

AUTO:
JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 DE GIJON

N.I.G.:

Procedimiento:

Sobre PIEZA DE OPOSICIÓN A EJECUCIÓN HIPOTECARIA

De

Procurador Sr. MANUEL FOLE LÓPEZ

Abogado Sr.

Contra D.

Procurador Sr. LUIS INDURAIN LÓPEZ

Abogado Sr. MARCELINO TAMARGO MENÉNDEZ

A U T O

En Gijón, a treinta de septiembre de dos mil trece.
Por dada cuenta.

H E C H O S

PRIMERO. Ante este Juzgado se tramita procedimiento de ejecución hipotecaria con el número de registro 112/13, a instancias de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, representada por el P ópez, contra D. ópez, y D^a. representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Indurain López.

SEGUNDO. Habiéndose opuesto la parte demandada a la ejecución, se dio traslado de la misma a la parte ejecutante, quien presentó escrito realizando las alegaciones que tuvo por conveniente. A continuación se citó a las partes a vista pública, a la que comparecieron en la representación que tienen acreditada, ratificando sus escritos de alegaciones y solicitando el recibimiento del incidente a prueba; proponiendo a continuación prueba documental, a fin de que se tuvieran por reproducidos los documentos obrantes en las actuaciones. Declarada pertinente dicha prueba, se acordó traer los autos a la vista para dictar la correspondiente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Con fecha de 29 de agosto de 2008 los litigantes perfeccionaron un contrato de préstamo con garantía, por importe de 331.800.- euros, que se amplió por contrato posterior, perfeccionado con fecha de 16 de diciembre de 2011, por importe de 51.000.- euros.

Se gravaron con hipoteca las viviendas sita en la calle de Teodoro Cuesta, n.º. uno, 1º, e), de Gijón, c tuye la vivienda habitual de la demandada Sra. y la vivienda sita en la calle siete, bloque veintiuno, del Grupo de Viviendas Protegidas de la Camocha que, al menos la

primera, constituye la vivienda o residencia habitual de la coejeutada.

SEGUNDO. La parte codemandada solicita que se declare la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y la cláusula suelo, previstas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, y que se declaren abusivos los intereses moratorios fijados.

TERCERO. La **cláusula suelo** que se impugna viene fijada en la estipulación tercera, bis, número tres, del contrato de préstamo, en la cual se establece que, "en todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,5%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriores para cada supuesto, determinará el tipo de interés vigente en el período de interés... El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15% nominal anual".

CUARTO. En aplicación de la cláusula suelo techo, las partes establecieron una limitación, por la parte inferior y por la superior, al tipo de interés remuneratorio variable pactado.

La sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo con fecha de 9 de mayo de 2013 ha analizado la naturaleza y efectos de dichas cláusulas suelo y techo, declarando que, al influir en la determinación del precio que debe pagar el prestatario como consecuencia del préstamo, afectan al objeto principal del contrato.

No puede declararse que dichas cláusulas, en sí mismas consideradas, sean abusivas, con independencia de que pueda existir una gran desproporción entre el suelo y el techo fijados, o aunque ni siquiera exista techo. Como argumento fundamental para excluir el control de abusividad sobre la cláusula suelo se utiliza el de que constituye regla general la que entiende que no cabe control de equilibrio sobre las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, que quedan amparadas por la libertad de mercado.

Pero, aun cuando se estime que la cláusula suelo pueda no ser abusiva o ilícita, en sí misma considerada, el Tribunal Supremo considera que, dado que se trata de una cláusula predispuesta, tiene la naturaleza de una condición general de la contratación impuesta al contratante consumidor, que no ha podido influir en su contenido, ni tampoco en la decisión de que se incluya o excluya del contrato. Ello permitirá declarar su nulidad, cuando la cláusula suelo se haya establecido e incluido en el contrato, sin los requisitos de transparencia exigidos legalmente.

La cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrita entre las partes tiene naturaleza de condición general, porque se cumplen las circunstancias de predisposición (o redacción antes de la negociación o perfeccionamiento del contrato), imposición (que supone la exclusión de principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato y, por tanto, su incorporación no obedece al previo consenso de las partes, sino a la voluntad de la parte predisponente), y destino a una pluralidad de contratos, todo ello, conforme a lo dispuesto en

el artículo primero de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación. Como se ha dicho por el Tribunal Supremo, tal estipulación no es un elemento esencial del contrato, aunque afecte directamente a uno de ellos, como es el precio o interés pactado.

Conforme al artículo segundo de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, serán revisables aquellos contratos que contengan condiciones generales, y que se hayan celebrado entre un profesional (o predisponente), y cualquier persona física o jurídica (o adherente). El primero es toda persona que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. El segundo puede ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad. Dicha situación es la que se contempla en el supuesto analizado.

En caso de que se probara que la cláusula controvertida ha sido negociada de forma individual, no podría invocarse protección al consumidor, ni tampoco aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Corresponde a la entidad bancaria ejecutante la carga de acreditar tales extremos, es decir, que sí que existió negociación, lo cual impediría declarar como abusiva dicha cláusula, o que ha superado el control de transparencia. No basta para ello con la aportación de la mera escritura de préstamo, como se ha hecho, proponiendo como prueba en el presente incidente la documental, consistente en que se tuvieran por aportados los documentos obrantes en el procedimiento de ejecución. La parte demandante está obligada a demostrar cumplidamente que ha cumplido con tales requisitos, y no lo ha acreditado, a pesar de recaer sobre la misma la carga probatoria, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 82,2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece que el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de su prueba.

Siendo la cláusula suelo una condición general de la contratación, la sentencia dictada con fecha de nueve de mayo de 2013 por el Tribunal Supremo considera que dichas estipulaciones podrán ser declaradas ilícitas o abusivas por vía judicial o extrajudicial, cuando no superen los controles de inclusión, de transparencia, y de contenido o abusividad.

En base al control de inclusión, se garantiza que el consumidor tenga conocimiento, en el momento en que presta su consentimiento, de la existencia de dicha cláusula, y que la misma no es ilegible, oscura o ambigua.

El segundo control es el de transparencia, que exige que los contratantes conozcan o puedan conocer tanto la carga económica que supone para ellos el contrato celebrado, la onerosidad patrimonial realizada a cambio de la prestación económica del empresario, como la carga jurídica, es decir, al definición de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos del contrato como en la asignación o distribución de riesgos de la ejecución y desarrollo del contrato.

La cláusula suelo será lícita siempre que, siendo transparente, permita al consumidor identificarla como definidora, que afecta a la determinación del objeto principal del contrato, y pueda conocer cuál es el real reparto de riesgos en la variabilidad de los tipos de interés. Y, será nula cuando carezca de la transparencia exigida legalmente, es

decir, cuando no haya permitido a la parte adherente conocer realmente cual es su posición jurídica en el contrato, y la medida en que afecta tal cláusula a dicha posición jurídica.

El control de transparencia exige analizar cuál fue la información que en su momento se suministró por el Banco, y si la misma permitió o no a la parte prestataria percibir que la cláusula afectaba al objeto principal del contrato, y tenía relación con el contenido de su obligación de pago, así como si la parte prestataria adquirió un conocimiento real y razonablemente completo de cómo incidía en la economía del contrato.

No se ha probado que el Banco se comportara en la manera indicada, pues no se ha propuesto por el mismo ninguna prueba tendente a acreditar tales extremos, a pesar de corresponderle, conforme a las reglas de la carga probatoria.

El Tribunal Supremo considera que las cláusulas suelen "no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".

No se cumplirá el requisito de la transparencia si no existe una información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; si se inserta de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; si no se ha acreditado por la parte ejecutante que se hayan practicado simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; si no consta que se haya facilitado 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; si se ubica entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor, debe concluirse que el adherente no es consciente de cuál es la carga económica y jurídica que asume. En tal caso, se habría incumplido las exigencias del control de transparencia, y la cláusula sería nula. Facilitar el documento con todas las condiciones generales no garantiza el cumplimiento del control de transparencia

En el supuesto enjuiciado no consta que se hayan cumplido dichos presupuestos. No consta que la entidad bancaria ejecutante haya cumplido con el requisito de transparencia exigible porque, utilizando la exposición del Tribunal Supremo, "las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia". Y "la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas..."

En definitiva, el principio de transparencia debe garantizar que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria

para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. En este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 21 de marzo de 2013, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste. Y en la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo se declara que el cumplimiento de los requisitos de transparencia, en una cláusula aisladamente considerada, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Como se ha dicho, la carga de la prueba de ese control de transparencia corresponde a la parte predisponente, quien deberá acreditar que facilitó a la parte adherente la información adecuada sobre la posición jurídica y la carga económica de la cláusula suelo, y como ésta convertía un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable, en un préstamo mixto, que podía incurrir en un interés fijo. Y no se han demostrado tales extremos.

La parte ejecutante no ha propuesto ni una sola prueba para demostrar que se comportó lealmente con su cliente. La prueba practicada en el presente incidente se ha limitado a la documental aportada con la demanda de ejecución inicial, lo que no permite declarar acreditados y debidamente probados los requisitos expuestos anteriormente. No permite declarar probado que la parte prestataria conociera que el préstamo que era de aparente interés variable, en realidad lo era de interés mínimo fijo. No se ha demostrado por el Banco ejecutante que su cliente recibiera información específica acerca del significado económico en diversas situaciones que se pudieran presentar en un futuro previsible a la vista de los datos obrantes en la propia entidad, es decir, los escenarios posibles, dentro de los cuales era bastante previsible que disminuyera el tipo de interés de referencia. Y no se ha demostrado por el Banco ejecutante que alguno de sus empleados informara a su cliente cuales serían las consecuencias de los límites que, a la baja, se establecía sobre la variabilidad del interés remuneratorio. No es suficiente para ello la propia redacción y sistema del contrato.

Como consecuencia, la cláusula suelo insertada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria perfeccionado entre las partes no ha superado ni cumplido con el control de transparencia. Los efectos de ello son los mismos que los previstos para las cláusulas abusivas. Por aplicación del principio de conservación de la validez y del acto o negocio jurídico, debe declararse la nulidad de dicha cláusula suelo, pero la misma sólo afecta a la misma, y no al préstamo hipotecario en que dicha estipulación se ubica, al ser dicha cláusula parte del objeto principal del contrato, pero no elemento esencial del mismo.

En definitiva, dicha cláusula techo/suelo no consta que haya sido adecuadamente percibida por la parte prestataria en toda su relevancia, como definitiva del precio del dinero que se prestaba a los ejecutados, por causas imputables al Banco

prestamista (no se ha demostrado lo contrario). Se trata de una cláusula que está viciada de falta de transparencia y de falta de claridad. Además, dicha cláusula provoca un desequilibrio en las posiciones de los contratantes, pues no se reparten correctamente los riesgos de la variabilidad de los tipos de interés. En dicha cláusula se da cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad bancaria prestamista pudieran tener las oscilaciones a la baja de los tipos de interés, pero se frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito, como consecuencia de dicha minoración de tipos, pactados como variables. Es decir, al entrar en juego la cláusula suelo, previsible para el empresario, se convierte un tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.

Como es una cláusula no transparente que conlleva un desequilibrio en las posiciones de las partes que, por lo tanto, es contrario a las exigencias de la buena fe en perjuicio de la parte prestataria, el Tribunal Supremo califica dicha situación como un "desequilibrio abstracto en la distribución de riesgos", que conlleva su ilicitud, en la forma prevenida en el artículo octavo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y su consiguiente nulidad.

QUINTO. La cláusula suelo pactada, además de no ser transparente, es abusiva y, por tanto, nula, lo que impide que se efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario, en la forma prevenida en la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 14 de junio de 2012.

El Tribunal de Justicia Europeo, el art. 6.1 de la Directiva 93/13, declara que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, pero no están facultados para modificar el contenido de la misma.

El contrato en cuestión debe subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, siempre que sea jurídicamente posible en virtud de las normas del Derecho interno. Si se autorizara al juez nacional para modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, se eliminaría el efecto disuasorio de las normas protectoras del consumidor, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando se declare su nulidad, el contrato se integrará por el juez en lo que fuere necesario.

Es decir, el presente procedimiento debe archiversse, pues no es dable recalcular en el mismo las cantidades debidas, en base a lo pactado, tras excluir la aplicación de las cláusulas declaradas nulas. La parte ejecutante deberá realizar dicho nuevo cálculo del importe de la deuda, sin tener en cuenta las cláusulas nulas, y presentar nueva demanda de ejecución hipotecaria, reclamando la cantidad real y efectivamente adeudada.

SEXTO. Los efectos de la nulidad declarada son los previstos en el artículo 1303 del C.c, que establece que los contratantes deberán restituirse recíprocamente aquello que hubiese sido material del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses.

Es decir, la entidad bancaria demandante deberá reintegrar a los ejecutados aquello que haya cobrado de más, desde el inicio del contrato de préstamo, como consecuencia de haber aplicado indebidamente la cláusula suelo; y esa cantidad cobrada de más deberá compensarla con la deuda que mantienen los ejecutados, la cual justifica la reclamación contenida en la demanda de ejecución hipotecaria.

Debe aplicarse dicha norma, y no la irretroactividad de efectos declarada en la sentencia dictada con fecha de 9 de mayo de 2013 por la Sala primera del Tribunal Supremo, por las razones siguientes.

En primer lugar, porque el pronunciamiento de irretroactividad contenido en dicha sentencia incurre en incongruencia, dado que ninguna de las partes lo había solicitado. La propia sentencia viene a admitirlo, justificando su conducta diciendo que, "en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas."

Si el pronunciamiento peca de incongruente, únicamente puede tomarse como una declaración "obiter dicta".

En segundo lugar, porque el alcance de dicho pronunciamiento se limita a la misma sentencia, y así lo indica en el Tribunal Supremo en distintos pasajes de la misma. En tal sentido, en el apartado décimo de su fallo dispone que "no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia"; y en el párrafo 294 se declara que, "consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de esta sentencia".

Por ello, dicha resolución no veda la posibilidad de decidir en un juicio posterior, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general de la restitución de las prestaciones prevista en el art. 1303 CC.

En tercer lugar, porque para justificar jurídicamente dicha solución se recurre a la analogía, cuando ello no es posible en base a lo dispuesto en el artículo 4,1 del C.c., dado que no hay ninguna laguna legal, por existir una norma que regula expresamente los efectos de la nulidad de un contrato, como es el artículo 1303 del C.c.

En cuarto lugar, porque la justificación de dicha medida no se encuentra en motivos jurídicos, sino de política económica o de oportunidad. Así lo declara el ponente al afirmar que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico». No es admisible que el orden público económico pueda anteponerse a una consecuencia contractual de orden civil como es la restitución de las prestaciones, que establece de manera inexorable el art. 1303 CC.

En quinto lugar, porque el orden público económico no es fuente del derecho, ni criterio de interpretación de las normas jurídicas. Por ello, dicha justificación de la decisión no genera jurisprudencia, al no basarse en la Ley, la

Costumbre y los Principios Generales del Derecho, como exige el artículo 1,6 del C.c.

En sexto lugar, porque las fuentes del Ordenamiento Jurídico son las que establece el artículo primero del Código Civil. En este caso, la Ley, como fuente primigenia, establece un efecto muy concreto, y sin fisuras, a la nulidad contractual, sin que el Tribunal Supremo pueda derogar dicho efecto, porque no le corresponde asumir la función de Legislador.

En séptimo lugar, porque habiendo declarado el Tribunal Supremo que dichas cláusulas nulas se habían incluido en los contratos de préstamo de manera subrepticia, sabiendo los Bancos (o estaban obligados a saberlo) que las mismas eran contrarias a la buena fe, de conformidad con la legislación vigente en aquél momento, puede afirmarse que la conclusión del Tribunal no es coherente. Al final, lo que hace es premiar dicha actitud, pues no impone a los Bancos ningún coste económico por su conducta abusiva. Por el contrario, hace recaer dicho coste o carga económica en el consumidor cliente, castigando a la parte contratante que ha sido inocente, y cuya buena fe ha sido sorprendida por aquella entidad. El agresor es quien ha obtenido un beneficio durante la vida del contrato, debido a su mala fe y engaño y, no obstante, se le concede un premio, de hecho, declarando la irretroactividad de la cláusula declarada nula.

No puede protegerse a las entidades financieras, que han empleado cláusulas suelo de manera poco transparente, calificadas por el Tribunal Supremo como «engañosas», y se invoque el principio de seguridad jurídica para evitar que asuman los efectos económicos de una declaración de abusividad que les es imputable. Es impropio declarar que la víctima de una agresión sea la obligada a asumir, en todo o en parte, el coste económico que conlleva la reparación de las lesiones, daños y perjuicios sufridos por dicha agresión.

La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 14 de junio de 2012 se refiere al efecto disuasorio que la declaración de nulidad de la cláusula, con todas sus consecuencias, ha de tener en la conducta de los profesionales. Dicho efecto no se produciría en caso de reconocerse una facultad de moderación de las consecuencias de dicha cláusula abusiva, privándole de los efectos restitutorios de las cantidades indebidamente cobradas. Se otorgaría a los profesionales una ventaja en empleo de una cláusula abusiva, que ha sido declarada judicialmente nula.

Además, el hecho de mantener la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, impidiendo la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, supone reconocer efectos vinculantes a las cláusulas suelo, a pesar de ser nulas, lo que no es posible jurídicamente.

En octavo lugar, porque declarar que la nulidad de las cláusulas suelo declaradas abusivas no pueden aplicarse con efectos retroactivos, contraviene el artículo sexto de la Directiva comunitaria 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, según el cual "los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional...". Dicha desvinculación no sólo debe entenderse en relación con los efectos futuros, sino también respecto de los efectos ya consumados.

SÉPTIMO. En relación con la nulidad de los **intereses moratorios** fijados en el contrato.

En la cláusula sexta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes se establecía que, en caso de que no se cumplieran a su debido tiempo las obligaciones pecuniarias derivadas de dicho contrato, se devengarían unos intereses de demora de un 20%.

Los intereses remuneratorios son el precio del préstamo que debe pagar el prestatario, que en este caso se establecen en un 5,90%, en el período que se establece en un porcentaje fijo; mientras que los intereses de demora son una sanción o pena, que se establece para indemnizar a la entidad prestamista por los perjuicios causados por el retraso en el pago de las cuotas periódicas fijadas en el contrato.

La doctrina considera que no pueden aplicarse a los intereses moratorios la Ley de la Represión de la Usura, pues no son intereses usurarios; ni del artículo 1154 del C.c., en tanto que no constituyen una cláusula penal; ni el interés legal del dinero, como cabría que ocurriera con los intereses remuneratorios; ni tampoco el interés de mora procesal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo fija en el interés legal aumentado en dos puntos, porque sólo se aplica a los títulos ejecutivos procesales, arbitrales y acuerdos de mediación.

Debido a su finalidad disuasoria o coercitiva del incumplimiento, el interés moratorio siempre será superior al remuneratorio. No obstante, como establece la sentencia dictada con fecha de 17 de marzo de 1998 por la Sala Primera del Tribunal Supremo, deben guardar la debida proporción y, si bien su cuantía puede ser pactada, el acuerdo no debe vulnerar el equilibrio patrimonial.

OCTAVO. El artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que, son nulas aquellas cláusulas que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto de dicho contrato, y considerando las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato.

En el artículo 85 de la misma Ley declara la nulidad de aquellas cláusulas que supongan una indemnización desproporcionalmente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones.

En el anexo a la Directiva 13/93, al que se remite su artículo tercero, apartado tercero, se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas, en su número primero, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

Es decir, la nulidad podrá declararse cuando se compruebe que existe desproporción, lo que exige una comparación con otro parámetro o interés aplicable; y, posteriormente, deberán examinarse las circunstancias del caso concreto, conforme a las reglas de la buena fe, para comprobar si causa o no un

desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Por ello, las cuestiones que deberán ser analizadas son las tres siguientes. En un primer momento, cual es la desviación del interés moratorio respecto del interés habitual o, en su defecto, del interés legalmente aplicable. Posteriormente, si dicho interés guarda proporción con el objetivo que persigue la fijación del interés de demora. Y finalmente, si se han cumplido las exigencias de la buena fe.

En relación con el primer aspecto, no obra en los autos ningún informe o documentación, que se refiera al interés de demora que, de manera habitual, podría venir siendo aplicado, por las distintas entidades bancarias, a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

Los intereses legalmente establecidos son los que seguidamente se reseñan. En los créditos al consumo, el interés de demora es de dos veces y media el interés legal del dinero, que ascendería a un diez por ciento en la actualidad. Pero es que no sería aceptable aplicarlo, pues los costes de refinanciación de las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios, debido a la garantía concedida, son por regla general mucho menores que en los demás créditos al consumo.

El interés legal del dinero es de un cuatro por ciento anual. El interés de demora de deudas tributarias era, en el año 2012, es de un cinco por ciento anual, conforme a la Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del Estado.

En caso impago de títulos cambiarios, el artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque fija un interés de un seis por ciento, equivalente al interés legal del dinero, incrementado en dos puntos.

En la Ley 2/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, aunque queda fuera del ámbito de protección al consumidor, se establece en su artículo 7,2 que, en defecto de pacto que resulte del contrato, el tipo legal de interés de demora que el deudor deberá satisfacer el interés aplicado por el Banco Central Europeo incrementado en siete puntos porcentuales, el cual viene fijado en uno ocho por ciento anual.

La ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, añade un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, declarando que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Es decir, el interés de demora máximo no podrá exceder de un doce por ciento.

No habiéndose demostrado que los intereses moratorios que habitualmente se fijan para préstamos con garantía hipotecaria sea superior, debe concluirse que la fijación de un interés moratorio de un 20% debe calificarse como desproporcionado, teniendo en cuenta su comparación bien con cualquier otro tipo de interés de demora fijado por el Legislador, bien con el interés remuneratorio fijado en el propio contrato, el TAE, o el mismo interés legal del dinero.

La segunda cuestión exige determinar si existe la debida proporción entre el interés moratorio fijado, y la finalidad perseguida con su instauración.

Los motivos que normalmente se analizan por la doctrina para justificar la fijación de un mayor tipo en los intereses de demora suelen ser los dos siguientes.

Por un lado, constituyen una indemnización por los perjuicios causados al prestamista por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del prestatario. Si rebasan los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora a la entidad bancaria prestamista, los intereses moratorios deberán ser calificados como excesivos.

La entidad bancaria ejecutante, ni ha ofrecido ningún argumento que justifique cuales han sido los perjuicios que le ha causado la mora, ni ha demostrado que la cuantificación correcta es el interés moratorio pactado.

Por otro lado, puede entenderse que su finalidad es forzar al deudor a cumplir su obligación de pago de las cuotas periódicas de amortización, imponiéndole una sanción para el caso de que no lo haga. En este supuesto, debe calificarse dicho interés de demora como desproporcionado y abusivo, pues considero que es indudable que un 20% es claramente más elevado de lo necesario para alcanzar tal objetivo, para mantener una ética de pago.

Pero es que, además, los datos existentes (y no se ha demostrado lo contrario) permiten presumir que la parte prestataria no amortiza las cuotas pactadas, no por una voluntad incumplidora, sino por imposibilidad material de afrontarlas, por lo que esta segunda justificación no es acogible.

En definitiva, no existe proporción entre el incumplimiento y la indemnización pactada, no estando justificado el desequilibrio patrimonial.

Por último, en relación con la buena fe contractual, el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios declara abusivas las cláusulas que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Atendiendo a la naturaleza del contrato perfeccionado entre las partes, así como a las demás circunstancias concurrentes, la fijación de un interés tan alto, que excede en cinco veces del interés legal del dinero, y en casi tres veces y media el interés remuneratorio pactado, puede declararse que la entidad bancaria prestamista ha infringido la buena fe contractual, y calificarse dicha cláusula como abusiva, en perjuicio del prestatario consumidor.

En tal sentido, pueden citarse el Auto dictado por la sección vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha de 21 de marzo de 2007, o el auto dictado con fecha de 18 de enero de 2002 por la sección décimo séptima de la Audiencia de Barcelona, en las que se considera que un interés moratorio, que es similar al que figura en los contratos de préstamo objeto del presente procedimiento, son excesivos y abusivos, desde el punto de vista del consumidor. Por su

parte, la sentencia dictada con fecha de cinco e marzo de 2012 por la sección vigésimo primera de la Audiencia de Madrid, consideró que una diferencia entre el interés remuneratorio y el moratorio de más de 14,84 era desproporcionado y, por tanto, abusivo (en este caso es un 15,10).

NOVENO. A la vista de lo expuesto, debe declararse que los intereses moratorios fijados en el contrato de préstamo son abusivos, por desproporcionados y, por tanto, anulables, con la consecuencia no tener por puesta en el contrato dicha cláusula. No obstante, dicha nulidad afecta sólo a la cláusula declarada abusiva, permaneciendo vigente el resto del contrato.

La normativa de la Unión Europea, que es fuente de derecho nacional, señala en los artículos 6,2 y 20, de la Directiva 93/13 que el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva 93/13 debe ser aplicada, por constituir una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, atendiendo al interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales. Se impone en el artículo 7,1 y 24, a los Estados miembros, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

La entidad ejecutante no podrá aplicar ninguna clase de interés moratorio, sino que sólo podrá reclamar los intereses legales desde la fecha en que interponga la demanda de ejecución. No cabe moderar de oficio el porcentaje fijado en la escritura de préstamo como interés moratorio, ni conceder a las partes la posibilidad de rebajar su contenido. La integración del contrato, disminuyendo el tipo fijado como interés moratorio, sería contraria al Derecho de la Unión Europea, que es fuente de derecho nacional.

En tal sentido, debe citarse el artículo 6,1 de la Directiva 93/13, en la forma que ha sido interpretada por la sentencia dicada con fecha de 14 de junio de 2012 por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que declara en el apartado 71 de dicha sentencia que, "así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

DÉCIMO. En la disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, se establece, de manera implícita, que el órgano judicial deberá moderar los intereses de demora que pudieran haber incurrido en abusividad, por manifiesta

desproporción. En el mismo sentido, se encuentra el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Sin embargo, dichas normas no son aplicables, por vulnerar una norma comunitaria, que es una fuente de derecho interno, de aplicación preferente. Conforme a la Directiva 93/13, la cláusula declarada abusiva no podrá producir efectos vinculantes para el consumidor, sin que el órgano judicial pueda modificar su contenido. El contrato debe subsistir, aunque suprimiendo los efectos de la cláusula abusiva. Ello provocará que no pueda aplicarse ninguna clase de interés moratorio, sino únicamente la norma general del interés legal del dinero.

El Tribunal de Justicia Europeo ha declarado que, en el caso de que se autorizara al Juez nacional a modificar el contenido de dicha cláusula abusiva, se eliminaría el efecto disuasorio que, sobre los profesionales, tiene la amenaza de nulidad de la misma, los cuales se verían tentados a utilizarlas, sabiendo que su nulidad sólo provocaría su integración, lo cual garantizaría indebidamente el interés de dichos profesionales que, no debe olvidarse, han sido los causantes del abuso; y se vulneraría la protección eficaz de los derechos del consumidor.

DÉCIMO PRIMERO. En relación con la posibilidad de declarar nula, por abusiva una cláusula de **vencimiento anticipado**, en caso de impago de las cuotas pactadas, la doctrina del Tribunal Supremo inicialmente abogó por su nulidad, en la sentencia dictada con fecha de 27 de marzo de 1999; pero esta resolución no fue seguida por otras posteriores en la que el Tribunal Supremo mantuvo como válidas dichas cláusulas.

Desde la óptica legal, también la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios declaraba nulas las cláusulas en las que se otorgaba a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, como podía ser el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado. Pero dicha objeción ha quedado resuelta, si se concede el mismo derecho al consumidor, abundando en ello también la Ley de Crédito al Consumo que en su art. 10 otorga a éste la posibilidad de reembolsar anticipadamente el préstamo aunque no se haya pactado nada al respecto.

En la actualidad, la doctrina considera que dicha cláusula es válida y eficaz jurídicamente, y sólo podrá declararse como abusiva cuando se establezca con carácter discrecional, pero no cuando va anudada al incumplimiento manifiesto de la contraparte, como ocurre en el supuesto enjuiciado, dado que en la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria existía un descubierto o impago de seis cuotas mensuales de amortización.

La sentencia dictada con fecha de 12 de diciembre de 2008 por la Sala primera del Tribunal Supremo declara que, en el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor hipotecario no está obligado a esperar a que transcurra el plazo convenido en el contrato de préstamo, para ejecutar la garantía, ni a limitar la ejecución a los vencimientos

impagados. Por el contrario, como consecuencia de un pacto entre las partes, es válida la declaración de vencimiento anticipado de la obligación, cuya legalidad tiene cobijo en el artículo 1255 del C.c., que permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las Leyes, a la moral y al orden público.

La sentencia dictada con fecha de 27 de diciembre de 2000 por la Audiencia de Asturias declara que "existen argumentos que permiten defender la validez de dicha estipulación cuando existe justa causa para ello, es decir cuando no estamos ante un mero retraso en el cumplimiento sino ante una verdadera dejación de las obligaciones contraídas". Para declarar nula por abusiva dicha cláusula, por su naturaleza adhesiva y, por tanto, no negociada individualmente, sería necesario un perjuicio al consumidor por desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes; pero lo ocurrido no es un incumplimiento irrelevante, o circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, sino que alude a un incumplimiento ciertamente trascendente, atendiendo al fin del contrato, como es el impago, actualmente de un año completo, de las cuotas de amortización del préstamo, que depende de la voluntad del propio consumidor, lo que impide considerar los efectos producidos como abusivos.

DÉCIMO SEGUNDO. Aun cuando deba declararse el sobreseimiento y archivo del presente procedimiento, no debe hacerse pronunciamiento en cuanto a costas procesales, utilizando la prerrogativa de excepcionalidad prevista legalmente, habida cuenta de la situación existente, y de cuál es la interpretación jurídica de las cuestiones planteadas, y

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Se decreta la nulidad de la cláusula tercera, bis, punto tres, del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes con fecha de veintinueve de agosto de dos mil ocho, ante el Notario de Gijón D. José Eduardo García Pérez, con el número mil seiscientos noventa y dos de su protocolo, con ampliación posterior, otorgada con fecha de dieciséis de diciembre de dos mil once ante el Notario de Gijón D. José Clemente Vázquez López, con el número mil cuatrocientos ochenta y cuatro de su protocolo, relativa a los límites a la variación de tipos de interés, en que se fija una cláusula suelo y techo; debiéndose los contratantes restituir recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del dicha cláusula contractual, desde el inicio de su aplicación, con sus frutos y el precio con sus intereses.

Se decreta la nulidad de la cláusula sexta, del contrato de préstamo reseñado, relativo a la fijación de intereses de demora, en un veinte por ciento, que se deja sin efecto, sin que la entidad prestamista ejecutante pueda aplicar los mismos, ni reclamar ninguna cantidad por dicho concepto.



No ha lugar a decretar la nulidad de la cláusula sexta, bis, del contrato de préstamo reseñado, relativa al vencimiento anticipado del préstamo.

Se acuerda el **sobreseimiento del presente procedimiento** de ejecución hipotecaria, tramitado ante este Juzgado con el número de registro 112/13, a instancias de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, representada por el los Tri López, contra D.

y D^a. representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Indurain López.

Se acuerda el archivo de las actuaciones, junto con las de su clase, tomando nota bastante en los Libros registro de este Juzgado.

No se hace pronunciamiento en cuanto a costas procesales devengadas en el presente procedimiento de ejecución hipotecaria, debiendo abonar cada una de las partes las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Se acuerda el desglose de los documentos aportados con la demanda de ejecución hipotecaria, y su entrega a la parte ejecutante, dejando nota bastante en los autos.

La parte ejecutante podrá interponer nueva demanda de ejecución hipotecaria contra los demandados ejecutados, pero sin poder aplicar, ni los intereses moratorios pactados, ni la cláusula suelo prevista en el contrato; y, en relación con ésta, deberá liquidar previamente cual es la deuda resultante, en la forma descrita en la fundamentación jurídica de esta resolución.

Lo manda y firma D. Rafael Climent Durán, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número siete de esta ciudad, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

E/.

Ante mí.

