



Roj: **SAP LE 694/2015 - ECLI: ES:APLE:2015:694**

Id Cendoj: **24089370012015100171**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2015**

Nº de Recurso: **263/2015**

Nº de Resolución: **173/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LEON

SENTENCIA : 00173/2015

ROLLO 263/2015

ORDINARIO 419/2014

JUZGADO LEON 8 Y MERCANTIL

SENTENCIA Nº 173/15

Ilmos. Sres:

Dª. Ana del Ser López.- Presidenta

D. Manuel García Prada.- Magistrado

D. Ricardo Rodríguez López.- Magistrado

En León a Díez de Julio de 2015.

VISTO ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el recurso de apelación civil num.

263/2015, en el que han sido partes, D. Erasmo, representado por la procuradora Dª Ana-Victoria Prieto Martínez y asistida por el letrado D. Ángel-Javier Díez de la Fuente, como APELANTE, y **BA NO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, representado por el Procurador D. Fernando Fernández Cieza y asistido por la letrada Dª María-José Cosmea Rodríguez, como APELADO. **Interviene como Ponente del Tribunal para este trámite el ILTMO. SR. DON Ricardo Rodríguez López.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En los autos nº 419/2014 del Juzgado de 1ª Instancia número 8 y Mercantil de LEÓN se dictó sentencia de fecha 10 de marzo de 2015, cuyo fallo, literalmente copiado dice: "*ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora Ana Victoria de Dios Caverio en nombre y representación de Erasmo contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, y en consecuencia: 1. Declaro la nulidad de las siguientes cláusulas recogidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el día 12 de enero de 2008: a) Cláusula tercera bis 3, en la mención que expresa que "en todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,500%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el tipo de interés vigente en el período de interés". b) Cláusula 5ª, relativa a gastos, en toda su integridad. c) Cláusula 6ª, relativa a intereses de demora, en toda su integridad. d) Cláusula 6ª bis, relativa a vencimiento anticipado, en sus apartados a) y e). e) Cláusula 11ª, relativa a conservación de la garantía, en su apartado c). 2. Condeno a la demandada a eliminar a su costa las cláusulas*



declaradas nulas, así como a restituir al actor las sumas percibidas en aplicación de la cláusula tercera bis 3 desde el 9 de mayo de 2013, a determinar en ejecución de sentencia. En todo caso, sin que resulte procedente la emisión de pronunciamiento de condena al pago de las costas procesales ".

SEGUNDO .- Contra la precitada Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte apelante. Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado a la apelada que lo impugnó en tiempo y forma. Sustanciado el recurso por sus trámites se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial ante la que se personaron en legal forma las partes en el plazo concedido al efecto. Por el Servicio Común de Ordenación del Procedimiento se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López, y se remitieron las actuaciones a la Unidad Procesal de Ayuda Directa de este tribunal, en la que tuvieron entrada el día 3 de julio de 2015. Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 8 de julio de 2015.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Delimitación del objeto del recurso de apelación.

Se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia para pedir la declaración de nulidad de las siguientes cláusulas:

- 1.- La que contempla comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas y no satisfechas (cláusula 4.4)
- 2.- La cláusula de vencimiento anticipado por alteración patrimonial que comprometa la solvencia del prestatario (cláusula 6 bis, g).
- 3.- La cláusula de conservación de garantía en relación con la prohibición del arrendamiento de las fincas hipotecadas, en relación con la comunicación semestral de hallarse al corriente en el pago de recibos, tributos y gastos de comunidad y primas de seguro sobre las fincas hipotecadas, y en relación con la atribución a la demandante del derecho a hacer inspecciones para comprobar el cumplimiento de las obligaciones (cláusula 11ª, apartado c).

SEGUNDO .- Sobre la abusividad de la cláusula 4.4.

La sentencia recurrida considera que la cláusula no es abusiva porque " *la pretendida duplicidad indemnizatoria en la que se apoya tal pretensión no puede advertirse, toda vez que una cosa es la función de estímulo al cumplimiento que despliega el interés moratorio, y otra diferente es el coste generado por la gestión de reclamación de los recibos no atendidos a su vencimiento* ".

Este tribunal sí considera abusiva la cláusula porque en contra de las exigencias de la buena fe causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (artículo 82 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).

Esta cláusula, que contiene una comisión supuestamente vinculada a la reclamación de posiciones deudoras, es un gravamen por mora, como así resulta de la duplicidad que comporta y de su vinculación al impago de las cuotas y no a la reclamación que por él se pueda formular:

a) Duplicidad: después de indicarse en la cláusula que la comisión tiene por objeto la " *reclamación por el Banco a la parte prestataria de débitos vencidos e impagados*", termina diciendo " *sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los gastos y costes originados por su incumplimiento, conforme a lo pactado en la cláusula siguiente* ". Y en la cláusula siguiente dice: " *Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos [...] los gastos ocasionados por [...] y ejecución de este contrato* ".

Por lo tanto, se cobra al prestatario una comisión por lo que se denomina "reclamación de posiciones deudoras" y también por los gastos que se puedan derivar del incumplimiento de pago.

b) Calificación: se dice que la comisión responde a la reclamación de posiciones deudoras vencidas, pero lo cierto es que no se genera por la reclamación sino por el mero devengo de las cuotas: " *devengará una comisión por gestión de TREINTA EUROS (30,00 €) por cada recibo impagado* ". Es decir, se reclame o no se reclame el pago, el mero vencimiento de una cuota impagada ya genera comisión por el mero hecho del giro de un recibo, con lo que no se trata de generar una comisión por la reclamación de posiciones deudoras sino de generarla por cada impago. Si -como es habitual- se gira un recibo para el pago de la cuota y no se reclama nada por él o, a lo sumo, un pequeño gasto por correo, no se justifica que el giro de otro recibo para informar el impago genere comisión, y menos aún por la cuantía que se fija. La cuantía fijada por comisión es abusiva. Si el pago de las cuotas es mensual, y dejara de pagar las 12 cuotas mensuales, al finalizar el año el prestatario tendría



que pagar 360 euros (30 euros por cada mensualidad) por los recibos girados por el impago, lo que viene a suponer aproximadamente el tercio de una de las cuotas mensuales. Coste a todas luces excesivo, y máxime si se tiene en cuenta que no se justifica en absoluto ese coste para el concepto por el que se gira (artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo citado).

En relación con la nulidad de cláusulas semejantes a esta se han pronunciado muchas sentencias de Audiencias Provinciales, con matices diferentes entre unas y otras.

Así, la sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 23 de abril de 2015 (recurso 42/2015): " *Los requisitos exigidos en el precitado art. para poder considerar como abusiva una determinada cláusula de un contrato de consumo, relativos: 1º) a que se trate de un contrato celebrado con consumidores; 2º) ausencia de negociación individual de las cláusulas contractuales y 3º) necesidad de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, concurren en este caso en relación a la citada cláusula puesto que en la misma se fija una comisión de gestión de 30 € para la regularización de los impagados, tratándose así de una cláusula general que repercute un coste al consumidor que no aparece justificado en modo alguno y que en si misma representa además una indemnización añadida a la que suponen los intereses de demora, desproporcionadamente alta por incumplimiento de sus obligaciones, impuesta en forma unilateral, tanto en su cuantía como en su contenido, por parte del empresario, generando para el mismo una posición favorable a sus intereses económicos y que no se corresponde con los gastos reales que para el mismo pueda suponer la regularización de las posiciones deudoras ante incumplimientos previos al vencimiento anticipado. No es por ello nula la cláusula por fijar un indemnización por gastos de regularización, sino por fijar su importe de manera fija y sin obligación del empresario de acreditar haber intentado la reclamación, ni justificar el medio empleado para ello ni lo que es mas importante su coste individualizado para el concreto consumidor que ha impagado una de las cuotas, lo que incumpliría además los criterios establecidos al respecto por el Banco de España en aplicación de su Circular 8/1990, de 7 de septiembre, según los cuales, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador) y al coste de las mismas. ... "*

Más tajante todavía es la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 24 de abril de 2015 (recurso nº 2093/2015): " *Sobre la abusividad de la citada cláusula ya se ha pronunciado esta Sala en auto de fecha 22 de abril de 2014 y en reciente sentencia de fecha 16 de marzo de 2015, declarando esta última: "En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la actora pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar. Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora "*

En el mismo sentido: auto de la Sección 3ª de la AP de Castellón de fecha 16 de abril de 2015 (recurso 131/2015), sentencia de la Sección 3ª de la AP de Valladolid de fecha 3 de febrero de 2015 (recurso 302/2014) y sentencia de la Sección 9ª de la AP de Valencia de fecha 28 de octubre de 2014 (recurso 487/2014), entre otras muchas.

TERCERO .- Sobre la abusividad de la cláusula 6 bis, g).

Resulta abusiva, por desproporcionada, la cláusula de restricción general de la facultad de disposición sobre activos patrimoniales del prestatario. A la garantía patrimonial que, de por sí, supone la hipoteca, se añade otra genérica que comporta restricción a la movilidad de los activos patrimoniales, negando al prestatario la posibilidad de disponer libremente de sus bienes o de negociar con ello -con precio a la baja- ya sea para favorecer a terceros o ya para conseguir con ello otros objetivos legítimos.

Una cosa es procurar garantizar la solvencia del prestatario y otra limitar sus facultades de disposición. La solvencia del prestatario no se garantiza en mayor medida por la restricción de su potestad de disposición, sino por la envergadura de su patrimonio. El prestatario puede disponer gratuitamente del 80% de sus bienes y ofrecer con el restante 20% garantía sobrada para asegurar el pago del préstamo hipotecario. Se puede



llegar a la situación absurda de que el Banco pudiera declarar vencido anticipadamente el préstamo si el prestatario vendiese más de 25% del total de sus bienes, incluso aunque el resto de su patrimonio le permitiera sobradamente pagar el préstamo hipotecario. O, incluso, la hipótesis más absurda de que el único activo patrimonial del prestatario fuera el inmueble hipotecado y lo vendiera a un tercero: la venta supondría el vencimiento anticipado del contrato, con lo que -prácticamente- se estaría impidiendo al prestatario disponer del inmueble hipotecado porque, de hacerlo, vencería anticipadamente el préstamo hipotecario.

Sobre una cuestión análoga ya resolvió la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2009 (recurso 2114/2005): " *UNDECIMO.- En el séptimo motivo se impugna por la OCU la declaración de validez de la cláusula que identifica con el ordinal de DUODECIMA. A la misma se refiere el fundamento de derecho decimoséptimo de la sentencia recurrida, que la recoge con el siguiente tenor: «(vencimiento anticipado:) "cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa"». El art. 1.129 CC establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido; 3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras. La previsión legal, de carácter objetivo y para eventualidades posteriores al contrato, sería perfectamente aplicable como cláusula de vencimiento anticipado, pero la cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a que se haya "acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia", y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional -predisponente- para ejercitar la facultad resolutoria contractual. Por ello, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva "*.

Si el embargo de bienes del prestatario no puede ser causa de vencimiento anticipado, a pesar de que supone un acto de apremio contra bienes del prestatario, como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, menos aún puede ser causa de vencimiento anticipado la genérica realización de actos de disposición sin vinculación alguna con condiciones precisas y objetivas que atiendan, razonablemente, a la finalidad de garantizar la solvencia del deudor.

Por lo tanto, la cláusula 6 bis, g) del préstamo, es abusiva y, por lo tanto, nula.

CUARTO .- Sobre la cláusula 11ª, apartado c).

La sentencia recurrida declara la nulidad de la precitada cláusula, por lo que no puede ser objeto de recurso de apelación una pretensión sustancialmente idéntica a la ya resuelta favorablemente en la sentencia recurrida. No podemos entrar a interpretar el pronunciamiento del fallo en atención a lo expuesto en los fundamentos, porque lo acordado es muy claro: la nulidad de la cláusula. Si alguna de las partes hubiera querido que se precisara el alcance de la nulidad o que se ampliaran los fundamentos de lo acordado debió de hacer solicitado aclaración, o rectificación o complemento de la sentencia.

Se pide en el recurso de apelación que se declare la nulidad de la cláusula solo en relación con la prohibición de arrendamiento "y otras" conforme al cuerpo de este escrito. La sentencia resuelve sobre la totalidad de la cláusula y expresamente considera abusivas "las previsiones contenidas en la cláusula acerca de la prohibición de contratar arriendos...". Ya declara la nulidad de tal obligación, por lo que no tiene sentido alguno la impugnación formulada.

En relación con tal cláusula solo deja sin declarar la abusividad de " *la obligación de conservación de la finca hipotecada* ". Si como parece sostener la parte apelante, no solicitó la declaración de nulidad de la cláusula en su totalidad sino solo la de las obligaciones referidas a la prohibición de arrendamiento y de comunicación de pago de recibos, tributos, gastos y primas de seguro, tales pretensiones ya han tenido acogida en la sentencia recurrida, por lo que no tiene sentido la impugnación formulada. Tanto es así, que en el fallo no se declara la nulidad de parte de la cláusula, sino la totalidad, seguramente en la idea de que no se solicita la nulidad en lo referente a lo expuesto en el párrafo primero del fundamento de derecho séptimo de la sentencia recurrida.

Por lo tanto, las pretensiones de la parte apelante en relación con la cláusula 11ª, c), han tenido plena acogida. Otra cosa, diferente, es determina si por lo expuesto en el párrafo primero del fundamento séptimo se pudiera entender que la estimación de la demanda es parcial, pero tal cuestión solo tendría relevancia en relación con las costas, sobre lo que se trata en el fundamento siguiente.

QUINTO.- Costas.



Conforme dispone el artículo 398 de la LEC , en su apartado 2, en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Y en cuanto a las costas de la primera instancia será de aplicación lo dispuesto por el artículo 394 de la LEC , conforme dispone el artículo 397 del mismo texto legal . La estimación de la demanda se ha de entender total, o al menos sustancial: ya la sentencia de primera instancia estima las pretensiones a), b), c), d), e), f) y h). Las únicas cláusulas que no declaran nulas son la del apartado 4 de la cláusula cuarta (apartado g/ del suplico de la demanda) y la del apartado 6 bis g) (englobada en el apartado d/ del suplico de la demanda). Ahora bien, con la presente sentencia también se anulan las citadas cláusulas, por lo que, aun entendiendo que lo expuesto en el primer párrafo del fundamento de derecho séptimo pudiera implicar una tácita desestimación, la estimación de la demanda se ha de calificar como sustancial y, por lo tanto, ha de condenarse a la parte demandada al pago de las costas de la primera instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación interpuesto por **D. Erasmo** contra la sentencia de fecha 10 de marzo de 2015 , dictada en los autos ya reseñados, y, en su consecuencia , **la REVOCAMOS** para acordar la estimación TOTAL de la demanda y añadir la declaración de nulidad de la cláusula 6 bis g) y de la cláusula 4.4 del contrato de préstamo, por abusivas, y para dejar sin efecto el pronunciamiento sobre costas y, en su lugar, se acuerda la condena de la demandada al pago de las costas procesales de la primera instancia.

Todo ello sin expresa imposición de las costas generadas por el recurso de apelación interpuesto.

Se acuerda devolver a la parte apelante la totalidad del depósito constituido para interponer el recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente, y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

MODO DE IMPUGNACIÓN : contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

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

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente 2121 0000.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando en apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.