

**Sección nº 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. baixa - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866303

FAX: 934867115

EMAIL: aps19.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0812442120148257618

Recurso de apelación 138/2016 -C

Materia: Ejecución títulos no judiciales

Órgano de origen: Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Mollet del Vallés**Procedimiento de origen:** Ejecución de títulos no judiciales 738/2014

Parte recurrente/Solicitante:

Abogado/a: Mónica REVUELTA GODOY

Parte recurrida: BANCO BILBAO VIZCAYA

ARGENTARIA, S.A.

AUTO N° 193/2018**Magistrados:**

- Miguel Julián Collado Nuño
- Asunción Claret Castany
- José Manuel Regadera Sáenz

Ponente: Asunción Claret Castany

Barcelona, 5 de julio de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 8 de marzo de 2016 se han recibido los autos de Ejecución de títulos no judiciales 738/2014 - 4,





sobre cláusulas abusivas en préstamo con garantía hipotecaria, remitidos por la Sección Civil del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Mollet del Vallés, a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a xxxxxxxxx, contra el AUTO Nº. 160 / 2015 dictado en fecha 3 de noviembre de 2015 por el indicado Juzgado, resolución que, en su Parte Dispositiva, Desestima la Oposición y acuerda continuar con la Ejecución; y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a xxxxxxxxx, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A..

Segundo. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

" **ACUERDO: DESESTIMAR TOTALMENTE** LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN planteada en el proceso de arriba referenciado por la representación procesal de **xxxxxxx**, **ordenando**, en consecuencia que la ejecución 738/2014 siga adelante por la cantidad despachada en el auto de 31 de julio de 2015 y con expresa imposición de las costas causadas a las partes ejecutadas. "

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 14/06/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al





caso.

Se designó ponente a la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Asunción Claret Castany .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -Frente a la resolución dictada en la instancia que desestima la oposición a la ejecución de título no judicial ,póliza de crédito hipotecario suscrita por los ejecutados xxxxxxxxxx con Caixa Sabadell, actualmente BBVA SA, por un importe de límite de crédito de 43.000€, termino máximo de disposición de 13 de junio de 2012, a amortizar mediante 208 cuotas mensuales desde el 13 de junio de 2012 al 13 de septiembre de 2019, con un tipo ordinario fijo los 12 meses desde la constitución de 7,50% y en la segunda fase variables según la estipulación 3BIS con un limite de variabilidad no inferior del 4,75% y tope del 12%, interés de demora 8,50 puntos por encima del aplicable en cada momento y comisión por impagos de reclamación de cuotas del 30€ por cuota, en la que solicitaban en aplicación de la normativa de consumidores y usuarios la nulidad de la clausula suelo, mora y comisión por impagos se alza la recurrente interesando la revocación sobre la base de la diversidad de resoluciones en los temas que nos ocupan reiterando lo expuesto en su escrito sobre el carácter abusivo de aquellas.

SEGUNDO. - Con independencia de las resoluciones que se hubieren dictado por otros juzgados en casos análogos al presente en una materia especialmente además cambiante y sensible procederemos a analizar los motivos de oposición al





que se remite el recurso de apelación y que fueron desestimados en la instancia.

Ante todo, clarificar que no nos encontramos ante un procedimiento de ejecución hipotecaria y por ende no es de aplicación su normativa especial sino ante un proceso de ejecución de título no judicial de los artículos 517 y ss LEC.

-----En cuanto a la cláusula suelo estipulada en el apartado I) de la estipulación Tercera Bis relativa al tipo de interés variable de una extensión en total la cláusula que va del apartado A) al I) conviene señalar que si bien la apelada afirma al negociación habida con la parte y la transparencia de la misma como se hace en la resolución de instancia señalar que con arreglo a reiterada doctrina del TS y planteados los términos del debate y entrando a analizar la validez de la cláusula, la cuestión litigiosa ha de resolverse de acuerdo con los criterios sentados en la sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 (ROJ 1916/2013) -a la que se remiten reiteradamente las partes en sus escritos , y la más reciente de 8 de septiembre de 2014 (464/2014). En término generales, el Tribunal Supremo recuerda que el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC -" la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" - y 7 de la citada Ley -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de





manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles " (fundamento 201). Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control "de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato" (fundamento 215), que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU, por el que los "contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido ". La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 consideró que las cláusulas impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplieran con las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 de la LGDC, pero no así las específicas de los contratos con los consumidores, todo ello de acuerdo con las consideraciones que recoge en los fundamentos 217 a 225.

El fundamento del control de transparencia se sitúa por la jurisprudencia en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 , que admite el control de abusividad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato (excluidas en todo caso las relativas a la adecuación entre el precio y retribución, de una parte, y los bienes o servicios, de otra, que sirven de contrapartida).

Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con





sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30 de abril de 2014, apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11 , apartado 49).

En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.

La justificación del control de contenido por la falta de transparencia de la cláusula relativa a un elemento esencial del contrato procede del perjuicio que de la misma se puede derivar para el consumidor a consecuencia de la alteración de la onerosidad o carga económica que se deriva del contrato, que es consecuencia de que se le imposibilitó para elegir conscientemente la mejor de entre las diversas ofertas disponibles en el mercado.

En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del





índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado.

Es por ello por lo que las circunstancias que deben ser tomadas en consideración para analizar la transparencia de la cláusula son diversas y atienden de forma esencial a su ubicación en el contrato o a la información facilitada por la entidad financiera en la oferta comercial realizada o bien en las negociaciones o tratos que las partes llevaron a cabo, tal y como precisa la STS 464/2014 en el apartado 9 de su fundamento segundo.

Y precisa el TS en la Sentencia y apartado que acabamos de citar «... la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia

Aplicada la anterior doctrina al presente caso, estimamos que la cláusula impugnada no supera el control de transparencia en la línea expuesta en la resolución recurrida.

De la documentación que obra en autos no podemos considerar acreditado que la cláusula impugnada fuera negociada individualmente con los actores y que no fuera impuesta por la entidad de crédito, al estar predispuesta para su inclusión en multitud de contratos, en los términos recogidos en el art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .





Codi Segur de Verificació: KQ2AA9CH4X10ZL29IOMXGQZQKMUR4L4K

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

Signat per Claret Castany, Asuncion; Collado Nuño, Miguel Julian; Regadera Saenz, Jose Manuel;

Data i hora 16/07/2018 08:29

En la escritura de crédito con garantía hipotecaria, consta la cláusula suelo dentro del pacto tercero bis relativo a los intereses ordinarios variables enmascarada en una multitud de información referida al tipo de interés aplicable, principal y sustitutivo, diferencial, comunicación, justificación, cancelación, vencimiento anticipado y al final del citado pacto, consta la cláusula suelo, sin destacar en título a parte, por lo que fácilmente pudo pasar inadvertida para el consumidor si no se hizo especial hincapié por la entidad financiera. Es cierto que el tipo suelo y techo constan en letras mayúsculas y negrita, pero es un formato habitual en toda la escritura por lo que si no se separa de forma especial del resto de la cláusula relativa al tipo de interés variable, difícilmente el consumidor se percate de que estamos ante un elemento esencial del contrato, que afecta al interés variable pactado y lo transforma en fijo.

Respecto de la intervención del Notario, destacar que no consta que al tiempo del otorgamiento de la escritura hiciera las advertencias propias de la existencia de una cláusula limitativa del tipo de interés. Por lo que tampoco de su intervención resulta acreditada que se les suministrara la debida información sobre la cláusula en cuestión

La carga de la prueba de que la cláusula ha sido objeto de negociación, que no ha sido impuesta al consumidor y que se ha suministrado la información suficiente le corresponde al empresario (fundamentos 160 a 165 de la sentencia de 9 de mayo de 2013). En el presente caso, si bien la cláusula suelo no es especialmente compleja y es de fácil





comprensión, de la prueba obrante en autos, no resulta acreditado que la cláusula fuera negociada individualmente y no existe indicio alguno de que los demandantes hubieran podido influir en su contenido. Tampoco podemos tener por acreditado que se proporcionó a los actores, con carácter previo a la firma del contrato, información suficientemente clara de que la cláusula suelo que se estaba suscribiendo era un elemento definitorio del objeto principal del contrato y que éste, concertado a interés variable, se comportaría como uno a tipo fijo en ese porcentaje mínimo inserto en la cláusula.

No consta, en definitiva, que se diera información suficiente para que los actores pudieran comprender y valorar las consecuencias económicas y jurídicas que se derivaban de la aplicación de la cláusula impugnada, por lo que debemos revocar la resolución de instancia con la declaración de nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés por no superar el control de transparencia.

Por último, en cuanto a la eficacia o efecto retroactivo de la cláusula suelo, se ha pronunciado el TJUE en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 , en cuyos fundamentos jurídicos 72 a 74 declaró: " la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.





73. De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional -como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 - relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 , sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013. Aziz, C-415/11 , EU:C:23013:164, (apartado 60) .

74. En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , puesto que tal limitación no

resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09 , EU:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14 , EU:2016:278, apartados 33 y





34; de 5 de julio de 2016; Ognyanov, C-614/14 , EU:C-2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C.554/14, EU:C:2016:835 , apartados 67 a 70).

75. De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 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 artículo 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".

En cuanto a los efectos de la nulidad debemos remitirnos, a la regla general de la declaración de nulidad es la ineficacia de la cláusula de que se trate, pero la extensión de este efecto ha de interpretarse dentro del marco procesal en el que nos hallamos, y por ello, en el ámbito del juicio ejecutivo instado en reclamación de una deuda que se manifiesta impagada, el efecto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo ha de quedar circunscrita a la cantidad objeto de la reclamación, esto es, a "la cantidad exigible", sin extenderse ni afectar a aquellas cuotas que ya fueron objeto de pago porque no constituyen objeto del litigio, ,debiendo presentar la ejecutante nueva liquidación, en su caso, de haber aplicado la clausula suelo, con exclusión de la aplicación de la clausula suelo en cuanto a las cuotas impagadas objeto de ejecución .





TERCERO.- En cuanto a la cláusula de interés de demora fijada en la estipulación sexta del contrato de crédito hipotecario en 8,50 puntos sobre el interés aplicable en cada momento señalar ante todo que si bien la apelada aduce y se reitera en que fueron negociadas las cláusulas n primer lugar, la demandada alega que la cláusula relativa a los intereses moratorios fue negociada libremente por las partes "sin que conste documento alguno que acredite lo contrario".

La falta de negociación individual es un presupuesto para poder llevar a cabo el control de contenido, tal y como resulta con claridad del artículo 82 TRLGCU y del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Aunque nuestro derecho positivo no define lo que se entiende por falta de negociación individual, sí lo hace la Directiva antes referida, que en su artículo 3.2. dispone:

« Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión ».

La STS de 9 de mayo de 2013 , en argumentación que literalmente recoge la de 8 de septiembre de 2014 , se refiere a la ausencia de negociación individual en su apartado 165 en los siguientes términos:

«a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su





supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario ».

Y como declara el Tribunal Supremo en su Sentencia 265/2015, de 22 de abril , en argumentación que también recoge la Sentencia 364/2016, de 3 de junio , para que se considere que las cláusulas de lo contratos celebrados con los consumidores en el sector bancario de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas y se excluya el control de abusividad, «es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la





existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. (...) [e]s un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 TRLGDCU) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C- 226/12 , caso Constructora Principado, en su párrafo 19». Y es que, «el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente ».

Esa doctrina, que compartimos íntegramente y que resulta de aplicación en el caso, nos lleva a rechazar la alegación de la recurrente de que la cláusula impugnada fue objeto de negociación . Pues, no ha resultado probado en autos que la cláusula impugnada hubiera sido resultado de negociación entre las partes contratantes del préstamo y, en concreto,





que el tipo de interés moratorio fijado, interés remuneratorio más 10 puntos, fuera resultado de esa negociación.

En segundo lugar, y en relación con el control de abusividad de cláusula de intereses moratorios, debemos partir del razonamiento efectuado por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia 265/2015, de 22 de abril, que es confirmado para los préstamos hipotecarios en sentencia del mismo año el 23 de diciembre y reiterado en la Sentencia 364/2016, de 3 de junio, sobre el por qué la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad:

«La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario. (...) es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de





los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor [...], y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización "desproporcionadamente alta"».

De tal suerte, como afirma la citada Sentencia 364/2016 , lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva, es el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento.

La misma STS 265/215, reiterada por la Sentencia 364/2016 , expone las pautas para llevar a cabo este examen:

«En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos

de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que





éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11 , caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74).

»El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C- 415/11 , caso Mohamed Aziz, párrafo 69).

»Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo».

La citada Sentencia 364/2016 añade que [c]on carácter general, el art. 1108 CC establece, para el caso en que no exista pacto entre las partes, un interés legal de demora equivalente al interés legal del dinero. Y, de forma específica para los préstamos o créditos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el art. 114 LH e introdujo un límite a los intereses de demora, al prescribir que «no





podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Esta regla legal, en virtud de la disposición transitoria 2ª de la Ley, se aplica también a los contratos anteriores, en cuanto que permite el recálculo de los intereses moratorios establecidos en esos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal.

Como hemos recordado en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , de acuerdo con la doctrina del TJUE, contenida en la sentencia de 21 de enero de 2015 (caso Unicaja) y en el auto de 11 de junio de 2015 (caso BBVA) :

«el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU. » (...) La consecuencia de lo anterior es que, al margen de la finalidad perseguida por el legislador de 2013 al introducir ese límite del interés de demora en el art. 114 LH , ese límite no garantiza el control de abusividad. Puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo.

(...) en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero , nos hicimos eco de la reseñada doctrina del TJUE sobre que el límite previsto en el art.





114.3 LH no garantiza el control de abusividad, a la vez que confirmamos el criterio seguido en la 265/2015, de 22 de abril, respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios.

«(E)l art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado» (sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero).

Pero en los reseñados precedentes no establecimos ningún criterio objetivo, similar al que sí introdujimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre cuándo puede considerarse abusivo el interés pactado.

En aquella sentencia 265/2015, de 22 de abril, llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Para llegar a esta conclusión seguimos el siguiente razonamiento:





«en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

»La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».

»La Sala considera que el incremento de dos puntos





porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

»La adición de un recargo superior a esos dospuntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».

En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , para los préstamos personales.





Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que varíemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero , que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.

. Con arreglo a la cláusula sexta del contrato de autos, el tipo de interés de demora pactado es el interés remuneratorio incrementado en 8,5 puntos. Es un tipo de interés manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos, lo que supone la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones y que va más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos indemnizatorios y disuasorios, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe;





razón por la cual debe concluirse que es abusivo y, en consecuencia, nula la cláusula sexta relativa a los intereses de demora.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula sexta relativa a los intereses de demora por su carácter abusivo, debemos atender a lo dispuesto por la doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias antes citadas que recoge la Sentencia 364/2016 con el siguiente tenor literal:

Como razonamos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

Así concluimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril :





«Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada»

De lo que se sigue que procede declarar la nulidad del interés de demora pactado de adicionar 8,5 puntos al interés remuneratorio y declarar que procede la aplicación del interés remuneratorio pactado.

CUARTO. - Finalmente en cuanto a la cláusula cuarta de la escritura de crédito hipotecario de 13 de mayo de 2010 relativa a la comisión de 30€ por reclamación de cuotas impagadas, no responde a un efectivo servicio, y aun cuando no se justifica hubiere determinado la cantidad objeto de ejecución, tal y como resulta del acta de la fijación del saldo incorporado, deberá declararse la nulidad al no responder a un servicio justificado y realizado.

QUINTO. - Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado parcialmente el recurso. Por el mismo principio no procede hacer imposición de costas de primera instancia al estimarse la oposición.





En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA, **ACUERDA: Estimo parcialmente el recurso de apelación** formulado por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxfrente al Auto dictado en fecha 3 de noviembre de 2015 resolviendo la oposición a la ejecución formulada, revocamos el referido auto y con estimación de la oposición a la ejecución formulada por los ejecutados declaramos nula por abusiva la cláusula relativa a los intereses de demora de la escritura de Crédito Hipotecario

13 de mayo de 2010 teniéndola por no puesta, acordando que de la cantidad por la que se siga la ejecución se descuente la suma aplicada por demora, devengándose únicamente el interés remuneratorio pactado; y declaramos nula la clausula suelo inserta en la escritura y de haberse aplicado con los efectos ya establecidos en el cuerpo de esta resolución, y nula la clausula de comisión por impagos; todo ello sin costas de la instancia ni de la alzada.

Por último, respecto al depósito que ha constituido la parte recurrente, debe acordarse lo que proceda conforme a lo dispuesto en la DA 15ª de la LOPJ.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Y firme que sea la presente resolución, remítase oportuno testimonio de la misma al Juzgado de Primera Instancia de procedencia del presente pleito, junto con atento oficio remisorio y los autos originales, para su debida ejecución y cumplimiento.





Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Codi Segur de Verificació: KQ2AA9CH4X10ZL29IOMXGOZQKMUR4L.K

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

Signat per Claret Castany, Asuncion; Collado Nuño, Miguel Julian; Regadera Saenz, Jose Manuel;

Data i hora 16/07/2018 08:29





Missatge LexNet - Notificació

Missatge

IdLexNet	201810221547765	
Assumpte	Notifica resolució apel·lació d'interlocutària Recurs d'apel·lació	
Remitent	òrgan	SECCIÓN Nº 19 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Barcelona, Barcelona [0801937019]
	Tipus d'òrgan	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
Destinataris	ASO ROCA, JAUME-LLUIS [768]	
	Col·legi de procuradors	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
Data-hora enviament	18/07/2018 09:53	
Adjunts	0801937019_20180718_0932_8924934_00.pdf (Principal) Hash del document: 7507858c7f5ea48a4c4225a905fd1931cc0263e5	
Dades del missatge	Procediment destí	Recurso de Apelación[RPL] Nº 0000138/2016
	Detall d'esdeveniment	Notifica resolució apel·lació d'interlocutària

Història del missatge

Data-hora	Emissor d'acció	Acció	Destinatari d'acció
18/07/2018 13:27	ROCA VILA ANA MARIA(77052117R) en nombre de ASO ROCA, JAUME-LLUIS [768]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	HO RECULL	
18/07/2018 09:53	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	HO REPARTEIX A	ASO ROCA, JAUME-LLUIS [768]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(*) Totes les hores referides per LexNET són d'àmbit peninsular.