



Roj: **SAP IB 1025/2015 - ECLI:ES:APIB:2015:1025**

Id Cendoj: **07040370052015100135**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **08/06/2015**

Nº de Recurso: **148/2015**

Nº de Resolución: **133/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00133/2015**

**Rollo de Apelación nº 148/2015**

**SENTENCIA Nº 133**

ILTMOS. SRES:

PRESIDENTE:

DON MATEO RAMON HOMAR

MAGISTRADOS:

DOÑA COVADONGA SOLA RUIZ

DOÑA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En Palma, a 8 de junio de 2015.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 393/2013, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL Nº 2 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION 148/2015, en los que aparece como parte apelante, D. Santiago , representado por la Procuradora de los Tribunales, Sra. MAGDALENA MARIA MASSANET FUSTER, asistido por el Letrado D. ALBERTO RIPOLL RULLAN, y como parte apelada, BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA BANESTO, representado por el Procurador de los Tribunales, Sr. FRANCISCO TORTELLA TUGORES, asistido por la Letrado D<sup>a</sup>. ELENA TORO GARCIA.

Es Ponente la Il<sup>ta</sup>m. Sra. Magistrada DOÑA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Lo Mercantil Número 2 de Palma en fecha 13 de noviembre de 2014, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que con ESTIMACION PARCIAL de la demanda presentada, representada por la Procuradora doña Magdalena Massanet en nombre y representación de don Santiago contra la entidad bancaria Banco Español de Crédito (Santander, S.A.), debo DECLARAR Y DECLARO *la nulidad por abusivas* de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes en fecha 14 de diciembre de 2006: 1.- 4.1.- Comisión de apertura.- El préstamo que se instrumenta en la presente escritura, devenga a favor del Banco por el solo hecho de la formalización del mismo y por una sola vez, una comisión de apertura del dos por ciento, esto es TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS EUROS Y CUARENTA Y OCHO CENTIMOS DE EURO (3.882'48 EUROS). Dicha comisión se calculará sobre el capital del préstamo y se devengará y hará efectiva en el día de hoy". 2. 4.4.- Comisión por reclamación de



posiciones deudoras.- Por importe de veinticinco euros, que será única y exigible por cada posición deudora vencida y reclamada". 3.6a bis.- RESOLUCION ANTICIPADA. No obstante el vencimiento establecido, el Banco podrá dar por vencido anticipadamente el préstamo y la hipoteca que se constituye en su garantía, y será exigible la restitución de su importe, vivo o no amortizado y los intereses devengados, incluso de demora, desde el momento del impago hasta el total pago al Banco, en los siguientes casos: a) Cuando se incumpliese, parcial o totalmente, la obligación de pago de cualquiera de los vencimientos de interés o de cualquiera de las cuotas o pagos de amortización pactados, o de los restantes conceptos a cargo de la parte prestataria, en las fechas y condiciones previstas para ello en esta escritura. b) Si las obligaciones referentes a la conservación de la garantía previstas en cláusula posterior fueran incumplidas en cualquiera de los casos allí señalados, particularmente la falta de los seguros que allí se mencionan y el impago de sus primas, así como cualquier otra obligación establecida en el presente documento". 4. 13a.- IMPUTACION DE PAGOS Y COMPENSACIÓN 13.1.- Las cantidades entregadas a la prestamista en concepto de pago se imputaran primero al reintegro de los gastos suplidos por el BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A. relacionados con este préstamo; en segundo lugar al reembolso de las comisiones devengadas e impagadas; y en tercer lugar al reembolso de las liquidaciones de intereses y cuotas de amortización derivadas del mismo que se encuentren vencidas e impagadas, comenzando entre ellas por la Rids antigua, sea cual sea de las clases dichas a la que pertenezca, y sin que se pueda aplicar cantidad alguna a la reducción o cancelación de una posterior sin haberse satisfecho íntegramente las vencidas con anterioridad.- A su vez, y a salvo el orden que se acaba de establecer, siempre que se haya de imputar alguna cantidad al pago de cada una de las liquidaciones de intereses y cuotas de amortización impagadas, primero se aplicará al pago de los intereses moratorios que haya devengado dicho vencimiento anticipado, después al reembolso de los intereses ordinarios incluidos en la liquidación o cuota objeto de pago y, por fin, al capital comprendido en dicha cuota de amortización impagada. Si por aplicación de las presentes reglas se imputase a capital alguna cantidad hallándose todavía pendiente de pago partidas por intereses, la aplicación al pago de capital no extinguirá la obligación de la parte deudora respecto de los intereses. No obstante lo anterior, si se diese en algún momento por vencido anticipadamente el préstamo, las cantidades que se entreguen en concepto de pago se aplicarán primero al pago de las costas y los gastos que se hubieran producido, luego las comisiones devengadas e impagadas, posteriormente los intereses de demora devengados, seguidamente a los ordinarios pendientes de pago y finalmente al pago del capital". Todo ello sin expresa condena en costas procesales, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

**SEGUNDO.-** Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 26 de mayo del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

**TERCERO.-** Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** La demanda instauradora de la presente litis ejercita, al amparo del artículo 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), una acción individual de nulidad encaminada a que esta sentencia declare la nulidad de las estipulaciones recogidas en las siguientes cláusulas:

la 4ª.1 (interés de demora),

la 4ª.4 (comisión por reclamación o gestión),

la 4ª.5 (comisión por certificación de deuda pendiente del préstamo),

la 6ª (interés de demora),

la 6ª bis (vencimiento anticipado del préstamo) y

la 13ª (imputación de pagos) de la escritura de préstamo hipotecario de vivienda de fecha 14 de diciembre de 2006 suscrita por don Santiago y don Pedro Antonio con la entidad bancaria Banco Español de Crédito, S.A. (Banco Santander S.A.).

Frente a la pretensión ejercitada por el actor de declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas de la escritura de préstamo que invoca en su demanda, manifiesta la demandada que ya existe un procedimiento de ejecución extrajudicial abierto en la Notaría de don Francisco Moreno Clar (que fue suspendido por dicho Notario ante la interposición de la demanda que dio inicio al presente pleito), y alega que la posible nulidad de las cláusulas que se invocan en la demanda en ningún caso está prevista como motivo de oposición a la ejecución, ya que estos motivos son tasados, y ninguna de las cláusulas atacadas constituye el fundamento



de la ejecución, ni han determinado la cantidad exigible, tal como preceptúa el artículo 695.1 LEC, tras la redacción dada a este precepto por la ley 1/2013.

La sentencia estima parcialmente la demanda y contra ella interpone recurso la parte actora con los siguientes argumentos:

*"El motivo de las presentes alegaciones se basa en el hecho de que habiendo declarado la Sentencia nº 286/2014 de 13 de noviembre de 2014 nula la cláusula 6ª bis RESOLUCION anticipada del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por mi representado y la Entidad de Crédito Banco Santander S.A., en la presente resolución, se refiera en el fundamento de derecho sexto lo siguiente; "Así pues, en base a lo manifestado por esta doctrina jurisprudencial, se debe declarar el carácter abusivo del apartado a) de la cláusula 6ª bis de la escritura de préstamo suscrita por Don. Santiago con Banco Español de Crédito, si bien al haber esperado el banco al impago de 5 mensualidades, y por tanto, haber sido respetuoso con lo dispuesto en el artículo 693.1 después de su modificación por la Ley 1/2013, la declaración de nulidad de esta cláusula no va a producir ningún efecto en la ejecución extrajudicial actualmente suspendida."*

*El 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 señala en su artículo 83 lo siguiente: "El Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".*

*"Así pues de esta parte, a tenor de la legislación vigente, se entiende que si ha sido declarada nula, por abusiva, la cláusula de vencimiento anticipada la consecuencia ineludible es que la entidad financiera no puede solicitar la ejecución por vía extrajudicial en base a dicha cláusula.*

*Declarada la nulidad de esta cláusula no se puede interesar ni declarar la resolución del contrato. En todo caso la Entidad podría reclamar el importe adeudado hasta la fecha, en consecuencia a tenor de lo expuesto entendemos que una vez declarada nula dicha cláusula, si debería producir efectos en la ejecución extrajudicial, en cuanto a que si dicha cláusula es nula y por tanto no se puede aplicar, el Banco no debería poder dar por vencido anticipadamente el préstamo y la hipoteca que se constituye en su garantía y por tanto debería modificarse en este sentido la Sentencia que ahora se viene a apelar. Pues la declaración de nulidad de dicha cláusula no permite dar por vencido el préstamo y por tanto exigir la totalidad el mismo. Así pues, debe modificarse la Sentencia apelada en el sentido de que, "si tendrá efectos en la ejecución extrajudicial la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado".*

A ello se opone la demandada que solicita la confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

**SEGUNDO** .- Centrados de este modo los términos del debate, comenzar señalando que este Tribunal, revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, no puede sino compartir, por acertada, la totalidad de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la estimación parcial de la demanda, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se considera más que suficiente para desestimar el recurso que se analiza, y a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada, pues es sabido que, como entre otras ha indicado la STS de 9 de junio de 2000, es compatible la fundamentación por remisión con el mandato del artículo 120.3 según reiteradamente ha sido declarado por el Tribunal Constitucional ( SSTC 174/1987, 24/1996, 115/1996, 184/1998, 206/1999, 13/2001, entre otras), siendo que, además, la recurrente, no desvirtúa a través de las alegaciones que expone en su escrito de recurso, aquellos argumentos porque declarada la nulidad de la cláusula por abusiva, al haber esperado el banco ejecutante al impago de 5 mensualidades, y por tanto, haber sido respetuoso con lo dispuesto en el artículo 693.1 después de su modificación por la ley 1/2013, la declaración de nulidad de esta cláusula no va a producir ningún efecto en la ejecución extrajudicial actualmente suspendida.

En este sentido podemos citar sentencias como la dictada por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictada 15 de diciembre de 2014, (ROJ: SAP B 14543/2014 - ECLI:ES:APB:2014:14543) Sentencia: 407/2014 | Recurso: 468/2013 | Ponente: JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN:

Con ello no queremos decir que la nulidad de ese pacto no deba comportar consecuencia jurídica alguna sino algo bien diferente: la nulidad de ese pacto se traduce en su expulsión del contrato, de forma que no servirá para justificar la resolución del contrato cuyo único fundamento sea el simple impago de cuotas vencidas.

Y la nulidad del pacto no se puede traducir en su simple modulación por parte de los Tribunales porque una estipulación abusiva es nula, lo que excluye su moderación, tal y como siempre contempló nuestro derecho interno, en correcto desarrollo de la Directiva comunitaria 1993/13, aunque no siempre los Tribunales lo



viéramos así. Por consiguiente, aunque la razón por la que consideramos abusiva la estipulación contractual que BANCO SANTANDER predisponía en sus contratos consistiera en que le facultaba para poder considerar resuelto anticipadamente, por vencimiento anticipado, el préstamo por el impago de una sola cuota, lo que a todas luces es una sanción desproporcionada e irrazonable, no podemos considerar que ha utilizado correctamente la estipulación abusiva cuando el acreedor no ha abusado de la misma y ha esperado a que se produzcan cuatro vencimientos. La cláusula sigue siendo abusiva y, por consiguiente, su utilización no es posible como fundamento de la resolución anticipada.

Ahora bien, y esto es una cuestión distinta, ello no afecta para nada a la facultad de resolver el contrato con fundamento en causas distintas, y entre ellas el incumplimiento del deudor, que está prevista con carácter general en el artículo 1124 CC. La resolución por incumplimiento del deudor es una causa distinta a la extinción por vencimiento anticipado. Ello no significa que un mismo hecho, la falta de pago de las cuotas periódicas, no pueda justificar simultáneamente una y otra, aunque no de la misma forma. Para la resolución por incumplimiento no basta con el simple impago sino que es preciso que el mismo revista un plus, esto es, sea de tal entidad que pueda razonablemente pensarse que es indicativo de la frustración de los derechos de la adversa.

Pero no basta con un acto unilateral del acreedor para que se produzca la extinción del contrato y se abra la fase de liquidación de sus efectos.

En el presente caso de la demanda no se infiere ninguna circunstancia concreta de la vida del contrato. Sólo se refiere a la celebración del mismo y a su novación (hecho primero).

La demandada da cuenta del iter de la ejecución extrajudicial, -cuya subasta señalada para el 13 de junio de 2013 ahora suspendida-, además de reclamar que no se aplique la norma posterior al contrato de préstamo que nos ocupa afirma que ya había 5 cuotas impagadas cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo.

Es por ello que procede confirmar la resolución recurrida.

**TERCERO** .- En la reciente sentencia de esta Sala dictada el 27 de mayo (rollo 135/2015) hemos resuelto que, la cláusula de vencimiento anticipado, al igual que sucede con la de liquidación unilateral, per se, no puede considerarse abusiva; sin perjuicio de valorar en el caso concreto la gravedad del incumplimiento de acuerdo con la naturaleza del contrato, la duración y el número de aplazamientos impagados u otras circunstancias concurrentes, tal y como refiere la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. De hecho en aquel supuesto y presentado el recurso por la entidad bancaria y reclamando la condición de no **consumidores** de los apelados, no se declaró la nulidad si bien se procedió a integrar de conformidad con el artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su modificación según Ley 1/2013.

**Cuarto** .- En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada, con expresa imposición de las costas devengadas a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y cualesquiera otros de general y pertinente aplicación y en atención a lo expuesto,

## FALLO

Que DESESTIMANDO el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> MAGDALENA MASSANET FUSTER, en nombre y representación de D. Santiago, contra la Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma, en los autos de Juicio Ordinario nº 393/2013, de que dimana el presente Rollo de Sala, SE CONFIRMAN los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene, condenando a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.