

AUDIENCIA PROVINCIAL de BARCELONA
SECCIÓN DECIMOSEXTA
Rollo: 557/2015 -B

AUTO 393/2016

Ilmos. Sres.
D. Jordi Seguí Puntas
D^a. Inmaculada Zapata Camacho
D. José Luis Valdivieso Polaino

En Barcelona, a 25 de octubre de 2016

VISTOS ante la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en apelación admitida a la parte ejecutada procedente del Juzgado de 1^a Instancia número 4 de Arenys de Mar en los autos de ejecución hipotecaria número 1105/2013 seguidos a instancia de Catalunya Banc SA contra

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los del auto apelado de fecha 16 de febrero de 2015 dictado por la Juez de 1^a Instancia número 4 de Arenys de Mar en el procedimiento anteriormente reseñado y cuya parte dispositiva establece: "Desestimo la oposición planteada por acordando que continúe la ejecución despachada, confirmándolo en su integridad. Sin imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte ejecutada, que fue admitido a trámite y remitidas las actuaciones a esta Audiencia Provincial fueron turnadas a la Sección 16^a, siguiéndose los trámites de la alzada con señalamiento de votación y fallo para el pasado día 4 de octubre.

VISTO siendo ponente el magistrado D. Jordi Seguí Puntas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Planteamiento de la litis

El presente litigio se inició con la acción ejecutiva promovida en noviembre de 2013 por Catalunya Banc en reclamación del saldo deudor (227.131,07 €) que presentaba el crédito hipotecario concedido en escritura de 1 de marzo de 2006, novada por la de 9 de marzo de 2009, por Caixa d'Estalvis de Catalunya, antecesora de aquél, a

El deudor se opuso a la ejecución arguyendo la abusividad de algunas estipulaciones del título notarial, por lo que postulaba el sobreseimiento del proceso

ejecutivo.

La resolución del Juzgado (i) aclara que no se reclama cantidad alguna en concepto de comisiones, (ii) niega la abusividad de las estipulaciones del título relativas al vencimiento anticipado habida cuenta la reiteración en el incumplimiento por parte del acreditado, (iii) considera acomodado a la legalidad el interés moratorio estipulado una vez que el acreedor se limita a reclamar un interés del 12% por imperativo del artículo 114 LH, según redacción dada por la Ley 1/2013, y (iv) juzga clara y transparente la cláusula suelo.

El ejecutado discrepa de esa resolución judicial por entender que concurren invalideces en el título determinantes de la inviabilidad de la reclamación ejecutiva de la deuda.

En lo tocante a las cláusulas reputadas abusivas, se analizarán en primer lugar las alegaciones susceptibles de provocar el archivo del proceso (cláusula suelo y vencimiento anticipado), ya que su eventual estimación haría innecesario el estudio de las restantes, en particular de la que no determina más que la supresión de la cláusula inválida (mora abusiva).

SEGUNDO.- De la facultad para declarar el vencimiento anticipado del crédito

La estipulación reputada abusiva en este apartado es la prevista en el pacto sexto bis de la escritura, a cuyo tenor la Caja queda facultada para dar por vencido anticipadamente el crédito, entre otras circunstancias, por "la falta de pago de una cuota de intereses o amortización o de la prima del seguro, una vez transcurridos 30 días desde su respectivo vencimiento".

El auto recurrido concluye que la cláusula transcrita no es abusiva en la medida en que el banco concedente declaró vencido el crédito tras el impago por el acreditado de 22 cuotas mensuales (en realidad eran solo 11, de agosto de 2012 a junio de 2013), lo que juzga correcto desde la perspectiva de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013.

El ejecutado apelante discrepa de semejante razonamiento.

De entrada, no cabe desconocer que el Tribunal Supremo en una esporádica ocasión (sentencia de 27 de marzo de 1999) declaró que, ante el impago de las cuotas del préstamo, el prestamista no podía declarar vencido anticipadamente el crédito pese a estar convencionalmente facultado para ello si contaba con la oportuna garantía hipotecaria (el artículo 693.2 de la LEC redactado en esa época *respondía* a ese verso suelto jurisprudencial)

Sin embargo, en la actualidad es prácticamente unánime la afirmación de la validez de esa clase de pactos, incluso en la financiación de consumo (por todas, STS de 17 de febrero de 2011).

La controversia surge en relación con los límites de ese pacto y sobre todo con su modo de ejercicio, como se cuida de destacar el auto apelado.

No cabe confundir esa facultad convencional con la cláusula que autoriza la pérdida del plazo por razones preventivas similares a las enumeradas en el artículo 1129 del Código civil.

La STS de 16 de diciembre de 2009 dejó sentado en qué circunstancias esa pérdida de plazo es legítima (si se acomoda a los supuestos del mencionado artículo 1129 CC) y en cuáles otras resultaba abusiva por desproporcionada a la luz de los artículos 85.4 y 87.3 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU, texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2007): cuando a

discreción del empresario se pretende utilizar cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, aunque se encuentre perfectamente al corriente en el pago, como pretexto para dar por resuelta la operación.

La facultad del acreedor para dar por vencida anticipadamente la operación ha de partir de un incumplimiento del prestatario/acreditado. En su conexión con el artículo 1124 CC, ha de tratarse de un incumplimiento grave y que frustre las legítimas expectativas del prestamista; ello permite de entrada descartar su operatividad ante el incumplimiento de meras obligaciones accesorias y frente a “incumplimientos irrelevantes”, según expresara la última sentencia del Tribunal Supremo citada.

En buena lógica, la relevancia del cumplimiento debe apreciarse con parámetros proporcionales en función de la duración y del principal de la deuda; así lo precisa la STJUE de 14 de marzo de 2013 al referirse a la obligada proporcionalidad de la medida en relación con “la duración y la cuantía del préstamo” (epígrafe 73).

La Ley 1/2013 no sigue esas indicaciones, ya que, prescindiendo de la duración y del volumen global de la financiación, se limita a exigir una cierta contumacia en el incumplimiento del deudor, estableciendo que el impago legitimador del ejercicio de la facultad para declarar el vencimiento anticipado ha de comprender tres plazos mensuales -ni siquiera precisa que sean consecutivos- o su equivalente dinerario. Advirtamos sin embargo que esa regla (nueva redacción del artículo 693.2 LEC, inserto en la regulación de “las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados”) despliega sus efectos únicamente respecto del deudor hipotecario, sea o no consumidor.

Es notorio que los préstamos hipotecarios han alcanzado plazos de duración de hasta 40 años -32 en el supuesto enjuiciado-, lo que no se considera recomendable desde el punto de vista de la racionalidad económica al menos en el ámbito del endeudamiento familiar, como lo prueba que el artículo 5 de la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario, según la redacción dada por la Ley 1/2013, prohíba la concesión de préstamos/créditos para la compra, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual por un periodo superior a 30 años (signifiquemos que el impago de tres cuotas en un préstamo de esa duración implica un incumplimiento de apenas el 0,8% de la deuda total, lo que sin duda merece el calificativo de incumplimiento mínimo o irrelevante).

Partiendo de la base de que las normas de derecho interno deben ser interpretadas a la luz de la letra y la finalidad de las Directivas comunitarias (STJUE 8 de octubre de 1987 y STS 18 de abril de 2013) y puesto que la mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 ha recordado una vez más que “el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional”, no cabe sino concluir que la regla del artículo 693.2 LEC, tanto la expresada en su redacción originaria cuanto la introducida por la Ley 1/2013, no agota el análisis concerniente al posible “desequilibrio importante” en perjuicio del consumidor asociado a la cláusula controvertida (al auto del TJUE de 11 de junio de 2015 así lo destaca).

Se trata de una norma que comprende toda clase de préstamos/créditos con garantía real o pignoratícia, por lo que de entrada ya queda fuera de su ámbito la financiación de consumo carente de esas garantías, pero además no impide que cuando esos contratos queden bajo la órbita de la normativa de consumidores -como ocurre en el supuesto enjuiciado- la cláusula de vencimiento anticipado pueda y deba ser analizada -incluso de oficio- desde la perspectiva genérica de la abusividad regulada en el artículo 82.1 LGDCU a la luz de la doctrina de la jurisprudencia interna y comunitaria.

TERCERO.- Exigencias del ejercicio de la facultad de vencimiento

anticipado frente al consumidor de crédito

Partiendo de ese marco normativo-jurisprudencial y teniendo en cuenta que la antes mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 obliga a examinar si el pacto de vencimiento anticipado sitúa al consumidor en una posición peor que la resultaría de no existir el mismo (así es porque el Código civil, concebido a modo de derecho supletorio, no autoriza en su artículo 1129 la pérdida de plazo en las obligaciones periódicas por el mero incumplimiento del deudor de la obligación de pago, para cuya hipótesis rige la norma general del artículo 1124), y que la abusividad de una cláusula debe apreciarse por sí sola pero teniendo en cuenta además los restantes pactos contractuales (artículo 82.3 LGDCU), en resoluciones anteriores habíamos concluido que en esos casos resultaba adecuado supeditar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado a la concurrencia de unas exigencias estrictas:

1ª/ una demora en el pago prolongada durante como mínimo tres plazos tratándose de un préstamo o crédito que cuente con garantía hipotecaria o prendaria, tal como prescribe el artículo 593.2 LEC;

2ª/ si la financiación carece de garantías se requiere que el volumen del impago alcance una proporción significativa respecto del importe de la operación, lo que, siguiendo un ejemplo de derecho comparado (Alemania), supondrá que el impago rebase el 10% de la deuda -calculada sobre la base únicamente del capital prestado- o el 5% si la operación tiene un plazo de duración superior a tres años;

3ª/ en todo caso, la concesión por el acreedor de un plazo razonable al deudor para liquidar la deuda antes de reclamar por anticipado el cumplimiento íntegro (la notificación de la liquidación unilateral de la deuda exigida por el artículo 573.1, 3º LEC puede servir igualmente para esa finalidad), no en vano el propio TJUE juzga ineludible que el consumidor cuente con “medios adecuados y eficaces” que le permitan poner remedio a los económicamente gravosos efectos del vencimiento anticipado del préstamo. Significábamos al respecto que la solución consistente en extender a todo tipo de financiación de consumo la previsión legal del segundo párrafo del artículo 693.3 LEC no cumple satisfactoriamente esa exigencia, toda vez que la misma conlleva unos gastos judiciales a cargo del deudor.

Con las exigencias que se acaban de exponer entendíamos que se daba satisfacción al presupuesto de todo vencimiento anticipado de contrato por incumplimiento del deudor (carácter esencial del incumplimiento debido a la persistencia y gravedad de los impagos), se reparaba todo perjuicio al acreedor (el interés de éste respecto de impagos de menor entidad se cubre con el devengo del correspondiente interés moratorio, amén de que el que lo sea hipotecario puede instar la realización de valor de la finca por la cantidad adeudada al amparo del artículo 693.1 LEC, traslación del 135 LH hasta entonces vigente) y se concedía una última oportunidad al deudor para evitar su colapso patrimonial, en la línea del poco utilizado tercer párrafo del artículo 1124 CC o del no menos inaplicable artículo 11 de la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles.

Una vez dictada la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 que aborda esa cuestión, no podemos por menos que acoger los razonamientos vertidos en ella, modificando en lo menester los criterios expuestos.

Pues bien, esa sentencia de casación confirma la declaración de abusividad de una cláusula que facultaba al prestamista para declarar el vencimiento anticipado del préstamo por la “falta de pago de una parte cualquiera del capital del préstamo o sus intereses” sin modular la gravedad del incumplimiento en función de ningún parámetro ni ofrecer al deudor mecanismo alguno para evitar los efectos del vencimiento.

A continuación el Tribunal Supremo subraya que el juez, en el análisis del control de contenido de la cláusula de vencimiento anticipado a la luz de la normativa de consumo debe, en primer lugar, constatar la concurrencia del requisito establecido por el artículo 693.2 LEC en sus sucesivas redacciones pero concebido a modo de simple condición de ejercicio de la facultad del prestamista (para el caso de que la estricta literalidad de la cláusula resulte abusiva se aboga por su reconstrucción integrativa en beneficio del deudor), pero sobre todo debe, en segundo término, comprobar que el ejercicio de esa facultad se ha sujetado a tres exigencias: (i) esencialidad del incumplimiento, (ii) gravedad del mismo en función de la duración y la cuantía del préstamo, y (iii) posibilidad real de poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado.

En concreto, el Tribunal Supremo juzga esencial todo incumplimiento que suponga el impago de las amortizaciones del préstamo y entiende que la previsión contenida en el artículo 693.3 LEC (se transcribe el apartado salvo el último párrafo que trata precisamente de las costas a cargo del ejecutado), por más que circunscrita a las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar, constituye un remedio eficaz puesto a disposición del deudor para evitar las consecuencias del vencimiento anticipado.

Dado el silencio del Supremo al respecto de la gravedad del incumplimiento en función de las coordenadas temporales y cuantitativas de la operación, habremos de seguir apreciando tal exigencia en atención a los criterios establecidos al comienzo del presente fundamento.

CUARTO.- Ejercicio no abusivo del vencimiento anticipado

La traslación de las consideraciones expuestas en los dos fundamentos jurídicos precedentes al supuesto enjuiciado conduce a rechazar la tesis de abusividad sostenida por el deudor apelante.

En efecto, en la fecha de ejercicio del vencimiento anticipado (2 de julio de 2013) el incumplimiento del acreditado alcanzaba una relevante gravedad cuantitativa y cualitativa en relación con el importe y la duración del crédito: los impagos de cuotas de amortización alcanzaban 11 meses -de agosto de 2012 a junio de 2013- de un total de 384 y sobre todo comportaban una deuda de 12.056,09 euros, importe equivalente al 5,2% del capital financiado (tras la novación quedó fijado en un global de 231.445,02 €).

QUINTO.- Presupuestos de validez de la cláusula suelo

El auto apelado funda la validez de la cláusula suelo contenida en la escritura de novación de marzo de 2009 en el hecho de que aparece redactada de forma clara.

Conviene dejar sentado que dicha cláusula ha determinado la cantidad aquí reclamada, ya que el acta notarial de fijación del saldo deudor acompañada con la demanda ejecutiva muestra que las once cuotas impagadas relativas a la disposición de crédito de 193.352,35 euros se componían de un interés remuneratorio del 3,500%, que se corresponde con el establecido en la referida cláusula suelo.

Dicho lo cual, para el enjuiciamiento de la cuestión controvertida partiremos de la doctrina legal vigente en la actualidad, esto es, de la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 9 de mayo de 2013, revalidada y reforzada por la sentencia -también de Pleno- del mismo tribunal de 8 de septiembre de 2014 y por la de 25 de marzo de 2015.

Dichas resoluciones de casación subrayan que la denominada cláusula-suelo integra el denominado contenido económico del contrato, ya que determina el precio de

la financiación, por lo que al amparo del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, tal como es interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 3 de junio de 2010) y por el propio Tribunal Supremo (sentencia de 18 de junio de 2012), no podrá ser objeto del control de contenido si consta redactada de forma clara y comprensible.

A tal efecto la STS de 9 de mayo de 2013 precisó (i) que el objeto principal del contrato puede constar en una condición general de la contratación, no siendo preciso que lo haga inexcusablemente en una cláusula individual negociada, (ii) que una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar y, por último, (iii) que la carga de la prueba de la negociación individual corresponde al empresario predisponente.

A su vez, la STS de 8 de septiembre de 2014 incide en el imparable proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y en la caracterización de la contratación bajo condiciones generales como un modo de contratar distinto del contrato por negociación regulado por el Código civil y, como consecuencia de todo ello, concluye que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar circunscrito a un mero análisis de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, sino que debe incidir en “la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato” en el marco de la reglamentación predispuesta.

En particular, a los efectos del deber precontractual de transparencia, dicha sentencia no considera bastante el hecho de que las escrituras de préstamo allí controvertidas fueran en su mayoría precedidas de ofertas vinculantes efectuadas por la entidad prestamista en las que, al igual que en el tenor contractual, si bien aparecía la correspondiente cláusula suelo, sin embargo la misma no gozaba del “realce específico y diferenciable” que merece dada su trascendencia en la configuración de la financiación ofertada.

SEXTO.- Invalidez de la cláusula suelo controvertida

Trasladada la anterior doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado hemos de disentir de la conclusión alcanzada por el órgano de primera instancia, toda vez que no obra en las actuaciones el menor indicio de que la cláusula tercera de la escritura de novación del crédito fuese negociada individualmente con el acreditado o que su redacción la propusiera específicamente Caixa Catalunya para ese contrato, sin voluntad alguna de reiterarla en la multiplicidad de contratos de financiación concertados con sus clientes personas físicas, o en fin que el cliente hubiera sido específicamente informado antes de la firma de la novación del crédito del significado y trascendencia económica de la repetida cláusula suelo.

A tal efecto, no es adecuado tratar de imponer al consumidor ejecutado la carga de demostrar que la información previa proporcionada por la entidad de crédito fue deficiente, incompleta o poco clara.

Todo lo contrario, puesto que esa obligación informativa previa a cargo del prestamista profesional es de carácter positivo, le incumbe a él acreditar que dio estricto cumplimiento a los imperativos de transparencia en la contratación bancaria establecidos en la normativa vigente en marzo de 2009, época de la firma de la novación del crédito litigioso, integrada sustancialmente por el artículo 48 de la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, y la Orden de 5 de mayo de 1994,

de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios sobre viviendas, desarrollada por la Circular del Banco de España 8/1990.

En el presente supuesto se da la circunstancia de que la cláusula suelo/techo fue introducida en la escritura de novación, que dio nueva redacción a la estipulación tercera rotulada "determinación del tipo de interés variable", sin que conste la menor indicación expresa por parte del financiador a su cliente avisando de la introducción de esa estipulación, de indudable trascendencia en la carga económica de la operación, máxime al no ir precedida de oferta vinculante.

Tampoco figura en la referida escritura de novación la expresa advertencia por parte del notario autorizante de la trascendencia económica de determinadas cláusulas financieras de la operación, en particular de la que venía a convertir el crédito en una financiación a tipo fijo (3,50%) solo variable al alza.

Una advertencia expresa acerca de la repercusión de la cláusula suelo introducida en la novación que era más inexcusable que nunca en marzo de 2009, habida cuenta que para entonces el tipo variable de interés pactado (euribor 1 año más un diferencial de 1,50%) ya se situaba ligeramente por debajo de la precitada cláusula suelo (el euribor 1 año pasó del 5,384% de septiembre de 2008 al 1,90% de marzo de 2009).

En consecuencia, se trata de una condición general de la contratación que no fue negociada individualmente con el acreditado y cuya verdadera trascendencia económica no fue resaltada de ningún modo por el empresario predisponente en el momento de la novación del contrato, por lo que cabe concluir que aquél no tuvo oportunidad real de captar su verdadera esencia como estipulación determinante de la contratación de un crédito con interés mínimo fijo, lo que determina su abusividad y consiguiente nulidad radical.

Visto que esa cláusula ha determinado en parte la cantidad reclamada en vía ejecutiva (desde agosto de 2012 regía un interés remuneratorio del 3,50%), queda legitimada la apreciación de su abusividad a los efectos del artículo 695.1, 4ª LEC.

En coherencia con ello, siendo regla común en materia de los efectos de la nulidad de pleno derecho la de privación absoluta de efectos del negocio o en su caso de la cláusula anulada (artículo 6 de la Directiva 93/13 interpretado por la STJUE de 14 de junio de 2012 con su afirmación de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, reiterada entre otras por el auto del mismo tribunal de 11 de junio de 2015, recogida en el artículo 83 LGDCU), es clara la procedencia del sobreseimiento del proceso ejecutivo, toda vez que la incorrección en el cálculo del interés integrante de una parte de las cuotas insatisfechas requiere la práctica de una nueva liquidación ajustada al título y a las normas procesales (singularmente, el artículo 573.1 LEC).

SÉPTIMO.- De las costas del incidente

No se hará imposición de las costas originadas por el recurso de conformidad con lo prevenido en el artículo 398.2 LEC, manteniéndose el pronunciamiento del Juzgado acerca de las causadas en la primera instancia.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por
contra el auto de 16 de febrero de 2015 pronunciado por el
Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arenys de Mar, en los autos de que el
presente rollo dimana, revocando dicha resolución y acordando en su lugar el
sobreseimiento de la ejecución, dejándose sin efecto las medidas de realización de la
finca hipotecada que hayan tenido lugar, sin imposición de las costas del incidente en
ambas instancias.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del amparo
constitucional.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia con testimonio de la
presente resolución para su cumplimiento.

Así lo acordaron y firmaron los magistrados arriba indicados, de lo que doy fe.

**DILIGENCIA DE LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA.-** En el día de la fecha se me hace entrega del anterior auto, firmado por los
magistrados que lo encabezan, para su notificación a las partes. Doy fe.