

Juzgado Primera Instancia 8 Gavà
Diagonal 1-3 (edifici nou)
Gavà Barcelona

NUM. CUENTA BANCARIA DEL JUZGADO IBAN ES 3611 0000
N.I.G.: 08089 - 42 - 1 - 2014 - 8047975

Procedimiento Pieza oposición a ejec.hipotecaria 157/2014 Sección C
Ejecución Hipotecaria 157/2014
OBJETO DEL JUICIO : Civil

Parte demandante CAIXABANK SA
Procurador
Parte demandada
Procurador

A U T O 165/2016

En Gavà, a 2 de noviembre de 2016,

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO: La entidad CAIXABANK S.A, representada por el procurador XXXXXXXX, presentó demanda de ejecución hipotecaria en fecha 20 de febrero de 2014. La representación procesal de la parte ejecutada interesó la nulidad del auto despachando ejecución alegando la existencia de cláusulas abusivas, citándose a las partes a comparecencia prevista en el art. 560 de la Lec, tras la cual quedaron autos en la mesa de SS^o a fin de dictar la pertinente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la pretendida nulidad

Dispone el art. 238 de la LOPJ que “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1.º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

- 2.º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
- 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.
- 4.º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.
- 5.º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial.
- 6.º En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan”

Por su parte, el art. 228 de la Lec “1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución. El Tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, por el Secretario judicial se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el Tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de noventa a seiscientos euros. Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno.”

En el presente caso no resulta admisible el incidente de nulidad planteado por la parte ejecutada, por cuanto ninguna norma procesal se ha vulnerado, siendo posible el control de oficio de cláusulas abusivas en cualquier momento del procediendo de ejecución anterior a la entrega de la posesión de la finca hipotecada, y si bien es cierto contra el Decreto que despacha ejecución no cabe recurso alguno, si que cabe oposición y precisamente

fundada en la presunta existencia de cláusulas abusivas, vía esta que debió articular la parte ejecutada, en lugar de acudir a un incidente de nulidad de actuaciones, no habiéndose vulnerado derecho fundamental alguno.

SEGUNDO.- Control de Oficio de Cláusulas Abusivas

La STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, caso Pannon , declaró en su párrafo 23 que "el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula». El TJUE, en los apartados 43 y siguientes de la sentencia, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada en otras anteriores, declara que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo y la Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta. Afirma asimismo que, dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores, el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público. Y por ello, el tribunal de apelación debe ejercer esa competencia que se le otorga para examinar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las normas nacionales de orden público, para apreciar de oficio, a la luz de los criterios enunciados por la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de ésta.

En el presente caso se observa la posible abusividad de las cláusula TERCERA BIS "Cláusula Suelo"; CUARTA "comisión de impagos", la cláusula SEXTA "interés de demora", y la cláusula SEXTA BIS "vencimiento anticipado".

TERCERO.- Examen del carácter de consumidor con el que intervienen el ejecutado.

Antes de entrar en el análisis de las concretas causas de oposición aducidas por la parte ejecutada, debe determinarse si esta intervino en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria como consumidor, cuestión esta de capital importancia ya que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, "De medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social" modifica en su artículo 7º los artículos 557 y 695.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con tal modificación se pretende, tal y como explica en su exposición de motivos la Ley 1/2013, permitir que en el procedimiento de ejecución pueda controlarse, de oficio o a instancia de parte, la abusividad de las cláusulas que perjudiquen a los consumidores y usuarios, dando cumplimiento a la Directiva 1.993/13/CEE de 5 de abril que establece en su

artículo 3.1 que "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

El artículo 2 de la misma directiva considera abusiva una cláusula si causa, en detrimento del consumidor:

- a) Un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.
- b) Implica una ejecución del contrato indebidamente desfavorable para el consumidor.
- c) Implica una ejecución del contrato significativamente diferente a aquella que el consumidor podía legítimamente esperar.
- d) Es incompatible con las reglas de la buena fe.

En consecuencia, con carácter general tendrán carácter abusivo aquellas cláusulas que se incorporen a un contrato en el que intervenga un consumidor, que no se hayan negociado individualmente, que vayan contra el principio de buena fe, que generen un desequilibrio desproporcionado entre las contraprestaciones de las partes, y que generen un perjuicio para el consumidor.

Por las razones expuestas, resulta esencial determinar si el contratante intervino como consumidor o no en la celebración del mismo, y en este sentido el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), define al consumidor o usuario de la siguiente forma:

"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional."

Por lo tanto, tendrán la consideración de consumidores y usuarios tanto las personas jurídicas como las físicas (con las excepciones previstas en el mismo Texto Refundido, y para tener tal consideración, lo realmente trascendente es que el contratante sea el destinatario final del producto contratado, es decir, que actúe en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, sin que llegue incorporar el bien o servicio a su actividad productiva.

Además, la Directiva Comunitaria 93/13, en su artículo 2, define al consumidor como toda persona física que, en los contratos regulados por dicha norma, actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial.

El Tribunal Supremo ha aceptado desde hace tiempo que la característica esencial del concepto de consumidor o usuario es que éste destina los bienes o servicios a fines privados o particulares, y no al ejercicio de su actividad profesional o empresarial. En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2.012 que establece:

“Respecto a la primera cuestión, hay que señalar, en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1 , 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (parágrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera mas restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998 , 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999 , 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000 , y 15 de diciembre de 2005 , nº 963, 2005). Todo ello, sin perjuicio de que la ley de Crédito al Consumo aplicable al presente caso, Ley 7/1995, de 23 de marzo, excluía de su aplicación, artículos 6 a 14 y 19, a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, exclusión que se contempla de un modo pleno en su actual regulación dada por la Ley 16/2011, de 24 de junio (artículo 3. a).”

En el presente procedimiento, debe considerarse probado que el ejecutado intervino en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria como consumidor, dado que no se ha alegado ni consta en las actuaciones ninguna circunstancia que permita considerar lo contrario.

CUARTO.- Determinación del carácter de condiciones generales no negociadas individualmente de las cláusulas reseñadas.

En el presente procedimiento no consta que las cláusulas impugnadas hayan sido fruto de una negociación individualizada entre las partes, y puede suponerse únicamente un muy limitado tracto negocial en el que la entidad bancaria hace una oferta determinada que está previamente configurada y es irrevocable, y el consumidor se ve obligado a aceptar la cláusula o a acudir a cualquier otra entidad bancaria que realizará una oferta prácticamente idéntica.

Resulta evidente que este procedimiento no puede considerarse en ningún caso una negociación libre e individualizada. En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 afirma que “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”, añadiendo que “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”.

En el momento de celebrarse el contrato, la parte ejecutada tenía que elegir entre firmar el contrato presentado por la ejecutante, o acudir a otra entidad que habría de imponer similares condiciones, siendo este un hecho notorio que ha de considerarse probado conforme a lo dispuesto en el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta asunción podría contradecirse fácilmente por la entidad ejecutante de haber seguido las disposiciones contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994 que impone a la entidad bancaria la obligación de conservar la documentación de la negociación previa al contrato que mantuvo con el cliente, incluyendo la información que le habría facilitado sobre el producto bancario ofertado. Exhibiendo esta documentación podría acreditarse la existencia de negociación entre las partes con posibilidad real por el ejecutado de influir en el contenido del contrato, pero dado que no se ha aportado tal documentación, conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deberá entenderse que las cláusulas no se negociaron individualmente entre las partes, y revisten el carácter de Condiciones Generales de la Contratación.

QUINTO.- Posible Abusividad de la Cláusula Suelo.

- Análisis de los parámetros de control legales y jurisprudenciales. Estos criterios de control parten de la interpretación de la normativa europea, y deben conjugarse también con las premisas sentadas por el Tribunal Supremo en relación con las cláusulas suelo, principalmente a través de la Sentencia 241/13 antes citada, y de la posterior resolución 138/2015 de 24 de marzo que amplía y aclara varios de los aspectos analizadas en la primera. Para analizar esta cuestión deberá partirse de la

base de que las cláusulas suelo serán válidas siempre que superen los parámetros de control que se analizarán en este Fundamento de Derecho: “las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos” (STS 241/13).

En relación con la “cláusula suelo” cuya nulidad se insta, y partiendo del hecho pacífico de que el demandante otorgó la escritura pública en su condición de consumidor, debe ponerse de manifiesto en primer lugar que la Directiva 93/13 de 5 de abril establece en su artículo 4.2 que “la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”, y añade que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”.

Por lo tanto, dado que esta cláusula viene a definir el precio del contrato, deberá considerarse parte de su objeto y en consecuencia no podrá controlarse su contenido ni apreciarse su abusividad sobre la base de una falta de equilibrio entre las prestaciones derivadas de ella, y no podrá declararse su nulidad por falta de reciprocidad. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo en sus Sentencias 406/2012 de 18 de junio y 241/2013 de 9 de mayo.

Sin embargo, esta cláusula sí podrá y deberá ser sometida a un doble control de transparencia:

- Un primer control sobre el modo en que la cláusula se ha incorporado al contrato, que afecta como se ha mencionado anteriormente a todas las condiciones generales de la contratación, y que se traducirá en la comprobación del cumplimiento de la normativa bancaria. Esta normativa se encuentra en las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1.989, 5 de mayo de 1.994 y 28 de octubre de 2011, en la Ley 2/2009 de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y en la propuesta de Directiva número 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito de bienes inmuebles de uso residencial.
- Un segundo control, que únicamente será de aplicación a los supuestos en que una de las partes del contrato sea consumidor, que se extenderá a la comprensibilidad real y efectiva de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato, y que se deriva del artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre que establece “... en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberán 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”.

En relación con este segundo control, debe citarse la Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo afirma que “... es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y

razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

La misma resolución enumera una serie de factores que indiciariamente pueden revelar una falta de transparencia, que según el Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013 “no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter meramente abusivo”.

Estos factores o parámetros de control contemplados por el Tribunal Supremo son los siguientes:

- a) “Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No 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 del cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.”

Por último, debe recordarse que de la Jurisprudencia constante del TJUE (Sentencias de 27 de junio de 2000, 21 de noviembre de 2002, 26 de octubre de 2006, 17 de diciembre de 2009, 14 de junio de 2012 y 4 de marzo de 2013) se desprende que hay una situación clara de inferioridad del consumidor frente a los profesionales con los que contrata, y este desequilibrio solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes, y esta intervención se hará a través de los Tribunales que podrán impedir que un consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva. En consecuencia el Juez deberá examinar el carácter abusivo de tales cláusulas.

Si bien es cierto que, no puede afirmarse con carácter general que el incumplimiento de los deberes de información previa y transparencia suponga automáticamente la consideración de una cláusula como abusiva, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia 138/2015 de

24 de marzo, con cita de la Sentencia 241/2013: “La sentencia núm. 241/2013 afirma que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas» (apartado 250).

Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente.”

Lo cierto es que en la misma resolución, el Tribunal Supremo pone de relieve que el supuesto de las cláusulas suelo se aparta de la regla general expuesta por las especiales características de tales condiciones contractuales al afirmar: “La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.

Como decíamos en la sentencia núm. 241/2013, apartado 218, «la oferta como interés variable, no completada 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. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor”.

- Análisis de la cláusula contenida en la escritura pública, y del cumplimiento de los deberes de información previa y transparencia.

Del análisis de la cláusula inserta en la estipulación TERCERA de la escritura de préstamo hipotecario otorgada 02/08/02, autorizada por el Notario JOSE VICTOR LANZAROTE LLORCA cuyo tenor literal es el siguiente “se acuerda y pacta expresamente que el préstamo objeto del presente contrato en ningún caso devengara un interés inferior al 4% nominal anual, como resultado de las sucesivas revisiones anuales”

En primer lugar, porque no consta que se ofreciera al ejecutado ningún escenario relacionado con el comportamiento “razonablemente previsible” del tipo de interés en el momento de contratar, ni que se le ofreciera información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la entidad, ni mucho menos se ha acreditado por la demandada que cumpliera con lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Orden Ministerial de 1.994 , relativos a la entrega de folleto informativo y oferta vinculante respectivamente.

En este sentido, si bien en la escritura pública se contiene una advertencia del Notario autorizante del siguiente tenor literal: “que doy fe de que el

consentimiento de los comparecientes ha sido libremente dado, y que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los comparecientes”, lo cierto es que estas advertencias inespecíficas no suponen que la parte ejecutante cumpliera con las obligaciones de información exigidas.

Esta afirmación se basa en que lo esencial no es que los consumidores conocieran la existencia e incluso el funcionamiento de la cláusula, sino el alcance de la misma, es decir, su proyección futura e incidencia en el contenido de las relaciones obligatorias de las partes, encontrándose la oscuridad de la cláusula, no en su redacción formal, sino en la ausencia de explicación material de la misma, siendo una falta de claridad que se proyecta sobre el contenido y no sobre el continente, sobre el fondo y no sobre la apariencia de la cláusula. Es por ello que, como ha quedado argumentado anteriormente, y admite el Tribunal Supremo, el hecho de que el notario afirme que los consumidores conocen la cláusula se refiere a su conocimiento externo o formal y no interno o material, que es lo que determina la posibilidad de controlar la abusividad de la cláusula.

En segundo lugar, porque el suelo establecido figura en el párrafo inmediato anterior al techo, dando la apariencia de que la limitación a la baja del tipo de interés es una contraprestación de la restricción de las subidas, en los términos fijados por el Tribunal Supremo, y analizados en el anterior Fundamento de Derecho.

Por último, la cláusula no aparece redactada en la escritura con la importancia que habría de tener dado que afecta a un elemento esencial del contrato, ya que tan solo se recoge como “cierre” al final de la cláusula de interés, para a continuación tratar las “comunicaciones al prestatario de los tipos de interés aplicables”.

Todos estos elementos permiten concluir que la entidad demandada no informó correctamente a su cliente del funcionamiento de la cláusula, que se traduciría en que en el supuesto de bajar el índice de referencia, el préstamo se convertiría de hecho en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo a la baja no afectarían o lo harían de manera imperceptible en su beneficio, de modo que le fue imposible “... identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos”.

En último lugar, debe señalarse que la carga de probar que se cumplieron las exigencias de transparencia e información recae sobre la parte que insertó la cláusula en el contrato, y como ya se ha mencionado, la entidad demandada no ha desplegado la más mínima actividad probatoria de que se ciñó a lo exigido por la normativa, siendo así que es la entidad ejecutante quien goza de mayor facilidad probatoria en tal sentido.

Por las razones expuestas debe declararse la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable o cláusula suelo contenida en el último párrafo de la cláusula Tercera de la escritura pública.

- Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

La nulidad de la cláusula no comporta la nulidad del contrato en su integridad por aplicación de los artículos 12 de la Ley 7/1998, 83 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 y 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que no son sino el trasunto del aforismo latino "utile per inutile non vitiatur".

Esto se debe a que, aun cuando la denominada cláusula suelo participe de la definición del objeto del contrato en cuanto que lo limita para determinados supuestos, ello no comporta que forme parte esencial del mismo, habida cuenta de que el préstamo es un contrato inicialmente gratuito del que no se derivan intereses salvo que expresamente se pacte, conforme a los artículos 1.740 y 1.755 del Código Civil.

Se declara, por tanto, la subsistencia del resto del contrato, en cumplimiento del mandato del artículo 10.2 de la Ley 7/1998, sin que sea posible la restitución, integración o moderación de la cláusula declarada nula, por ser contraria esta posibilidad al Derecho de la Unión, pudiendo citarse, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2.012.

Sobre esta base y puesto que el pronunciamiento de nulidad tiene carácter declarativo y no constitutivo, no cabe sino entender que la cláusula nunca debió aplicarse, lo que resulta lógico si atendemos al contenido del artículo 1.303 del Código Civil que establece que "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes", que se refieren a supuestos no aplicables al presente caso.

En este punto, debe destacarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante a la hora de señalar que, a pesar de que no haya sido solicitado por la partes, debe el tribunal pronunciarse sobre los efectos restitutorios de la nulidad declarada (Sentencias de 26 de junio de 1.946, 11 de junio de 1.971, 23 de octubre de 1.973, 22 de noviembre de 1.983, 28

de febrero de 1.989, 24 de febrero de 1.990, 11 y 24 de febrero de 1.992, 11 de febrero de 2.003, 27 de octubre y 22 de noviembre 2.006 y 8 de enero de 2.007, entre otras), dado que la obligación de restitución no nace del contrato sino de la ley (Sentencias de 24 de marzo de 2.006 y de 22 de mayo de 2.006). En este sentido, cabe citar expresamente por su claridad la Sentencia 1385/2.011 de 23 de noviembre en la que el Alto Tribunal citando algunas de las resoluciones anteriores constata que "para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia (...) considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin

incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia". Señalando posteriormente que "esta doctrina es aplicable cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también - argumento "a maiore ad minus"-, cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo".

- Examen del alcance de la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

En la tantas veces citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, el Pleno de la Sala consideró que los efectos restitutorios de las prestaciones derivados de la falta de validez del título de la atribución patrimonial, al haber quedado esta sin causa que la justifique, debían limitarse en el caso de la abusividad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo objeto de aquel procedimiento en que se ejercitaba una acción colectiva, de modo que no afectara a los actos consumados, esto es, a las cantidades ya pagadas hasta el momento de la apreciación de la abusividad de la cláusula, por razón de las peculiares circunstancias que concurrían en relación a la abusividad apreciada. Esa era la razón de que, utilizando una expresión suficientemente expresiva, se hablara de limitar la "retroactividad" de los efectos de la declaración de nulidad.

Se razonaba en aquella sentencia que esta limitación de efectos, en relación a los que procederían en otros supuestos de nulidad, se justificaba, entre otras razones, por exigencias del principio de seguridad jurídica, dado que se trataba de cláusulas en principio lícitas, cuya inclusión en los contratos a interés variable respondía a razones objetivas (en particular, el coste del dinero, constituido mayoritariamente por recursos minoristas, depósitos a la vista y a plazo, con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero, como resulta del Informe del Banco de España aportado tanto en aquel como en este litigio), y que no se trataba de cláusulas inusuales o extravagantes, cuya utilización había sido tolerada largo tiempo por el mercado, y cuya abusividad no era intrínseca sino que derivaba exclusivamente de su falta de transparencia. Se aducía también que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permitía al prestatario la sustitución del acreedor. Y, por último, se declaraba también que la "retroacción" de los efectos de la apreciación de abusividad hasta el momento mismo de suscripción del préstamo hipotecario (o más exactamente, el momento en que la limitación a la bajada del interés comenzó a ser efectiva) generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.

2.- En la posterior sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, también de Pleno, se ha considerado pertinente mantener la citada doctrina, aplicándola en este caso en un litigio en el que la acción ejercitada era individual, y así:

« Pretender que en la acción individual no se produzca meritorio riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de

la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto».

3.- Aunque pudiera considerarse que la consecuencia de lo expuesto sería que el cese en los efectos de la cláusula suelo habría de producirse exclusivamente a partir de la fecha de la presente sentencia, por ser en ella donde se declara la nulidad por abusiva de la citada cláusula (la sentencia de la Audiencia Provincial ha sido casada y dejada sin efecto), en la citada sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, también se ha establecido como doctrina jurisprudencial que los efectos de la abusividad de las cláusulas suelo no transparentes, en concreto el cese en la limitación a la bajada del tipo de interés, deben producirse a partir de la fecha de la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , y en este sentido se afirmaba:

«[...] se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia.

» Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013 , reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada ».

Y por tal razón, en el fallo de la sentencia se establecía la siguiente doctrina jurisprudencial:

« Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio [rectius , 8 de septiembre] de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ».

4.- Cualquier entidad bancaria que haya utilizado cláusulas suelo en las condiciones generales de los contratos de préstamo concertados con consumidores puede, a partir de la referida sentencia núm. 241/2013 , y con base en los detallados criterios que en ella se expresan, valorar si la cláusula suelo que ha utilizado en los contratos que ha celebrado con consumidores supera el control de transparencia. Y si no lo supera, debe dejar de aplicarla por ser abusiva.

La concreción de los criterios determinantes de la abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y la fijación de una fecha clara a la que deben referirse los efectos restitutorios de la nulidad permite, asimismo, que en los litigios en curso en los que se pretende la declaración de nulidad de estas cláusulas suelo, las partes puedan llegar a soluciones transaccionales con base en tales parámetros.

Si no sucede así y el consumidor tiene que interponer una demanda para que se declare la abusividad y consiguiente nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, o si el litigio ya entablado tiene que continuar por no acceder la entidad financiera demandada a alcanzar una solución transaccional con base en tales criterios, esta no puede pretender que los efectos de la declaración de abusividad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, solo se produzcan desde que se dicte la sentencia en dicho litigio. Como afirmábamos en la sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, a partir de la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, ya no puede afirmarse la buena fe, en sentido subjetivo, de las entidades financieras predisponentes, y por ello la obligación de devolver lo cobrado de más por la aplicación de esta cláusula suelo ha de producir sus efectos a partir del 9 de mayo de 2013.

En este caso, las ejecutante pudo comprobar con toda facilidad que la cláusula suelo litigiosa no superaba el control de transparencia con base en los criterios fijados en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, y debió dejar de cobrar el exceso que resultaba de la aplicación de la cláusula suelo, todo lo cual conlleva que se hayan de restituir pro la ejecutante las cantidades indebidamente percibidas en virtud de la cláusula suelo que ahora se declara nula, desde el 9 de mayo de 2013, hasta la actualidad.

SEXTO.- Posible abusividad de la cláusula que establece SEXTA que establece el interés moratorio.

La cláusula SEXTA del contrato de préstamo con garantía de hipoteca establece un interés de demora superior en 5 puntos al interés nominal exigible en cada momento, con un mínimo del 17%.

- Naturaleza de los intereses moratorios, en relación con su posible abusividad.

Los intereses moratorios no son auténticos intereses, puesto que no forman parte de las prestaciones normales y sólo se aplican en caso de que hubiera incumplimiento contractual. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2009 establece que "... no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero".

Tampoco tienen la consideración de cláusula meramente penal, según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2009 que afirma: "los intereses moratorios que acompañan a un incumplimiento por parte del prestatario, tienen unas características especiales, ya que entre

otras cosas definitorias tienen plena autonomía del contrato de préstamo y por ello con respecto a los intereses moratorios”.

Con carácter general, el Tribunal Supremo se ha mostrado reacio a considerar los intereses moratorios contractuales o pactados como abusivos, ya que ha venido defendiendo que el principio de la autonomía de la voluntad. Parte de la base de que los intereses moratorios pretenden establecer una indemnización justa del perjuicio causado al acreedor por el incumplimiento del contrato, adecuando la realidad de la inflación a la cláusula valor (STS de 18 de febrero de 1.998), y por lo tanto no se puede pretender sustituir las sumas contractualmente establecidas, por elevadas que pudieren parecer, por otras más reducidas (SSTS de 10 de mayo de 2001, 27 de febrero y 22 de octubre de 2002, y 26 de abril de 2004).

Los intereses moratorios entran en juego a raíz de una conducta reprochable del deudor, que perjudica al acreedor, y su objetivo es reparar este daño sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa actuando como un estímulo para el cumplimiento voluntario y a la vez como elemento disuasorio del incumplimiento.

Por las razones expuestas, los intereses de demora no tendrán la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que constituyen una sanción que busca indemnizar los perjuicios causados por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, y esto determina que no deba atenderse a si exceden o no del interés legal del dinero, calificarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la ley de 23 de julio de 1908 (STS de 2 de octubre de 2001).

Sentada esta base, tampoco debe perderse de vista que el interés moratorio también puede responder a otras causas, en ocasiones ilícitas, como la sobre retribución contraria al carácter sinalagmático de los contratos, pero sin que pueda adelantarse un juicio de moderación que desde luego sería necesario en estos supuestos, por lo que el control de los intereses moratorios ha de hacerse de manera muy cautelosa y siempre atendiendo a las concretas circunstancias del caso.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de febrero de 2006 en la que manifestaba que había que atender a su trascendencia en relación con las circunstancias del caso concreto, el alcance de incumplimiento, el riesgo de la operación etc... y no podrá declararse automáticamente el carácter abusivo de la cláusula que establece el interés moratorio. Habrá que comprobar si en la relación contractual específica, el tipo pactado está justificado por el riesgo asumido por el contratista o por cualquier otra circunstancia contractual.

También debe tenerse en cuenta que esta obligación de atender a las circunstancias del caso concreto viene también impuesta por las normas que rigen sobre la materia, ya que, según artículo 4.1 Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, del Consejo, en relación con el artículo 10.bis.1 LGDCU, sustituido en la fecha de celebración del contrato por los artículos 82 a 85 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para atender a

dicho carácter abusivo habrá que estar a la naturaleza de los bienes o servicios de que se trate, momento de la celebración, circunstancias concurrentes y demás cláusulas contractuales.

Por último debe añadirse que la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales también exige como presupuesto para la declaración de abusividad de los intereses moratorios la ponderación de las circunstancias concurrentes, pudiendo citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón 125/2009 que establece lo siguiente: "...ciertamente, el hecho de que se pacte un tipo de interés superior al legal no debe considerarse necesariamente abusivo, ya que ello puede venir justificado, bien por los riesgos especialmente elevados que para el acreedor, en razón de sus circunstancias pueda suponer el retraso del deudor en el pago, bien por el deseo de atribuir a los intereses moratorios una cierta función disuasoria respecto al citado retraso, muy próxima a la que podría cumplir una cláusula penal. El límite a esa posibilidad de establecer un tipo de interés moratorio superior al legal debe venir constituido, a la vista de las normas sobre protección de los consumidores, por la constatación de tratarse de un interés desproporcionado, teniendo en cuenta las circunstancias." - Control de la abusividad de la cláusula de interés moratorio.

En este sentido, deberá tenerse en cuenta en primer lugar que el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece en su apartado 1 que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" , añadiendo en su apartado 4 que "no obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas contenidas en los arts. 85 a 89".

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior, el art. 85.6 del mismo texto legal dispone que serán nulas las cláusulas que "supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones".

Por último, debe tenerse en cuenta que el artículo 3.3 de la Directiva 93/13 se remite a su anexo, en el que se menciona expresamente como ejemplo de cláusula abusiva, en el número 1º, letra e) "las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta".

Por lo tanto, deberán analizarse a continuación en relación con la cláusula SEXTA los siguientes parámetros:

1. Si hay desproporción entre el interés moratorio respecto del interés habitual.
2. Si esta desproporción ha creado un desequilibrio en las prestaciones de las partes de acuerdo con las reglas de la buena fe.

Partiendo de esta base legal, deberá tenerse en cuenta también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, que establece cómo debe hacerse el control del carácter abusivo de la cláusula que establece el interés moratorio:

“El concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

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

Por lo tanto, para el control de la posible abusividad del interés de demora, deberá comprobarse si las circunstancias del caso concreto justifican el interés de demora impuesto por el prestamista, bien porque este asume un riesgo equivalente al tipo de interés, bien porque este era proporcionado a las circunstancias del caso, y conforme al artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil será la entidad bancaria quien habrá de probar esta circunstancia atendiendo a su mayor facilidad para tal prueba.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2003, las Audiencias Provinciales tomaban como criterio de referencia, y por analogía, la norma limitativa del interés en el descubierto de cuenta corriente contenida en el artículo 19.4 de la Ley 7/1.995 de crédito al consumo, que hacía referencia a 2'5 veces el interés legal del dinero. Esta norma fue derogada por la Ley 16/2001 de contratos de créditos al consumo, si bien en su artículo 20.4 establecía idéntico límite de 2'5 veces el interés legal del dinero.

Este límite aritmético es muy similar al establecido en el artículo 114 de la LH en la redacción dada por la Ley 1/2013, que hace referencia a un máximo de tres veces el interés legal del dinero.

En el presente supuesto, tal y como se expuso anteriormente, el interés de demora introducido en el contrato es 5 puntos superior al nominal pactado, sin que en ningún caso pueda ser inferior al 17%, por lo que el interés de demora expuesto excede con creces del triple del interés legal del dinero.

No obstante, como se ha mencionado anteriormente, el hecho de que el interés de demora exceda del límite mencionado no permite afirmar automáticamente su carácter abusivo, ya que han de examinarse las circunstancias del caso antes mencionadas. Examinadas las pruebas aportadas por las partes, no puede afirmarse que en la operación de

préstamo concurren circunstancias que permitan suponer que existía para la entidad un riesgo superior a la media, ni en las personales del deudor ni en las de la propia operación bancaria: no cabe hablar de operación de refinanciación, no se aprecia en el prestatario una situación laboral inestable o percepción de bajos ingresos, etc...

Por lo tanto, y sobre la base de lo expuesto anteriormente, debe considerarse que la estipulación sexta de la Escritura Pública de ampliación y modificación del préstamo hipotecario de 02/08/02 que sirve de base al presente procedimiento de ejecución es abusiva, y en consecuencia deberá considerarse nula de pleno derecho, dado que el interés vigente a la fecha de celebración del contrato era del 4,25%, y el pactado en la escritura pública alcanza un mínimo del 17%, excediendo sobradamente el límite del triple del interés legal del dinero.

- Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que establece el interés moratorio.

Debe abordarse a continuación la conocida problemática relativa al efecto de la declaración de nulidad de la cláusula en que se establecen los intereses moratorios, derivada de las diferencias entre el derecho interno español y la jurisprudencia del TJUE.

Así, en primer lugar, deberá tenerse en cuenta que el artículo 3.2 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, añade un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria en el que se establece que “Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

En segundo lugar, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley establece una regulación específica para los intereses de demora de aquellas hipotecas constituidas sobre vivienda habitual y dispone:

“La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o de venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya

la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta judicial, el Secretario Judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.”

Frente a esta regulación nacional, debe recordarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en su sentencia de 14 de junio de 2012 que el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 de 5 de abril, supone que cuando se declare la nulidad de una cláusula contractual no esencial para la pervivencia del contrato el Juez nacional no podrá moderar tal cláusula aunque esté autorizado por normas de derecho interno. De ejercerse tal facultad moderadora, se pondría en peligro el objetivo previsto por el artículo 7 de la citada Directiva.

A la hora de valorar este conflicto, ha de tenerse presente el principio de primacía que rige en el Derecho comunitario, conforme al cual el derecho que emana de las instituciones comunitarias tiene un valor superior al derecho de los estados miembros. Este principio es básico en Derecho comunitario a pesar de no constar expresamente en los tratados, y fue consagrado por el TJUE desde la conocida sentencia Costa contra Enel de 15 de julio de 1.964.

Con arreglo a tal principio, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea, sin que esto suponga la derogación o anulación del Derecho nacional, sino únicamente la suspensión de su carácter obligatorio.

Conforme a este principio, la declaración como nula de la cláusula Sexta del contrato impide su reducción al triple del interés legal del dinero, y su consecuencia será la no aplicación que impedirá su moderación. Esta solución es la adoptada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias SAP O 1808/2013 de 10 de junio que establece que:

“...la cláusula sexta del contrato, en relación con la condición en que se estipula el tipo de interés de demora, debe reputarse abusiva y, por tanto, nula, (...) debiendo tenerse por no puesta, sin que ello afecte a la validez del resto del contrato, pues se trata de un elemento accesorio, sin que podamos moderar su alcance, como hasta ahora había venido haciendo este Tribunal, pues, como recuerda la tan citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 , aunque el primer párrafo del artículo 83.2 TRLGDCU permitía a los Tribunales integrar la parte del contrato afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, disponiendo el Juez que declarase la nulidad de dichas cláusulas de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario, reservando la nulidad para supuestos en los que no era posible la reconstrucción equitativa para ambas partes, sin embargo, esa posibilidad de integración y reconstrucción equitativa del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE..”

En idéntico sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Castellón en sus sentencias de 12 de julio de 2012 y 26 de febrero de 2013 en las que establecía:

“La consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas mencionadas es la de su no aplicación, no estando facultado el tribunal para integrar dicho contrato modificando el contenido de las cláusulas abusivas como así resolvió el Tribunal de Justicia en la sentencia referida, de fecha 14 de junio de 2012, para los intereses de demora ya que dicha facultad integradora, es decir, aplicando un tipo de interés de demora inferior al pactado, se opone al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el Juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

La consecuencia de la aplicación de dicho criterio al caso es que, eliminada del contrato la cláusula de interés moratorio y prohibida la integración del contrato en esta vertiente, la mora del deudor no puede devengar interés alguno, lo que es consecuencia de la nulidad por abusiva de la cláusula inserta en el contrato y contribuye a la finalidad disuasoria a que se refiere el tribunal comunitario.”

La misma Audiencia Provincial aborda esta cuestión en el Auto de su Sección Tercera número 258 de 18 de noviembre de 2013 en el que establece:

“Por lo que respecta a la solicitud de la parte apelante de que se limite la cuantía de los intereses moratorios al límite del triplo del interés legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a deudores hipotecarios, debe indicarse que declarada la nulidad radical de la cláusula en que se pacta el interés moratorio al considerar abusivo dicho pacto, no puede moderarse o recalcularse el interés pactado por cuanto, como anteriormente se ha expuesto, la doctrina jurisprudencial recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, así como la doctrina del Tribunal Supremo, es que declarada la nulidad de una cláusula por abusiva no puede moderarse la misma, ya que lo que es nulo ningún efecto produce, debiéndose tener por no puesta.”

Este criterio lo han seguido también las Audiencias Provinciales de León en su Sentencia de 19 de junio de 2013 (ROJ: SAP LE 949/2013), Ciudad Real, de 11 de julio de 2013 (ROJ: SAP CR 831/2013), Soria , en Su Sentencia de de 21 de marzo de 2014, y Barcelona de 14 de marzo del mismo año.

Por último, debe señalarse que la cuestión ha quedado zanjada por la Sentencia del TJUE de 21-1-15, en la que el Tribunal concluye:

“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

- 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 artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

En consecuencia, no existe conflicto normativo entre la legislación comunitaria y la nacional, pero esto no impide declarar la nulidad por abusivos de los intereses, y en consecuencia su eliminación.

Por lo tanto, la consecuencia de considerar como abusiva la cláusula que establece el interés moratorio ha de ser su supresión total, y en ningún caso su moderación como pretende la parte ejecutante. y conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 695.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deberá continuar la ejecución sin aplicar tal cláusula.

SÉPTIMO.- Examen de la posible abusividad de la cláusula relativa al vencimiento anticipado.

Para terminar, analizaremos la cláusula relativa al vencimiento anticipado. El Tribunal Supremo señalaba en Sentencia 792/2009 de 17 de noviembre, Recurso 2114/2005 (ponente D. Jesús Eugenio Corbal Fernández), con ocasión de una cláusula que contemplaba el vencimiento anticipado por el impago de una sola de las cuotas del préstamo: “El motivo se desestima porque, sin necesidad de tener que analizar las diversas eventualidades jurídicas a que se refiere el recurso, sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra 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-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008.”

En este sentido, el mismo Tribunal Supremo, Sala de la Civil, en Sentencia 506/2008, de 4 de junio, Recurso 731/2001 (ponente D. José Almagro Nosete), expresó:

“Pues bien, si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente, en la Sentencia en que el recurrente sustenta este motivo de casación, la antes referida, 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.

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, como la convenida, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), en el caso de autos, 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. Y en el presente caso tuvo por cierto el Juzgado (y después confirmó la Audiencia) que, transcurrido el periodo de carencia convenido, "desde el mes de septiembre de 1995 nunca existió saldo suficiente para abonar las amortizaciones del préstamo hasta abril del 96.

Por otra parte, la tesis expuesta sobre la validez de las citadas cláusulas de vencimiento anticipado ha venido a ser respaldada, a nivel legislativo, por la dicción literal del artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o del citado por la Sentencia recurrida, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, expresamente referido a la ejecución hipotecaria.

Lo hasta ahora expuesto no obsta a que, en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, como así ocurrió en el supuesto resuelto por la Sentencia de 2 de noviembre de 2000, también invocada por el recurrente, y que, por lo dicho hasta ahora, no sirve como exponente jurisprudencial de sustento a este motivo.”

En esta segunda sentencia, el Tribunal Supremo ya dejaba la puerta abierta a que, en determinados supuestos, la cláusula de vencimiento anticipado, no obstante ser lícita en abstracto, pudiera ser declarada abusiva en el caso concreto, en función de su contenido. Y dicha perspectiva se ha ido

incorporando a diversas resoluciones, en especial haremos referencia a resoluciones de la Audiencia Provincial de Valencia. Entre otras, citamos las siguientes: Auto 73/2015 de 17 de abril (sección 6), Auto de 25 de junio de 2014 (sección 7), auto 73/2015 de 9 de abril (sección 7), Sentencia 70/2015 de 30 de marzo (sección 11), Auto 56/2015 de 13 de marzo, (sección 6), auto 501/2015 de 14 de julio (sección 9).

Toda esta problemática ha estado especialmente influida recientemente por la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11). Las citadas resoluciones de la Audiencia Provincial de Valencia tienen como claro punto de partida la indicada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, unida a la dictada en el llamado caso Banesto (Asunto C-618/10), supuso un punto de inflexión en la forma en que los órganos jurisdiccionales abordaban el análisis de las posibles cláusulas contractuales abusivas. Ello conlleva necesariamente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo debe ser examinada con arreglo a parámetros y criterios que el Alto Tribunal no pudo tener en consideración en su momento. La citada Sentencia del TJUE señaló lo siguiente:

“A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, Rec. p.I-0000, apartado 22 y jurisprudencia citada).

67 Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, Rec. p.I-3403, apartado 19, y *Pannon GSM*, antes citada, apartado 37).

68 Pues bien, tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, 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. Asimismo, resulta

pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

69 En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. (...)

71 Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, 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 (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia *Freiburger Kommunalbauten*, antes citada, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, *Pohovost*, C-76/10, Rec. p.I-11557, apartado 59). (...)

73 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.”

- CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN ABSTRACTO.

Así pues, lo fundamental a la vista de la normativa europea, contenida en la Directiva 93/13, y española, recogida en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios de 2007, será determinar si la fijación de esa cláusula supuso un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes. En este sentido, dicho desequilibrio sería contrario a las exigencias de la buena fe, tal y como prevé la legislación aplicable al respecto, artículos 82 y siguientes del citado TRLCU.

En el presente caso, se concedió un crédito de 222.000 euros con fecha de vencimiento en agosto de 2032 (30 años). Como garantía del préstamo se constituyó hipoteca sobre una vivienda. En dicho contrato, en la condición general SEXTA BIS se establece el vencimiento anticipado en caso de que el cliente haya impagado “no haga efectivo a su vencimiento las cuotas pactadas en concepto de intereses, y/o las cuotas mixtas de amortización de capital e interés...”; o por el mero impago de contribuciones impuestos, o incluso por la falta de vigencia del seguro de cobertura de daños, o incluso por circunstancias ajenas al propio prestatario, como la reducción en un 30 del valor de las fincas hipotecadas”.

A la hora de analizar el posible carácter abusivo de la referida cláusula de vencimiento anticipado de este contrato, resulta adecuado valorar las pautas expresadas en la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. Como indica la citada resolución, habrán de tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1. 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,
2. 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
3. si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia
4. 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

La primera pregunta no puede más que ser contestada afirmativamente. Resulta evidente que el pago o devolución del préstamo es la obligación esencial del deudor.

El problema radica en la segunda cuestión y se presenta en el momento de ponderar si el incumplimiento tiene la suficiente entidad en relación con la duración del préstamo. Como se ha indicado anteriormente, el crédito se concede por un periodo de hasta 10 años a través de cuotas mensuales. Pese a tan amplia duración del contrato, la cláusula de vencimiento anticipado prevé la posibilidad de dar por resuelto anticipadamente el préstamo y de reclamar la totalidad de lo adeudado por el mero hecho del impago de una sola cuota o un recibo de intereses.

Como señala el auto de la Ilma. AP de Barcelona, Sección 16, de fecha 29 de enero de 2016 “Precisar ese grado superior de incumplimiento es también difícil, porque es una cuestión de criterio. Se considera razonable exigir que, en estos préstamos de larga duración, las cantidades impagadas, comprensivas de capital e intereses, equivalgan al menos al 5 por ciento del capital objeto de préstamo. Solo así se estará ante un incumplimiento suficientemente grave en relación con la duración del préstamo. Al fijarse un porcentaje sobre el capital, la gravedad concurrirá

no solo en relación a la duración sino también en relación con la cuantía, como se exige por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”

Volviendo al caso de autos, debemos considerar que dicha cláusula resulta desproporcionada y que no está justificada la resolución anticipada del contrato, al resultar especialmente lesiva para el consumidor, por cuanto ha permitido al actor dar por vencido un préstamo de 222.0000 euros, a 30 años, ante el impago de poco más de tres cuotas hipotecarias que importan la suma de 1.517,38 de principal impagado, o 3.348,73 euros incluyendo los intereses, lo que no alcanza al 1,508 % del capital objeto del préstamo, no tratándose de un incumplimiento relevante. En este ámbito, resulta oportuno utilizar como elemento legal de referencia que la actual regulación (aprobada tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013) establece que no procede la cancelación anticipada y reclamación del total de lo adeudado si no se producen al menos tres incumplimientos consecutivos. Así, el artículo 693 de la LEC establece: “Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren 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”.

Ha de valorarse que nos encontramos ante un contrato de adhesión, creado por la entidad bancaria y que no ha sido negociado por las partes. Por ello, al situarnos en el momento inicial de la firma del contrato, debe llegarse a la conclusión de que el prestatario ha aceptado dicha cláusula en el contexto de imposición contractual que genera un contrato de adhesión. Pero dicha cláusula debe ser calificada como desproporcionada, injustificada y abusiva, al alterar de manera importante el equilibrio entre las relaciones contractuales de las partes.

Para analizar el carácter abusivo y la posible nulidad de una cláusula concreta no resulta relevante el comportamiento posterior del deudor y del acreedor, sino que lo será esencial es determinar si la estipulación pactada provocaba en abstracto un desequilibrio desproporcionado. Si dicha cláusula debe considerarse nula, la referida nulidad existía *ex tunc*. Es decir, la falta de validez de la misma aparece en su propio origen, por lo que ello imposibilitaría a la entidad bancaria poder decidir el vencimiento anticipado de la deuda.

Si se admitiera la posibilidad del acreedor de modificar de forma sobrevenida las condiciones de una cláusula abusiva, nos encontraríamos ante una integración del contrato, lo que es contrario al efecto disuasorio y a las resoluciones del TJUE. Sin embargo, debe valorarse que la citada cláusula abusiva no puede integrarse ni moderarse, de acuerdo con el artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CE, que establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Por el mismo motivo por el cual no podemos moderar la cláusula relativa a los intereses de demora, tampoco podemos moderar la cláusula relativa al

vencimiento anticipado, pues ello contravendría los pronunciamientos del TJUE y el derecho comunitario. Como ha señalado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, ello implica la imposibilidad del juez nacional de integrar la cláusula abusiva y de modificar el contenido del contrato, por lo que el juzgador debe limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

En todo caso, debe considerarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también indicó como elemento a analizar, para poder determinarse la abusividad de una cláusula, si el derecho nacional ha previsto medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de dicha cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. En este sentido, el artículo 693-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece lo siguiente: “En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de 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. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578. 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 en el párrafo anterior. Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor. Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.”

El referido remedio no se puede considerar proporcionado ante este tipo de situaciones, desde el momento en el que el consumidor debe afrontar no solo el pago de la deuda pendiente, sino también de los intereses de demora generados y de las costas procesales devengadas, pues se trata de cuantías de una entidad muy importante. En la práctica esto supone que el deudor de buena fe que ha tenido dificultades puntuales para pagar una amortización mensual va a tener prácticamente imposible poder abonar cantidades de mucha mayor relevancia económica. En consecuencia, la existencia de esta cláusula de vencimiento anticipado resulta desproporcionada y, a partir del contexto indicado, la posibilidad establecida en el artículo 693-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no supone un remedio efectivo, por lo que nos encontramos ante una situación de desequilibrio en las relaciones contractuales de las partes, en perjuicio del consumidor. Y ello debe implicar la calificación de la citada cláusula como abusiva y la declaración de nulidad de la misma.

En este ámbito, debemos compartir plenamente los argumentos expresados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de diciembre de 2013 (sección 11ª), sobre la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en este tipo de supuestos:

“Y lo mismo cabe decir, por ser también contraria a los criterios legales aludidos, la que fija el vencimiento anticipado de toda la obligación a instancias sólo del acreedor hipotecario por la falta de pago de "cualquiera" de las obligaciones de pago bajo el préstamo (incluidas las primas de seguro) (estipulación 7.1), no sólo por su carácter excesivamente genérico, sino por suponer, a efectos prácticos, que baste el impago de una sola cuota para desencadenar aquel efecto, al ser solo factible la 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, conforme al artículo 693.2 LEC en su redacción por la dicha Ley 1/2013. Lo que conlleva el que se deba establecer el efecto de su nulidad y la expulsión de tales cláusulas del contrato”.

Del mismo modo, también coincidimos íntegramente con las valoraciones expresadas en los ya citados autos de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 7ª) de 21 de mayo de 2014, de 25 de junio de 2014 y de 26 de junio de 2014:

"El motivo debe igualmente rechazarse puesto que si bien estimamos que el pacto de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo, en abstracto, no es nulo, en el presente caso consideramos que dicha cláusula es nula porque establece: "1.- Causas de resolución anticipada por la entidad acreedora. a) Falta de pago, en la fecha convenida, de cualquier cantidad adeudada por principal, intereses o cantidades adelantadas por la parte acreedora .-". Es decir, el vencimiento anticipado por impago de "cualquier cantidad", sin atemperar dicho impago al incumplimiento grave, propio de toda resolución, y a la duración del préstamo, desde el 1 de mayo de 2008 al 1 de abril de 2043, como así se desprende de la sentencia del TSJUE del 14 de marzo de 20113, en el asunto C-415/11. “

Asimismo, la Sentencia de la sección 11 de la AP de Valencia de 30 de marzo de 2015 establece:

“Ahora bien, siendo inaplicable la cláusula en cuestión, ha de significarse que dicha circunstancia ha de apreciarse con independencia del uso que de ella se haga; es decir, no cabe afirmar que la cláusula es nula porque se vincula el vencimiento anticipado a cualquier incumplimiento; y al mismo tiempo no apreciar tal nulidad porque el acreedor haya acumulado, en el caso concreto, diversos impagos o incumplimientos, puesto que como ha manifestado el T.S.J.U.E cuando una cláusula es nula no procede atemperar o moderar sus consecuencias sino tenerla por no puesta.”

Como indica el TSJUE en la sentencia del al indicar: "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."

En el mismo sentido la Illma. AP de Barcelona Civil sección 16, AuTo del 30 de julio de 2015 (ROJ: AAP B 1228/2015 -

ECLI:ES:APB:2015:1228A) "SEXTO .- Ejercicio abusivo del vencimiento anticipado. La estricta aplicación de la expuesta doctrina del TJUE comporta que las cláusulas reputadas abusivas sean invalidadas de raíz (nulidad de pleno derecho, como sanciona el artículo 83.1 LGDCU , reformado por la Ley 3/2014), sin que puedan ser objeto de moderación por los tribunales pues ello neutralizaría el efecto disuasorio que inspira la Directiva 93/13/CEE. Ello debería conducir al rechazo de la reclamación de la deuda íntegra formulada por un prestamista fundada en el vencimiento anticipado del crédito que derive de una cláusula abusiva. Solución que se habría de aplicar incluso en aquellos casos en que la razón determinante de tal abusividad no concurriera efectivamente porque el deudor hubiera incumplido de modo grave y persistente su obligación de pago.

Cierto que esa rigurosa doctrina fue mitigada por la comisión que analizó en mayo de 2013 la repercusión de la STJUE de 14 de marzo de ese año en los procedimientos de ejecución hipotecaria, llegando a la conclusión de que la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no debe ser analizada en abstracto, sino en función de las circunstancias del caso, de manera que si la gravedad del incumplimiento en la fecha de la demanda satisface los requerimientos de la doctrina comunitaria de defensa del consumidor de crédito, deviene irrelevante que el tenor de la norma se aparte de la misma. Sin embargo:

1º/ Según el reciente ATJUE de 11 de junio de 2015, "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".

2º/ En cualquier caso, la traslación de las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico precedente al supuesto aquí enjuiciado impide acoger la pretensión ejecutiva de Caixabank SA pues, en la fecha de vencimiento anticipado del préstamo que nos ocupa, el incumplimiento de los prestatarios no era grave ni cuantitativa y cualitativamente: únicamente habían impagado dos cuotas mensuales de amortización -una sólo de forma parcial- que no suponían ni el 1% del capital prestado. No se les concedió, además, un plazo razonable para superar la mora con el abono de las cantidades adeudadas, lo que constituye un impedimento insalvable para mantener el inicial despacho de la acción ejecutiva en los términos que reitera la recurrente en esta segunda instancia"

Especial importancia cobra la reciente resolución (auto) del Tribunal de Justicia -sala sexta- de 11 de Junio de 2015, que resuelve cuestión prejudicial en asunto C-602/13, planteada por un Juzgado español, para dilucidar, esencialmente en cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, “si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» uen el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13u 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.

Así, se resume el planteamiento de la cuestión indicando que :

48º A este respecto, el Juzgado remitente considera que la cláusula 6.º bis del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal, que prevé el vencimiento anticipado del préstamo en caso de retraso en el pago de las cuotas, constituye una cláusula abusiva. A tal efecto, el Juzgado remitente se basa en el hecho de que la citada estipulación contractual no prevé un número mínimo de plazos mensuales de retraso en el pago antes de que pueda declararse el vencimiento anticipado, siendo así que el artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un retraso mínimo de tres plazos mensuales.

49º Según resulta del apartado 35 del presente auto, habida cuenta de 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 artículo 7, apartado 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).

50º Por consiguiente, y 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.

51ºNo obstante, debe recordarse que, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, una cláusula se considerará abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato celebrado entre el consumidor y un profesional. Por otro lado, el artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva 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.

52º De lo anterior se deduce, por un lado, 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.

53º Por otro lado, 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.

De todo lo cual, concluye que:

54º Por consiguiente, 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.

En este sentido, Voto particular de la magistrada MARTA RALLO AYEZCUREN en el auto que resuelve el recurso de apelación objeto del rollo número 317/2015 de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona “1. Comparto el signo de la decisión mayoritaria de la que discrepo solamente en parte de la argumentación.

El auto de la sala invoca la doctrina del reciente Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015, conforme al cual, 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 3.1 de la Directiva- de una cláusula de un contrato entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que la 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. Esta doctrina se opone a la conclusión de la comisión de jueces de mayo de 2013 -citada también en el auto de esta sala- que entendió que el carácter abusivo de la cláusula no debe ser analizado en abstracto, sino en función de la gravedad del incumplimiento en la fecha de la demanda, Sin embargo, a continuación, la mayoría del tribunal tiene en cuenta, para enjuiciar el caso, que el incumplimiento de los prestatarios a la fecha del vencimiento anticipado del préstamo no era grave cuantitativamente y que el banco no les concedió un plazo razonable para superar la mora con el

abono de lo adeudado, todo lo cual se estima un impedimento insalvable para despachar la ejecución instada.

2. Considero que, conforme a la doctrina del TJUE (singularmente, Sentencia de 14 de marzo de 2013 y Auto de 11 de junio de 2015), debe atenderse al contenido de la cláusula del contrato. El artículo 695.1.4ª LEC , redactado por la Ley 1/2013, prevé la oposición a la ejecución por "el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible".

La obligación incumplida, de devolver el principal del préstamo con sus intereses, tiene carácter esencial en un contrato de préstamo como el enjuiciado, tal como exige la doctrina del TJUE. Sin embargo, en la cláusula 6ª bis del contrato de autos, la facultad del acreedor de dar por vencido el préstamo no está prevista solo para los casos en los que el incumplimiento de esa obligación es suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, sino que permite al prestamista declarar el vencimiento anticipado del préstamo, de 215.000 euros de capital y 25 años de duración, ante la falta de pago de "una cuota de intereses o amortización o de la prima del seguro, una vez transcurridos treinta días desde su respectivo vencimiento ". Queda así a voluntad del prestamista acordar el vencimiento anticipado sin causa justa, porque no lo es la descrita en la cláusula contractual, atendidos el importe y la duración del préstamo. Tal facultad del acreedor deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho vigente, que no le confiere medios eficaces para poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado .

3. Considero que el carácter abusivo de la cláusula no quedaría sanado por el hecho de que el banco acreedor esperase a un incumplimiento de varias cuotas -o cuantitativamente grave- ni por la concesión previa de un plazo al deudor, exigida por la mayoría del tribunal, aunque sea un esfuerzo loable por dar una solución ponderada al problema planteado. “

En el mismo sentido AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN DECIMOSEXTA, ROLLO Nº. 592/2014-D, en auto de 30 de julio de 2015.

Por todo ello, en este caso la cláusula no se ajusta a lo recogido en la Ley 1/2013 y ha de ser anulada independientemente que la ejecutante haya ejercitado su derecho cumpliendo con dicha normativa.

Si la cláusula, en su redacción, es nula, y así debe predicarse de la anteriormente transcrita, en abstracto, puesto que el mero impago, aun parcial, por capital o intereses, faculta al vencimiento anticipado de todo el préstamo, aunque se haya ajustado el ejercicio del derecho a la norma legal hoy vigente (artículo 693,2 LEC) tal derecho se apoya en una cláusula nula, por abusiva, en abstracto, por lo que ha de prosperar la oposición y procede, en definitiva, el sobreseimiento del presente procedimiento de ejecución hipotecaria. No podrá hacerse uso de tal cláusula, declarada nula, en orden a la declaración de vencimiento anticipado de la totalidad de lo debido, sin perjuicio, obviamente, de las demás vías de reclamación que resulten pertinentes, que no implican la aplicación de dicha cláusula.

La consecuencia de tal nulidad es que la entidad financiera no podría haber solicitado el despacho de ejecución por la totalidad, y además no podría acudir reclamando la totalidad del préstamo al procedimiento de ejecución hipotecario en que se limitan las causas de oposición y defensa del deudor.

SEXTO.- En virtud del artículo 394-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada parte deberá abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, al considerarse que el caso presentaba dudas jurídicas, ante la existencia de distintas perspectivas en el ámbito jurisprudencial y al encontrarnos ante una materia en la que se están produciendo nuevas valoraciones jurídicas a partir de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Vistos los preceptos legales indicados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda el sobreseimiento de la presente ejecución.

Se declara la nulidad de la cláusula relativa al vencimiento anticipado, de cláusula suelo y de la cláusula de intereses moratorios.

La declarada nulidad de la cláusula suelo comporta:

I.- Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde el 9 de mayo de 2013, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

II.- Que la entidad bancaria deba reintegrar a la parte ejecutada las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde el 9 de mayo de 2013, más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento.

III.- La parte ejecutada, en su caso, deberá abonar a la ejecutante las cantidades no satisfechas por aplicación del límite máximo fijado en la cláusula suelo.

Cada parte deberá abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de 20 días desde el siguiente a la notificación, previo depósito de 50 euros en la cuenta del juzgado.

Así lo acuerda, manda y firma RUBEN VALLEJO GONZÁLEZ, juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 8 de Gavá.