



Roj: **SAP B 9854/2020 - ECLI:ES:APB:2020:9854**

Id Cendoj: **08019370192020100274**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **19**

Fecha: **22/10/2020**

Nº de Recurso: **201/2019**

Nº de Resolución: **313/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALFONSO MERINO REBOLLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. baixa - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866303

FAX: 934867115

EMAIL:aps19.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0826642120188063913

Recurso de apelación 201/2019 -A

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Cerdanyola del Vallés (UPSD)

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 219/2018

Parte recurrente/Solicitante: Ángeles , Efrain

Procurador/a: IVAN BENJAMIN DEL BARRIO ESTEVEZ, IVAN BENJAMIN DEL BARRIO ESTEVEZ

Abogado/a: RAMON GUIRADO TORRES

Parte recurrida: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador/a: JOSEP GUBERN VIVES

Abogado/a: MARIA GARCIA MELCHOR

SENTENCIA N° 313/2020

Magistrados:

Miguel Julián Collado Nuño Carles Vila i Cruells Alfonso Merino Rebollo

Barcelona, 22 de octubre de 2020

Ponente: Alfonso Merino Rebollo

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 26 de marzo de 2019 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 219/2018 remitidos por la Sección Civil del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Cerdanyola del Vallés (UPSD) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador IVAN BENJAMIN DEL BARRIO ESTEVEZ, en nombre y representación de Ángeles y Efrain contra la Sentencia 1/2019 de 09/01/2019 y en el



que consta como parte apelada el Procurador JOSEP GUBERN VIVES, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A..

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: " ESTIMO la demanda formulada a instancia de la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por el Procurador D, Josep Gubern Vives, contra D. Efrain y D^a. Ángeles y, en consecuencia:

1.- DECLARO HABER LUGAR A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO suscrito entre las partes el día 25 de abril de 2012 por incumplimiento de la parte demandada.

2.- CONDENO a los demandados a estar y pasat por dicha resolución judicial y en consecuencia a abonar solidariamente a la actora la cantidad de 515341,03 euros; más los intereses al tipo de interés legal del art. 1108 del CC desde la fecha de la interpelación judicial hasta el completo pago de la deuda.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda reconventional formulada por el Procurador D. Iván Benjamín Del Barrio Estévez, en nombre y representación de D. Efrain y D^a. Ángeles y en consecuencia declaro la nulidad de la cláusula sexta referente a los intereses de demora y la cláusula sexta bis referente al vencimiento anticipado contenidas en el contrato de fecha 25 de abril de 2012 firmado entre las partes.

Todo ello sin especial condena en costas. "

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 15/10/2020.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Alfonso Merino Rebollo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio y resolución en la instancia.

1. La actora, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., (sociedad gestora Anticipa Real Estate) formuló demanda contra Efrain y Ángeles , en la que ejercitó las siguientes acciones relativas a un contrato de financiación: 1) acción de resolución contractual y reclamación de todas las cantidades adeudadas; 2) subsidiariamente, acción de cumplimiento del contrato y de reclamación de cantidades adeudadas hasta el momento de recaer sentencia.

2. Alegó la actora, en síntesis, en su demanda, que era la sociedad sucesora universal, por fusión por absorción, de Catalunya Banc. En consecuencia, la titularidad activa del contrato de financiación que concedió la entidad Catalunya Banc, era de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. Mediante escritura pública otorgada en fecha 25 de abril de 2012, Catalunya Banc concedió un préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 477.000 euros a los demandados, con una duración de 33 años a contar desde el 1 de mayo de 2012, con un total de 396 cuotas. En la misma escritura se constituyó hipoteca sobre una finca. El prestatario había impagado 43 cuotas mensuales, que hacen un total de 71.237,41 euros, y, además, debía por capital no vencido, el importe de 444.103,62 euros, lo cual determina que la deuda reclamada ascienda a 515.341,03 euros. La cantidad reclamada no incorporaba cantidad alguna por intereses moratorios y la liquidación se ha realizado sin aplicación de la limitación a la baja de la variación del tipo de interés (cláusula suelo).

3. Frente a ello los demandados, Efrain y Ángeles , se opusieron al considerar que la falta de legitimación activa de BBVA y al considerar que no son aplicables los artículos 1124 y 1129 del CC, ya que el contrato suscrito no es recíproco ni sinalagmático. Asimismo, adujeron que el contrato de financiación tenía cláusulas que debían declararse nulas por ser abusivas. Adujeron que la cláusula la tercera bis sobre intereses variables, la cuarta sobre comisiones, la quinta de gastos asumidos por el prestatario, la sexta de intereses de demora y la sexta bis de vencimiento anticipado eran nulas por abusividad por lo que formulación demanda reconventional solicitando la nulidad de las mismas.

4. Tras los trámites correspondientes, el Juzgado de 1^a Instancia dictó sentencia en la que estimó la acción de resolución del contrato por incumplimiento del art 1124 del Código Civil (en adelante CC) al considerar que la entidad bancaria había cumplido las obligaciones contraídas al entregar la cantidad de 477.000 euros a los demandados, mientras que éstos habían incumplido de forma grave, esencial, reiterada, persistente y contumaz el contrato al haber dejado de satisfacer 43 cuotas del préstamo. La sentencia resolvió el contrato de préstamo condenando a los demandados a abonar a la actora las cantidades vencidas y no abonadas



(71.237,41 euros) y las cantidades pendientes de vencimiento a tiempo de la resolución (444.103,62 euros), resultando un total de 515.341,03 euros. Desestimó la de falta de legitimación activa. A su vez, estimó parcialmente la demanda reconvenzional declarando la nulidad de la cláusula sexta relativa a los intereses de demora y la sexta bis relativa al vencimiento anticipado.

SEGUNDO.- Recurso de apelación.

1. Recurre en apelación los demandados Efrain y Ángeles por los motivos siguientes:

a) Insisten en la falta de legitimación activa, pues considera que la misma solo tiene legitimación para instar un proceso de ejecución hipotecaria, pero no para un proceso declarativo, ya que en este caso, la única legitimada es el Fondo de Titulación de Créditos.

b) Reiteran la no aplicación del art. 1124 del CC al entender que el contrato suscrito entre los litigantes no es recíproco ni sinalagmático.

c) Reinciden que el art. 1129 del CC tampoco es aplicable a esta litis ya que no concurren los requisitos contemplados en el mismo, ya que no ha quedado acreditado la pérdida de solvencia de los demandados, pues existe la finca hipotecada.

d) Mantienen que la cláusula tercera bis sobre intereses variables es nula, cometiendo un error la sentencia al exigirle a los demandantes reconvenzionales la prueba de la falta de transparencia de la misma, pues, según el art. 82.2 del TRLGCU, es el empresario el que debe probar que se negoció individualmente la misma.

e) Finalmente, remarcan que la cláusula de comisiones por reclamación de posiciones deudoras y la cláusula de imputación de gastos de constitución de hipoteca son nulas y que se reservan para acciones futuras la cuantificación de gastos derivados de esta última estipulación.

TERCERO.- Sobre la legitimación activa.

1. La primera cuestión que se plantea ante esta alzada consiste en determinar si la entidad actora tiene legitimación activa para iniciar esta litis o si dicha legitimación corresponde a la entidad inversora de FTA2015 Fondo de Titulación de Activos.

2. Conviene empezar indicado que, sobre la legitimación activa de BBVA y FTA2015 en los créditos que han sido objeto de titulación entre dichas entidades, esta Sección tiene consagrado, entre otras, en la Sentencia Nº 13/2020, de 17 de enero (Roj: SAP B 281/2020 - ECLI:ES:APB:2020:281), lo siguiente, que debido a su importancia, procedemos a transcribir:

"Sobre la titulación y la legitimación activa precisamente de BBVA y el Fondo de Titulación de Activos FTA2015 ha señalado la SAP de Barcelona, Civil sección 1 del 28 de octubre de 2019 (ROJ: SAP B 12755/2019-ECLI:ES:APB:2019:12755): "Consta acreditado que en fecha 15 de abril del 2015 se cedieron los derechos de crédito del préstamo hipotecario de autos a un fondo denominado" FTA2015, Fondo de Titulación de Activos", según resulta del documento nº 1 de la demanda.

En relación, en concreto, con ese mismo Fondo, ya se han pronunciado a favor de la legitimación activa de BBVA, entre otras, la SAP Madrid, secc. 8ª, 431/2018, de 15 de octubre, y la SAP Valencia, secc. 9ª, 1296/2018, en la primera de las cuales se razona:

"1.- El marco jurídico de la titulación de créditos, en lo que aquí interesa, viene configurado por la Ley 2/1.981, de 25 de marzo, del mercado hipotecario (en adelante, LMH) Y RD 716/2.009 de 24 de abril que sustituyó íntegramente al RD 685/1992, de 17 de marzo, que la desarrollaba; la Ley 19/92, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulación hipotecaria y la Ley 5/2.015, de 27 de abril de fomento de la financiación empresarial en cuyo título III (arts. 15 a 42) se recoge el régimen jurídico actual de las titulaciones.

Y en esta, el art. 15.1 de la Ley 5/2015 define los fondos de titulación como patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, con valor patrimonial neto nulo.

2.- La legitimación activa ordinaria es de origen legal y corresponde al banco emisor que conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario. La legitimación al Fondo se atribuye "por subrogación" y con carácter "subsidiario" activándose si la entidad financiera, donde reside la legitimación activa primaria, no actúa en defensa del crédito.

Así resulta del artículo 15 de la Ley 2/1.981 del Mercado Hipotecario que dispone "El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución. Si el acreedor hipotecario no instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello, el titular de la participación podrá



subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación". Y de los artículos 30 y 31 del RD 716/2.009 a cuyo contenido nos remitimos."

Por su parte, la SAP Madrid, secc. 21ª, 307/2018, de 18 septiembre, con cita, a su vez, de otras resoluciones, señaló:

"Así resulta que aun cuando la titulación hipotecaria supone la agrupación de participaciones hipotecarias, mediante la creación de un fondo de las mismas, sin personalidad jurídica, gestionado por una sociedad gestora, las cuestiones que se refieren al mantenimiento de la legitimación respecto de las acciones derivadas del crédito originario no habrán de asentarse en el contenido de la escritura de constitución del Fondo, que no vincularía a quien no ha sido parte, como el ejecutado, sino en base a lo establecido tanto en el artículo 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que atribuye la legitimación de la entidad que emite las participaciones tituladas para dirigirse contra el deudor en caso de incumplimiento y del artículo 26.3º del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, de desarrollo de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero cuando dispone que "El emisor conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo, abonando a los partícipes, incluso en caso de pago anticipado, el porcentaje que les corresponda en lo percibido del deudor hipotecario por concepto de capital e intereses de acuerdo con las condiciones de la emisión"....".

También dijimos en nuestra SAP, Civil sección 19 del 21 de noviembre de 2019 (ROJ: SAP B 13811/2019 - ECLI:ES:APB:2019:13811): "ya fueron examinadas por esta Sala en nuestro auto 6/2018, de 15 de enero, remarcando la solución establecida por el acuerdo de 15 de julio de 2016, de unificación de criterios de la Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona, adoptado al amparo de lo previsto en los artículos 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 57.1.c) del Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de los Tribunales y que, acerca de la cuestión relativa a la "legitimación activa en procesos hipotecarios en relación a participaciones hipotecarias aportadas a fondos de titulización", concluía que correspondía dicha legitimación "al acreedor hipotecario que figura en el Registro de la Propiedad, por más que el fondo titular de la participación hipotecaria que incluye el crédito objeto de reclamación puede "compelel" al emisor de la participación, en caso de impago del deudor, el ejercicio de la correspondiente acción ejecutiva. En caso de pasividad del emisor el partícipe puede instar la acción o su continuación por subrogación, previa acreditación de su titularidad a los efectos del artículo 540 LEC".

3. Según acabamos de indicar, la legitimación activa de BBVA permanece en los casos de titulización de créditos, pues la titulización hipotecaria no es más que la agrupación de participaciones hipotecarias, mediante la creación de un fondo de las mismas, sin personalidad jurídica, gestionado por una sociedad gestora que lo ha creado, por lo que la entidad titular del préstamo y crédito sigue teniendo la legitimación activa para ejercer la acción aquí planteada.

4. Ello comporta la desestimación del indicado motivo de apelación.

CUARTO.- Sobre la resolución del contrato por incumplimiento grave de la parte demandada.

1. Es necesario, antes de nada, traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo Nº 432/2018, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2551) en la que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha sentado doctrina sobre la aplicación del art. 1124 CC a los contratos de préstamo expresándose en los siguientes términos:

" El art. 1124 CC se refiere a la facultad de resolver las obligaciones "recíprocas" para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce, por tanto, en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra (art. 1274 CC).

El art. 1124 CC refiere la facultad resolutoria como remedio frente al incumplimiento de una de las partes cuando medien entre ellas vínculos recíprocos. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al art. 1124 CC y el ordenamiento establece las condiciones en que se puede poner fin a la relación. Basta recordar los arts. 1733 y 1736 CC para el mandato, los arts. 1775 y 1776 CC para el depósito o los arts. 1749 y 1750 CC para el comodato. En ocasiones, la ley atribuye un derecho de retención como garantía del cumplimiento de obligaciones que nacen "ex post", que dan lugar a créditos que por no nacer necesariamente del contrato no son correspectivos y, como tales, no permitirían aplicar la resolución por incumplimiento (art. 1730 CC para el mandato, art. 1780 CC para el depósito; no así para el comodato, para el que, apartándose de los precedentes históricos, el art. 1747 CC niega al comodatario la facultad de retener la cosa prestada aunque el comodante le deba algo, incluso aunque lo debido sean gastos cuya satisfacción corresponda al comodante).



En estos contratos que se acaban de mencionar, salvo en el comodato, que es esencialmente gratuito, puede fijarse retribución y, entonces, nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas, para las que podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada.

Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el art. 1124 CC. En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el art. 1129 CC, el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible.

La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe.

En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente.

El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses.

Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario."

2. Partiendo de lo expuesto y centrado el debate en la aplicación del artículo 1124 Código Civil, el Alto Tribunal concluye que "es criterio de la sala que, producida la entrega de dinero a cambio de una restitución fraccionada más el pago de intereses retributivos, el incumplimiento esencial del prestatario permite liberar al prestamista de permanecer vinculado por el contrato, puesto que la subsistencia del préstamo, por lo dicho, depende del pago de una retribución que nace del propio contrato".

3. En el caso de autos la propia apelante refiere y admite haber impagado a fecha de la demanda un total de 43 cuotas.

4. Acreditado que la entidad prestamista ha cumplido su obligación puesto que ha entregado la suma prestada, el incumplimiento reiterado de los prestatarios en la considerable suma de 43 cuotas, permite apreciar la concurrencia de un incumplimiento grave y esencial que ha de facultar la resolución por evidente pérdida de confianza de la entidad acreedora en la posibilidad de la parte demandada de asumir la deuda pendiente y en la agravación de la deuda y el perjuicio de la garantía si la situación de incumplimiento se prolonga a lo largo del tiempo. El primer impago se produjo en junio de 2014 y a día de hoy los apelantes no han abonado ninguna cantidad de la que deben.

5. Por tanto, podemos considerar que es procedente acordar la resolución del citado contrato por incumplimiento de los hoy apelantes, desestimando también este motivo de apelación.

QUINTO.- El vencimiento anticipado de la obligación y la exigibilidad de la totalidad de la deuda en base al art. 1129 del CC. La pérdida del plazo.

1. La entidad actora solicitaba que se declarase el vencimiento anticipado del contrato de financiación apoyándose en la aplicación del art. 1129 del CC. La actora no pide el citado vencimiento con base a la cláusula de vencimiento anticipado del referido contrato.

2. El art. 1129.1º del CC establece, en lo que aquí nos interesa:

"Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda".



3. Otras secciones de esta Audiencia Provincial ya han tenido ocasión recientemente de pronunciarse sobre la aplicación del citado precepto a un supuesto similar al que nos atañe, siendo conveniente su reproducción en esta litis al ser plenamente aplicable al caso que nos ocupa. La Sección 1ª en su Sentencia Nº 101/2019, de 25 de febrero (Roj: SAP B 1446/2019 - ECLI:ES:APB:2019:1446), decía:

" Está comúnmente admitido por doctrina y jurisprudencia que la insolvencia de que trata este precepto se refiere a la situación patrimonial concreta del deudor, sin necesidad de que se encuentre incurso en una situación concursal, sin perjuicio de lo cual forzoso es reconocer lo difícil que es establecer barreras nítidas sobre la situación patrimonial que merezca la calificación de insolvencia. Desde luego que la misma ha de ser sobrevenida, y la situación de iliquidez no puede identificarse con la insolvencia ya que existiendo activo patrimonial suficiente el acreedor no podrá alegar peligro alguno en el mantenimiento del plazo.

[...]

Ciertamente, el nº 1 del art. 1.129 CC no parece en principio estar pensando en los supuestos en que estuviera prevista, o constituida, una garantía (en los que habría que acudir, en su caso, a los otros dos apartados). Sin embargo, no podemos pasar por alto que el artículo obedece a una idea cautelar que conlleva en cierto sentido una carga sancionadora contra el deudor que disminuye las legítimas expectativas de satisfacción del acreedor, teniendo en cuenta la situación existente en el momento en que se constituyó la obligación, por lo que tampoco parece alejado de su espíritu entenderlo de aplicación cuando estas legítimas expectativas se ven mermadas por el impago revelador de una situación de insolvencia más allá de la existencia de esta garantía.

De otra forma, en contratos con un plazo de cumplimiento muy prolongado, como ocurre habitualmente en los préstamos hipotecarios, se condenaría al acreedor a tener que esperar al total vencimiento de la obligación para obtener el cobro de su crédito, con el riesgo casi seguro de no poder obtenerlo en su totalidad, lo que hace que el mantenimiento del plazo al deudor se manifieste absolutamente contrario al espíritu de la norma.

En conclusión, entendemos que de conformidad con lo establecido en el art. 1129.1º CC, procede declarar que los demandados han perdido el beneficio del plazo otorgado en la escritura de préstamo hipotecario para el pago.

De cualquier forma, la consecuencia de la pérdida del plazo, que es la condena de los demandados a pagar la totalidad de la deuda derivada del contrato de préstamo, que se reclama en la demanda, es la misma que se obtendría, -ya se ha obtenido-, por la vía de la resolución contractual, ejercitada con carácter subsidiario, y que es la que ha acogido la sentencia de primera instancia, persistiendo, eso sí, la garantía hipotecaria constituida a favor de la acreedora."

4. Pues bien, en el caso de autos, los demandados dejaron de pagar las cuotas del crédito, de modo que cuando se practicó la liquidación el 8 de febrero de 2018 adeudaban 43 cuotas y no han alegado, ni menos probado, que se tratase de una situación de iliquidez transitoria. De hecho, después de haber empezado a incumplir su obligación no consta que hayan satisfecho cantidad alguna, ni han alegado tampoco que cuenten con otros bienes para hacer frente a la deuda que el inmueble gravado con la hipoteca constituida en garantía de tal pago, por lo que la situación de insolvencia parece fuera de toda duda.

5. Por tanto, podemos considerar que procede el vencimiento anticipado del citado contrato en base a la aplicación del art. 1129 del CC. Ello comporta la desestimación del motivo del citado motivo de apelación alegado.

SEXTO.- Sobre la nulidad de la cláusula suelo.

1. En cuanto a la nulidad por abusiva de la cláusula suelo estipulada en el préstamo hoy litigioso hay que señalar que, con independencia de su aplicación práctica, es cierto que como dice la reciente STS de 19 de febrero de 2019 : " La cláusula de limitación de la variabilidad del interés, que en lo que respecta al límite inferior se viene denominando cláusula suelo, en la medida en que afecta al precio del préstamo, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13 estaba excluida del control de abusividad, mientras en su presentación se hubieran cumplido las exigencias de transparencia que permitieran al consumidor conocer sus consecuencias económicas y jurídicas, esto es, como iba a afectar al pago de los intereses en caso de que el tipo de referencia (Euribor más dos puntos) fuera inferior al límite previsto en la cláusula controvertida.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo establecida tras la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y otras posteriores (entre ellas, la sentencias 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril, y 705/2015, de 23 de diciembre ...). Esta jurisprudencia se encuadra, en lo que respecta al fundamento y al alcance del control de transparencia, en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), principalmente en las SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 26 de enero de 2017 (caso Gutiérrez García).



La Audiencia entiende cumplido el control de transparencia porque considera que la cláusula es clara, comprensible y destacada. Pero no queda constancia de que hubiera sido objeto de una información precontractual, que garantizara su conocimiento con antelación suficiente a la firma de la póliza. Como hemos recordado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, en este tipo de contratos de préstamo a largo plazo, es necesaria una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir."

2. Y a mayor abundamiento respecto la nulidad por abusiva de la cláusula suelo esta Sección ya se había pronunciado en varias ocasiones acordando que la cláusula suelo debe considerarse abusiva y por no puesta en el contrato, ya que afecta al principio de transparencia tal como lo señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que declaró: "En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

" a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España"[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas".

3. Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, se refiere al control de incorporación de la cláusula suelo a los efectos de analizar su transparencia, y declara: " a efectos del control de transparencia, lo determinante es que la cláusula en cuestión no se ha acreditado que fuera negociada individualmente, sino que fue impuesta y predispuesta por la entidad prestamista. Como dijimos en la Sentencia del Pleno núm. 241/2013, de 9 de mayo " el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente". Así como que " la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato". En relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte, y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más



allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (SSTS 406/2012, de 18 de junio , 221/2013, de 11 de abril y 241/2013, de 9 de mayo). En consonancia con ello, la jurisprudencia de esta Sala sobre cláusulas suelo, tras [e-A-V1] resolver que las mismas forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/prestación), ha establecido que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato no se someten al control del contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no.

En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. En el caso concreto de las cláusulas suelo, dijimos en la Sentencia 241/2013, de 9 de noviembre , que debe existir una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y constatamos, en ese y en los demás casos sometidos posteriormente a nuestra consideración, que se daba a la cláusula suelo una relevancia "secundaria": " (las) propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato". La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euríbor)". Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula- suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente."

4. En consecuencia, se mantiene debe declararse el carácter abusivo de la misma y declarar su nulidad, aunque no produzca ningún efecto, pues las cantidades reclamadas por BBVA han sido calculadas como si dicha estipulación no existiera. Ello supone que se estime el recurso de apelación en este punto.

SÉPTIMO.- Sobre la cláusulas de comisiones por la reclamación de posiciones deudoras.

1. La cláusula que establece comisiones por la reclamación de posiciones deudoras ha sido declarada abusiva por la STS, Civil sección 1 del 25 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3315/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3315): " Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU".

2. El hecho de que no haya sido utilizada no impide la declaración de abusividad y, por tanto, debe ser declarada nula, estimando también la apelación en este punto.

OCTAVO.- Sobre la cláusulas de imputación de pagos.

1. En relación con los gastos, esta Sección ya estableció en su Sentencia N° 2, de 9 de enero de 2020 (ROJ: SAP B 68/2020 - ECLI:ES:APB:2020:68): " el art. 89.3 c) TRLGCU califica como cláusulas abusivas: "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)". Asimismo, en lo que se refiere a la atribución de gastos tributarios, registrales y notariales la STS 705/2015, de 23 de diciembre (recurso núm. 2658/2013) ha señalado al respecto que: "Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés



principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)." En consecuencia, la cláusula discutida en el caso objeto de enjuiciamiento no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial, registral e incluso de gestoría, sino que hace recaer su totalidad sobre la parte prestataria a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Todo lo anterior, conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas según se ha expuesto. Al respecto ya nos pronunciamos en la Sentencia de 16 de junio de 2016 (ROJ: SAP B 7772/2016 - ECLI:ES:APB:2016:7772) , indicando que la repercusión al comprador/ consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Finalmente, la reciente STS ya citada de 15 de marzo de 2018 nº 148/18 confirma el criterio."

2. Dichas conclusiones son plenamente aplicables al caso de autos, por ello, la citada cláusula debe declararse abusiva y por consiguiente nula, estimando el recurso también en este punto.

3. Sin embargo, en relación con los efectos de tal declaración de nulidad, también hay que traer a colación con lo que señalábamos en dicha resolución, a saber: " Respecto de las consecuencias de la declaración de nulidad de esta clausula debe indicarse que la parte demandada no ha calculado la cuantía ni de modo individual ni global por lo que si bien se declarará la nulidad de la clausula no habrá lugar a acordar en este procedimiento restitución alguna en cuanto que la consecuencia de la nulidad por abusividad de esta clausula no será la restitución íntegra, como efecto de la nulidad (1303 CC) sino aplicar el régimen legal de imputación de gastos y más que un efecto de la nulidad, en realidad, se trata de una pretensión resarcitoria por pago de lo indebido, una acción vinculada a la acción de nulidad pero jurídicamente independiente de ésta, de modo que siendo una acción autónoma la cuantificación y acreditación de los gastos asumidos (aportación de facturas), debió hacerse con el primer escrito rector de la parte, al amparo de lo dispuesto en los arts. 265 y 219 LEC , sin que quepa no solo aportación posterior a dicho momento sino que tampoco dejar para ejecución de sentencia".

5. Finalmente hemos de indicar que la acción de resolución del contrato por incumplimiento ha sido ejercitada por la actora de conformidad con el art. 1124 del CC y del art. 1129 del mismo texto legal, por lo que, la declaración de nulidad de las citadas cláusulas no cambiara lo acordado.

NOVENO.- Costas

1. En relación a las costas del recurso de apelación, conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

2. En relación a las costas de la demanda reconvenional, conforme al art. 394.1 LEC, procede su imposición a la parte demandada reconvenida (BBVA) al haber estimado íntegramente dicha demanda reconvenional.

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Efrain y Ángeles contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Cerdanyola del Vallès de fecha 9 de enero de 2019, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca únicamente en el extremo de declarar la nulidad de las cláusulas tercera bis sobre intereses variables (cláusula suelo), la cuarta sobre comisiones por reclamación de posiciones deudoras y la quinta de imputación de gastos, confirmándola en el resto, con imposición de las costas de la demanda reconvenional a BBVA, sin imposición de las costas del recurso y con devolución del depósito constituido al recurrir.

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

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

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.



También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

FONDO DOCUMENTAL