

(SXAXM)

Procuraduría de los Tribunales
Tel.:
E-Mail:

Ldo.: C
Su ref.: Mi ref.: 6022
Notificado: 14/06/17

Diagonal 1-3 (edifici nou)
08850 Gavà

NIG: 08089 - 42 - 1 - 2016 - 8153548

Referencia: Proc. Ordinario (Contratación - 249.1.5) núm. 476/2016 - C
Procedimiento: 3103/2016 Demanda civil - Registro y Reparto Civil Gavà

Parte ejecutante Cristian y NURIA C
Procurador SANDRA
Parte ejecutada CAIXABANK, S.A.
Procurador RAMON

SENTENCIA N° 84/2017

En Gavà, 8 de junio de 2017 ; habiendo visto y oído los presentes autos de juicio declarativo ordinario, tramitado ante este Juzgado bajo el número 476-16, y entre partes; como demandante, NURIA y CRISTIAN representados por la Procurador de los Tribunales SANDRA y, asistido por la Letrada CRISTINA y como demandado, CAIXA BANK S.A., representado por el Procurador de los Tribunales RAMÓN y asistido del Letrado LUIS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se presentó en fecha 29 de junio de 2.016 demanda de juicio ordinario contra la indicada demandada, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, concluyó interesando se dictara sentencia de conformidad con el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- De dicho escrito se dio traslado a la parte demandada, contestando en fecha 24/11/16, y, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se desestimases íntegramente las pretensiones de la parte demandante con expresa imposición de costas a las parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes a la correspondiente audiencia previa, el día señalado, 30/01/17, se ratificaron en sus respectivas pretensiones e interesaron el recibimiento del pleito a prueba, siendo admitida la declarada pertinente.



Administració de Justícia a Catalunya - Administración de Justicia en Cataluña



CUARTO.- Celebrado el acto de juicio en el que se practicaron los medios de prueba que obran en autos, las partes ratificaron en conclusiones sus alegaciones iniciales, quedando, a continuación, visto para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la Litis

Los actores, NURIA , CRISTIAN ejercitan acción de nulidad de condición general de la contratación y devolución de cantidad, exponiendo como en fecha 31 de mayo de 2005 suscribieron con la demandada un préstamo hipotecario pro importe de 194.000 y plazo de 30 años, el cual tras un período de intereses fijos (3%) se referenciaba a índice variable IRPH CAJAS, siendo sustitutivo el índice CECA. Así las cosas, expone como el pacto Tercero Bis por el que se referencian los intereses remuneratorios al IRPH es una condición general de la contratación redactada unilateralmente, impuesta por la demandada, y carente de transparencia. Argumenta el carácter manipulable del IRPH cajas, por cuanto al calcularse como una media simple de los tipos de interés aplicados por las cajas, éstas pueden influir en el resultado por el simple hecho de aumentar los intereses que aplican ante las bajadas del Euribor, influyendo así en la configuración del IRPH y amortiguando paralelamente la bajada de otros tipos de interés, tal y como ha admitido el Banco de España (dto.2), lo cual contraviene el art. 6.2 de la Orden de 6 de mayo de 1994, y el art. 1256 del CC. Opone como desaparecido el IRPH CAJAS y su sustitutivo CECA, al entidad demandada decidió aplicar la cláusula de cierre prevista en la escritura, la cual es igualmente abusiva, de manera que los actores, que suscribieron un préstamo a interés variable, vienen soportando la aplicación de un tipo fijo del 3,796%. Habiendo incumplido la entidad demanda su deber de información y transparencia, debe declararse la nulidad de la cláusula relativa al índice controvertido. Con carácter principal interesa que se “declare nulo y no despliegue ningún efecto la integridad del Pacto Tercero Bis, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y abusividad, acordándose que se proceda a una nueva liquidación del crédito con inaplicación del IRPH, reintegrando a los actores la totalidad de lo abonado por dicho interés desde 31/05/05, manteniéndose la vigencia del contrato por ser naturalmente gratuito conforme al art. 1755 del CC”; Con carácter subsidiario de primer orden interesa “declare nulo y no despliegue ningún efecto la integridad de los epígrafes B), C) y D) del Pacto Tercero Bis, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y abusividad, acordándose que se proceda a una nueva liquidación del crédito con inaplicación del IRPH, aplicando como índice de referencia el EURIBOR sin diferencial desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable, o subsidiariamente aplicando como índice de referencia el EURIBOR más el diferencial medio del mes de la fecha del contrato desde el inicio previsto en este para la aplicación del interés variable. Se condene a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPH, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido

Ibérica
abogados
Celtibérica Asesores, S.L.
B-86747672





hasta la completa satisfacción de la demandante, cantidades incrementadas en los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda, todo ello con expresa condena en costas a la demandada”; Con carácter subsidiario de segundo orden interesa “declare nulo y no despliegue ningún efecto la integridad de los del Pacto Tercero Bis, desde el 29/10/11, fecha en que se publico la Orden Ministerial 2899/11, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPH, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la demandante”; Con carácter subsidiario de cuarto orden interesa “declare nulo y no despliegue ningún efecto la integridad de los del Pacto Tercero Bis, desde el 29/07/12, fecha en que entró en vigor la Orden Ministerial 2899/11, momento en que el IRPH Cajas deo de ser un interés oficial, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPH, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la demandante”; Como subsidiaria de quinto orden interesa “declare nulo y no despliegue ningún efecto la integridad de los del Pacto Tercero Bis, desde el 29/10/11, fecha en que se publico la Orden Ministerial 2899/11, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPH, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la demandante”; Con carácter subsidiario de quinto orden interesa “declare nulo y no despliegue ningún efecto la integridad de los del Pacto Tercero Bis, desde el 29/07/13, fecha en que finalizó el periodo transitorio establecido en la DTª de la Orden Ministerial 2899/11 para la definitiva desaparición del IRPH Cajas como interés oficial, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPH, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la demandante”. Del mismo modo, la demanda interesa la declaración de nulidad de por abusiva del Pacto Sexto relativo a los intereses de demora del 20,50%, así como de la cláusula Sexta Bis relativa a los intereses de demora.

Ibérica
abogados
Celtibérica Asesores, S.L.
B-86747672

La demandada se opone a las pretensiones ejercitadas de contrario, invocando en primer lugar, la caducidad de la acción ejercitada, señalando que el dies a quo en el caso de la cláusula referente al IRPH cajas debe situarse en noviembre de 2009 cuando la parte pudo darse cuenta que su préstamo no estaba referenciado al EURIBOR al hacerse patente y notoria la diferencia de los índices EURIBOR e IRPH. Respecto de las demás cláusulas impugnadas, de acuerdo con la teoría de la actio nata, y siendo claras en su redacción, el dies a quo de la caducidad, que ya se habría producido, debe computarse desde la celebración del contrato en fecha 31/05/05. Sin dejar de poner de relieve lo que considera un ejercicio desleal en el ejercicio del derecho, opone que la cláusula relativa al interés variable IRPH supera el control de incorporación, no siendo cuestionada dicha circunstancia en las demás cláusulas, y no cabiendo el control de abusividad de aquellas cláusulas que configuran el objeto principal del contrato. Respecto al pacto tercero Bis opone la parte, como dicha cláusula supera el doble control de transparencia e incorporación, permitiendo a la parte conocer el alcance económico real de la citada cláusula. Niega la pretendida abusividad de la cláusula de vencimiento





anticipado por cuanto es una mera reproducción del contenido del art. 1124 del CC. En lo que hace al pacto sexto "interés de demora", en la medida en que el legislador ha modificado la LH y la LEC limitándolo al triple del interés legal, oponiendo la no necesidad de su revisión. Finalmente, y en consideración al súplico de la demanda, en el que se pretende primordialmente la supresión de los intereses del préstamo y su gratuidad, niega el carácter gratuito del préstamo, lo cual depende en su caso del pacto inter partes, siendo que la entidad demandada nunca habría concedido un préstamo sin contraprestación. Entiende que de declararse nula la cláusula de intereses, el contrato carece de causa, y debe devenir nulo de pleno derecho (art. 1261, 1274-1277 CC), considerando de conformidad con el TJUE que cuando la declaración de nulidad de una cláusula pueda resultar más perjudicial al consumidor que su mantenimiento, procede la integración, y en este caso la propia normativa que estableció la desaparición del IRPH Cajas determino que en defecto de otro tipo de interés pactado entre las partes y que resulte de aplicación se aplicará el IRPH entidades (D.A. 15º de la ley 14-13), oponiéndose en todo caso a la restitución de los intereses cobrados, lo cual supondría un enriquecimiento injusto de la actora.

Vista la posición contrapuesta de las partes se hace imprescindible una meridiana claridad expositiva a través de la cual sea fácilmente deducible el proceso lógico seguido por este juzgador para adoptar la resolución final -estimatoria o desestimatoria- tras la cuidadosa valoración y ponderación de todas las pruebas practicadas conforme a las reglas de la sana crítica, claridad expositiva que se obtiene mediante el planteamiento y análisis de varias cuestiones relevantes en la que existe controversia entre las partes (no se pone en duda por la demandada la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, ni el carácter de consumidores de los actores): 1º Caducidad de la Acción; 1º Si la cláusula Tercera Bis supera los controles de transparencia e incorporación, y en caso de ser expulsada, sus consecuencias; 2º Caracter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado e intereses de demora, y consecuencias de sus delcaración como tal.

SEGUNDO.- Caducidad

La alegación debe ser desestimada de plano, sin más trámite, por cuanto estamos ante un supuesto de nulidad radical, no subsanable, ni sometido a plazo de prescripción o caducidad. Obsérvese que, en el supuesto enjuiciado, se ejercita una acción de nulidad de la condición general de la contratación, al amparo de los arts. 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, el art. 82 del texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios, y el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, normas que imponen la sanción de nulidad de pleno derecho a las cláusulas que no superen el control de inclusión o que, superándolo, no permitan al consumidor conocer la carga económica y real que asume con la aceptación de la estipulación

TERCERO.- Análisis de la cláusula del tipo de interés variable IPRH CAJAS. Licitud y Manipulabilidad.

El Pacto Tercero Bis, se fija el tipo de inetres variable aplicable a la segunda fase (a partir del 1 de junio de 2006), y en su apartado A dispone "El tipo de interés nominal aplicable en cada uno de los periodos de revisión de esta fase será igual a la suma del índice de referencia y del diferencial". En el apartado B, bajo la rúbrica "Índice de Referencia





Adoptado" se dispone "Es el "Tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de Ahorros" que se publica por en Banco de España con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado. Este índice se definió por el Anexo VIII, apartado 2 de la Circular 8/90 del Banco de España, como la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas pro el conjunto de Cajas de Ahorros en el mes al que se refiere el Índice, declarados al Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la expresada circular . El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual. El índice de Referencia que se tendrá en cuenta, será el último publicado en el Boletín Oficial del Estado, al último día del segundo mes natural anterior al de inicio de cada periodo de revisión de la segunda fase, aunque en su publicación no se haya respetado la periodicidad prevista en la resolución que lo define.

En el apartado C, en alusión al índice de referencia sustitutivo se establece "No obstante, en el supuesto de que en la fecha establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a cada periodo de interés de la segunda fase, hubiese transcurrido más de dos meses sin que el índice de referencia adoptado se hubiese publicado en el BOE, se adoptará como índice de referencia el "tipo activo de referencia de las cajas de ahorro" que se define en el Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España, índice que se publica pro el dicho Banco con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado. El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual. La interrupción a su vez, durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del índice de Referencia Sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al Crédito del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular. (...)"

En principio cabe significar que dicha cláusula de interés variable IPRH CAJAS, y la subsiguiente tipo activo CECA, índice sustitutivo, es lícita, conforme a normativa.

El IPRH en sus tres variedades de Bancos, Cajas de Ahorros, y Conjunto de Entidades es un índice oficial introducido en la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, modificada por la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España, que en su apartado c) indica: "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito".

El anexo VIII de la Circular 8/90 define el IPRH como "... la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario". La norma segunda de la misma circular trata de la información que debe remitirse al Banco de España para que éste confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del Mercado Hipotecario.

Actualmente existen seis índices de referencia oficiales en España según la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. El art. 27.1.a) refiere el IPRH de las Entidades Españolas; el apartado b) el IPRH de las entidades de la zona euro que elabora y publica el Banco Central Europeo. El Banco de España y el Banco Europeo elaboran y publican el IPRH de las entidades de la zona euro.





Para confeccionar el IRPH se toman los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo, y en cada periodo se publica el índice en el Boletín Oficial del Estado.

El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el Boletín Oficial del Estado. *Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, sentencia de 31 de mayo de 2016.*

El IRPH, encualquiera de sus variantes, sin dejar de ser un índice oficial, ofrece determinadas singularidades frente al índice habitual de los préstamos hipotecarios, es decir, los referenciados al Euribor.

Estas singularidades son extraídas de las contestaciones dadas por el Banco de España al oficio remitido al Juzgado Mercantil número 4 de Burgos (dto. 2 de la demanda):

1. El IRPH de cajas se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas cajas cada mes .

2. El IRPH se calcula como media simple , con el mismo peso de todas las Cajas (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una caja, por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH .

3. A menos Cajas, más influencia en el IRPH de las que quedan (igual que ahora con el IRPH de entidades).

4. Cualquier caja podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses que aplicaba en el mes en cuestión.

5. Se declara la TAE con comisiones, éstas últimas suponen aproximadamente + 0,25 punto, no es por tanto sólo el tipo de interés nominal. Con lo que se cargan comisiones y gastos, además del interés nominal. En el coste total del crédito también se incluyen las cláusulas suelo o el redondeo al alza. En todo caso, y conforme a normativa, se eliminan los tipos que hayan sido rebajados en virtud de subvenciones o acuerdos para empleados: esos datos, harían bajar el resultado.

En suma tal y como resulta del documento aportado, el IRPH se confecciona con datos que no son públicos. Además su cálculo no es auditable y en su resultado no se incluye ponderación por volumen de negocio, por lo que no es tan aleatorio, y también es posible que se eliminen las bonificaciones a clientes. Según la normativa este índice tiene como fin; el coste del mercado, coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito, Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

El Euribor se confecciona con datos públicos. Además para obtener su resultado se elimina el 15% más alto y el 15% más bajo de los tipos de interés recolectados y se realiza la media aritmética con el resto de valores, pero los datos empleados son aportados





exclusivamente por un número limitado de entidades, seleccionadas por su volumen de negocio y representatividad.

Se trata del tipo de interés promedio al que las entidades financieras se ofrecen a prestar dinero en el mercado interbancario del euro. Su fin, por tanto, es el precio actual del dinero.

CUARTO.- Control de Transparencia

La Sentencia del Tribunal Supremo en pleno núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016 reseña:

»6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

»7. Fundamento. De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada.

En el caso de autos, la cláusula impugnada es abusiva por falta de transparencia, en la información facilitada al consumidor en el momento de suscripción del contrato de préstamo hipotecario, y ello por los siguientes motivos.

1. Al no haberse informado de su trascendencia económica para que tenga cabal conocimiento el consumidor, es decir, para su comprensibilidad real, en el sentido de informarle y hacerle ver la comparativa con el Euribor y las particularidades relativas a este índice antes reseñadas.
2. No hicieron comparativas con el resto de índices, ni se dio a elegir entre éste y el índice habitual (Euribor), debiendo haberse advertido por la entidad de la evolución de uno y otro índice, ya que el IRPH le perjudicaba claramente al





consumidor (en el instante de la concertación del préstamo el IRPH ya era superior en más de un punto porcentual al EURIBOR)

3. No se ha aportado el folleto infomartivo, y la oferta vinculante aportada no está firmada por los actores ni la misma es clara ni comprensible para cualquier lego en la materia. No se mostraron al consumidor probables escenarios, ni mucho menos resulta de la oferta vinculante, y de la escritura solo a modo de cláusula cierre que los que se había contratado como un préstamo variable pudiera quedar finalmente referenciado a un tipo fijo, incumpliendo en este aspecto y correlativamente el art. 5 y 3 de la Orden 5-5-94 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Dada la acreditada falta de información, se incumplen los arts. 2.1 , 8 b) y d), 13.1 d) y 17 del TRLGCU y el art. 48.2 h) y a) de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, vigentes en el momento de suscripción de los préstamos, que regulan la obligación para la entidad demandada de permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades o en su caso pueden afectar a su situación financiera y, en definitiva, con estos datos, el consumidor no identificó la cláusula IRPH como definidora del objeto principal y no pudo conocer su alcance económico, en sentido análogo, concurren algunas de las circunstancias expresadas por el TS para el supuesto de la cláusula suelo; (STS en pleno de 9 de mayo de 2013):

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

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 de cliente no se le ofertan las mismas.

"197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.

...cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. (si su inclusión conforme al art. 7 LCGC)...es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

206. El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.





210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas 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". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

Tales consideraciones suponen:

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Es decir, es la parte predisponente la que debe acreditar que facilitó a la parte adherente la información adecuada sobre la posición jurídica y la carga económica de la cláusula del IRPH, conforme acabo de reproducir, y ello en el presente caso no se ha acreditado puesto

En definitiva, la cláusula analizada no supera el control de transparencia en cuanto a la calidad exigible, produciendo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor, y, por lo tanto, desde esta perspectiva es abusiva, porque produce el desequilibrio por falta de información siendo contraria a la buena fe contractual. Y ello se deduce con la prueba de autos, la documental, al cumplirse algunos o todos los parámetros antedichos, no consta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, tampoco se informa sobre el coste comparativo con otros índices, no hay simulaciones ni se exhiben gráficas de escenarios diversos relacionados con los otros tipos de interés y el desconocimiento por parte del consumidor, del también llamado adherente medio, en aquel año de la firma del préstamo del IRPH es patente, en relación a su método de cálculo, por una media simple aritmética, y a los otros datos apuntados.





La Sentencia del Tribunal Supremo en pleno núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016 , CIP 2121/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres: *"Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio...es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio ; 827/2012, de 15 de enero de 2013 ; 820/2012, de 17 de enero de 2013 ; 822/2012, de 18 de enero de 2013 ; 221/2013, de 11 de abril ; 241/2013, de 9 de mayo ; 638/2013, de 18 de noviembre ; 333/2014, de 30 de junio ; 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril ; y 705/2015, de 23 de diciembre)."*

QUINTO.- Efectos de la falta de transparencia de la Cláusula de interés variable. Abusividad. Integración.

Dispone la STS de 23 de diciembre de 2015:

" 231. Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: "[e]n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuario".

232. ...un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". A su vez el artículo 82.1 TRLCU

233. El análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-."

No discutiéndose que nos encontramos ante una CGC, la cual no fue negociada individualmente y fue predispuesta para ser incorporada a una pluralidad de contratos, teniendo en cuenta, como he expuesto que no se ofreció alternativamente a los actores el índice habitual, euribor, ni se informó de las particularidades antedichas del IRPH y su evolución (en la demanda se acompaña una gráfica donde claramente se puede ver que el IRPH siempre ha sido superior al EURIBOR), ni se le dieron escenarios posibles futuros y con muestras o gráficas del pasado, cabe concluir, sin esfuerzo, que se cumplen los reseñados parámetros





para considerar la cláusula abusiva.

El interés es un elemento esencial del contrato de préstamo, tanto de su causa como de su objeto. Y esto es así, a pesar de la mera declaración del TS, en su apartado 188, en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom, STS de 9 de mayo de 2013.

El artículo en cuestión, 1.755, no ha sido modificado desde su promulgación 1889, y es imposible imaginar que las entidades bancarias concedan préstamos sin intereses, es decir, al menos ese precepto debe adaptarse a la realidad social vigente, el carácter crematístico de un préstamo, ya que han pasado desde su redacción más de 125 años, art. 3.1 del Código Civil.

Por lo tanto, siguiendo con el razonamiento, el préstamo en su integridad debe ser nulo, art. 10.1 y 9.2 LCG. En otras palabras atinentes, el préstamo sin cláusula suelo puede subsistir pero sin índice de referencia no, es el núcleo esencial del objeto del contrato, el precio.

El artículo 9. 2. LCG dispone *"La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil"*

Para que este préstamo pueda subsistir y por ende, esta decisión no perjudique al consumidor, art. 65 TRLGCU, *" Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva "*, y a los efectos de cumplir el principio europeo del TJUE de disuadir a las entidades a los efectos que no impongan cláusulas abusivas so pena de moderar o reintegrar el contrato, la única alternativa posible es su sustitución, STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C 618/10ATJUE de 17 de marzo de 2016, asunto C 613/15, STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13 y STJUE 30-05-13, C 488/11, & 57 y 58 STS de 22 de abril de 2015, nº 265/2015, en este sentido se manifiesta la STS de 22 de abril de 2015, nº 265/2015

"4.- La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en





beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado..."

A fin de evitar perjudicar al consumidor, entre la disquisición efecto disuasorio (nulidad con restitución de prestaciones)/integración del contrato, este Juzgador opta por esta última opción al efecto de restablecer el equilibrio generado por la cláusula impugnada.

En similares términos, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C 26/13. Préstamo multidivisa, concluye que el efecto disuasorio no puede perjudicar al consumidor:

" 83 En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse.

84 En efecto, tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a éste más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca.

3) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional."

En fin, es necesario integrar el contrato según la costumbre o el índice sustitutivo habitual pactado, arts. 1.1, 1.3, y 1287 del Código Civil, además se trata de un negocio en el que se añade la connotación de ser un préstamo generalmente hipotecario, es decir, que pone en riesgo la vivienda, lo que eleva su rango de protección, y también es pertinente, para el criterio adoptado, esto es, la sustitución del IRPH por el habitual pactado, el utilizado por el Tribunal Supremo y derivado de las graves consecuencias económicas de dejar todos los préstamos sin interés, observándose en su conjunto, y la falta de mala fe de la entidad en el sentido que se apoyaba en índices oficiales.

Y conforme a lo antedicho, debe aplicarse el Euribor + 1 % revisable anualmente, índice habitual y por tanto sustitutivo.

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





A continuación, analizaré 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 concurra justa causa –verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. 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.

Ibérica
abogados
Celtibérica Asesores, S.L.
B-86747672

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.1-0000, 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.1-3403, 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 concurren en su celebración (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lizing, 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.”

Una vez dictada la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 que aborda esa cuestión, refrendada por la de 16 de febrero de 2016, no podemos por menos que acoger los razonamientos vertidos en ellas, modificando en lo menester los criterios expuestos.

Pues bien, esas sentencias de casación confirman la declaración de abusividad de una cláusula que facultaba al prestamista para declarar el vencimiento anticipado del préstamo por la "falta de pago de una parte cualquiera del capital del préstamo o sus intereses" sin modular la gravedad del incumplimiento en función de ningún parámetro ni ofrecer al deudor mecanismo alguno para evitar los efectos del vencimiento.

A continuación el Tribunal Supremo subraya que el juez, en el análisis del control de contenido de la cláusula de vencimiento anticipado a la luz de la normativa de consumo debe, en primer lugar, constatar la concurrencia del requisito establecido por el artículo 693.2 LEC en sus sucesivas redacciones pero concebido a modo de simple condición de ejercicio de la facultad del prestamista (para el caso de que la estricta literalidad de la cláusula resulte





abusiva se aboga por su reconstrucción integrativa en beneficio del deudor), pero sobre todo debe, en segundo término, comprobar que el ejercicio de esa facultad se ha sujetado a tres exigencias: (i) esencialidad del incumplimiento, (ii) gravedad del mismo en función de la duración y la cuantía del préstamo, y (iii) posibilidad real de poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado.

En concreto, el Tribunal Supremo juzga esencial todo incumplimiento que suponga el impago de las amortizaciones del préstamo y entiende que la previsión contenida en el artículo 693.3 LEC (se transcribe el apartado salvo el último párrafo que trata precisamente de las costas a cargo del ejecutado), por más que circunscrita a las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar, constituye un remedio eficaz puesto a disposición del deudor para evitar las consecuencias del vencimiento anticipado.

Dado el silencio del Supremo al respecto de la gravedad del incumplimiento en función de las coordenadas temporales y cuantitativas de la operación, habremos de seguir apreciando tal exigencia en atención a los criterios antes reproducidos.

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, la cantidad objeto de préstamo hipotecario ascendía a la suma de 194.000 euros con fecha de vencimiento a 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 ante "falta de pago de alguno de los vencimiento de capital, intereses y/o cuotas mixtas u otras obligaciones dinerarias derivadas del presente contrato"; pero también permite de dicho vencimiento por falta de pago a su debido tiempo de contribuciones, impuestos, arbitrios y tasas; si la finca estuviera afectada por una carga o gravamen no conocido con rango prioritario al de la hipoteca; si disminuyera por cualquier caso en una cuarta parte su valor; si la escritura no llegare a inscribir en un plazo de 6 meses, etc. Como puede observarse, en abstracto, la cláusula es nula por cuanto permite a la entidad bancaria dar por resuelto un contrato de préstamo ante incumplimientos irrelevantes.

CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN CONCRETO.

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,
1. 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

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

3. 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 30 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 Illma. 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 permite al actor dar por vencido un préstamo de 190.000 euros a 30 años, ante el impago de una sola cuota que desde luego no alcanza el mínimo exigible.

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 coincido 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 2013, 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 su 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 Ilma. 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» —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 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.

51º No 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 concurren 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.º 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 concorra 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 impliquen la aplicación de dicha cláusula.

La consecuencia de tal nulidad, con relación a la anterior jurisprudencia del TJUE y al art. 9.2 de la LCG y art. 83 TRLGCU es su nulidad y expulsión del contrato.

SÉPTIMO.- 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 del 20.50%.

4. 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 reprobable 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 aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” , 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:

–Si hay desproporción entre el interés moratorio respecto del interés habitual.

1. 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 del 20.5%. Si tenemos en cuenta que a la fecha del contrato el interés legal del dinero era del 4 %, el interés de demora expuesto supera con creces el triple del interés legal del dinero, por lo que la cláusula ha de considerarse abusiva

2. 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.

Astimismo, 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 1964.

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 2013, 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 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.

OCTAVO.- Costas

Conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiese méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. En el presente caso, estimada sustancialmente la demanda, las costas se imponen a la parte demandada.

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **estimando la demanda** interpuesta por NURIA _____ y CRISTIAN _____, frente a CAIXA BANK S.A., **DEBO DECLARAR Y DECLARO:**

- Nula y, por tanto, no despliega ningún efecto la Cláusula "TERCERA BIS.- Ripo de Interés Variable. Segunda Fase" aplicable al contrato de crédito hipotecario suscripto el 31 de mayo de 2005, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y tener carácter abusivo, y acordándose que se proceda a la nueva liquidación de las hipoteca con Inaplicación del Índice IRPH sustituyendo dicho índice por el denominado Euribor + 1% revisable anualmente, condenando a la entidad financiera CAIXA BANK S.A., a devolver a la actora las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPH, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la actora, cantidades incrementadas en los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la presente demanda hasta su pago o consignación para entrega.
- 1. Se declara nula y no despliega efectos la Cláusula "Sexta Bis" epígrafe "a)" en lo relativo al vencimiento anticipado por impago de la parte deudora de un único recibo, dado su carácter abusivo.
- 2. Se declara nula y por tanto no despliega ningún efecto la Cláusula Sexta "Intereses de Demora", dado su carácter abusivo.

Todo ello con condena en costas a la demandada.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la presente notificación (art. 458.1





LEC).

Así lo acuerda manda y firma, D. RUBEN VALLEJO GONZÁLEZ, Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 8 de Gavá.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. De ello doy fe.



Administració de Justícia a Catalunya - Administración de Justicia en Cataluña