníamos entendiendo que los criterios expuestos en la *STJUE de 13 de marzo de 2013* habían de apreciarse en atención al caso concreto -según se aprobó en la reunión de unificación de criterios celebrada por los Magistrados de esta Audiencia Provincial en fecha 7 de junio de 2013-, lo que incluía la necesidad de ponderar el modo en que el empresario/entidad financiera había aplicado o hecho uso de la cláusula, a saber, la cuantía impagada en relación con la cuantía total y con la satisfecha, el número de cuotas o plazos desatendidos en conexión con los debidamente cumplidos y la duración total del contrato, el porcentaje que suponían unos y otros en proporción con el resto..., pues no es lo mismo dejar de pagar 10 mensualidades al inicio del préstamo, en lo que puede constituir un incumplimiento flagrante, que desatender esas mismas 10 cuotas cuando el prestatario ha venido satisfaciendo sus obligaciones durante veinte años, por ejemplo.

Es más, en esta misma línea interpretativa, las sentencias sopesaban incluso no solo el plazo que la entidad de crédito concedió tácita o expresamente al deudor antes de proceder al cierre de la cuenta, sino también el tiempo transcurrido hasta la presentación de la demanda de ejecución o, incluso, el hecho de que el prestatario no abonase total o parcialmente ninguna cuota durante la tramitación del procedimiento, como expresión de la conducta objetivamente renuente al cumplimiento.

Codi Segur de Verificació: NJ0126XHAG8UKIDFO766OCXW3JULVIGD

Signat per Barcones Agustín, Nuria;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 09/01/2017 11:10



En suma, más allá de la literalidad de la cláusula en cuestión, se atendía a las circunstancias concomitantes con el desarrollo de la relación contractual a fin de valorar si la aplicación de la cláusula podía considerarse cuantitativa o cualitativamente abusiva, afirmando tal carácter cuando el incumplimiento no era sustancial en relación con las consecuencias que lleva aparejadas la resolución y **vencimiento anticipado** del préstamo, al estar en porcentajes relativamente bajos en relación con el capital y el plazo de duración estipulados.

Sin embargo, el reciente auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de fecha 11 de junio de 2015, dictado en el asunto C- 602/13 , a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, introduce elementos que llevan a esta Sala General a reconsiderar su posición y variar el criterio adoptado en su día.

La consulta formulada se basaba en los siguientes extremos:

1º En un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, formalizado en escritura pública entre el BBVA y unos consumidores, la entidad bancaria se reservó la facultad de declarar el vencimiento total anticipado del préstamo y exigir la devolución del capital con los intereses y gastos en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses.

2º A raíz del impago de cuatro cuotas mensuales, el BBVA declaró el **vencimiento anticipado** del préstamo y procedió al cierre de la cuenta, instando el oportuno procedimiento de ejecución hipotecaria en reclamación del capital prestado, intereses y costas.



3º El Juzgado consideró que la citada cláusula era abusiva, al no prever un número mínimo de plazos mensuales de retraso en el pago antes de que pudiera declararse el **vencimiento anticipado**, cuando el art. 693.3 LEC, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece un retraso mínimo de tres cuotas.

Con esta base, el órgano judicial pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de si, de conformidad con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del **vencimiento anticipado**, debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes, incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional.

El TJUE reconduce la cuestión a dilucidar si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la mencionada cláusula.

Centrada así la consulta, el TJUE proclama por enésima vez su doctrina acerca de que, dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su art. 7.1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de **cláusulas abusivas** en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, ,



C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:C:2015:21 , apartado 30), y que, por consiguiente, " a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13 , las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica " (apartados 49 y 50 de la resolución).

Acto seguido, el TJUE recuerda el concepto de cláusula abusiva previsto en el art. 3.1 de la Directiva 93/13 , así como que el art. 4.1 de la misma norma " precisa que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa " (apartado 51).

Y después de matizar que " el mero hecho de que la cláusula de **vencimiento anticipado** sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula " (apartado 52), el Tribunal concluye que " teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse «abusiva» si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el **vencimiento anticipado** , tal como figura en la cláusula 6.ª bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que



concurra tal supuesto ." (apartado 53).

Con estas premisas, el TJUE responde a la consulta planteada y sienta como doctrina que " la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión ".

Doctrina jurisprudencial que, de acuerdo con el art. 4 bis apartado 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , vincula a los jueces españoles en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea, y de la que se desprende que la aplicación que pudiera hacer la entidad financiera de la cláusula de **vencimiento anticipado** en absoluto purifica el eventual carácter abusivo de la cláusula, el cual habrá de examinarse atendiendo a la naturaleza y contenido del contrato, al conjunto de circunstancias que concurran en el momento de su celebración y a las demás cláusulas del mismo contrato.

Si a la vista del concreto negocio jurídico celebrado, del plazo de duración y la cuantía del préstamo, así como del conjunto de obligaciones asumidas por las partes, se constata que la facultad de declarar el **vencimiento anticipado** se prevé en términos exorbitantes o desproporcionados, procederá declarar la nulidad por abusiva de la referida cláusula con independencia de que haya sido o no aplicada o del modo en que se hubiera aplicado por el acreedor.

Es más, esta interpretación cuenta a su favor con otro argumento poderoso: si el consumidor



demanda la nul·lidat de la clàusula per abusiva o exercita una acció de nul·lidat prevista en la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación en un proceso declarativo, o si una asociación de consumidores deduce una acción colectiva de cesación preventiva en un juicio ordinario, el juez valorará su eventual carácter abusivo exclusivamente en función de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración* (art. 4.1 de la Directiva), sin que pueda sopesar el modo en què pudiera aplicarse o dejar de aplicarse ya que la pretensión se plantea antes de que el acreedor haya ejercitado la facultad, y, en consecuencia, resultaría absurdo que, si en lugar de invocarse vía acción en un juicio ordinario, se alega como motivo de oposición o excepción en un procedimiento de ejecución hipotecaria, los criterios a tener en cuenta sean distintos.

Téngase en cuenta que una hipotética interpretación que afirmara ese distinto trato del consumidor en función del tipo de procedimiento es factible, tropezaría igualmente con la pacífica doctrina del TJUE, que en la *sentencia de fecha 17 de julio de 2014 (asunto C-169/14, BBVA vs Sánchez Morcillo)*, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial suscitada por un órgano español acerca de la compatibilidad con la Directiva 93/13 del art. 695.4 LEC, por el diferente trato al acreedor y al deudor a la hora de interponer recurso de apelación contra el auto que resuelve la oposición a la ejecución, puso de relieve que el " *sistema procesal controvertido en el litigio principal pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13. En efecto, este desequilibrio entre los medios procesales de que disponen, por un lado, el consumidor y, por otro, el profesional, no hace sino acentuar el desequilibrio que existe entre las partes contratantes, que ya se ha puesto de relieve en el apartado 22 de la presente sentencia, y que, por lo demás, se reproduce en el marco de un recurso*



individual que afecte a un consumidor y a un profesional en su calidad de otra parte contratante (véase, en este sentido y mutatis mutandis, la sentencia Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, EU:C:2013:800 , apartado 50) " (cfr. el apartado 46).

Y la misma sentencia de 17 de julio de 2014 insiste en su apartado 47: " Por otro lado, procede declarar que un sistema procesal de este tipo resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no constituyen un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia Aziz, EU:C:2013:164 , apartado 62) ."

Si entendiéramos que, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, el acreedor puede alegar en su favor que la cláusula contractual, aunque en abstracto sea abusiva, por el modo en que la aplica ya no lo es, cuando carece de esa posibilidad en el proceso declarativo, es obvio que tal previsión resultaría contrario al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal, que forma parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, tal como se garantiza en el artículo 47 de la Carta (véanse, en este sentido, las sentencias Otis y otros, C-199/11 , EU:C:2012:684 , apartado 48, y Banif Plus Bank, EU:C:2013:88 , apartado 29).

Las consideraciones que se dejan apuntadas llevan a sentar el carácter abusivo de la cláusula de **vencimiento anticipado** utilizada en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrita entre ejecutante y ejecutado.



Efectivamente, la cláusula 6º bis de la escritura, bajo el título de "RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO", dispone: " (...)la Caja, sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos: a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad... "

Es verdad que el pago de las cuotas constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de préstamo, como también que el pacto que autoriza la resolución anticipada del contrato a instancia de una de las partes por incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas estipuladas es, en abstracto, admisible dentro del ámbito de autonomía de las partes al contratar (art. 1255 CC).

Mas en el caso que nos ocupa, esta facultad no está prevista exclusivamente para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

El tenor literal de la cláusula es terminante: la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de las cuotas, incluyendo todos los conceptos que las integran, es suficiente para desencadenar, a voluntad del prestamista, el **vencimiento anticipado** . Y ello con independencia de si el incumplimiento afecta a una o a más cuotas, si es total o parcial, si afecta al principal o a los intereses, si se produce al principio del período contractual o más avanzado el mismo...



No es que la facultad se reconozca únicamente al empresario (lo que de por sí justificaría la apreciación de una desproporción entre las partes), sino que se reconoce con base en cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, lo que resulta manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, abusivo (cfr. el art. 85.4 TRLGDCU y art. 3 de la Directiva 93/13).

Esta conclusión no queda desvirtuada ni por el hecho de que el art. 693.2 LEC, en su actual redacción, exija un mínimo de gravedad al incumplimiento, ni porque la entidad financiera haya aguantado, en el caso concreto, a que el deudor dejara de abonar cuatro cuotas mensuales.

La reforma de la Ley 1/2013, al exigir unos requisitos mínimos, hace patente que la cláusula era abusiva, y, en todo caso, no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad.

En estas condiciones la Sala concluye que nos hallamos ante una cláusula que impone al consumidor prestatario, o al menos permite imponerle, una sanción que resulta absolutamente desproporcionada en relación con la entidad del incumplimiento, que ciertamente existe, pero que se estima insuficiente para provocar la pérdida del plazo y determinar el **vencimiento anticipado** por la sola voluntad de la entidad prestamista.

A tenor del art. 83.1 del Real Decreto



Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias : "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas" . Procede, pues, declarar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado incluida en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la entidad financiera y la parte ejecutada."

En la misma línea, apenas un mes más tarde, la STS 705/2015, de 23 de diciembre (ponente Sr. Vela Torres), proclamó:

"1.- En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC , siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado , siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (Sentencias de 2 de enero de 2006 , 4 de junio de 2008 , 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009 , entre otras).

Así, la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre , con base en el art. 1255 CC , reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado



en los préstamos "cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo"

A su vez, en la sentencia de 17 de febrero de 2011 , señalamos:

« Esta Sala tiene declarado en sentencia número 506/2008, de 4 de junio , que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente (en la sentencia que cita la parte recurrente de 27 marzo 1999) por la nulidad de tales cláusulas de **vencimiento anticipado** en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil , no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas; por ejemplo, en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000».

La citada sentencia 506/2008, de 4 de junio , precisó que, atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se



incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo.

Y en la *sentencia 470/2015, de 7 de septiembre*, a propósito de un contrato de financiación de compraventa de bienes muebles a plazos, establecimos que la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato. El *TJUE* tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la *Directiva 93/13* las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (por todas, *STJUE* de 30 abril de 2014, asunto C-280/13).

2.- En cuanto a la jurisprudencia del *TJUE*, la *sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11*, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el **vencimiento anticipado** por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: «*En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al **vencimiento anticipado** en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene*



carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del **vencimiento anticipado** del préstamo».

3.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de **vencimiento anticipado** que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación.

4.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de **vencimiento anticipado** , que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la



condición general predispuesta permite el **vencimiento anticipado**, no de la mera previsión de **vencimiento anticipado**, que no es *per se* ilícita...."

La doctrina expuesta ha de darse aquí por reproducida y conduce inexorablemente a declarar la nulidad de la cláusula de vencimiento contenida en el contrato de préstamo que nos ocupa, al ser idéntica en el fondo a la analizada en las mencionadas sentencias."

E indica : "Sin embargo, en el supuesto sometido a examen, no deja de tener relevancia el grave incumplimiento de los prestatarios que de 72 cuotas únicamente han abonado 19 (salvo error), dejando de pagar cada plazo mensual durante más de cuatro años. Se trata de un incumplimiento grave y esencial de la obligación principal del único obligado, el prestatario, según dispone tanto el art. 1753 CC y art. 312 CCo . Es doctrina y jurisprudencia inveterada las que consideran al contrato de préstamo como un contrato real, que exige para su perfección no el mero consentimiento sino la entrega de la cosa, en este caso el dinero, y unilateral porque solo general obligaciones para una de las partes, el prestatario, que debe devolver otro tanto a lo recibido más los intereses pactados.

Es por ello que, en principio, resulta de difícil aplicación las previsiones del art. 1124 CC , que regula el incumplimiento en las obligaciones recíprocas. Dice la STS, Sala 1ª, de 22 de mayo de 2001 que:

El motivo no puede acogerse. El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega



implica un elemento esencial que solo se da en algunos grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto solo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuario pero no dan al prestamista la posición de obligado.

Pese a alguna construcción de la doctrina francesa y parte de la italiana sobre la bilateralidad del préstamo con interés, nuestra doctrina jurisprudencial ha hecho inaplicable el art. 1124 del Código Civil , tratándose de un contrato unilateral -- sentencia de 22 Dic. 1997 -- Por otra parte, el contrato de préstamo exige para su perfección la entrega de la cosa -- sentencias de 4 May. 1943 , 28 Mar. 1983 y 7 Oct. 1994 -- al punto que si no se entregó la cosa o el dinero, no existe contrato de préstamo -- sentencia de 27 Oct. 1994 -- y así surgido el contrato con la entrega, no produce obligaciones más que para el prestatario por tratarse de un contrato real -- sentencia de 22 Dic. 1997 --

El hecho de que el art. 1124 CC exija una relación obligatoria sinalagmática hacer que sea inaplicable a los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes. Pero además el acreedor, que ninguna prestación debe realizar en cumplimiento del contrato, no tiene en realidad ningún interés en la resolución del contrato (la rescisión contractual solo cabe en los supuestos a que se refiere el art. 1291 CC , y la resolución, como categoría de la ineficacia contractual, solo está prevista para el caso de las obligaciones sinalagmáticas, además de aquellos supuestos en que se haya pactado expresamente como ocurre con el pacto comisorio), sino en ser cumplido. La resolución por incumplimiento de una de las partes es un medio de protección para quien no tiene ya razones para continuar vinculada, para verse forzada a ejecutar su propia prestación si todavía



no la hubiere hecho, o para no recuperar la atribución patrimonial llevada a cabo. Se busca poner fin a la relación obligatoria con recuperación de las atribuciones realizadas, y con desvinculación posterior de los contratantes, como si nunca hubiera existido.

Sin embargo, como decíamos, el interés del acreedor en los contratos unilaterales que solo producen obligaciones para el deudor, no está interesado en la resolución por incumplimiento -no prevista-, sino en el cumplimiento de lo debido. Cumplimiento que puede exigirse por las normas generales de los contratos (art. 1091 CC y concordantes), que además en el contrato de préstamo puede conllevar la pérdida del beneficio del plazo si estamos ante alguno de los supuestos del art. 1129 CC . Sobre esta cuestión entendemos hemos de detenernos por cuanto no puede desconocerse que el planteamiento fáctico, con relevancia jurídica, es el mismo, dado que la parte demandante lo que está instando es el cumplimiento del contrato venciendo el mismo anticipadamente ante el incumplimiento tan grave de la obligación de pago en plazo por parte de los demandados. Hechos que, si bien no pueden fundar la aplicación de una cláusula declarada nula sobre **vencimiento anticipado** pactado al amparo del art. 1255 CC , sin embargo si puede procurar la aplicación del art. 1129 CC , que regula la pérdida del derecho a utilizar el plazo por el deudor cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

En este sentido, la noción de insolvencia se presenta como una mutación sobrevenida de la capacidad patrimonial del deudor, susceptible de poner en evidente peligro la satisfacción patrimonial del acreedor. Situación de insolvencia que será el hecho causante de la lesión del derecho de crédito, y que ha de ser sobrevenida a la celebración del contrato. La insolvencia

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html>
Codi Segur de Verificació: NJ0126XHAG8UKIDFO766OCXW3ULVIGD
Signat per Barcones Agustín, Núria;
Data i hora 09/01/2017 11:10



exterioriza en toda su extensión la lesión del derecho de crédito, cuya constatación real y efectiva debe procurar las diferentes medidas de protección o tutela del derecho de crédito.

Como señala la *STS, Sala 1ª*, de 7 de septiembre de 2012 :

La efectividad del derecho de crédito como objeto específico de tutela. En segundo lugar, si es la propia norma quien regula los efectos derivados de la insolvencia, no cabe duda de que dichos efectos tienen como objeto específico la tutela del derecho de crédito. Sin embargo, en el marco de esta función de tutela, la tipicidad de la insolvencia como hecho o causa jurídica denota también unas notables peculiaridades que puntualizan o precisan la finalidad perseguida con sus efectos jurídicos. En este sentido, la tutela desplegada viene especificada en atención a la efectividad o valor de realización de derecho de crédito, de modo que la realidad de sus efectos no se proyecta directamente sobre la pretensión de cumplimiento de la prestación debida y sus consecuencias derivadas, sino sobre la satisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente a la constitución del derecho de crédito. Su incidencia, por tanto, tiende a vigorizar la dignidad del derecho de crédito en cuanto exponente de un contenido patrimonial. Se trata, por así decirlo con los términos de nuestro Código, de tutelar o favorecer el "cobro de los debido" .

Por insolvencia, según autorizada doctrina, debe entenderse, en el sentido del art. 1129 CC , una situación objetiva del patrimonio del deudor, aunque no se haya producido una declaración judicial de concurso, no hace falta que se trate de una insolvencia declarada (*SSTS, Sala 1ª*, 13 de julio de 1994 , y 24 de julio de 1998). Tiene aquí el concepto sustantividad propia, y ha de considerarse como una incapacidad del deudor para



hacer frente a las deudas existentes, que justifica, como medio de tutela del crédito, el **vencimiento anticipado** de la obligación a fin de facilitar la posible satisfacción del acreedor. En puridad, más que una pérdida del beneficio del plazo se trata de una facultad del acreedor de dar por vencida la deuda, como medida que permita acelerar la pretensión del acreedor que no ha de esperar ya hasta el vencimiento de la deuda.

Si bien la prueba de la insolvencia debe regirse por las reglas generales sobre la carga de la prueba establecidas en el art. 217 LEC, a falta de otros elementos en los que los propios demandados tendrían cargas probatorias atendiendo a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, un hecho tan relevante como incontrovertido como es el impago continuado de cantidades no excesivamente elevadas durante más de cuatro años, solo tienen la explicación, dentro de los márgenes de una razonable valoración, conforme a las reglas del criterio humano (art. 386 LEC), de una situación de insuficiencia patrimonial que impide hacer frente a los pagos debidos, encajando en el concepto de insolvencia tratado y que determina el vencimiento de la obligación sin necesidad de esperar al transcurso de los plazos. A ello debe añadirse el dato, también relevante en las circunstancias en que nos encontramos, de la solicitud y concesión a los demandados del beneficio de asistencia jurídica gratuita, lo que apoya aún más su escasez de recursos económicos. Examen que puede y debe hacerse en el marco de un proceso declarativo.

La consecuencia es que, a pesar de que la cláusula de **vencimiento anticipado** es nula, el efecto del **vencimiento anticipado** se produce igualmente ante la aplicación de lo dispuesto en el art. 1129 CC ."

Pues bien, dicha sentencia es de plena aplicación



al caso que nos ocupa. Existe un incumplimiento reiterado y que consta debidamente documentado y no ha sido contradicho por la demandada. La operación se cierra en fecha 23 de octubre de 2013 tras el impago de varias cuotas y sigue impagado sin constar abono alguno. por ello, aún estimando que la cláusula de vencimiento anticipado es nula debe producirse el mismo efecto al entrar en juego lo dispuesto en el art.1129 CC al estar ante un contrato real, tal y como viene establecido en la jurisprudencia citada.

En relación a la cláusula cuya nulidad se pretende y relativa a los intereses de demora que se han fijado en un 8,50 % sobre el interés aplicable en todo momento, debe estarse a la normativa protectora de consumidor que ostenta la demandada y que no ha sido negada por las partes.

Así, los consumidores, se podrán acoger a la consideración de cláusula abusiva respecto a las pactadas, pudiendo solicitar la nulidad de las cláusulas generales del contrato con sujeción a las normas de la nulidad contractual, debiendo atenderse, para la consideración de condición general abusiva, a si es contraria a la buena fe y si causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes...".

En el caso que nos ocupa al estar ante un contrato de préstamo suscrito con un consumidor, se estima de aplicación de la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea a raíz de la Sentencia de 14 de junio de 2012 y ello atendido que el Juez Español está vinculado por la Jurisprudencia de TJU y por el derecho comunitario, que forman parte de nuestro sistema de fuentes. En la parte dispositiva de dicha sentencia se establecen las siguientes



conclusiones en respuesta a la cuestión prejudicial planteada :” las abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición. Y sigue diciendo:” 2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, 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, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.”

De una parte, la sentencia declara que un régimen procesal como el de nuestro Derecho, que no permite al Juez en el proceso monitorio examinar ab limine litis, ni en ninguna otra fase del procedimiento el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando el deudor no formule oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1.993 y concluye que ello se opone a dicha Directiva por hacer imposible o excesivamente difícil aplicar el sistema de protección comunitario de los consumidores. “



Y de otra, la sentencia interpreta el art. 6.1 de la Directiva 93/13, declarando que el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y las normas complementarias de nuestro ordenamiento jurídico, que facultan al Juez nacional la moderación de las cláusulas declaradas abusivas, son contrarias a la referida Directiva, ya que el Juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación las cláusulas abusivas, a fin de que éstas no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de las mismas. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible." . Y en este sentido se ha pronunciado ya la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de a Coruña de 11 de octubre de 2012 en la que se establece : " De todos modos, cuando los intereses se estimen abusivos no puede olvidarse ahora la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012 , que obliga a declarar nula, en su caso, dicha cláusula, sin posibilidad de integrar el contrato, moderando los pactados (en este sentido, SAP Asturias 13 de julio de 2012 -JUR 2012, 282600-).

En base a lo expuesto, procede declarar nula la cláusula del contrato en el extremo relativo a los intereses de demora del 8,50% sobre el interés aplicable en cada momento, sin que quepa la moderación de la misma.

En relación a la cláusula suelo que se fijó en un 4%, y que ha sido aplicada en la liquidación practicada, debe estarse a la jurisprudencia actual de aplicación. La cláusula viene referenciada como limite a la variabilidad de intereses en el clausulado correspondiente a intereses.



Para resolver dicha cuestión, debemos estar a la STS del Pleno de la Sala Civil, de 9 de mayo de 2013.

En la misma se concluye que, definiendo la cláusula suelo un elemento esencial del contrato, debe excluirse, como regla, el control de su equilibrio. Por ello, en esta resolución siguiendo lo expuesto no se procederá a dicho análisis.

Pero estima que sí que , sería viable un doble control de transparencia: así a efectos de incorporación en el contrato según las exigencias generales de los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), en relación con la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios): redacción transparente, clara, concreta y sencilla, con oportunidad real de ser conocidas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Y ello "tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores". Y la transparencia a efectos de incorporación (formal) en contratos de consumo (artículo 80.1 TRLCU) exige: "a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...] -; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Y, asimismo, la transparencia material (o control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato): determina la licitud de la cláusula en el ámbito de consumo, si el consumidor puede identificarla como definidora



del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Y la referida Sentencia fija los parámetros a tener en cuenta y , que consisten en los siguientes: - No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. -Esta transparencia material (de contenido) en contratos de consumo se refiere al control de la existencia de un información suficientemente clara que permita la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato; 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 realizado 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. -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.- La oferta de cláusulas suelo y techo, cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. -Que no estén enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.- Si existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible



del tipo de interés en el momento de contratar.- Si hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.-Que se haya informado perfectamente del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.- Si la cláusula, pese a incluirse en un contrato ofertado como préstamo a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, lo convierte en un préstamo a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.- Si la oferta como interés variable, al no completarse con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.-Si, pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, se le da un tratamiento impropiaamente secundario, en el sentido de no llegar a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas del prestatario, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.-Si lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.



Pues bien, establecido lo anterior, procede ahora determinar si se dan los parámetros que han quedado expuestos. Para ello debemos acudir a la documental ya obrante en autos. Si acudimos a los términos de la cláusula, podemos concluir que debe considerarse debidamente incorporada al contrato según las exigencias de la normativa de consumo. E igualmente, la redacción es concreta, sencilla, accesible, legible y se ha destacado en negrita el mínimo y el máximo. Ello no obstante, como el propio TS indica se estima que este control es insuficiente y deben abordarse otros parámetros de transparencia material. Así, no consta que en el presente caso se hayan realizado simulaciones de escenarios diversos ni que se haya dado una información específica sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo o sobre el comportamiento previsible del índice de referencia.

En cambio, si que se dan algunos de los parámetros fijados por el TS tendentes a reforzar la apreciación de la nulidad: las cláusulas suelo y techo se fijan en un mismo apartado del contrato, lo que integra un factor de distorsión de la información; la cláusula se halla en un contexto de otras informaciones o condiciones contractuales exhaustivas que en cualquier caso dificultan su identificación; ello incide directamente en una mayor dificultad de que el ejecutado percibiera debidamente que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato. Concurren así pues indicios de que la oferta del interés variable no se completó con una información adecuada sobre los efectos de la cláusula suelo; en este punto es relevante que el propio TS advierte que ello puede producirse con independencia de la ubicación de la cláusula; lo relevante, según el TS, es la capacidad de desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios. En definitiva, puede concluirse que, de la prueba que se dispone, en el presente caso, pese a tratarse de



una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, se le dio un tratamiento impropiaamente secundario, lo que pudo implicar que el ejecutado no percibiera la verdadera relevancia que podía tener en el funcionamiento ordinario del contrato. La consideración conjunta de todos los criterios expuestos determina que procede apreciar la nulidad de la cláusula suelo.

Ello determinará la necesidad de fijar en ejecución de sentencia el importe debido sin la aplicación de la cláusula suelo.

Por último y en relación a la comisión por impagados de 25 euros por cada impagado, procede de igual modo la declaración de nulidad al estimarse una cláusula abusiva para el consumidor. Así se ha pronunciado entre otras muchas la SAP de Alava de 30 de junio de 2016 : "La misma calificación deben otorgarse en relación con las cláusulas referidas a los gastos por **vencimiento anticipado** y comisión por devolución de recibos, pues además de tratarse de cláusulas afectadas por la referida abusividad, por la carencia de la debida negociación, información y desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, se muestran arbitrarias y carentes de justificación material.

Sobre las comisiones bancarias la Orden ENA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente bancario, establece en su art. 3 que: "*Las Comisiones percibidas por servicios bancarios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijan libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos*". El mismo precepto añade que las entidades de crédito deberán poner a disposición de



sus clientes las comisiones debidamente actualizadas por los servicios que prestan en todos sus establecimientos y sitios electrónicos.

Pocas dudas caben hoy día de que la normativa pública de transparencia bancaria tiene efectos jurídico-privados en la integración e interpretación de los contratos bancarios, por lo que resulta pertinente y necesario atender a su contenido para interpretar las cláusulas contractuales, en particular su posible carácter abusivo.

Por lo que respecta en particular a la comisión de reclamación de posiciones deudoras, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 (pgs. 69-70) considera que, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo sólo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que: i) su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que a juicio del Servicio de Reclamaciones, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador); ii) es única en la reclamación de un mismo saldo; iii) su cuantía sea única, cualquiera que sea el importe reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales, Y como criterio adicional se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente, pues sólo cuando se analiza caso por caso la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación.

En el supuesto de autos las referidas cláusulas por gastos de **vencimiento anticipado** y comisión por devolución de recibos, además de incorporarse de



forma no transparente y en perjuicio de la demandada, tampoco aparecen mínimamente justificadas en la existencia de un efectivo y real perjuicio. Por ello, dado su carácter abusivo, se han de considerar ineficaces, en los términos que la demandada ya expuso en el juicio, sin perjuicio del control de oficio incluso en la apelación, dado que el artículo 6.1 de la Directiva, según el cual las **cláusulas abusivas** no vincularán al consumidor, constituye una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (asuntos Banco Español de Crédito, apartado 40, Banif Plus Bank, apartado 20, citados en la *STJUE* de 30 de mayo de 2013, asunto *Asbeek Brusse* y de *Man Garabito*, C 488/11 , apartado 38)".

TERCERO. En relación a los intereses proceden los intereses legales desde la interposición de la demanda ello por aplicación de lo dispuesto en el art. 1101 y 1108 del Código Civil.

CUARTO. De acuerdo con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al haber sido estimada parcialmente la demandada , no procede hacer imposición de costas a ninguna de las partes.

FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda interpuesta por BBVA SA, contra XXXXXX , se condena a los demandados a abonar a la actora la suma de 41.909,91 euros de la que deberá deducirse los intereses moratorios , los derivados de la aplicación de la cláusula suelo que fue fijada al 4% y las comisiones de 25 euros por impagado, a fijar en ejecución de sentencia.

Se condena a los demandados al pago los intereses



legales desde la interposición de la demanda.

Se declaran nulas la cláusula del contrato de fecha 18 de diciembre de 2008 en cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, intereses de demora de 8,50 % por encima del tipo aplicable en cada momento y cláusula de comisiones por la gestión de reclamación de cuotas impagadas de 25 euros por cada cuota.

No se hace imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a los interesados, haciéndole saber, conforme a lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma no es firme y que, frente a ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN para ante la Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de veinte días , indicándose que, conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, deberá en su caso constituirse por el recurrente un depósito de **CINCUENTA (-50.-) EUROS.**

Así lo acuerdo, mando y firmo.

Signat per Barcones Agustín, Nuria;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 09/01/2017 11:10



