

Roj: **SJM IB 1/2014 - ECLI: ES:JMIB:2014:1**Id Cendoj: **07040470012014100001**Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**Sede: **Palma de Mallorca**Sección: **1**Fecha: **03/01/2014**Nº de Recurso: **748/2012**Nº de Resolución: **3/2014**Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**Ponente: **LEANDRO BLANCO GARCIA-LOMAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 1

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00003/2014**JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE PALMA DE MALLORCA****PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario 748/2012****SENTENCIA**

En Palma de Mallorca, a 3 de enero de 2014.

Vistos por mí, don Leandro Blanco García Lomas, magistrado-juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca, los autos de Juicio Ordinario con número 748/2012, en la que es parte demandante doña Gabriela, representada por el Procurador don Santiago Barber Cardona y asistida por el Letrado don Luis Moraleda Martín, en sustitución del Letrado don Carlos Hernández Guarch, y parte demandada la entidad bancaria Banco Español de Crédito, S.A. (en adelante, Banesto), representada por el Procurador don Francisco Tortella Tugores y asistida por el Letrado don Jorge Ruiz Jiménez, en sustitución del Letrado don Manuel García-Villarrubia Bernabé, habiendo versado el presente procedimiento sobre ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD, dicto la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de noviembre de 2012, el Procurador de los Tribunales don Santiago Barber Cardona, en nombre y representación de doña Gabriela, presentó demanda de juicio ordinario.

SEGUNDO.- Admitida que fue a trámite la citada demanda, se emplazó a la parte contraria para que contestase a la demanda, cosa que hizo la representación procesal de la entidad bancaria Banesto mediante escrito presentado en este Juzgado el día 31 de enero de 2013.

El día 9 de diciembre de 2013 tuvo lugar el acto de la audiencia previa, con el resultado que obra en autos, quedando en ésta los autos vistos para sentencia.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la controversia. Argumentos de las partes.

1. En el presente procedimiento la parte demandante ejercita, al amparo del artículo 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), una acción individual de nulidad encaminada a que esta sentencia declare la nulidad de la estipulación número 11 del contrato de préstamo con



garantía hipotecaria suscrito en fecha 31 de enero de 2005 por doña Gabriela en una sucursal de la entidad bancaria Banesto. La citada cláusula contractual reza lo 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 tasán 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."

2. Concordes las partes en el acto de la audiencia previa en que el objeto de la controversia del presente procedimiento era puramente jurídico, conviene exponer los argumentos por los que la parte demandante considera que es nula por abusiva dicha estipulación, así como los argumentos por los que la parte demandada considera que no es abusiva, para a continuación manifestar los argumentos de este Juzgador para estimar o desestimar la pretensión. Así:

Argumentos de la parte demandante favorables a la declaración de nulidad:

- El procedimiento de ejecución extrajudicial vulnera o, como mínimo, limita los derechos de los consumidores y usuarios: argumenta la parte demandante que la inclusión de la estipulación número 11 del contrato, en el que se remite al procedimiento de la venta extrajudicial del artículo 129 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) en caso de ejecución por falta de pago de las cuotas hipotecarias, es nula porque cercena o limita los derechos de ius cogens, y por tanto indisponibles, de los que dispone el consumidor. En este sentido, considera que es nula la citada estipulación por los siguientes motivos:

Señala que previendo el artículo 129 de la LH que en caso de falta de cumplimiento de la obligación de pago de la obligación garantizada con hipoteca, y que las partes acuerdan acudir al procedimiento de venta extrajudicial del bien hipotecado ante Notario previsto en el citado artículo, dicho pacto no puede presumirse existente cuando estamos en presencia de una condición general de la contratación, limitando asimismo el derecho del consumidor a que el proceso de ejecución sea tramitado ante un juez (artículo 86.7 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU), puesto en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante, CE)).

El Notario no está facultado para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva, a diferencia del procedimiento judicial en el que sí que existe esta posibilidad.

Porque en el procedimiento de venta extrajudicial no se permite alegar la existencia de cláusulas abusivas con efecto suspensivo de éste.

Porque no está previsto que en el seno del procedimiento de venta extrajudicial, el consumidor pueda interesar asistencia jurídica gratuita, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de éste.

Porque en el procedimiento de venta extrajudicial no están previstos como motivos de oposición los establecidos en los artículos 695 y 696 de la LEC, así como las causas de suspensión del artículo 697 de la LEC.

- La inclusión de la cláusula de la vía de ejecución extrajudicial jamás fue objeto de negociación: la estipulación citada es abusiva pues no ha sido objeto de negociación y ha sido incluido en el contrato de manera inadvertida para el consumidor.

- La existencia de un recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del artículo 129 de la LH operada por la Ley 1/2013 y el informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) sobre el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento Hipotecario: en el acto de la audiencia previa, la asistencia letrada de la parte demandante indicó como hecho nuevo la existencia de los dos documentos aludidos.

b) Argumentos de la parte demandada desfavorables a la declaración de nulidad:

- La estipulación número 11 del contrato no es nula por no constituir infracción de la normativa comunitaria: la parte demandada considera que la contraparte parte de un silogismo equivocado, el de equiparar el procedimiento de venta extrajudicial con un procedimiento de ejecución, cuando en realidad es un pacto contractual relativo a la forma en que se puede realizar un derecho de crédito. Por esta razón, considera



que no son de aplicación las conclusiones de la Abogada General del TJUE ni de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Mohamed Aziz) sobre el procedimiento español de ejecución hipotecaria. En este sentido, argumenta que la venta extrajudicial es respetuosa con el artículo 117.3 de la CE, ya que la facultad de los jueces y magistrados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado queda intacta, al no tratarse de un procedimiento alternativo al judicial, sino la simple expresión de la autonomía de la voluntad. Por otro lado, considera que el reproche de que no es posible en el seno de la venta extrajudicial de bienes hipotecados el control de oficio de la abusividad de las cláusulas debe tener escaso alcance, habida cuenta de que el acuerdo contractual no impide que el consumidor acuda a los Tribunales para solicitar la declaración de nulidad de alguna de las cláusulas contractuales. En este sentido, cita la parte demandante, al entender de la parte demandada, sentencias del TJUE que no guardan relación con el pacto de venta extrajudicial. Continúa su argumentación la parte demandada indicando que la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Mohamed Aziz) formula conclusiones que únicamente pueden generar efectos en el procedimiento concreto en el que se ha planteado la cuestión prejudicial. Por último, la parte demandada recuerda que el legislador español ha querido incrementar la protección del consumidor mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (en adelante, RD Ley 6/2012) y del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (en adelante, RD Ley 27/2012), y que en la regulación de estos Decretos se encuentra el pacto de venta extrajudicial.

- *La estipulación número 11 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria no es abusiva*: en primer lugar, la parte demandada considera que no es abusivo el hecho de pactar la venta extrajudicial, ya que es una cláusula de origen legal, prevista en el artículo 129 de la LH, y declarar la abusividad de una cláusula legal sería tanto como afirmar que el pacto es contrario a la ley. En segundo lugar, la parte demandante considera que el contenido de la cláusula no es abusivo por las siguientes razones: (i) porque no concreta en qué consiste la abusividad que la parte demandante invoca, lo que es revelador de lo infundada de la pretensión; (ii) porque la cláusula es clara, concreta y sencilla (al estar redactada conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de la LH), es accesible y legible (al encontrarse situada separada del resto de estipulaciones), no es contraria a la buena fe, es conservadora del justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, es plenamente garantista con el deudor (al no limitar las garantías ni las posibilidades de suspensión y/u oposición previstas en el artículo 129 de la LH y en los artículos 234 y siguientes del RH), es respetuosa con el cauce legal previsto en el artículo 129 de la LH y en los artículos 234 y siguientes del RH; (iii) porque no puede equipararse una condición general de la contratación con cláusula abusiva; (iv) porque la cláusula objeto de debate no es contraria a las exigencias de buena fe, al contemplar íntegramente los requisitos legales y reglamentarios de la venta extrajudicial; (v) porque la cláusula objeto de debate no supone un perjuicio para el consumidor, ya que el resultado de la venta del bien hipotecado también puede producirse en el seno de un procedimiento judicial; (vi) porque la cláusula objeto de debate no supone un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, ya que el consumidor dispone también de las causas de oposición y suspensión previstos en el RH, al tiempo que los Notarios tienen una obligación legal de efectuar un control de legalidad de los préstamos hipotecarios que vayan a formalizarse.

- *La modificación legislativa operada por la Ley 1/2013 en el artículo 129 de la LH permite discutir una cláusula abusiva en el seno de la venta extrajudicial.*

SEGUNDO.- Posición de este Juzgador.

3. Antes de exponer la postura de este Juzgador, creo necesario aclarar ciertos conceptos confusos introducidos en el debate:

a) La incorporación de una condición general de contratación a un contrato no supone "per se" que estemos en presencia de una cláusula abusiva, ya que es lícita la utilización en el tráfico jurídico de condiciones generales de la contratación, facilitando la multiplicidad de transacciones económicas en un mundo globalizado. De esta forma, debe rechazarse desde este momento que la cláusula objeto de esta procedimiento sea nula por no haber sido negociada individualmente, ya que siendo esto aceptado por la contraparte, nos lleva únicamente a afirmar que concurren los requisitos de una condición general de la contratación (predisposición, imposición y finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos). Así, la reiteradamente citada STS Pleno de 9 de mayo de 2013 recuerda que:

" Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuerto



por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad".

b) Si bien existe una amplia discusión doctrinal sobre la naturaleza de la venta extrajudicial regulada en el artículo 129 de la LH, el tenor literal de la modificación operada por la Ley 1/2013 y, fundamentalmente, la doctrina emanada de la STS de 25 de mayo de 2009, consagran que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución forzosa, o, al menos, ante un procedimiento con finalidad ejecutiva. De esta forma han de decaer las objeciones opuestas por la parte demandada respecto de la imposibilidad de extrapolar las conclusiones del TJUE al procedimiento del artículo 129 de la LH, ya que el Alto Tribunal no ha definido la venta extrajudicial como un mero acuerdo contractual, sino como un verdadero y propio procedimiento con finalidad ejecutiva.

4. Establecido lo anterior, conviene circunscribir el objeto del análisis jurídico a la concreta estipulación número 11 del contrato, que no es más que la reproducción de las facultades contenidas en el artículo 129 de la LH y de los artículos 234 y ss. del RH, para que la entidad prestamista ejecute la garantía real ante el eventual incumplimiento de la obligación garantizada. El contenido de esta cláusula es lo que ha de ser objeto de análisis, lo que indudablemente lleva pareja la valoración bajo el prisma de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril (en adelante, Directiva 93/13) del supuesto objeto de este procedimiento. Por tanto, como quiera que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución procesal, debe respetarse la autonomía procesal de los Estados, salvo que suponga merma de los derechos de los consumidores consagrados en la Directiva 93/13. Así lo recordó la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando argumentó que "*Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y "de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas "no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38)".* De esta forma, la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 3.3 de la Ley 1/2013 no afecta al análisis que debe efectuar este Juzgador, ya que el que el procedimiento de venta extrajudicial sea o no respetuoso con la CE, es indiferente a la hora de fijar la perspectiva de la actuación del Juez comunitario: la protección del consumidor. De ahí que si bien es cierto que el procedimiento del artículo 129 de la LH es un procedimiento legal y reglamentariamente establecido y que no es más que la expresión de la voluntad del legislador de fijar un cauce distinto de los órganos jurisdiccionales para lograr la satisfacción de un crédito derivado de un préstamo con garantía hipotecaria, lo cierto es que en la medida en que el cauce procesal regulado merme o dificulte al consumidor hacer efectivo el ejercicio de los derechos que la Unión Europea confiere a los consumidores, en virtud del principio comunitario de efectividad el Juez comunitario está habilitado para inaplicar sin más la normativa procesal nacional.

5. Conviene tener presente que se solicita la nulidad de la cláusula en cuestión, por considerar que la misma es abusiva, lo que hace preciso recordar los tres distintos niveles de protección que establece la Directiva 93/13 (control de incorporación, control de abusividad, en su doble vertiente de control de contenido y de control de transparencia). Por su claridad expositiva, considero suficiente reproducir la SJM número 1 de Gerona de 16 de septiembre de 2013:

" Aunque no exclusivamente, el contrato pertenece a la esfera del Derecho voluntario o dispositivo, regido por el principio de la autonomía de la voluntad, si bien, el Estado, como fuente material de Derecho objetivo, cada vez más, en atención a modernas tendencias político-sociales, despliega cierta influencia en el mundo de la contratación, garantizando con ello, en cuanto sea posible, el imperio de la justicia y de la buena fe.

El principio de la autonomía de la voluntad, junto con sus límites naturales, principalmente en cuanto a materia contractual, está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1255 del Código Civil, que establece que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público". Además de concretas manifestaciones en artículos dispersos en el Código Civil como en los artículos 1275, 1116 y 1459. Sin embargo, dejando al margen estos límites naturales del principio de la autonomía de la voluntad, es con el Derecho moderno y en atención a los postulados propios del Estado Social Democrático, especialmente en la esfera del Derecho social, donde

encontramos más énfasis en el intervencionismo estatal en el mundo de la contratación. Repárese en el Estatuto de los Trabajadores y la legislación de arrendamientos rústicos y urbanos.

No obstante, a tenor del mandato del Constituyente en el artículo 51.1.2.3 CE, que a fin de cuentas permite limitar la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE), y el auge de los contratos de adhesión, por formularios o con condiciones generales de la contratación como instrumento propicio para la contratación en masa, -auténtico "modo de contratar" en la actualidad (STS 406/12, de 18 de junio)-, es en el campo de la protección de los consumidores y usuarios, donde más limitaciones hallamos al principio de la autonomía de la voluntad. Ámbito en el que en los contratos que se suscriben se constata una clara situación de preponderancia de una de las partes. Conculcándose con claridad la presunción liberal de la libertad e igualdad de las partes contratantes, que ha obligado al Legislador tanto nacional como comunitario, a limitar el juego libre de la autonomía de la libertad, en aras de proteger los derechos de la parte más débil.

Nuestro Legislador, a la hora de transponer la Directiva comunitaria 13/93 no entendió, o no quiso transponer a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, la posibilidad de articular un control de transparencia en relación a cláusulas relativas al objeto principal del contrato que rezuma de la Directiva 13/93 sobre cláusulas abusivas, que aunque su considerando decimonoveno establece que "la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y finalmente positiviza su artículo 4.2, en su último inciso se establece una excepción, "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

La previsión contenida en el artículo 4.2 de la Directiva 13/93, se hallaba recogida en la redacción del párrafo 5 del artículo 10 bis 1 de la LGDCU, que introducía la Disposición Adicional 1ª del Proyecto de Ley Generales de la Contratación de 1997, que fue finalmente suprimido tras la aprobación de la enmienda núm. 71.

Esta falta de transposición, en su momento y con el paso de los años, dio paso a diversas interpretaciones, no sólo a los efectos de dar satisfacción a la obligación de transparencia contenida en el artículo 4.2 de la Directiva no transpuesta, sino incluso dirigidas a erradicar la posible puerta abierta al control judicial de precios ante la ausencia de una norma que expresamente prohibiera el control de contenido del objeto principal del contrato o del precio, es decir, del equilibrio objetivo de las prestaciones. Posibilidad no obstante, sin base legal alguna, en tanto la propia formulación positiva de la llave general de la abusividad del artículo 10 bis 1 de la antigua LGDCU 26/1984, no hablaba del "justo equilibrio de las contraprestaciones" como hacia el artículo 10.1.c, sino del "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones". Con lo cual, queda claro, que el control de contenido o material de abusividad, no es un control de precios o del objeto principal del contrato, es decir, un control del contenido económico.

En los últimos años, varios operadores jurídicos y en especial la doctrina científica, ante la aparente conformación de dos compartimientos estancos que realiza la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, distinguiendo exclusivamente entre el control de inclusión y el control de contenido de las cláusulas predisuestas o no negociadas, habían puesto de manifiesto la insatisfacción del sistema, para brindar la debida tutela a los consumidores y usuarios que impone la Constitución. Constatándose en el tráfico la existencia de cláusulas impuestas en abuso del poder de predisposición, sustancialmente ventajosas para el predisponente, que por superar el control de inclusión, por reunir los requisitos formales de incorporación del contrato (legibilidad, comprensibilidad y concreción, arts. 5.5 y 7 b de la Ley de Condiciones Generales de Contratación), quedaban fuera de control por no admitir el control de contenido. Bien porque están referidas al objeto principal del contrato, -respecto del cual en una economía de mercado desde una concepción clásica la justicia del precio se tutela exclusivamente por la libre competencia-, bien porque las cláusulas no podían ser entendidas gravemente perjudiciales, en cuanto el fundamento del control de transparencia atañe más a la existencia de un déficit de conocimiento y por tanto a la libre formación de la voluntad o del consentimiento. Y a fin de cuentas, el juicio de abusividad clásico referido al contenido normativo de los derechos y obligaciones de las partes, se orienta a examinar el desequilibrio objetivo entre los derechos y obligaciones y el perjuicio injustificado al consumidor, más que a la cabal comprensión de la cláusula."

6. En este mismo sentido, conviene rescatar la doctrina emanada de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando señala que:

" 2.1. El control de transparencia.

205. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que "[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", y el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible".



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.

208. En este sentido apunta el IC 2000, según el cual "[...] el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)".

2.2. El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores.

209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

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".

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato."

7. Por tanto, la parte demandante impetra de este juzgador el control de contenido de la estipulación controvertida, lo que ha de interpretarse en el sentido de analizar si es o no conforme con la Directiva 93/13 una cláusula contractual predispuesta, impuesta e incorporada a una pluralidad de contratos, no negociada individualmente, que fija el procedimiento en el que se ejecutará un crédito hipotecario, ante el eventual acontecimiento del impago de algunas de las cuotas hipotecarias. Por tanto, estamos ante un supuesto de control de contenido, y no de transparencia por cuanto que no se refiere a un elemento esencial del contrato. En consecuencia, el control de contenido exige analizar si la meritada cláusula produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Y entiendo que este desequilibrio se produce si el predisponente obliga al adherente a acudir a un procedimiento legal que suponga una merma de derechos que produzca un perjuicio injustificado para el consumidor, y ello con independencia del carácter legal o no del procedimiento establecido. En este mismo sentido se pronunció la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto contra Joaquín Calderón) respecto del procedimiento monitorio, y de ahí que sí que considere, en contra de lo sostenido por la parte demandada, que es pertinente y útil la cita efectuada por la parte demandante. Y esta merma de derechos únicamente puede entenderse como tal si el estatus del consumidor en un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria es distinto de su estatus en un procedimiento de venta extrajudicial, y esa diferencia de trato no encuentra una justificación razonable. De una manera más brillante que la mía la STS Plena de 9 de mayo de 2013 expone estos requisitos:

" 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-.*"

8. Pues bien, la conclusión de este Juzgador no puede ser otra que la de que efectivamente existe una diferencia de tratamiento entre uno y otro procedimiento y que esa diferencia de tratamiento es injustificada. Además, esta conclusión puede mantenerse tanto con la redacción vigente del artículo 129 de la LH en el momento de formalizarse el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, como en la actual redacción. En efecto, si atendemos al informe redactado por el CGPJ de 25 de julio de 2013, encontraremos razonamientos a propósito de la posible abusividad de una cláusula que recoja una remisión a la venta extrajudicial que este Juzgador comparte. Así, señala que:

a) *" Dicha diferencia reside, principalmente, en la facultad que el artículo 552.1 de la LEC confiere al órgano judicial, al disponer que "Cuando el Tribunal aprecie que alguna de las cláusulas incluidas en el Título ejecutivo de las citadas en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3º. Dicho mandato habilita al tribunal para apreciar "ex officio" la existencia de cláusulas abusivas y, en caso de confirmar tal apreciación, tras el trámite contradictorio previsto en el artículo último citado, resolverá bien decretando la improcedencia de la ejecución, bien acordando su despacho pero sin aplicar aquellas estipulaciones consideradas abusivas". " La posible apreciación de oficio de las cláusulas abusivas no obsta para que la parte pueda suscitar tal circunstancia, como motivo de oposición, al amparo de lo estatuido en el artículo 695.1.4º de la LEC , con las consecuencias derivadas, en caso de que prospere la oposición, que contempla el artículo 695.3 de la LEC (sobreseimiento de la ejecución o inaplicación de la cláusula abusiva)". " El artículo 129 de la LH y los proyectados preceptos reglamentarios concordantes prevén, por una parte, que el notario advierta a los interesados sobre el posible carácter abusivo de alguna de las cláusulas y, por otro lado, impone la suspensión del procedimiento cuando se acredite que alguno de los intervinientes haya interesado del juez competente tal declaración, conforme al procedimiento previsto en el artículo 695.1.4º de la LEC . Si bien las modificaciones introducidas constituyen un avance respecto de la situación precedente, lo cierto es que el modelo previsto para la venta extrajudicial sólo permite que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre el carácter abusivo de alguna de las estipulaciones cuando el interesado suscite tal pretensión -como motivo de oposición- pero no contempla la posibilidad de que el órgano judicial pueda apreciar esa circunstancia de oficio, ya que la venta forzosa no se sustancia en sede judicial. Además, aunque el hecho de que el notario pueda advertir sobre la existencia de cláusulas abusivas merece una valoración positiva, no deben pasar inadvertidas las dificultades que se entrevén para su aplicación efectiva, pues, por un lado, o bien el notario se vería obligado a emitir un juicio de valor sobre el clausulado que obra en la escritura autorizada por un compañero de profesión o, en su caso, dada la modificación que el Proyecto establece para la determinación del notario hábil, pudiera ser que el propio notario que autorizó la escritura fuera el que, a la postre, tuviera que pronunciarse sobre la existencia de cláusulas abusivas".*

b) *" Otro aspecto, cuya importancia no es desdeñable, radica en las consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de una o varias cláusulas. Mientras que en el seno del procedimiento de ejecución judicial, o bien determina el sobreseimiento -para el caso de que la cláusula sea fundamento de la ejecución- o la inaplicación de la estipulación declarada abusiva -en cualquier otro caso-, para la venta extrajudicial se prevé la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para dilucidar el carácter abusivo de las cláusulas constituyan el fundamento de la oposición o la determinación de la cantidad exigible, pero sólo se proscribe la prosecución del procedimiento cuando el pacto declarado abusivo sea fundamento de la ejecución y, sin embargo, nada se dice cuando la estipulación abusiva no afecte al desarrollo de la venta extrajudicial, en sí misma considerada, pero sí a otros aspectos, tales como la cuantía objeto de reclamación o el importe de los intereses exigibles".*

9. En otras palabras, debe considerarse que existe una diferencia de tratamiento, por cuanto que ambos procedimientos no colocan en igualdad de condiciones al consumidor para hacer efectiva la protección dispensada por la Directiva 93/13, ya que:

a) La venta extrajudicial se revela como un perfecto mecanismo para eludir el control de oficio de las cláusulas abusivas consagrado por la doctrina del TJUE (casos Océano, Mostaza Claro, Pannon, etc.), ya que dicho mandato se dirige fundamentalmente a los jueces y magistrados europeos como jueces comunitarios. Es más, el sistema diseñado por el legislador español impide que el notario efectúe ese control de oficio, inaplicando sin más una cláusula contractual, limitando la legislación hipotecaria su actuación a advertir de la presencia de dichas cláusulas para que los interesados puedan comparecer ante los Tribunales para lograr la efectiva protección.

b) La suspensión de la venta extrajudicial requiere del previo ejercicio ante el órgano jurisdiccional de la pretensión de nulidad por abusividad de una cláusula, lo que denota una merma del derecho que consagra la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Mohamed Aziz), de ver suspendido su procedimiento en el mismo



momento en el que se plantee el debate del control de contenido. A diferencia del procedimiento judicial, en el que la suspensión es automática ex artículo 695 de la LEC, en el caso de la venta extrajudicial se requiere una actuación activa del consumidor mediante la presentación de una demanda ante los Tribunales y la solicitud de la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de venta extrajudicial. En este sentido, el contenido del artículo 236 ñ del RH es revelador, ya que ni siquiera contempla que el Notario suspenda el procedimiento por el planteamiento del debate sobre la abusividad de una cláusula contractual.

c) Por último, tampoco puede considerarse desdeñable los diferentes efectos que tiene la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en uno y en otro procedimiento, ya que, mientras en el procedimiento judicial puede determinar o bien el sobreseimiento del procedimiento judicial de ejecución cuando la declaración de nulidad afecte a una cláusula contractual fundamentadora de la ejecución, o bien la eliminación de la cláusula declarada abusiva con el posible efecto arrastre de la nulidad a la totalidad del contrato si éste no pudiera subsistir sin dicha cláusula (STJUE de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto contra Joaquín Calderón)), en el supuesto de la venta extrajudicial, la declaración judicial de nulidad de una cláusula contractual únicamente puede extender sus efectos a la venta extrajudicial cuando afecta al fundamento de la ejecución, pero no cuando afecta a elementos accesorios no contaminantes de la venta extrajudicial, lo que desde luego no garantiza que el consumidor no vaya a ver mermado sus derechos, incluso pese a la declaración de nulidad de una cláusula contractual.

10. La conclusión de la abusividad se robustece si atendemos al hecho de que el análisis no debe ceñirse al momento actual, sino al momento de la celebración del contrato (año 2.005), en el que todavía no se habían incorporado las modificaciones actuales del artículo 129 de la LH y en el que el control de las cláusulas abusivas por medio del Notario y las posibilidades de hacer efectiva la protección del consumidor dimanante de la Directiva 93/13 se encontraban más mitigadas. Respecto del momento del análisis desde la perspectiva del control de contenido, la reciente STS Pleno de 9 de mayo de 2013 aclara que:

" 235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] 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" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71).

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa."

11. Por último, no puede entenderse que la diferencia de tratamiento esté justificada. En primer lugar, aun cuando se trate de un procedimiento legal y reglamentariamente establecido, ya he argumentado en el párrafo 4 que el respeto a la autonomía procesal de los Estados por la normativa comunitaria ha de cesar en el caso de que los procedimientos nacionales mermen o dificulten la protección del consumidor consagrada en la Directiva 93/13, ya que el principio de efectividad del Derecho Comunitario obliga a los jueces comunitarios a inaplicar la normativa nacional que imposibilite la efectividad de la normativa comunitaria. En segundo lugar, tampoco cabe entender que se trata de una cláusula emanada del consentimiento y perfecto entendimiento de la demandante y que, por tanto, al surgir de la autonomía de la voluntad, debe respetarse conforme al aforismo "pacta sunt servanda". Dicho de otro modo, no puede entenderse que estamos ante el supuesto descrito en la STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso Dirk Frederik) que reproduce la STJUE caso Pannon, en el que concluye que " El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello (véase la sentencia Pannon GSM antes citada, apartado 35)". El consumidor no ha consentido de manera expresa la remisión al procedimiento de venta extrajudicial ni se ha opuesto a su control de oficio por el juez, como lo demuestra que haya interpelado la tutela judicial de este Juzgador. Por tanto, como señala la citada STJUE:

" 38. Hay que recordar, con carácter previo, que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, según el cual las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, constituye una disposición imperativa que pretende reemplazar

el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 40, y Banif Plus Bank, apartado 20).

39. Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva, el Tribunal de Justicia ha subrayado asimismo en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (véanse, en especial, las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 41, y Banif Plus Bank, apartado 21 y la jurisprudencia citada).

40. Por esa consideración el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios a estos efectos, deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en especial, las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 42, y Banif Plus Bank, apartado 22).

41. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véanse, en especial, las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 43, y Banif Plus Bank, apartado 23)."

12. De esta forma, aun cuando admitiésemos, que no lo hago, que la cláusula contractual ha emanado de la autonomía de la voluntad de las partes, la más elevada protección del consumidor impuesta por la normativa comunitaria obliga al juez nacional a efectuar un control de oficio de la abusividad de las cláusulas contractuales, control que únicamente puede excluirse cuando el consumidor se oponga a ello, cosa que no ha ocurrido en el caso presente. Pero es que, además, tampoco puede afirmarse que nos encontremos ante una cláusula contractual fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que no ha resultado acreditada la existencia de una negociación individual de la cláusula. Recordemos, como hace la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, que la prueba de esa negociación individual de la cláusula corresponde al profesional (" A ello debe añadirse que, aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE "[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla"). De hecho, ninguna prueba se ha practicado en tal sentido, ni el interrogatorio de las partes, ni la prueba testifical, limitándose la parte demandada únicamente a efectuar afirmaciones genéricas respecto del carácter negociado de la cláusula. Es más, de una manera implícita, la parte demandada admite la ausencia de negociación, al señalar que esta circunstancia no es suficiente para considerar abusiva una cláusula contractual.

13. En suma, puede considerarse que la estipulación número 11 es abusiva porque concurren los elementos o requisitos de esta abusividad:

a) *Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada*: el predisponente no ha desplegado prueba alguna en este sentido, debiendo pechar con las consecuencias de la falta de prueba.

b) *Que en contra de las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato*: ya he argumentado que la remisión de la estipulación número 11 al procedimiento de venta extrajudicial supone una merma de los derechos del consumidor y de la protección otorgada por la Directiva 93/13 y que la diferencia de tratamiento entre el procedimiento judicial y extrajudicial no tiene justificación.

c) *Que el desequilibrio perjudique al consumidor*: también he argumentado el perjuicio que supone para el consumidor no poder disponer de la totalidad de los mecanismos de protección dispensados por la Directiva 93/13 en el momento de la celebración del contrato, e incluso en el momento presente.

14. La consecuencia de lo anterior es que procede declarar la nulidad de la estipulación número 11 del contrato por ser abusiva. Dicha declaración de nulidad, al tenor del artículo 10 de la LCGC y de la Directiva 93/13, interpretada por el TJUE, no supone la nulidad de la totalidad del contrato, salvo cuando el mismo no pueda subsistir sin dicha cláusula (STJUE de 14 de junio de 2013 (caso Banesto contra Joaquín Calderón)), cosa



que no ocurre en el caso presente. Al contrario, la eliminación de la remisión a la venta extrajudicial permitirá acudir al procedimiento más garantista judicial.

TERCERO.- Costas procesales.

15. De conformidad con el artículo 394 de la LEC, en caso de estimación íntegra de la demanda, las costas procesales se impondrán a la parte demandada, salvo que concurran serias dudas de hecho o de derecho que aconsejen no imponerlas. En el caso presente, existen serias dudas de derecho, ya que el sentido de la presente sentencia es divergente de otras incluidas en el acervo jurisprudencial, como por ejemplo la citada por la parte demandada SJM número 9 de Madrid de 18 de octubre de 2011, en el que considera que una estipulación idéntica a la que es objeto de la presente sentencia no es abusiva. Por esta razón, no se impondrán las costas procesales, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Visto lo anterior,

FALLO

Que con ESTIMACIÓN ÍNTEGRA de la demanda presentada por el Procurador don Santiago Barber Cardona, en nombre y representación de doña Gabriela, contra la entidad bancaria Banco Español de Crédito (Banesto), S.A., debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusiva de la estipulación número 11 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 31 de enero de 2005 por doña Gabriela en una sucursal de la entidad bancaria Banesto, estipulación que reza:

" 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."*

Todo ello sin expresa condena en costas procesales, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, el cual deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la fecha de su efectiva notificación. De conformidad con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, la interposición del recurso de apelación exige el pago de la tasa judicial de 800 euros más la cantidad variable que resulte de multiplicar 0,5 a la cantidad objeto del pleito.

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el magistrado-juez de refuerzo don Leandro Blanco García Lomas, mientras celebraba audiencia pública en el día de su fecha el Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca número 1, de lo que como Secretario certifico.