



Roj: **STS 1631/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1631**

Id Cendoj: **28079110012017100250**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2017**

Nº de Recurso: **2981/2014**

Nº de Resolución: **251/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5091/2014,**  
**STS 1631/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 25 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 9.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia. El recurso fue interpuesto por la entidad Banco de Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo. Es parte recurrida María Esther , representada por la procuradora Ana Delia Villalonga Vicens.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.** *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Nuria Juan Muñoz, en nombre y representación de María Esther , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, contra la entidad Banco Español de Crédito S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que: 1.- Declare la nulidad de la cláusula 11<sup>a</sup> que reza "venta extrajudicial", y cuyo contenido literal es:

"Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario , los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar los siguientes (...)".

2.- Que se tenga por no puesta y en su consecuencia, se deje sin efecto el requerimiento notificado a mi representada en fecha 25 de febrero de 2013, por el Notario de Valencia con sede en Albal D. Salvador Eduardo García Parra, y se ordene paralizar el procedimiento previsto en los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario , incluida la subasta extrajudicial, si esta se hubiere señalado ya.

3.- Que se obligue a la entidad demandada a estar y pasar por este pronunciamiento, y en su consecuencia se le ordene acudir a la vía judicial para la ejecución del préstamo hipotecario.

4.- La imposición de las costas de este procedimiento, por su temeridad y mala fe».

2. El procurador Alonso Moreno Martínez, en representación de la entidad Banco Santander S.A. (entidad absorbente de Banesto), contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«desestime íntegramente la demanda interpuesta por Dña. María Esther imponiendo las costas a la parte actora».



3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que desestimando como desestimo la demanda promovida por el Procurador Sr. Juan Muñoz en la representación que ostenta de su mandante Dña. María Esther debo absolver y absuelvo a la parte demandada Banco de Santander S.A. de las pretensiones deducidas en su contra, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales causadas».

**SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de María Esther .

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 7 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en representación de María Esther contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil 1 Valencia en fecha de 31/10/2013 en proceso ordinario 422/2013, revocamos dicha resolución y con estimación de la demanda declaramos:

1º) La nulidad absoluta de la estipulación 11ª bajo la nominación "Venta extrajudicial", contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario concertada ante Notario por la demandante con la entidad prestamista Banco Español de Crédito S.A. (luego Banco de Santander SA) en fecha de 18/1/2006.

2º) Se deja sin efecto el requerimiento practicado por el Notario de Albal a la demandante efectuado en la fecha de 25 de febrero de 2013 y se acuerda la paralización del procedimiento de venta extrajudicial seguido.

3º) No se efectúa pronunciamiento de costas procesales de primera y segunda instancia».

**TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Alonso Moreno Martínez, en representación de la entidad Banco Santander S.A. (entidad absorbente de Banesto), interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 80.1 de la LCU en relación con la sentencia del Tribunal Supremo núm. 241/2013 .

2º) Infracción del apartado 3 del art. 82 TRLCU, en relación con el apartado 1 del mismo artículo.

3º) Infracción del art. 82.1 de la LCU.

4º) Infracción del art. 82.1 de la LCU».

2. Por diligencia de ordenación de 11 de noviembre de 2014, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por termino de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco de Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo; y como parte recurrida María Esther , representada por la procuradora Ana Delia Villalonga Vicens.

4. Esta sala dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Español de Crédito, S.A. -en la actualidad Banco de Santander, S.A.- contra la sentencia dictada, el día 7 de octubre de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), en el rollo de apelación n.º 214/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 422/2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia».

5. Dado traslado, la representación procesal de María Esther presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.



El 18 de enero de 2006, María Esther y Laureano contrataron con Banesto un préstamo hipotecario, por un importe de 235.000 euros. El contrato fue novado el 30 de enero de 2008, para ampliar la cuantía del préstamo a 290.251,89 euros.

La escritura de préstamo hipotecario, en su estipulación 11ª, preveía la posibilidad de que, en caso de impago, pudiera acudir a la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH y en los arts. 234 y ss RH, entonces vigentes.

El texto de la estipulación 11ª es el siguiente:

«Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario, los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente:

- a) Los valores en que se tasan las fincas hipotecadas para que sirvan de tipo en la subasta serán los mismos que han quedado señalados en la cláusula anterior.
- b) El domicilio señalado por las partes prestataria e hipotecante para la práctica de los requerimientos y notificaciones a que haya lugar será el mismo señalado a tales efectos en la cláusula anterior.
- c) La parte hipotecante designa a BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., por medio de sus representantes estatutarios o legales, como persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de las fincas hipotecadas en su representación».

Desde julio de 2012, dejaron de pagarse las cuotas mensuales de amortización del préstamo. El 18 de enero de 2013, el banco resolvió anticipadamente el contrato, realizó la correspondiente liquidación y requirió de pago a los prestatarios. A fecha 22 de enero de 2013, la suma adeudada como consecuencia del vencimiento anticipado era de 254.166,17 euros.

En aplicación de la reseñada estipulación 11ª del contrato, el día 1 de febrero de 2013, el banco inició los trámites de la venta extrajudicial. El día 25 de febrero de 2013, se practicó la notificación del vencimiento anticipado y la liquidación, y el requerimiento de pago a los prestatarios.

**2.** El 5 de abril de 2013, María Esther presentó la demanda que dio inicio al presente procedimiento, en el que pedía la declaración de nulidad de la estipulación 11ª de la escritura de préstamo hipotecario. También pedía como medida cautelar la suspensión de la venta extrajudicial.

Las razones aducidas por la demandante para justificar la nulidad de la estipulación 11ª son las siguientes. En primer lugar, afirma que la cláusula no fue objeto de negociación y era abusiva, por ser contraria a la buena fe y porque generaba un «evidente desequilibrio en perjuicio del consumidor». Alegaba que en el procedimiento de venta extrajudicial la posibilidad de invocar causas de oposición eran «exiguas».

**3.** El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. Aunque reconoció que se trataba de una condición general de la contratación predispuesta por el banco prestamista, no apreció que fuera abusiva. Entendió que estaba válidamente incorporada, que era de uso frecuente y habitual en el tráfico jurídico, y que se ajustaba a los usos del comercio y a la normativa procesal.

**4.** La sentencia de primera instancia fue apelada por la Sra. María Esther. La Audiencia estima el recurso y declara la nulidad de la estipulación 11ª. En su sentencia, comienza por advertir que el art. 129 LH, que regula el procedimiento de venta extrajudicial, no «es una norma imperativa sino dispositiva y sometida (...) al principio de la autonomía de la voluntad». También aclara que se trata de una cláusula accesoria, susceptible de un control de abusividad. Luego lleva a cabo el examen de la cláusula y concluye: primero, que no es clara ni sencilla en su dicción y su significado resulta de difícil comprensión; además, hay un defecto de información sobre el significado y alcance efectivo del sometimiento a este proceso de ejecución; y además causa un desequilibrio en perjuicio del consumidor porque la oposición es casi inexistente, y por supuesto no admite que el consumidor pueda oponer la existencia de cláusulas abusivas.

**5.** La sentencia de apelación es recurrida en casación por el banco demandado, sobre la base de cuatro motivos.

Conviene advertir que la sala ha conocido recientemente de un recurso de casación en el que se suscitaba la misma cuestión que ahora se plantea en casación. Ese recurso fue resuelto por Sentencia 483/2016, de 14 de julio. La estipulación respecto de la que se pedía la nulidad en aquel precedente es la misma cuya nulidad se cuestiona en el presente caso, y el contrato es muy similar, en cuanto que el banco prestamista es el mismo (Banesto). En ambos casos, la Audiencia había apreciado el carácter abusivo de la cláusula y, por ello, su nulidad, el recurrente es el banco y los motivos de casación son prácticamente coincidentes.



Seguiremos la doctrina contenida en la sentencia de referencia, al no apreciar la concurrencia de ninguna circunstancia que justifique que nos separemos de ella.

### **SEGUNDO.** *Motivo primero de casación*

**1. Formulación del motivo .** El motivo se funda en la infracción del art. 80 TRLCU, en relación con la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , al haberse aplicado indebidamente el control de transparencia sustantiva o de comprensibilidad real propio de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato.

La sentencia recurrida aplica el control de transparencia a una cláusula que no define el objeto principal del contrato, cuando el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , imponen estas exigencias de comprensibilidad real sólo respecto a este tipo de cláusulas en las que no se puede realizar un control de contenido.

Según el recurrente, la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula es predicable únicamente de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. En relación con el resto de las cláusulas del contrato, la obligación de transparencia exigible es la prevista en los requisitos de incorporación en el art. 5 LCGC, de tal forma que superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo no dependerá de la información previa, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo .** Como ya advertimos en la sentencia 483/2016, de 14 de julio, la estipulación objeto de controversia, la 11ª, no se refiere al objeto principal del contrato, sino a la posibilidad convenida por las partes de que, en caso de vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario de sus obligaciones de devolución de las cuotas pactadas, el acreedor pudiera instar la ejecución o venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH .

A la vista de la naturaleza de esta cláusula, en la sentencia 483/2016, de 14 de julio, razonamos que el control sobre la falta de transparencia tiene sentido respecto de las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato y la adecuación entre las contraprestaciones, en la medida en que están excluidas del control de abusividad (de contenido) mientras estén redactadas de manera clara y comprensible (art. 4.2 Directiva). Respecto del resto de las cláusulas, cumplidas las exigencias de transparencia del control de inclusión, «el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor».

Tanto en este caso, como en el de la sentencia de referencia, la Audiencia había declarado abusiva la cláusula (estipulación 11ª) no sólo por la aplicación indebida del control de transparencia, sino también por la aplicación del control de contenido. Por eso, aunque tenga razón este motivo primero al aducir que no procedía aplicar el control de transparencia, no cabe la estimación del recurso sobre la base de este motivo primero.

### **TERCERO.** *Motivo segundo de casación.*

**1. Formulación del motivo segundo .** El motivo denuncia la infracción del apartado 3 del art. 82 TRLCU, en relación con el apartado 1, porque la sentencia no tiene en cuenta, para enjuiciar la abusividad de la cláusula, las demás cláusulas del contrato y, en consecuencia, no aprecia debidamente que la ausencia de cláusulas abusivas en ese contrato descarta cualquier riesgo de que la cláusula impugnada cause, en perjuicio del adherente, un desequilibrio contractual.

En su desarrollo, en atención al carácter individual de la acción ejercitada, se aduce que el riesgo de desequilibrio solo podía darse si el contrato de préstamo contuviese cláusulas abusivas, de modo que el adherente no hubiera podido alegar eficazmente la abusividad de otras cláusulas de este contrato en el procedimiento de venta extrajudicial. En este caso, ni se ha discutido la validez del resto de cláusulas, ni el juez de primera instancia apreció de oficio la abusividad de cualquier otra cláusula contractual.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Estimación del motivo .** Al resolver este motivo seguimos la doctrina expuesta en la sentencia 483/2016, de 14 de julio.

La demanda pretendía que se declarara la nulidad, por su carácter abusivo, de la estipulación 11ª del contrato de préstamo hipotecario. La justificación de su abusividad radica en que esta estipulación habilita al acreedor hipotecario para acudir, en su caso (vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario), a la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH , que ofrece menos garantías al consumidor para hacer valer su protección frente a eventuales cláusulas abusivas.



Cuando se interpuso la demanda estaba iniciada la venta y adjudicación del bien garantizado. La demanda no indicaba qué concretas cláusulas consideraba abusivas, respecto de las que, de haber tenido un cauce procesal adecuado, hubiera pretendido la nulidad y se hubiera opuesto a la ejecución, como ocurrió en el caso Aziz que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 14 de marzo de 2013.

No podemos perder de vista que se ha ejercitado una acción individual que requiere de un juicio concreto sobre la abusividad de la cláusula, en atención al eventual desequilibrio que provocaba.

Por otra parte, ya aclaramos en la sentencia 483/2016, de 14 de julio, que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea, una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva [SSTJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13 , Ku?ionová) y 25 de junio de 2015 (asunto C-32/2014, Sugár)].

**3.** La cláusula cuestionada, la estipulación 11ª (transcrita en el fundamento jurídico primero), contiene un pacto por el que de forma expresa las partes acuerdan la posibilidad de que, en vez del procedimiento de ejecución judicial, el acreedor hipotecario pueda acudir para realizar el bien, en caso de vencimiento anticipado, al procedimiento de ejecución o venta extrajudicial previsto en el art. 129 LH y los correspondientes preceptos del Reglamento Hipotecario (art. 234 y ss.).

La regulación contenida en el art. 129 LH ha variado de cuando se firmó y novó el contrato de préstamo hipotecario (18 de enero de 2006 y 30 de enero de 2008, respectivamente), en que se incluyó la reseñada estipulación 11ª, y luego se instó la ejecución extrajudicial (1 de febrero de 2013), al momento presente.

En su originaria redacción, el precepto no contenía ninguna previsión sobre la posibilidad de impugnación del procedimiento de ejecución y su paralización basado en la existencia de cláusulas abusivas.

Por contraste, en su redacción actual (tras las modificaciones introducidas por Ley 1/2013, de 14 de mayo, y la Ley 19/2015, de 13 de julio), el art. 129 LH dota al consumidor de facultades para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución.

De este modo, aunque el art. 129 LH, al regular la ejecución notarial de la hipoteca, en su redacción actual dota al consumidor de facultades para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución, en la versión vigente en el momento en que se firmó el contrato y en que se ejecutó la garantía, carecía de una previsión específica en tal sentido.

**4.** A la vista de lo anterior, conviene advertir que el eventual carácter abusivo de la cláusula que permitía acudir al procedimiento de venta extrajudicial del art. 129 LH, dependía del contenido de la regulación de esta norma. Bajo la aplicación de la regulación originaria, no se preveía el control de las cláusulas abusivas, mientras que tras las reformas introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y sobre todo la Ley 19/2015, de 13 de julio, sí.

En las ejecuciones anteriores, el juicio valorativo que el Tribunal de Justicia encomienda a los tribunales nacionales sobre, en la concreta situación enjuiciada, en qué medida sería prácticamente imposible o excesivamente difícil aplicar la protección conferida por la Directiva 93/13 [STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13 , Ku?ionová)], debería realizarse en atención a las insuficientes posibilidades de control de la abusividad de las cláusulas que preveía en ese momento el art. 129 LH, y por ello sería negativo.

Mientras que en las ejecuciones abiertas bajo el régimen actual, aunque provinieran de la misma cláusula, la valoración debería realizarse conforme a las posibilidades de control de las cláusulas abusivas que ahora se prevén en el propio art. 129 LH.

**5.** Ahora bien, no podemos perder de vista que estamos ante una acción individual en la que se pretende la declaración de nulidad de una cláusula en la que se conviene la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial, y que el juicio de abusividad es concreto y debe realizarse conforme a las circunstancias del caso.

En nuestro caso, se pide la nulidad de la estipulación 11ª, pero no se aducen por el peticionario las cláusulas que habría podido invocar como abusivas, y por ello nulas, para suspender la ejecución y oponerse a ella, y que no pudieron serlo. Que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor que le habría ocasionado la cláusula controvertida.

Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y por lo tanto no pudiera acudirse a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que en su caso se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces.

Pero pendiente el procedimiento de ejecución, el interés en pedir la nulidad de esta cláusula sólo se justifica porque vaya a impedir o haya impedido impugnar y, en su caso, suspender la ejecución por la existencia de





cláusulas abusivas que no sean sólo la que permite la venta extrajudicial. Esto es, podría pedirse la nulidad de la estipulación 11ª justificando la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer.

Por eso, en nuestro caso, en atención al contenido de la cláusula cuya declaración de abusividad se pretende, que radica en el desequilibrio que podría suponer para el consumidor, si se acude a la venta extrajudicial, la limitación de garantías en relación con el control de la abusividad de otras cláusulas contractuales, como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real.

La estimación del motivo segundo hace innecesario entrar a analizar los restantes motivos de casación.

**6.** De acuerdo con lo anterior, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de apelación, y en su lugar acordar la desestimación del recurso de apelación formulado por la Sra. María Esther y confirmar la desestimación de la demanda.

#### **CUARTO.** Costas

**1.** Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC ).

**2.** Aunque procede la desestimación del recurso de apelación formulado por la Sra. María Esther , no imponemos las costas en atención a las serias dudas que por entonces existían sobre la cuestión controvertida.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

#### **esta sala ha decidido**

**1.º-** Estimar el recurso de casación formulado por la representación de Banco Santander, S.A. (antes Banesto) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) de 7 de octubre de 2014 (rollo núm. 214/2014 ), que dejamos sin efecto. **2.º-** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de María Esther contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Valencia de 31 de octubre de 2013 (juicio ordinario núm. 422/2013). **3.º-** No hacer expresa condena respecto de las costas de los recursos de apelación y de casación. Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.