



Roj: **SAP B 460/2015 - ECLI: ES:APB:2015:460**

Id Cendoj: **08019370152015100020**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **05/02/2015**

Nº de Recurso: **157/2014**

Nº de Resolución: **28/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN DECIMOQUINTA**

Rollo núm. 157/2014-3ª

Juicio Ordinario núm. 403/2013

Juzgado Mercantil núm. 7 Barcelona

**SENTENCIA núm. 28/15**

#### **Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

ELENA BOET SERRA

En la ciudad de Barcelona, a cinco de febrero de dos mil quince.

**VISTOS** en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 7 de esta localidad, por virtud de demanda de Aquilino y María Cristina contra Bankia,S.A., pendientes en esta instancia al haber apelado la demandada la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 17 de enero de 2014.

Han comparecido en esta alzada la apelante Bankia, S.A., representada por el procurador de los tribunales Sr. Segura y defendida por la letrada Sra. González Xicota, así como los demandantes en calidad de parte apelada, representados por la procuradora Sra. Manzanares y defendidos por el letrado Sr. Delgado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « *Estimo parcialmente la demanda formulada por Dña. Susana Manzanares Corominas, en nombre y representación de Dña. María Cristina y D. Aquilino, frente a Bankia, S.A. y DECLARO la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota y de sumisión a los Juzgado de Madrid, inserta en los contratos que vinculan a ambas partes, sin hacer imposición de las costas procesales* ».

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Bankia, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 21 de enero pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN, presidente de la Sección.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia

1. Aquilino y María Cristina interpusieron frente a Bankia, S.A. una demanda en la que ejercitaban la acción de nulidad por abusivas de diversas estipulaciones incorporadas al contrato de préstamo hipotecario que las partes firmaron el 17 de mayo de 2006, por un importe de 215.400 euros, y ampliaron en fecha 2 de julio en 11.371 euros. Estiman los demandantes que tres de las estipulaciones incorporadas a dicho contrato son abusivas, concretamente las siguientes:

- a) La estipulación relativa al vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota.
- b) La cláusula que impone al deudor la aceptación del saldo determinado de forma unilateral por la entidad financiera.
- c) La cláusula que impone la renuncia forzosa al fuero propio y la sumisión a los juzgados y tribunales de Madrid.

2. La resolución recurrida estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la estipulación relativa al vencimiento anticipado y la relativa a la renuncia al fuero propio, desestimando que tuviera carácter abusivo la estipulación relativa a la certificación del banco determinando unilateralmente el importe de la deuda pendiente. En cuanto a la primera de las estipulaciones, estima la resolución recurrida que, a pesar de que inicialmente debía ser considerada una estipulación válida, tras la publicación de la Ley 1/2013, que modificó el artículo 693 LEC , solo podía instarse la ejecución hipotecaria tras el impago de tres mensualidades, de lo que se deriva la nulidad de esa estipulación por contravenir el tenor literal del artículo 693 LEC . Y respecto a la cláusula de sumisión a arbitraje, considera que es abusiva por ser contraria a lo que dispone el artículo 684.1.1.º LEC , que establece un fuero imperativo.

3. El recurso de Bankia cuestiona la nulidad de las dos estipulaciones que la resolución recurrida ha declarado nulas. En cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, estima la recurrente que la estipulación no puede ser abusiva porque va anudada al incumplimiento manifiesto de la otra parte, como ha ocurrido en el supuesto enjuiciado en el que la ejecución se inició una vez impagadas 6 cuotas. A ello añade que la reforma del artículo 693.2 LEC no tiene carácter retroactivo y que la STJUE de 14 de marzo de 2013 no ofrece parámetros que permitan considerar esta estipulación como abusiva. Y, en cuanto a la cláusula de sumisión expresa, la demanda que dio origen a la ejecución hipotecaria se interpuso ante los tribunales de Barcelona, razón por la que no se ha hecho aplicación de la referida estipulación.

### SEGUNDO . Cuestión previa: el objeto del proceso

4. Aunque en la demanda que dio origen a las presentes actuaciones se menciona que previamente se había iniciado la ejecución hipotecaria por Bankia frente a los demandantes en este procedimiento, el objeto del presente proceso no guarda relación alguna con aquella ejecución hipotecaria. Esto es, de las peticiones que se formulan en la demanda no se deriva, ni directa ni indirectamente, que el objeto perseguido por las partes en este proceso sea el haber iniciado el proceso declarativo al que remite el artículo 698 LEC . Estamos, por tanto, ante una simple acción individual de nulidad de diversas estipulaciones del contrato de préstamo, acción que no guarda relación alguna con la ejecución hipotecaria en curso.

5. Esa precisión es importante hacerla porque lo que se resuelva en el presente expediente no tiene por qué desplegar eficacia alguna en aquel otro procedimiento de ejecución hipotecaria, sin perjuicio de que el juez de la ejecución pueda considerar otra cosa y de los efectos prejudiciales que son inherentes a todo pronunciamiento.

### TERCERO. Sobre la cláusula de vencimiento anticipado

6. La resolución recurrida ha considerado nula la cláusula de vencimiento anticipado ante el impago de una sola cuota y lo hace por considerarla contraria a lo que establece el artículo 693.2 LEC , tras la redacción que le ha dado la Ley 1/2013.

7. No creemos que el planteamiento que hace la resolución recurrida sea correcto, como tampoco creemos que lo sea la argumentación que hace el recurso cuando afirma que la ejecución se despachó una vez incumplidas e impagadas 6 cuotas mensuales consecutivas. Como hemos anticipado en el fundamento anterior, aquí no estamos analizando si concurren o no los presupuestos para la validez del procedimiento de ejecución hipotecaria sino exclusivamente si la estipulación contractual es o no abusiva. Por esa razón no resulta relevante lo que disponga el artículo 693.2 LEC , salvo de forma indirecta, en cuanto que el mismo ofrece un criterio legal que puede determinar y orientar el juicio sobre abusividad o bien ser considerado como una norma imperativa que afecta a la validez de pactos que se le opongan. Y menos aún consideramos relevante cuál haya sido la práctica contractual seguida por la entidad bancaria. Esas cuestiones pueden ser relevantes



en el procedimiento de ejecución hipotecaria, e incluso en el declarativo al que remite el artículo 698.1 LEC , pero no en este proceso cuyo único objeto está constituido por la acción individual de nulidad de concretas estipulaciones contractuales.

**8.** A ello debemos añadir que no es equivalente el examen de la abusividad de un pacto contractual a su nulidad por contrariar una norma legal de carácter imperativo. Si la estipulación contractual es contraria a una norma imperativa es evidente que será ineficaz de origen si la norma imperativa ya estaba en vigor en el momento en el que el pacto se firmó o bien devendrá nula de forma sobrevenida si la norma imperativa es posterior. Lo que parece sugerir la resolución recurrida es que se ha producido esta segunda situación, esto es, una nulidad sobrevenida de una estipulación en origen válida como consecuencia de la modificación del artículo 693.2 LEC , que en su actual redacción (procedente de la Ley 1/2013, de 14 de mayo) establece lo siguiente:

*« Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución ».*

**9.** Es dudoso qué es lo que regula realmente el artículo 693.2. LEC , e incluso cuál es su carácter: (i) si se trata de una norma sustantiva, que regule cuál es el contenido posible de una estipulación contractual o (ii) procesal, que regule exclusivamente las condiciones de admisibilidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

**10.** Aunque su ubicación en la LEC parece sugerir la idea de que se trata de una norma procesal, y sin duda que al menos tiene ese carácter una parte de la misma, la exigencia de que el convenio sobre vencimiento anticipado conste en escritura pública, creemos que otra parte, la relativa al contenido del pacto (falta de pago de al menos 3 mensualidades), tiene un carácter sustantivo. Y establecido ese posible carácter sustantivo, la segunda duda que se suscita es si se trata de una norma prohibitiva, esto es, una norma de carácter imperativo que establezca la nulidad de pactos que no respeten su contenido, o bien se limita a enunciar un criterio que pueda ser tomado en consideración para enjuiciar el carácter abusivo de una estipulación que imponga al consumidor condiciones más gravosas que las que resultan de la misma.

**11.** Creemos que el carácter prohibitivo y el indicativo de abusividad no están necesariamente reñidos, en la medida en que el primero se comenzará a producir a partir de la entrada en vigor de la norma imperativa mientras que la posibilidad de apreciar la abusividad puede desplegarse en relación con su eficacia anterior. Pero lo que no es posible es apreciar que la nulidad sobrevenida a partir de la entrada en vigor produzca efectos retroactivos. En esto creemos que tiene razón el recurso.

**12.** Es cierto que los términos en los que aparece formulada la demanda no nos permiten fijar con claridad cuál es el momento relevante para hacer el examen de validez de esa estipulación, es decir, si fijarla antes o después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. No obstante, no podemos perder de vista que, según lo alegado por Bankia, en fecha 25 de enero de 2013 se expidió la certificación de fijación de saldo, lo que nos hace suponer que por esas mismas fechas se produjo la comunicación al deudor de dar por vencido anticipadamente el crédito. Por tanto, no es irrelevante examinar si la estipulación puede ser considerada abusiva al amparo del régimen legal vigente en el momento anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

**13.** Aunque es cierto que la cuestión de la validez de esta cláusula era una cuestión muy discutida en nuestro derecho, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (asunto C 415/11 , el conocido caso Aziz) creemos que establece un hito importante en el enjuiciamiento de esta estipulación cuando en su parágrafo 73 argumenta lo siguiente:

*« En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo ».*

**14.** Bankia cuestiona que a la luz de esa doctrina pueda sostenerse el carácter abusivo de la estipulación cuestionada ya que considera que la estipulación incluida en el contrato de los demandantes cumple con las cuatro premisas que la sentencia establece, lo que argumenta en la siguiente manera:



- a) El impago de cuotas del préstamo constituye el incumplimiento más esencial de las obligaciones a cargo de la prestataria.
- b) La gravedad del incumplimiento es una cuestión a analizar por el juez nacional atendidas las circunstancias concurrentes en el caso, de manera que no cabe establecer *ex ante* un parámetro abstracto de gravedad sino que la misma debe ser puesta en relación con su ejercicio abusivo por el predisponente. En el supuesto enjuiciado no existe ese ejercicio abusivo porque se esperó al impago de 6 cuotas.
- c) La facultad de vencimiento anticipado constituye una excepción al normal desenvolvimiento del préstamo.
- d) La cláusula de vencimiento anticipado tiene fundamento legal y refrendo en la doctrina jurisprudencial.

15. Si bien es cierto que se trata de una estipulación con evidente apoyo legal, hasta el extremo de que el artículo 693 LEC se refirió a la misma para zanjar las dudas que había introducido en nuestro ordenamiento una polémica Sentencia del Tribunal Supremo (de 27 de marzo de 1999), no por ello puede ser excluido su carácter abusivo.

16. El carácter abusivo puede predicarse tanto de una estipulación como de una práctica, tal y como aclara el artículo 82.1 del Texto Refundido de la LGCU cuando hace referencia como objeto del control de abusividad no solo a las estipulaciones sino también a las prácticas no consentidas. Ahora bien, el hecho de que una estipulación no sea objeto de aplicación estricta y el predisponente se haya moderado en su aplicación práctica, no excluye la posibilidad de que la misma pueda ser abusiva, al contrario de lo que considera Bankia. El juicio de abusividad o control de contenido, en el caso que enjuiciamos, está referido a la estipulación, no a la práctica que a su amparo se haya podido llevar a cabo y que la segunda no sea abusiva no excluye que lo pueda ser la estipulación.

17. Tal y como establece el artículo 82.3 TRLGDCU, «(e) *l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y 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*». Por tanto, lo que se debe tener en cuenta es la estipulación, su objeto y su contexto, pero no la práctica llevada a cabo a su amparo.

18. El texto de la estipulación contractual cuestionada (incluida en el contrato como sexta-bis) es el siguiente:

*«... el préstamo se considerará vencido... en los casos siguientes: a) La falta de pago de una cuota cualquiera de amortización incluidos todos los conceptos que la integran...».*

Y la cuestión es si ese incumplimiento tiene el carácter suficientemente grave como para justificar la pérdida del beneficio del plazo y la inmediata exigibilidad de todo el crédito.

19. El parámetro esencial para juzgar si ese incumplimiento tiene el carácter de ser suficientemente grave creemos que lo ofrece la doctrina jurisprudencial forjada en torno al incumplimiento resolutorio en la interpretación del artículo 1124 CC que pone el acento en la idea de que el incumplimiento tenga entidad suficiente para que se pueda ver impedida o frustrada la finalidad del contrato y se frustren las legítimas expectativas de la parte no incumplidora.

20. En el supuesto enjuiciado, no podemos considerar que una cláusula que permite la resolución o vencimiento anticipado ante el primer incumplimiento contractual pueda ser considerada como una estipulación equitativa (y, por tanto, no abusiva). Creemos que es claramente abusiva, particularmente porque esa facultad no se pone en relación, simultáneamente, con ninguna otra exigencia contractual añadida que pueda impedir un eventual uso de esa facultad que concede el contrato a la predisponente en sus estrictos y literales términos.

21. En ese sentido consideramos, como argumento de refuerzo, que el criterio introducido por la reforma operada por la Ley 1/2013, que modificó el texto del artículo 693.2 LEC, constituye un dato añadido que permite situar en el impago de tres cuotas mensuales el umbral mínimo indispensable para poder considerar que la estipulación no es abusiva. Es obvio, que la estipulación cuestionada está por debajo de ese umbral, lo que determina su carácter abusivo.

#### **CUARTO. Sobre la estipulación relativa a la renuncia al fuero propio y la sumisión expresa a un fuero distinto**

22. La resolución recurrida ha considerado también que esta estipulación es nula y lo ha justificado en que es contraria a lo que dispone el artículo 684.1.1.º LEC, norma que establece un criterio imperativo para determinar la competencia territorial. Y reputa nula esa estipulación haciendo abstracción del hecho de que no haya sido aplicada en la práctica, ya que la ejecución hipotecaria se inició ante los juzgados de Barcelona, esto es, ante los de la localidad donde se encuentra la finca hipotecada.



**23.** El recurso de Bankia se limita a insistir en la idea de que la demanda hipotecaria se ha presentado ante los juzgados de Barcelona, no ante el fuero de la sumisión, lo que excluye la nulidad del pacto.

#### **Valoración del tribunal**

**24.** También en este caso creemos que tiene razón la resolución recurrida cuando considera nula la estipulación contractual. En este caso, no se trata de que sea abusiva sino que es directamente nula por ser contraria a normas imperativas, como son las que regulan la competencia territorial en un ámbito como el procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que está explícitamente excluida la sumisión expresa o tácita.

**25.** Lo que puede discutirse es si tenía interés práctico el planteamiento de la acción de nulidad de esta estipulación. Y dudamos de que subsista ese interés práctico, particularmente porque la acción se había planteado en un momento posterior a que la propia parte terminara reconociendo de forma implícita con sus propios actos la nulidad de la estipulación, al acudir a los tribunales de Barcelona, que son los realmente competentes por razón del territorio de acuerdo con la norma legal.

Lo que consideramos reprochable, por ser una muestra de la evidente dejación con la que actuara la entidad de crédito demandada al confeccionar sus contratos, es la propia inclusión de un pacto cuya nulidad era tan evidente que sobra cualquier comentario.

#### **QUINTO. Costas**

**26.** Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de fecha 17 de enero de 2014 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso y con pérdida del depósito constituido.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.