



Roj: **SAP PO 2277/2014 - ECLI:ES:APPO:2014:2277**

Id Cendoj: **36038370012014100354**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2014**

Nº de Recurso: **377/2014**

Nº de Resolución: **336/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00336/2014

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 377/14

Asunto: ORDINARIO CONTRATACION 249.1.5 2/14

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 1 PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.336

En Pontevedra a catorce de octubre de dos mil catorce.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de ordinario de contratación 249.1.5 2/14, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 377/14, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Olegario , D. María , D. Ricardo , D. Nieves , representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER ALMON CERDEIRA, y asistido por el Letrado D. PABLO LOIS CARRERA, y como parte apelado- demandado: NCG BANCO SA, representado por el Procurador D. JOSE PORTELA LEIROS, y asistido por el Letrado D. GABRIELA LAGOS SUAREZ-LLANOS, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, con fecha 30 abril 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la representación procesal de Olegario , María , Ricardo y Nieves frente a Novagalicia Banco SA, debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.



Sin expresa imposición de las costas del presente procedimiento a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Olegario y otros, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El recurso de apelación trae causa de la demanda presentada por cuatro personas físicas, adquirentes por título de compraventa de un bajo comercial, habiéndose financiado la adquisición por un préstamo hipotecario del que pretenden la declaración de nulidad de varias de sus cláusulas.

El debate quedó centrado, tanto en primera instancia como ahora en el recurso devolutivo, en la consideración de los actores como consumidores y en las consecuencias que dicha cualidad habría de suponer para la validez o nulidad de la cláusula impugnada. El juez de primera instancia consideró que los actores no eran consumidores, quedando fuera de aplicación del ámbito de protección de la legislación sectorial, por lo que las cláusulas cuestionadas no podían ser atacadas con los fundamentos de la acción esgrimidos en la demanda.

Son datos de hecho relevantes, -sobre los que no existe discusión, a juzgar por las alegaciones de las partes-, los siguientes:

a) los actores, si bien ostentan la cualidad profesional de abogados en ejercicio y con despacho profesional en la calle Michelena nº 23 de Pontevedra, adquirieron un local comercial en la calle Manuel Cuña Novás, encontrándose dicho local vacío y, por tanto, no ejerciéndose en él ninguna actividad profesional o empresarial.

b) según manifestaciones de los actores en la demanda, asumidas por la parte demandada, el propósito de la compraventa consistía en la puesta del bien en arrendamiento, con el fin de obtener un lucro futuro (" *con la finalidad de invertir ahorros familiares presentes y futuros... que completara las eventuales pensiones que aquéllos pudieran recibir ...*")

c) con fecha de 27 de enero de 2009 los actores concertaron con la entidad demandada, hoy NCG Banco, S.A., un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 375.000 euros para financiar la compraventa del local, otorgándose éste como garantía mediante la constitución de primera hipoteca. La cláusula 3ª bis de la escritura de constitución de la hipoteca establecía el tipo de interés correspondiente a las anualidades posteriores al 1.2.2010, con un tipo de interés variable de EURIBOR más 1,5 puntos. Seguidamente, en el apartado e) se recogía textualmente que " *no obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al 4,75% ni superior al 15%*".

El juez de primera instancia consideró que toda vez que el " *local se adquiere no para su uso particular sino para su alquiler a terceros indeterminados y, de forma lógica, a la par que legítima, para obtener lucro del mismo* ", los contratantes demandantes carecían de la condición de consumidores. La sentencia considera que " *la compra para poner en alquiler y obtener una renta se está realizando una actividad empresarial* ", sin que las normas aplicables exijan para excluir el concepto de consumidor que dicha actividad sea habitual.

El recurso cuestiona, con pluralidad de argumentos, esta afirmación y solicita la revocación de la sentencia. Subsidiariamente se pretende la estimación del pedimento de la nulidad de la cláusula en aplicación de la legislación general de condiciones generales de la contratación, aplicable también a los no consumidores.

SEGUNDO.- La primera cuestión planteada en el recurso de apelación exige indagar si los actores ostentaban en el contrato impugnado la condición de consumidores, como presupuesto de aplicación de la normativa sobre control de contenido y de transparencia, invocadas como fundamento de la acción de impugnación de la cláusula suelo.

El concepto de consumidor en la normativa vigente en España, a los efectos que ahora ocupan, se encuentra recogida en el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Allí se expresa que " *a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión* ". El precepto fue reformado parcialmente por la Ley 3/2014 de 7 de marzo, que incluyó en su ámbito a las personas jurídicas, con la siguiente mención: " *son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial* ".



El precepto supuso una modificación de la definición tradicional contenida en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo art. 1.2 hacía descansar la noción en el elemento positivo de que el consumidor había de ser el destinatario final del producto o servicio adquirido. De esta manera se adaptaba la legislación española al concepto utilizado en las normas comunitarias, principalmente la Directiva 93/13 (también en otras, como las Directivas 85/577 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, la 97/7 sobre contratos a distancia, o la 99/44 sobre ventas de consumo), que consideraban como consumidor a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial.

La diferencia entre el concepto comunitario y el asumido por el vigente Texto Refundido, de un lado, y el empleado por la legislación previgente (y mantenido todavía en algún texto internacional, como el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980), resulta evidente, al despojarse la definición del elemento finalista referido a la consideración del consumidor como destinatario final del producto o servicio objeto del contrato. Las normas internacionales sobre unificación del Derecho privado en proyecto contienen definiciones similares a la recogida en nuestro Derecho positivo vigente.

Con todo, como reconoce la sentencia y asumen los litigantes, la interpretación del concepto no está exenta de dificultades y de incertidumbres, como refleja el estudio de la jurisprudencia, nacional y comunitaria, y las aportaciones doctrinales que se han ocupado del tema.

Por de pronto, es bien cierto que la jurisprudencia del TJUE, recaída en interpretación del mismo concepto utilizado en otras normas comunitarias, utiliza un criterio de interpretación que puede calificarse como restrictivo, del que es paradigma la sentencia dictada en el caso Gruber (C-464/01, de 20 de enero de 2005) o también la sentencia recaída en el asunto Di Pinto, de 14.3.1991, la de 17.3.1998 (asunto Dietzinger) o la sentencia Benincasa, de 3.7.1997, en las que expresamente se hizo mención a la utilización de un criterio restrictivo en la inteligencia del término, en referencia a la exigencia de que el acto se dirigiera a la satisfacción de las necesidades personales o familiares del comerciante, para que éste pudiera considerarse como consumidor, o a la exigencia de que los bienes adquiridos hubieran de destinarse al consumo privado.

Además, debe hacerse notar que la Exposición de Motivos del vigente Texto Refundido sigue haciendo referencia al elemento del destino final de los bienes y servicios, cuando expresa en su apartado III que "*el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*".

No desconocemos ni el valor interpretativo general de los preámbulos legislativos ni, por supuesto, el valor vinculante y la aplicación preferente de las normativa y jurisprudencia comunitarias. Pero nos parece que el concepto empleado en el Texto Refundido, básicamente coincidente con el comunitario, obliga a incluir supuestos en el concepto de consumidor que quedarían excluidos en una interpretación estricta de la anterior normativa.

Así, la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo, ya para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de "su actividad" empresarial o profesional (la norma comunitaria es más genérica, cuando el lugar del pronombre utiliza el indeterminado "una actividad") resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consumo puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final.

El arrendamiento de un bien a terceros, como señala la sentencia recurrida, supone su incorporación directa a un proceso productivo, mediante la obtención de rentas a cambio de la cesión de su uso, pero si esta actividad no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, éste podrá seguir siendo considerado como consumidor con arreglo a la normativa vigente, en la medida en que no opera la circunstancia de exclusión incluida en el art. 3.1. De esta manera, no existen obstáculos en la jurisprudencia, -tampoco en la comunitaria, como sucedió en la sentencia Hamilton, de 10.4.2008, en la que no se cuestionó la condición de consumidora de la Sra. Ascension, que había celebrado un contrato de crédito con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; también el asunto Schulte, de 25.10.2005-, para considerar consumidores a los inversores no profesionales de productos financieros que adquieren para revender o para especular con su valor, por lo que entendemos que, de la misma forma, si una persona física, al margen de su actividad empresarial o profesional, adquiere un bien para arrendarlo, y esta actividad no se realiza de forma habitual, formando parte de su profesión u oficio, tal actuación puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de la normativa protectora de los



consumidores. En otras palabras, el ánimo de lucro no es un requisito que excluya de la protección de las normas específicas a los consumidores, siempre que la actividad no resulte habitual o forme parte de su profesión u oficio.

Del mismo modo, el préstamo hipotecario vinculado a la adquisición de dicho bien permitirá considerar al prestatario como consumidor, a efectos de aplicación de la normativa sectorial.

En consecuencia, la sentencia debe ser revocada, procediendo el análisis de la cuestión desde el enfoque de la protección de los consumidores y usuarios.

TERCERO.- La cláusula suelo.

En numerosas ocasiones hemos afirmado, en una línea jurisprudencial indiscutida tras la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, que la denominada como cláusula suelo no constituye una cláusula nula, en la medida en que no infringe ninguna norma imperativa o prohibitiva. Ni siquiera es preciso que la cláusula suelo lleve acompañada una cláusula techo, cosa que sí acontece en el supuesto enjuiciado (vid. párrafos 255 y ss. STS 9 de mayo de 2013). Otra cosa será que en las concretas circunstancias la cláusula se haya ocultado al contratante y, en consecuencia, no supere el control de incorporación o que en su contenido, en atención al conjunto de circunstancias concurrentes pueda vulnerar norma imperativa. Pero, como dijimos más arriba, al afectar la cláusula suelo a un elemento esencial del contrato no queda sujeta al control de contenido, aunque pudiera quedar sometida al control de transparencia en los contratos celebrados con consumidores.

Al afectar la cláusula suelo a un elemento esencial del contrato no queda sujeta al control de contenido, pero sí está sometida, además de al denominado control de incorporación, al control de transparencia en los contratos celebrados con consumidores. Este estándar del control de transparencia exige analizar todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias, si éstas 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 deberán valorarse todas las circunstancias que concurrieron en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa (párrafo 237 de la repetida sentencia).

La repetida STS apreció, según es conocido y como recuerda la sentencia recurrida, los siguientes, según expresa su párrafo 225:

" a) *Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*

b) *Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*

c) *No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*

d) *No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*

e) *En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor."*

La cuestión, además, fue tratada por el TS en el auto de aclaración a la sentencia de Pleno en los siguientes términos: " 8. *También, sostiene la petición de aclaración en que la sentencia no concreta los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso, de tal forma que, entre las medidas, se hallarían: la información que verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo; la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante; la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato; y las advertencias específicas sobre dicha cláusula por parte del propio notario autorizante, o fuera de aquél."*

Es evidente que esta información complementaria, exigible a la entidad prestamista para que la cláusula suelo pueda superar el estándar mínimo del control de transparencia, no se proporciona ni se satisface adecuadamente por el solo hecho de la intervención del fedatario público en el otorgamiento del contrato, pues tal se trata de una exigencia constitutiva del préstamo con garantía hipotecaria, como es palmario, al igual que sucede con el acceso al registro de la propiedad. Precisamente por esta insuficiencia, la ley ha exigido requisitos complementarios, como los contenidos en la Guía de Acceso a los préstamos hipotecarios editada por el Banco de España, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional tercera y en el art. 6 de la Ley 1/2013.



Desde estos parámetros, insistimos, (y no otros como la referencia a la existencia de otras ofertas en el mercado, irrelevante si no se integran los anteriores) en que han de enjuiciarse los hechos, correspondiendo la prueba de la superación del control de transparencia a la entidad prestamista que afirma el conocimiento por el prestatario, real y efectivo, de los términos de la cláusula.

En nuestro auto de 18 de julio pasado constatamos, por ejemplo, que la entidad prestamista no aportaba ningún prueba relativa a que se entregara al cliente ningún folleto informativo con carácter previo a la suscripción del préstamo hipotecario, ni su funcionamiento, ni acreditaba que se le hubiere informado de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma ante el Notario de la escritura pública, ni que éste, al margen de leer la citada escritura, les explicara expresamente que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo ni las repercusiones económica y jurídicas que ello comportaba pues en la escritura pública ninguna mención se hace al respecto. También afirmamos que aunque los términos literales de la cláusula la hiciera comprensible, ésta se tornaba oscura al estar " *enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y las consecuencias que conlleva de tal modo que le impide al consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato* " impidiendo al consumidor conocer con sencillez tanto la " *carga económica* " que realmente le suponía para él la incorporación de dicha cláusula y la onerosidad o sacrificio patrimonial que le iba a conllevar a cambio de la prestación económica que pretendía obtener, así 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* ". (FJ 210). De tal manera que la cláusula suelo convierte de forma sorpresiva para el consumidor un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia (FJ 217).

En el caso que ocupa, la entidad prestamista sostiene que la estipulación fue negociada individualmente y que las profesiones de los actores harían inexcusable el supuesto error.

La prueba ha consistido exclusivamente en la aportación de documentos, quedando en la audiencia previa los autos vistos para sentencia. Entre ellos se aportó por la propia parte demandante copia de la escritura de compraventa del local, adquirido en el año 2011. Sin embargo, pese a los términos en los que discurrió la audiencia previa (ciertamente confusos), resulta imposible entender que la compraventa de 2011 aportada en dicho acto se corresponda con la escritura de préstamo que sustenta la demanda, por la poderosa razón de que ésta fue otorgada en el año 2006 y en ella se hace referencia a la titularidad dominical del local números 5 y 7, mientras que la compraventa se refiere al local nº 6 y en ella participaron tres de los cuatro demandantes.

De otra parte, la demandada no ha solicitado prueba en segunda instancia, dejando que ganara firmeza la decisión judicial de rechazar pruebas relativas a las condiciones de información en las que se encontraban los actores en el momento del otorgamiento del contrato. Por tanto, sin otra aportación que documentos claramente no fehacientes sobre la cualidad profesional de alguno de los actores, resulta imposible afirmar que éstos tuvieron conocimiento de la existencia de la cláusula suelo, en términos que superasen el doble control de transparencia al que se ha hecho anterior alusión. Sobre ello comprobamos cómo la cláusula en cuestión no aparece especialmente destacada y que se halla inmersa en el conjunto de especificaciones financieras del préstamo, y no contamos con ningún elemento, -insistimos-, que permita afirmar el cabal conocimiento por los prestatarios de su existencia y funcionamiento. Finalmente, la sola referencia a la condición profesional de algunos de los prestamistas es insuficiente para entender superado el estándar mínimo de conocimiento en las concretas circunstancias del caso.

Por tales motivos, el pedimento relativo a la nulidad de la estipulación referida debe prosperar, con efectos desde de la resolución judicial de primera instancia, tal como venimos considerando en este órgano provincial (por todas, de 29.7.2014).

CUARTO.- Cláusula sobre intereses moratorios .

Se solicita la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora al tipo del 18%. Se trata de una cuestión que ha sido objeto de examen en numerosos pronunciamientos de esta Sala, en los que hemos plasmado el criterio fijado en la reunión de magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en los que sentamos el criterio general para valorar el carácter abusivo de la cláusula de interés de demora, la superación de tres veces el interés remuneratorio del contrato en cuestión sometido a examen (claro está, fuera de los casos de préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, en los que existe norma especial), sin que en ningún caso se pueda sobrepasar un interés del 20%, y sin perjuicio del examen de las concretas circunstancias de cada caso.

En estos supuestos en los que se proceda por considerar la cláusula de interés de demora abusiva, a la exclusión de la aplicación de dicha cláusula al consumidor se aplicará la norma que nuestro ordenamiento



prevé en defecto de pacto, el art. 1108 CC , de forma que el capital prestado devengará solamente el interés legal del dinero en caso de mora del deudor.

De esta forma en el supuesto que nos ocupa en que se evidencia que estamos ante un contrato de préstamo para consumidores, no constando ninguna circunstancias especial o resaltable, ni cuestionado que estamos ante cláusulas predispuestas y generales (destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada), atendiendo a los intereses de demora pactados al tipo variable durante la mayor parte de la duración prevista, que superan en exceso el triple del interés remuneratorio el 18%, debe considerarse abusiva la cláusula, con los efectos antes señalados de dejarla sin efecto en su integridad, devengando el principal como interés de demora únicamente el interés legal del dinero (art. 1108 CC).

En otras ocasiones hemos afirmado que para analizar si la cláusula discutida causa, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato, debemos, primero, analizar cuáles son las previsiones legales en materia de intereses de demora en los distintos ámbitos de contratación, incluido el financiero, cuando una de las partes no cumple o demora el cumplimiento de sus obligaciones, y, segundo, ponderar el concreto tipo de interés fijado en el contrato, en relación con el interés legal y las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, para valorar su adecuación para lograr el fin buscado, que no es otro que incentivar el cumplimiento debido de las prestaciones asumidas en los contratos.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, la regla general en los contratos viene prevista en el art. 1108 del Código Civil , con arreglo al cual la indemnización de daños y perjuicios por mora consiste, a falta de pacto entre las partes, en el interés legal del dinero, cuya evolución en los últimos veinte años, lo sitúa en valores próximos al 4%.

En el supuesto de autos, repetimos, las partes pactaron un interés fijo para un primer período del 6%, un hipotecario del 8% y un variable, que había de regir la mayor parte de la vida del préstamo, del EURIBOR más 1,40, con la mencionada cláusula suelo al 4,75%.

Ello permite constatar la desproporción del tipo de demora pactado en relación con los aplicables como remuneración del préstamo. A ello añadimos la consideración de que la operación se garantizaba con un derecho real, que no solo comporta un privilegio especial en caso de ejecución singular o colectiva, sino que atribuye al acreedor un procedimiento específico de ejecución para reclamar el principal, intereses, gastos y costas en las condiciones señaladas en la propia escritura, procedimiento que entraña una cognición y unos medios de alegación y prueba limitados con el objetivo de agilizar al máximo la tramitación y facilitar el pronto cobro de la cantidad reclamada; de ahí concluimos que nos hallamos ante un tipo de interés que, por su montante, resulta desproporcionado en orden a obtener la meta que legitima el pacto y que no es otra que estimular el correcto cumplimiento de la obligación de la otra parte contratante (cfr. auto de esta misma sección de 21.5.2014).

La cláusula, en su consecuencia, debe estimarse abusiva por imponer una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor prestatario por el incumplimiento de sus obligaciones, integrando la prohibición establecida en el art. 82.4 TRLCU.

Por tanto, conociendo que la cuestión resulta discutida, no vemos obstáculo a que, expulsada la cláusula del interés moratorio del 18%, se sustituya por la previsión general del interés del art. 1108 sustantivo, en los términos que propone el recurrente

QUINTO.- Cláusula de vencimiento anticipado.

En relación con la cláusula de vencimiento anticipado, hemos afirmado en otras ocasiones al enfrentarnos frente a la misma cuestión que la jurisprudencia se ha inclinado tradicionalmente por la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo (en esta línea se manifiestan las SSTs de 7 de febrero de 2000 , 9 de marzo de 2001 , 4 de julio y 12 de diciembre de 2008). El problema se plantea en relación con los contratos de larga duración, como es el que nos ocupa: un contrato de préstamo a devolver en un plazo de veinte años.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ocupó de tal cuestión en relación con los préstamos con garantía hipotecaria constituidos sobre vivienda habitual en la conocida sentencia de 14 de marzo de 2013 y en la que concretan los parámetros a los que el Juez nacional ha de atender: " *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 ."

Es sabido que esta doctrina fue incorporada en la reforma legislativa operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que dio nueva redacción al art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuyo apartado 2º dice: "*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 ."*

En el supuesto analizado no se está ante un préstamo hipotecario que comprometa la vivienda habitual. La cláusula objeto de impugnación se recoge en el apartado 6 bis y, según se desprende de la demanda, de ella se cuestiona la atribución al banco de la facultad unilateral de resolución en los casos de falta de pago de cualquiera de las cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, con derecho a reclamar las cantidades vencidas, las pendientes de vencer, con intereses, gastos y costas. Tal descripción coincide con el apartado a) de dicha estipulación.

Nos parece que, en abstracto, la previsión contractual resulta abusiva en la medida en que faculta a la entidad de crédito a resolver ante cualquier incumplimiento, sea éste de cualquier importe, y de forma independiente al desarrollo de la vida del préstamo y a al momento en que dicho incumplimiento se produzca. Así lo manifestamos en nuestro auto de 14.5.2014 ante un supuesto similar en que la previsión contractual se refería a la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de las cuotas, incluyendo todos los conceptos que las integran, con independencia de si el incumplimiento afecta a una o a más cuotas, si es total o parcial, si afecta al principal o a los intereses, si se produce al principio del período contractual o más avanzado el mismo. Por tal motivo lo estimamos desproporcionado y, en consecuencia, abusivo (cfr. el art. 85.4 TRLCU y art. 3 de la Directiva 93/13).

SIXTO.- Cláusula de sumisión a los tribunales de Vigo.

Finalmente, en relación con la estipulación del apartado e) de la cláusula décima, según la cual las partes, con renuncia al fuero propio, atribuyen competencia a los juzgados de Vigo, resulta abusiva en su generalidad, pues pese a la cautela de su redacción, -en ella se hace mención a que la cláusula operará siempre que la legislación no establezca otra cosa-, la estipulación es contraria al art. 90.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en línea con lo dispuesto en el art. 54.2 de la ley procesal civil .

SÉPTIMO.- Costas.

La demanda, en consecuencia, ha quedado estimada parcialmente. Hemos admitido la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, de vencimiento anticipado, de sumisión expresa y de intereses moratorios, pero desestimamos los efectos pretendidos en la demanda, relativos a la retroacción de las cantidades ya abonadas al momento de la celebración del préstamo, por el importe de 24.195,23 euros. Ello determina que cada parte deba soportar las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes, del mismo modo que sucede con las costas devengadas en esta instancia, todo ello en aplicación de lo dispuesto en el art. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación presentado por la representación procesal de D. Olegario , D^a María , D. Ricardo , D^a Nieves , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra, dictada en autos de juicio ordinario 2/2014, resolución que revocamos y en su lugar declaramos la nulidad de las siguientes estipulaciones del contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes formalizado en escritura pública de 27 de enero de 2009:

- a) cláusula de limitación del tipo de interés del apartado 3 bis e), con efectos desde la resolución de primera instancia;**
- b) cláusula 6ª, de interés moratorio, que se sustituirá por el interés legal;**
- c) cláusula 6ª bis, apartado a), en los términos fijados en el fundamento de derecho quinto;**



d) cláusula 10ª, e), de sumisión a los tribunales de Vigo.

Todo ello sin pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en lo autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ