



Roj: **SAP BU 37/2015 - ECLI: ES:APBU:2015:37**

Id Cendoj: **09059370032015100011**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **22/01/2015**

Nº de Recurso: **305/2014**

Nº de Resolución: **17/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO SANCHO FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00017/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

Modelo : SEN000

N.I.G.: 09059 42 1 2013 0000047

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000305 /2014

Juzgado procedencia : JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000001 /2013

RECURRENTE : BANCO SANTANDER, S.A. ANTES BANCO ESPAÑOL DE CREDITO,S.A., BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA

Procurador/a : EUSEBIO GUTIERREZ GOMEZ, EUSEBIO GUTIERREZ GOMEZ

Letrado/a : MANUEL GARCIA-VILLARRUBIA BERNABE, MANUEL GARCIA-VILLARRUBIA BERNABE

RECURRIDO/A : Rubén , Remedios

Procurador/a : MARIA CARMEN VELAZQUEZ PACHECO, MARIA CARMEN VELAZQUEZ PACHECO

Letrado/a : Mª DEL PILAR FERNANDEZ POZA, Mª DEL PILAR FERNANDEZ POZA

DON JOSE LUIS GOMEZ ARROYO, SECRETARIO DE LA SECCION TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS;

CERTIFICA: Que en el rollo de Sala que se hará mención se ha dictado la siguiente resolución.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **DON JUAN SANCHO FRAILE**, Presidente, **DON ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA** Y **DOÑA MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR**, ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº 17



En Burgos a veintidós de enero de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000001 /2013, procedentes del JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000305 /2014, en los que aparece como parte demandada apelante, la entidad **BANCO SANTANDER, S.A. ANTES BANCO ESPAÑOL DE CREDITO,S.A.**, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. EUSEBIO GUTIERREZ GOMEZ, asistido por el Letrado Sr. MANUEL GARCIA-VILLARRUBIA BERNABE, y como parte demandante apelada, Don. Rubén Doña. Remedios , representados por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA CARMEN VELAZQUEZ PACHECO, asistidos por la Letrada Sra. M^a DEL PILAR FERNANDEZ POZA, sobre Nulidad de estipulaciones de contrato indeterminado. Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don JUAN SANCHO FRAILE, que expresa el parecer de la Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: ".Que estimando como estimo la Demanda formulada por la Procuradora Sra. Velázquez Pacheco, en nombre y representación de D. Rubén y de D^a Remedios , debo declarar y declaro la nulidad de las Estipulaciones del contrato suscrito entre las partes en los puntos invocados y referenciados en el escrito de demanda, debiendo declarar y declaro la nulidad desde su inicio del procedimiento extrajudicial de Ejecución Hipotecaria seguido a instancia de la Mercantil demandada "BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, S.A." ante el Notario del Ilustre Colegio de Notarios de Castilla y León, D^a Ana María Mateos Agut, así como la nulidad de la adjudicación a la demandada del inmueble hipotecario sito en la localidad de Cardeñadizo (Burgos), CALLE000 nº NUM000 y que se otorgó mediante escritura de compraventa en fecha 28 de noviembre de 2.011, debiendo ordenar y ordeno librar los mandamientos necesarios a la Notaría referida y al Registro de la Propiedad de Burgos a fin de proceder a la nulidad de las inscripciones registrales inmobiliarias llevadas a efectos en virtud de tal escritura, y con expresa condena en costas a la parte demandada, en cuanto a las costas procede su imposición a la parte demandada".

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de Banco Español de Crédito, S.A., actualmente Banco Santander SA, se presentó escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó mediante otro escrito, dentro del término que le fue concedido al efecto. Y dado traslado, presentó escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 8-1- 2015 en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte demandada y apelante, Banco de Santander, S.A., se impugna la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación en cuanto a los pronunciamientos de nulidad: "de las Cláusulas 6^a, 6^a bis y 11^a del contrato de préstamo hipotecario celebrado el 21 de julio de 2006 entre Dña. Remedios y D. Rubén y Banco Español de Crédito, S.A., y el pronunciamiento de nulidad del procedimiento de venta extrajudicial iniciado así como el de nulidad de la adjudicación del inmueble hipotecado a mi representada. Todo ello con el pronunciamiento en costas que legalmente proceda".

La parte apelante alega, como primera motivo de impugnación de la sentencia recurrida que "LA CLÁUSULA 6^a, RELATIVA A INTERESES MORATORIOS, NO PUEDE REPUTARSE ABUSIVA, LA SENTENCIA YERRA EN EL CÁLCULO DEL TIPO DE INTERÉS DE DEMORA PACTADO EN ESTE SUPUESTO. EL TIPO DE INTERÉS DE DEMORA EN EL MOMENTO DE LA CONTRATACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO ES INFERIOR AL 12%. EL TIPO DE INTERES DE DEMORA EFECTIVAMENTE APLICADO TRAS EL IMPAGO DE LA PRIMERA CUOTA TAMPOCO SUPERA EL 12%".

La cláusula 6^a, relativa a los intereses de demora, establece que: "Cualquiera de las cantidades debidas por la parte prestataria por razón del presente préstamo no pagadas a su vencimiento, devengarán diariamente intereses moratorios a favor del Banco desde el día siguiente a la fecha del impago hasta aquél en que se hagan efectivas, sin necesidad de intimación o reclamación alguna, y a un tipo nominal anual que será el resultante de añadir 6 puntos porcentuales al tipo de interés nominal ordinario vigente en el momento en que se efectúe el pago".



La sentencia de instancia considera este interés abusivo, por superar el 12% -a la firma del contrato, 2006, el interés legal era el 4%-, teniendo en cuenta la nueva redacción del art. 114 LH .

Para la parte apelante deben tenerse en cuenta otros factores, y en todo caso, no es superior al 12% (en el año 2006, era inferior en dos puntos al 12%).

Según la estipulación 6ª mencionada, el interés de demora "será el resultante de añadir 6 puntos porcentuales al tipo del interés nominal ordinario vigente en el momento en que se efectúe el pago".

La cláusula 3ª fija el interés remuneratorio en el 4,150 hasta el 1 de agosto de 2007, y a partir de esta fecha el "tipo medio de los préstamos hipotecarios, a mas de tres años, del conjunto de entidades".

Por tanto, añadiendo 6 puntos a 4,150, resulta un tipo de 10,150 %; el cual es inferior al 12 por ciento.

Por otro lado el tipo de interés ordinario que ha servido de cálculo del interés de demora de las cuotas impagadas era el de 2,2150 por ciento, por el que el tipo definitivo aplicado para la ejecución hipotecaria ha sido el 8,2150 por ciento (doc. 7, contestación a la demanda); inferior al 12 por ciento, folios 430 y siguientes.

No obstante, efectuándose un control de abusividad de esta cláusula, cuya finalidad es sancionar resarcitoriamente y prevenir el incumplimiento del pago debido, la adición de seis puntos porcentuales al interés ordinario remuneratorio no es desproporcionado; no apreciándose alguna circunstancia que pudiera incidir en su abusividad, pese a no superar el límite legal mencionado.

En definitiva, esta cláusula no es nula, por abusiva, procediendo la estimación de este motivo de impugnación.

SEGUNDO.- El siguiente motivo de impugnación tiene por objeto la validez del pacto de vencimiento anticipado establecido en la cláusula sexta bis, por ausencia de abusividad y adecuación al requisito legal del art. 693-2 LEC .

La cláusula mencionada establece lo siguiente:"6ª bis.- RESOLUCION ANTICIPADA. No obstante el vencimiento establecido, el Banco podrá dar por vencido anticipadamente el préstamo y la hipoteca que se constituye en su garantía, y será exigible la restitución de su importe, vivo o no amortizado y los intereses devengados, incluso de demora, desde el momento del impago hasta el total pago al Banco, en los siguientes casos: a) Cuando se incumpliese, parcial o totalmente, la obligación de pago de cualquiera de los vencimientos de interés o de cualquiera de las cuotas o pagos de amortización pactados, o de los restantes conceptos a cargo de la parte prestataria, en las fechas y condiciones previstas para ello en esta Escritura.- b) Cuando se incumpliese cualquier otra obligación a cargo de la parte prestataria de acuerdo con lo establecido en esta escritura, distinta de la mencionada en el anterior apartado a)".

Una cláusula de vencimiento anticipado convenido por las partes, en si misma, es válida. La cuestión son las condiciones puestas para que se pueda dar por vencido anticipadamente el préstamo y la hipoteca que se constituye en su garantía, pues debe existir una proporcionalidad entre el incumplimiento y sus consecuencias.

Puede realizarse un análisis de este tipo de cláusulas en el seno de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, en base al art. 8 de la Ley 7/1998 de CGC (en adelante LCGC), teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto, en el momento de la celebración del contrato.

Ahora bien, esta valoración no es incompatible con la que puede realizarse en el momento de su aplicación - ex art. 693-2 LEC - y apreciarse su trascendencia real.

El criterio legal es claro. El carácter abusivo de una cláusula contractual es determinante cuando "constituya el fundamento de la ejecución o que hubiere determinado la cantidad exigible" (ex art. 695.1.4ª LEC).

En términos abstractos y genéricos, la cláusula litigiosa puede considerarse abusiva, pues cualquier incumplimiento o pago puede dar lugar a un vencimiento anticipado. Pero el control de legalidad no puede desvincularse de su aplicación en el procedimiento de ejecución hipotecaria (el el supuesto procesal, el extrajudicial).

De lege data, el art. 129 L. Hipotecaria, 2, f), mantiene este mismo criterio, de constituir el fundamento o que hubiere determinado la cantidad exigible.

La cuota de amortización y el interés remunerativo son elementos esenciales del contrato, de modo que su incumplimiento debe ser grave para que sus consecuencias sean proporcionales, porque, la falta de gravedad, comporta la inexistencia de justa causa para habilitar un vencimiento anticipado.

La exégesis jurisprudencial del art. 1.124 C. Civil requiere un incumplimiento grave y sustancial; y el art. 85-4 R.D.L.G.D.C.U, alude a un incumplimiento o motivos graves para la resolución contractual, o que se cause, en



perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (ex art. 82 del mismo texto legal).

Pues bien, el incumplimiento que ha dado lugar al vencimiento anticipado del préstamo es esencial y grave: la parte demandante ha dejado de pagar cuatro cuotas consecutivas del préstamo hipotecario con sus correspondientes intereses (y cuando se iniciaron los trámites de la venta extrajudicial, se adeudaban siete cuotas). Actualmente, se afirma por la parte apelante que los prestatarios adeudan cuarenta y siete cuotas; y no consta que la parte actora (y ejecutada en el procedimiento impugnado) haya tratado de eliminar las consecuencias del vencimiento anticipado mediante el pago de las cuotas adeudadas, ejercitando la facultad de rehabilitación del préstamo que previene el art. 693.3 LEC.

Procede, en consecuencia, estimar este motivo de impugnación.

TERCERO. - Por último, la parte apelante alega que la cláusula 11ª del préstamo hipotecario relativa al pacto de sujeción al procedimiento de venta extrajudicial es legal; así como la posibilidad de examen judicial de las cláusulas contractuales con efectos suspensivos sobre su tramitación.

La cláusula mencionada establece: "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 pueda solicitar en cualquier momento nuevas tasaciones del/los inmueble/s hipotecado/s, para lo cual facilitará la visita de los técnicos de la empresa tasadora, que será, preferiblemente aquélla que haya realizado la tasación inicial del/los inmueble/s y, en su defecto, cualquiera de las sociedades tasadoras homologadas por el Banco de España, a elección del Banco".

Para la parte apelante, esta cláusula, no puede ser reputada abusiva ya que cumple con las exigencias de La Directiva 93/13.

El Juez de Instancia, en lo esencial, concluye que al consumidor se le veda la posibilidad de que en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria se examine la existencia de cláusulas abusivas y no puede disponer de los mecanismos de protección acordes con la Directiva 93/13.

Para la parte apelante la cláusula impugnada es legal, pues se funda en los arts. 129 LH y 234 R.H, remitiéndose a las formalidades de la venta extrajudicial regulada en estos preceptos, con las condiciones adicionales del art. 234-2 RH.

Según su criterio, no ha minorado ninguna garantía atribuidas al deudor (causas de oposición y suspensión).

La cláusula es acorde con la normativa, y por ende, no puede declararse abusiva, ni son extrapolables a la venta extrajudicial de los reparos que hace la Sentencia de TJUE de 14 de marzo de 2013 al procedimiento de ejecución hipotecaria.

El art. 129 LH habilita el pacto de la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1.858 C. Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada, con remisión a las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario -según redacción de la disposición final 9ª.4 Ley 1/2000, de 7 de enero; tratándose, pues, de una norma postconstitucional-

El desarrollo reglamentario se produce en los arts. 234 y siguientes del R.H. Puede apreciarse que no hay posibilidad de oposición alguna, así como la eventualidad que se produzca la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere un carácter irreversible o las limitadas causas de suspensión, por lo que el control de legalidad de las cláusulas contractuales está plenamente justificado.

La cuestión es si, tal cosa (imposibilidad de control judicial, suspensión e impugnación de las cláusulas contractuales) es en términos absolutos o no.

Conviene precisar que, el procedimiento de venta extrajudicial que ahora se impugna, está prácticamente consumado o agotado (el contrato de préstamo es de 21 de julio de 2006, y el procedimiento de venta extrajudicial se inicia el 11 de abril de 2011, folio 448. El 25 de octubre de 2011, en tercera subasta se adjudicó la finca a la parte acreedora por 120.393,85 euros, quedando firme el remate el 7 de noviembre de 2011, folio 679; otorgándose escritura de compraventa con fecha 28 de noviembre de 2011, y cancelándose la hipoteca por confusión de derechos. Se trata, en el fondo, de revisar o cuestionar situaciones jurídicas consolidadas.



La cláusula impugnada era legal al momento de convenirse, en el sentido de estar amparada en una norma legal, como se ha dejado expuesto anteriormente, recogiendo las condiciones exigidas por el art. 234-2 RH para la venta extrajudicial (valor de tasación para la subasta, domicilio notificaciones y requerimientos, y designación de la persona para otorgar la escritura de venta). Se trata de una cláusula de contenido normativizado - art. 129 LH en la redacción dada por la LEC 1/2000, D.A. 9ª-.

En el presente caso se ha producido un control de legalidad ex post, y de las cláusulas cuya nulidad (se tienen por no puestas) se ha declarado y ha devenido firme, al aquietarse la parte demandada (cláusulas 5ª, 9ª y 19ª, sobre gastos a cargo del prestatario, constitución de seguros y conservación garantía, y tratamiento de datos personales), no afectan al desarrollo y actos definitivos y su sentido, adoptados en el procedimiento de venta extrajudicial.

Pero es que, este control de legalidad, podía haberse hecho con anterioridad, pues la demanda se presenta el 2 de enero de 2013 (recuérdense las fechas antes expresadas de contratación, inicio procedimiento, adjudicación finca etc.).

Y en esa eventual demanda, se podía haber solicitado la adopción de alguna medida cautelar como la suspensión del procedimiento o de algún trámite. Este Tribunal así lo tiene admitido y declarado -Auto nº 98/2013, de veinte de marzo, el cual dispuso la medida cautelar de suspensión de la ejecución hipotecaria extrajudicial iniciada ante Notario (solicitada por otrosí en la demanda principal)-.

Por tanto, existían instrumentos procesales para la obtención de la suspensión del procedimiento de venta extrajudicial y plantear en el declarativo correspondiente la abusividad de cláusulas contractuales, antes de que pudieran crearse situaciones irreversibles, de manera que los derechos de los consumidores se podían satisfacer con una tutela judicial efectiva, y en tiempo más oportuno, (abstracción hecha que se satisfaga en este momento procesal, en los términos resueltos), dependiendo de la actividad de la propia parte. Se podía, pues, garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Directiva 93/13, a instancia de la parte actora, tanto desde que se convino el contrato, como desde el inicio del procedimiento de venta extrajudicial, y antes de la adjudicación de la finca, 28 de noviembre de 2011, ejercitando la pertinente acción individual de nulidad y solicitar la medida cautelar de suspensión.

En el supuesto procesal, además, las cláusulas esenciales no se han apreciado como abusivas, que hubieran servido para fundar una eventual contaminación anulatoria del procedimiento de venta extrajudicial.

Por el contrario, es la parte actora (y ejecutada) la que ha incumplido de forma esencial y grave sus obligaciones contractuales, como se ha argumentado.

La frustración negocial o situación jurídica para esta parte no surge de la cláusula ahora impugnada, sino de su propio incumplimiento, y respecto de una opción legal, prevista en diversas disposiciones - arts. 1.858 y 1.872-1 C.Civil, o el art. 11-2 R. Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, que contempla la realización extrajudicial y hasta privada; arts. 94 y 95 L.H.M. y P.S.D. de 1954; arts. 320 y ss C.Comercio, entre otros supuestos-.

Que la parte ejecutada tenga la carga de acudir a los tribunales para defender sus derechos, impugnando cláusulas contractuales o solicitando una medida cautelar de suspensión no es una carga excesiva, provocada por un desequilibrio prestacional o que lo produzca -con independencia del control de legalidad que compete a los Notarios (ex art. 18 Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre contratación por los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicio de intermediación para su celebración), lo que se extiende al inicio de un procedimiento de venta extrajudicial-.

Por otro lado, no se ha dado el caso de que la parte demandante hubiere intentado la rehabilitación del préstamo hipotecario y la demandada se hubiere negado, resultando un perjuicio efectivo.

Todo lo más, en el supuesto procesal, podría considerarse la reparación de los perjuicios causados por las cláusulas declaradas nulas, por abusivas, pero que no es objeto del proceso, ni se ha accionado tal pretensión.

CUARTO.- Al estimarse el recurso de apelación, no se hace especial imposición de las costas procesales causadas en esta instancia, conforme al art. 398-2 LEC, como tampoco las de primera instancia, al estimarse en parte la demanda, a tenor del art. 394-2 LEC.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación, y con revocación parcial de la sentencia de instancia, se estima parcialmente la demanda, en cuanto a la declaración de nulidad de las estipulaciones contractuales efectuada por la sentencia recurrida, no impugnada -cláusulas 5ª, 9ª y 19ª-, que se confirma; dejándose sin efecto los pronunciamientos



de nulidad de las cláusulas 6ª, 6ª bis y 11ª del contrato de préstamo hipotecario, de fecha 21 de julio de 2006, convenido entre las partes, así como del procedimiento de venta extrajudicial y adjudicación del inmueble hipotecado a la parte demandada, expresados en la parte dispositiva de la sentencia recurrida; sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION, Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó estando celebrando el Tribunal audiencia pública en el día de su fecha.- Firmado y Rubricado: ilegible.---

Lo inserto con acuerdo bien y fielmente con su original al que me remito en caso necesario. Y para que conste, en cumplimiento de lo mandado, expido y firmo la presente, en Burgos a veintidós de enero de dos mil quince.

FONDO DOCUMENTAL CENDO