



Roj: **SAP B 2008/2015 - ECLI:ES:APB:2015:2008**

Id Cendoj: **08019370152015100060**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **08/04/2015**

Nº de Recurso: **122/2014**

Nº de Resolución: **88/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BLANCA TORRUBIA CHALMETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 1, 25-11-2013 ,
SAP B 2008/2015**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 122/2014-3ª

Juicio Ordinario núm. 406/2013

Juzgado Mercantil núm. 1 Barcelona

SENTENCIA núm. 88/15

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

BLANCA TORRUBIA CHALMETA

En la ciudad de Barcelona, a ocho de abril 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 1 de esta localidad, por virtud de demanda de Segismundo , Marí Luz y Carla contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., pendientes en esta instancia al haber apelado Segismundo , Marí Luz y Carla la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 25 de noviembre de 2013.

Han comparecido en esta alzada las apelantes Segismundo , Marí Luz y Carla , representadas por la procuradora de los tribunales Sra. Susana Manzanares Corominas, así como Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. Ignacio López Chocarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: *FALLO: <<DESESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. SUSANA MANZANARES, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D. Segismundo , Dª. Marí Luz Y Dª. Carla contra la entidad BBVA S.A., con expresa imposición de costas a la parte actora>>*.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpusieron recurso de apelación Segismundo , Marí Luz y Carla . 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 3 de diciembre de 2014.

Actúa como ponente la magistrada suplente BLANCA TORRUBIA CHALMETA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . 1. Las partes actoras ejercitaron una acción individual de nulidad de cláusulas abusivas contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) solicitando la declaración de nulidad de las siguientes estipulaciones, contenidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito el 6 de febrero de 2006:

La de vencimiento anticipado (cláusula 6ª bis), que lo prevé "por falta de pago de cualesquiera de los vencimientos de intereses y plazos de amortización del capital prestado",

La de intereses de demora (cláusula 6ª), que los fija en un 19%, y

La referida al título ejecutivo (cláusula 10ª), que señala para el caso de reclamación judicial que "La caja podrá determinar la cantidad líquida y exigible mediante certificación que acredite el saldo deudor en la forma pactada".

2. En relación con la cláusula de vencimiento anticipado, la sentencia recurrida entiende que es válida, no sólo por estar así establecido por la jurisprudencia, sino también por aplicación del art. 693 de la LEC que prevé que sólo puede instarse la ejecución hipotecaria tras el impago de tres mensualidades.

Por lo que respecta a la cláusula de interés de demora de un 19%, dicha sentencia considera que es válida conforme a lo dispuesto en Disposición Transitoria 2ª de la Ley de 14 de mayo de 2013 , que impide que aquéllos sean superiores a tres veces el interés legal del dinero. Y ello sin que se permita la capitalización de intereses salvo en el caso del art. 579.2ª LEC .

Finalmente, por lo que respecta a la cláusula de título ejecutivo, la sentencia recurrida entiende que no se justifica dónde reside la abusividad de la misma por cuanto que se ajusta al procedimiento ejecutivo previsto en la LEC.

3. Los demandantes, ahora recurrentes, fundan su recurso en los siguientes motivos:

1) Vulneración del art. 51.1 de la Constitución española , del art. 6 apdo 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 , de los arts. 49 , 80 , 82 y 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre que aprueba la Ley General para la defensa de los **consumidores** y usuarios y otras leyes complementarias y de los arts. 8 a 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo .

2) El carácter abusivo de una estipulación por la que se le impone al deudor hipotecario un interés de demora del 19%.

3) El carácter abusivo de la estipulación por la que se le impone al deudor hipotecario la resolución del contrato por la falta de pago de una mensualidad o por el incumplimiento de cualquiera de sus cláusulas.

4) El carácter abusivo de la estipulación por la que se le impone al deudor hipotecario la aceptación del saldo de la deuda frente a un juicio de ejecución hipotecaria, también llamado pacto de liquidez.

Y solicita la declaración de nulidad de las cláusulas sexta, sexta bis y décima del contrato de préstamo hipotecario celebrado con el BBVA.

4. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. se opone al recurso contraargumentando las alegaciones de los recurrentes y solicita la desestimación íntegra del recurso con imposición de costas a la apelante.

SEGUNDO . 5. Esta Sección ya ha tenido oportunidad de pronunciarse a propósito de la nulidad de la estipulación de liquidación unilateral, en la sentencia de 15 de diciembre de 2014 , en cuyos fundamentos jurídicos 61 a 64, señalamos lo siguiente:

" La STJUE de 14 de marzo de 2013 en su apartado 75, dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el juzgado mercantil expone lo siguiente :--

«Por último, en lo que atañe a la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, procede señalar que, teniendo en cuenta el número 1, letra q), del anexo de la Directiva y los criterios establecidos en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de ésta, el juez remitente deberá determinar si -y, en su caso, en qué medida- la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de

manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del **consumidor** a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa».

Tiene razón el recurso de Catalunya Banc cuando denuncia que el juzgado mercantil no se ha atendido a la doctrina establecida por el TJUE al pronunciarse sobre la compatibilidad de esta disposición con el derecho europeo porque no ha analizado siquiera en qué medida la estipulación contractual sobre la liquidación unilateral supone una excepción a las reglas legales aplicables a falta de acuerdo de las partes. Si lo hubiera hecho no habría tenido más remedio que concluir que la estipulación contractual relativa a la liquidación unilateral no supone excepción alguna respecto del régimen legal aplicable para el caso de falta de acuerdo entre las partes, por dos razones distintas.

La primera razón consiste en que el artículo 572.2 LEC determina que

«(t)ambién podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo».

Por tanto, el pacto incorporado al contrato no supone otra cosa que una simple traslación al contrato de la norma legal transcrita. No existe excepción sino simple seguimiento del criterio que enuncia la norma legal.

A ello es preciso añadir que esa norma, y también el pacto contractual cuestionado, están pensados, fundamentalmente, para contratos de crédito, esto es, operaciones en las que no resulta posible determinar el importe efectivamente adeudado en el momento en el que el contrato se liquida porque el mismo depende de una serie de operaciones que no estaban previstas de forma anticipada. Pero no así para el contrato de préstamo, es decir, para un contrato en el que se han previsto anticipadamente todas las amortizaciones. Por esa razón nuestra jurisprudencia, como afirma con corrección el recurso, ha venido exonerando de la necesidad de liquidación unilateral por parte de la entidad bancaria las operaciones de préstamo, salvo en el caso de que las partes hubieran pactado la liquidación, como en el caso ocurre."

De lo que acabamos de exponer se deriva que la liquidación en el contrato que examinamos no es un privilegio del Banco, que no la precisaba para la ejecutabilidad de su título, sino una garantía adicional para el deudor que tras el incumplimiento ve reforzada su posición con la necesidad de que el Banco formalice la liquidación y se la notifique, tal y como exige el párrafo 2º del artículo 572.2 LEC ."

De lo anterior se sigue que no resulta abusiva la cláusula que impone al deudor hipotecario la aceptación del saldo de la deuda frente a un juicio de ejecución hipotecaria

6. Por lo que respecta a la cláusula de vencimiento anticipado, esta Sección también ha tenido ocasión de pronunciarse. Así, en el fundamento Tercero de la sentencia de fecha 7 de abril de 2015 , que reproducimos, señalamos lo siguiente:

El demandante también insiste en la nulidad de la cláusula 6 bis, que permite el vencimiento anticipado del préstamo por el impago de una sola cuota. De este

modo la cláusula dispone lo siguiente:

"La entidad acreedora podrá dar por vencido el total del préstamo, con anterioridad al plazo estipulado (...) por la falta de pago por la prestataria de parte del capital o de los intereses del préstamo cuyo pago deba hacerse en los plazos

estipulados, si venciera alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación".

La sentencia descarta la nulidad, de acuerdo con la doctrina sentada por la sentencia del TS de 16 de diciembre de 2009 y por entender que lo relevante no es el

contenido de la cláusula, sino su aplicación práctica, criterio que no podemos

compartir. En efecto, es cierto que, firmada la escritura en agosto de 2004, la

Legislación entonces vigente partía de la validez de tales cláusulas. Así el

artículo 693.1º de la LEC establecía lo siguiente:

" *Lo dispuesto en este Capítulo* (relativo a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados), será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el

deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro".

El Tribunal Supremo también había declarado la validez de cláusulas de contenido análogo. Así, en sentencia de 16 de diciembre de 2009 , al tratar sobre la validez de la cláusula de vencimiento anticipado " *cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo*" concluyó que:

"la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el artículo 1255 del Código civil la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo", citando al respecto las sentencias del mismo Tribunal de 7 de febrero de 2000 , 9 de marzo de 2001 , 4 de julio de 2008 y 12 de diciembre de 2008 .

Ahora bien, la STJUE de 14 marzo 2013 aborda la cuestión, concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas en los siguientes términos:

"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"

(Apto. 73).

La doctrina establecida en esa sentencia ha sido incorporada a nuestro Ordenamiento por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modifica el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.

En el presente caso, a diferencia del incidente de oposición a la ejecución del artículo 695 de la LEC , en el que se puede valorar las circunstancias concretas del incumplimiento y la forma en que se ha ejercitado la resolución, el carácter abusivo de la cláusula lo hemos de analizar en abstracto. Pues bien, la cláusula impugnada permite a la entidad de crédito dar por vencido el crédito a partir de un incumplimiento que en ningún caso podríamos considerar grave o esencial, en atención a la cuantía y duración del préstamo, como es el impago de una sola cuota. La respuesta al incumplimiento -el vencimiento anticipado y la pérdida del plazo- es desproporcionada y, en consecuencia, la cláusula es abusiva conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1º y 85.4º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios.

7. Los recurrentes también solicitan la declaración de abusividad de la estipulación relativa a los intereses moratorios que se establecen en el contrato de préstamo hipotecario en un 19%.

A este respecto entendemos que la cuantía fijada es desproporcionada, cualquiera que sea el parámetro comparativo desde el que se analice la cuestión. En efecto, si atendemos a la norma legal establecida para



el caso de ausencia de pacto (el artículo 1108 CC) resulta evidente la desproporción, no solo atendiendo al tipo pactado en sí mismo, sino también en el caso de que del mismo se restara el tipo correspondiente al interés remuneratorio, que le sirve como punto de partida. Como señalamos en el fundamento jurídico 90 de la mencionada sentencia de 15 de diciembre de 2014 : "Esa resta nos permite enjuiciar qué porcentaje realmente es el que corresponde a la sanción por incumplimiento (en eso consiste precisamente la naturaleza de los intereses moratorios)".

Pues bien, el tipo pactado aplicable al capital concedido (223.750 euros) para el préstamo (pactado en 480 meses) es fijo durante los seis primeros meses de 3'25% nominal y variable durante el resto del periodo, indexado a la referencia interbancaria a un año con un diferencial de 0,85 punto. Ello nos lleva a una sanción que ha podido superar incluso los 15 puntos porcentuales, desproporcionada si se compara con el interés legal, que en el 2013 estaba fijado en el 4 %, actualmente en el 3,5% y que en 2006 lo estaba en el 4 %.

También resulta una sanción desproporcionada si se pone en relación con otros parámetros a los que con frecuencia acude la doctrina de los tribunales, tales como el establecido en el artículo 20.4 de la Ley 16/2011 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo , que establece un límite de 2,5 veces el interés legal del dinero. E incluso si se pone en relación, con las reformas introducidas con posterioridad a la STJUE de 14 de marzo de 2013 .

En este sentido, la reciente STJUE de 21 de enero de 2015 señala en sus fundamentos jurídicos 36 a 41:

" la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora.

En este contexto, debe recordarse que, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 , el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase el auto Sebestyén, C 342/13, EU: C: 2014:1857, apartado 29 y jurisprudencia citada).

En este sentido hay que recordar, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 64).

Por lo tanto, es preciso considerar que, en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional.

Ello implica en particular, por una parte, que cuando el juez nacional debe examinar una cláusula de un contrato relativa a intereses de demora calculados a partir de un tipo inferior al previsto por la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 , la fijación por ley de ese límite máximo no impide a dicho juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13 . De este modo, no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva.

Por otra parte, en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula.

8. La nulidad, por abusiva, de la estipulación sobre intereses moratorios conduce a la aplicación del artículo 1108 del Código Civil , norma que establece que el efecto de la morosidad en el caso de obligaciones pecuniarias se traduce, a modo de sanción por el incumplimiento, en la obligación de resarcir daños y perjuicios que se calcularán conforme a lo convenido por las partes y, en defecto de pacto, de acuerdo con el interés legal.

TERCERO. 9. Conforme a lo que se establece en el art. 394 LEC , no procede la imposición de las costas de la primera instancia, al existir dudas de derecho.



Conforme a lo dispuesto en el artículo 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas de la segunda instancia, al haberse estimado en parte el recurso.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Segismundo , Marí Luz y Carla contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Barcelona de fecha 25 de noviembre de 2013 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos parcialmente, en el sentido de estimar en parte la demanda declarando la nulidad de la cláusula 6ª sobre intereses moratorios, en los términos que resultan del fundamento jurídico 7 y la nulidad de la cláusula 6ª bis sobre vencimiento anticipado, en los términos que resultan del fundamento jurídico 6 con confirmación de los restantes pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

No se imponen las costas de ninguna de las dos instancias y ordenamos la devolución del depósito constituido al recurrir.

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.