

SERGIO MANUEL AGUAS BARCA
Procurador de los Tribunales

NOTIFICADO
22/03/2017

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 2 DE ROTA

C/ Celestino Mutis, 24

11520-Rota (Cádiz)

Tlf.: 856.580.027 y 671.599.137. Fax: 956.243.426

Email:

NIG: 1103042C20160000167

Procedimiento: Ejecución de títulos no judiciales 245/2016. Negociado: EA

Sobre: Contratos en general

De: D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador/a Sr./a.: RAFAEL MARIN BENITEZ

Letrado/a Sr./a.:

Contra D/ña.:

Procurador/a Sr./a.: SERGIO MANUEL AGUAS BARCA

Letrado/a Sr./a.: AARON FERNANDEZ DE LA CALLE

AUTO 33/2017

En Rota , a 6 de marzo de 2017.

HECHOS

PRIMERO: En fecha 15 de junio de 2016 se dictó auto despachando a instancia de Banco Popular Español , SA ejecución frente a por las siguientes cantidades 120.480, 75 euros en concepto de principal y 36.144 euros en concepto de intereses presupuestados y costas.

SEGUNDO: En fecha 14 de julio de 2016 por la representación procesal se instó incidente de oposición , en base a los hechos y fundamentos de derecho que en el escrito se exponen y que aquí se tienen por reproducidos.

TERCERO .- Mediante diligencia de ordenación se convocó a las partes a la comparecencia prevista en el art. 695.2 LEC que se suspendió convocándose en fecha 21 de diciembre de 017 a las 10:45 horas. En dicha fecha se celebró la vista a la que comparecieron las partes. La parte ejecutante se ratificó en el escrito de oposición y la parte ejecutante, demandada incidental impugnó la oposición en

base a los hechos y fundamentos que estimo de aplicación y que se entienden por reproducidos.

CUARTO: En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales aplicables.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La oposición a la ejecución se basa en tres causas que se examinarán de forma separada ; falta de legitimación activa , inadecuación del procedimiento y existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo.

SEGUNDO.- Alega a actora incidental que la ejecutante carece de legitimación activa al haber transmitido su derecho de crédito a un fondo de titulación de activos. La simple titulación de los créditos hipotecarios no supone cambio alguno en la legitimación para el ejercicio de la acción hipotecaria."Al contrario, ésta permanece exclusivamente en favor del titular registral, único que puede ejercitar esa acción, sin que la titulación tenga incidencia alguna en la esfera jurídica del deudor o de los fiadores.

Esto es, la titulación no provoca en modo alguno la falta de legitimación activa de Baco Popular Español, S.A. , como emisora de los títulos hipotecarios, sino que antes al contrario le confiere plena legitimación, tal y como se desprende de los artículos 30 y 31 del Reglamento de Desarrollo de la Ley del Mercado Hipotecario , puesto que, y con cita expresa de la resolución dictada en este sentido por la sección 18 de esta Audiencia de Madrid de fecha 28 de enero de 2015, "es evidente que es al emisor al que le corresponde instar la ejecución hipotecaria sin perjuicio de los derechos que correspondan a los titulares de los títulos emitidos".

La legitimación activa del acreedor hipotecario para el inicio de la ejecución hipotecaria, sin perjuicio de los derechos y acciones de los partícipes hipotecarios permanece en los casos de titulización, pues si la titulización hipotecaria no es más que la agrupación de participaciones hipotecarias, mediante la creación de un fondo de las mismas, sin personalidad jurídica, gestionado por una sociedad gestora que lo ha creado, la entidad titular del préstamo y crédito sigue teniendo la legitimación activa para ejercer la acción ejecutiva, incluso también la entidad titular del préstamo o crédito tendría legitimación pasiva para soportar cualquier acción contra ella.

Es por ello que se desestima esta oposición efectuada por la ejecutada.

TERCERO.- En segundo lugar alega la falta de adecuación del procedimiento entendiendo la demandada que el procedimiento que debería proceder es el de ejecución hipotecaria

Es oposición debe ser desestimada ya que es el acreedor el que tienen la libertad de iniciar el procedimiento que estime pertinente cumplido el presente lo establecido en los art. 517 (títulos ejecutivos) competencia (art.545 LEC) y despacho de ejecución (art. 548 y siguientes LEC).

CUARTO.- Por último opone alega la abusividad de determinadas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario fundamento de la ejecución.

Los ejecutados tienen la cualidad de consumidores conforme al artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, al actuar en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

En relación a los criterios normativos cabe mencionar la Directiva 93/13 que establece en su artículo 3º que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causaran en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En el Anexo de la Directiva mencionada, en la letra e del apartado 3º del artículo 3 se establece que se considerará abusiva una cláusula que imponga al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

Por otro lado, el Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias establece en su artículo 82 que Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En otro sentido también hay que hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que entre otras en la Sentencia de 26 de abril de 2012, establece que *hay que partir de la base de que el sistema de protección establecido en la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas.*

En relación al concepto de cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia recuerda que el "desequilibrio importante" creado por estas cláusulas se ha de apreciar teniendo en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no concurra un acuerdo de las partes en ese sentido. Asimismo, resulta pertinente a ese efecto examinar la situación jurídica en que se halla el consumidor a la vista de los medios

de que dispone de acuerdo con la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas.

Por otro lado para determinar si el desequilibrio se produce "pese a las exigencias de la buena fe" (apartado 69 de la STJUE de 14.3.2013), es necesario comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual.

1.- CLAUSULA SUELO

La ejecutada alega en primer lugar el posible carácter abusivo del la cláusula suelo establecida estipulación cuarta que señalaba que el tipo de interés no podía ser inferior al 3,250 % ni superior al 11,750%

En primer lugar, respecto a la cláusula suelo, hay que manifestar que el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 mantiene la validez de la misma y establece la posibilidad de control judicial de su carácter abusivo cuando están incorporadas a contratos bancarios de préstamo con garantía hipotecaria y a interés variable celebrados con consumidores y usuarios.

Así establece que *“las cláusulas suelo con lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio”*.

En el supuesto que nos ocupa no es cuestión discutida que los ejecutados tienen la consideración de consumidores y usuarios. Además la ejecutante no ha aportado ninguna prueba de que las partes negociaron el establecimiento de la limitación de la variación de los tipos de interés en el contrato. Por lo que estamos ante una condición general de la contratación no negociada individualmente entre las partes.

El Tribunal Supremo añade que para valorar la transparencia de las cláusulas no negociadas hay que controlar la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, de conformidad con el 80.1 TRLCU cuando dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que

permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido".

Señala la Sentencia que los criterios que hay que tener en cuenta para determinar si se supera ese control de transparencia son:

- "a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.*
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.*
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.*
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.*
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad."*

De este modo en el caso que nos ocupa, hay que mencionar que el tipo de interés mínimo aplicable establecido en el contrato es del 3,250 % habiéndose aplicado dicho límite para determinar la cantidad por el que se pide el despacho de ejecución reclamando también intereses ordinarios.

Las cláusulas suelo también denominados FLOOR se pueden considerar como un derivado financiero implícito pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia. De este modo estará pagando además del precio del préstamo, marcado por el tipo de interés remuneratorio, un plus que estará determinado por la diferencia que existe entre el tipo de referencia junto con el diferencial y el tipo mínimo marcado por la cláusula suelo. Por ello es esencial que el cliente conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias, a fin de valorar si es proporcional al riesgo que él asume o no.

Teniendo en cuenta todo lo anterior se puede concluir que la cláusula suelo no cumple con los requisitos de transparencia exigidos en la ley. Así en primer no se menciona de forma clara en el contrato que el tipo de interés mínimo establecido es un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Aparece junto con distintos datos relativos al tipo de interés sin que conste que se suministró la información previa y comprensible facilitada a la parte prestataria acerca de la evolución de los tipos de interés, previsible para el profesional a corto o medio plazo, ni de la repercusión e incidencia del pacto sobre limitación a la variabilidad de los intereses ordinarios en el desarrollo de la relación contractual. No consta se expusieran a la parte prestataria los distintos escenarios posibles en razón a la variabilidad del

interés y que llegados al suelo pactado transformarían el interés variable pactado en un interés fijo, sin posibilidad de beneficiarse de las bajadas de dicho interés por debajo del suelo pactado

Así no se acompaña al contrato como anexo los escenarios posibles ante bajadas de tipos por debajo del mínimo establecido en el préstamo, ni las cuotas que tendría que abonar si esto ocurriera. La carga de probar esto es de la ejecutante al tratarse el ejecutado de un consumidor.

Lo más conveniente en estos casos y cumplir así los requisitos de transparencia informativa, es que en un contrato aparte se informe al prestatario de lo que realmente está contratando y de sus riesgos, indicándole que, a pesar de que se establece un tipo variable, salvo durante el primer periodo, en caso de que el índice de referencia sea inferior al tipo mínimo no se beneficiará de esas bajadas y el tipo se convertirá en fijo variable únicamente al alza.

Por otro lado, en cuanto al equilibrio de prestaciones en el contrato, la jurisprudencia establece debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos de interés en abstracto en las cláusulas suelo.

Hay que añadir que en el mismo párrafo se está incluyendo la cláusula suelo con la cláusula techo. Así la existencia de un tipo de interés máximo a aplicar puede hacer pensar al consumidor, como establece el Supremo, que se trata de una contraprestación o factor de equilibrio del suelo, distorsionando la información dada.

Por todo ello se puede concluir, una vez examinado la escritura préstamo con garantía hipotecaria objeto del presente procedimiento, que existe un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor que hace pensar que si el consumidor la hubiera negociado con una correcta información no la habría aceptado.

Y ello debido fundamentalmente, a que al aplicar la cláusula suelo, en periodos como el actual en el que los tipos de interés están tan bajos, hace que el préstamo que se contrató a un interés variable, se convierta en un tipo fijo variable únicamente al alza de tal forma que el consumidor no se beneficia de las bajadas del tipo de interés a pesar de haber contratado un tipo variable. Sin que conste que el consumidor fuera informado debidamente de ello con un anexo al contrato que le explicará la posibilidad de una bajada de tipos por debajo del mínimo establecido y las consecuencias de ello en sus cuotas hipotecarias.

En conclusión la cláusula suelo debe de ser considerada abusiva y por tanto nula. Sin embargo como establece el Tribunal Supremo en la Sentencia antes mencionada, la nulidad de esta cláusula no comporta la nulidad de todo el contrato ya que no supone la imposibilidad de su subsistencia. Lo que provoca es que la misma se tenga por no puesta.

En cuanto a los efectos en el proceso de ejecución , procede acordar la continuación del procedimiento de ejecución en aplicación del principio pro actione si bien, la nulidad de la clausula suelo conlleva efectos restitutorios debiendo efectuar un cálculo retroactivo de las cuotas a las que se aplicó la cláusula suelo declarada nula tal y como ha declarado la sentencia de 21 de diciembre de 2016 “ El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con SENTENCIA DE 21.12.2016 — ASUNTOS ACUMULADOS C-154/15, C-307/15 Y C-308/15 I - 20 consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”

- COMISIONES DEVENGADAS POR EL PRÉSTAMO.

La parte ejecutada sostiene que la comisión por reclamación de posiciones deudoras por importe de 25 euros deben de ser consideradas abusivas. La parte ejecutante se opone a ello.

Si se analiza el Acta de liquidación de saldo se hace referencia a comisiones vencidas pendientes de pago sin señalar en ningún momento a que comisión se hace referencia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de junio de 2012, basándose en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 12 de diciembre de 1989, por la que se fijan los tipos de interés y comisiones, así como las normas de actuación, información a clientes de las entidades de crédito (derogada por la letra a) de la disposición derogatoria única de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, establece que las comisiones litigiosas deben de caracterizarse por la reciprocidad, esto es, que contra el pago de la misma el cliente reciba un servicio ("efectivamente prestado o gasto habido" dice la normativa bancaria referida).

En el caso que nos ocupa, no consta que el banco reclamado -apelado haya tenido gasto alguno motivado por la situación de descubierto o por posiciones deudoras por derivados de los productos bancarios concertados por la demandante-apelante ni que, como consecuencia de tales circunstancias, haya realizado alguna gestión o servicio; no sólo no se han acreditado tales extremos, es que ni siquiera la entidad de crédito invoca qué servicios ha prestado dignos de tal remuneración.

Por otro lado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante señala que los perjuicios que pueda sufrir el banco como consecuencia del impago ya se ven resarcidos a través de los intereses de demora.

Una vez sentado todo lo anterior, se puede concluir que las comisiones reclamadas son abusivas ya que no se ha acreditado por la entidad financiera ninguna gestión o servicio a favor del ejecutado que haga proporcionada su reclamación. Por ello la cantidad por la que se despachó ejecución se debe de reducir en 75 euros que son las cantidades cobradas por este concepto.

-INTERÉS DE DEMORA

La ejecutada alega la abusividad del interés de demora establecida en la cláusula sexta del contrato de préstamo inicial de 10 de octubre de 2005 no modificado en este punto por la escritura de novación de préstamo de fecha 29 de septiembre de 2014 que señalaba que el interés de demora sería el resultado de añadir 10 puntos al tipo de interés ordinario.

En primer lugar, en relación a los criterios normativos cabe mencionar la Directiva 93/13 que establece en su artículo 3º que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causaran en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En el Anexo de la Directiva mencionada, en la letra e del apartado 3º del artículo 3 se establece que se considerará abusiva una cláusula que imponga al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

En el mismo sentido se pronuncia el Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias establece en su artículo 82 .

En otro sentido también hay que hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que entre otras en la Sentencia de 26 de abril de 2012, establece que *hay que partir de la base de que el sistema de protección establecido en la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas.*

No hay criterios normativos directos que establezcan la medida de lo que debe entenderse por intereses de demora adecuados en operaciones de préstamo, crédito o similares, como sucede en otros ámbitos, como, por ejemplo, en el de la responsabilidad de las aseguradoras. Para determinar si el interés de demora es

abusivo por imponer al consumidor que no cumpla con sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta se utilizan distintos criterios, entre otros, aquellos que afectan a la comparación del interés moratorio cuestionado con el interés remuneratorio pactado y con el interés legal (u otros tipos legalmente establecidos con finalidades similares), al propio tiempo de duración del contrato, a la finalidad que persiguen las partes con la operación crediticia que se analiza, a las circunstancias de solvencia de los deudores o a la eventual presencia de garantías adicionales que pudieran incrementarla. En ese orden ha de ser citado el criterio adoptado por los Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid en septiembre de 2013 quienes, con base en los arts. 114 de la Ley Hipotecaria y 20 de la Ley de Crédito al Consumo, consideran abusivos, los intereses de demora que excedan en más de tres veces el interés legal del dinero"; ahora bien, ello, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las cláusulas del contrato o de otro del que este dependa", criterios también asumidos por el pleno no jurisdiccional de esta Audiencia Provincial celebrado el día 8/mayo/2014.

Se trata de comparar la cláusula que establece los intereses de demora con otros elementos que deben servir de la necesaria referencia y ver de esa forma si se produce la proporción o desproporción a que alude la norma legal.

Es esencial en este sentido la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de marzo de 2013, que establece, también, que para determinar si los intereses de demora son abusivos el juez deberá comprobar cómo señaló el Abogado General en sus conclusiones, en concreto los puntos 85 a 87, que el tipo de interés de demora fijado al respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que el interés de demora persigue en España, y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

El Tribunal Supremo en la *sentencia 265/2015, de 22 de abril*, concluyó abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal por entender que en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Este mismo argumento es el que le sirve en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2016 señalando:

“ En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el *art. 114.3 LH* para los intereses de demora en préstamos

hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la *sentencia 265/2015, de 22 de abril* , para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las *sentencias 705/2015, de 23 de diciembre* , y *79/2016, de 18 de febrero* , que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.”

La imposición de un interés moratorio de 10 puntos superior al interés remuneratorio resulta en el contexto en el que se celebró el contrato , una indemnización excesiva pues el tipo de interés legal a la fecha del contrato era del 4% superando en más del triple el interés legal .

Por todo lo manifestado se considera que la cláusula de los intereses es abusiva y por tanto nula de pleno derecho .

-VENCIMIENTO ANTICIPADO

La ejecutada solicita que se declare la nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado por abusivo .

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC , siempre y cuando se haya pactado expresamente.

El Tribunal Supremo, entre otras en la *sentencia 792/2009, de 16 de diciembre*, declaró que “*con base en el art. 1.255 CC 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-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008”. El mismo criterio se mantuvo posteriormente en sentencias tales como la de 17 de febrero de 2011.

En la sentencia de fecha de 7 de septiembre de 2015, a propósito de un contrato de financiación de compraventa de bienes muebles a plazos, estableció *“que la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato. El TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (por todas, STJUE de 30 abril de 2014, asunto C-280/13)”*.

El TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013 , indicó en su apartado 73 que *“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”*.

Por otro lado el auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 que dispone que *“Por consiguiente, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*. Esto ha sido confirmado en la STJUE de 26 de enero de 2017.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 determinó que *“la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta*

diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación”.

La SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) de 26 de enero de 2017 resuelto ua cuestión prejudicial señala " Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de 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 tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas 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.

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la Ley 1/2000, modificada por el Real Decreto-ley 7/2013, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional. "

Esta Juzgadora se inclina por la postura mantenida por parte de la jurisprudencia menor que consideran que hay que analizar la cláusula de vencimiento anticipado en abstracto y tal y como aparece redactada en el contrato, con independencia de la aplicación práctica de la misma. Esta interpretación es la más acorde con lo dispuesto por el Tribunal Supremo y por el TJUE., por la sección 15, la cual indica en la sentencia de 17 de octubre de 2016 que *“el juicio de abusividad o control de contenido, en el caso que enjuiciamos, está referido a la estipulación, no a la práctica que a su amparo se haya podido llevar a cabo y que la segunda no sea*

abusiva no excluye que lo pueda ser la estipulación. (...). Por tanto, lo que se debe tener en cuenta es la estipulación, su objeto y su contexto, pero no la práctica llevada a cabo a su amparo. Así concluye que la cláusula que permite la resolución o vencimiento anticipado ante el primer incumplimiento contractual es claramente abusiva”

En este mismo sentido se han pronunciado la sección 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona, entre otros en el auto de 22 de septiembre de 2016 en el que indica que *“por lo que, si la cláusula de vencimiento anticipado es nula, por los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, deben deducirse todas las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula, aunque en el momento del ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado, en este caso a 12 de marzo de 2014, pudiera apreciarse una situación de flagrante morosidad de los deudores, como ocurre en el presente caso, por el impago de diez cuotas mensuales de amortización del préstamo, que son las de vencimiento de mayo de 2013 a febrero de 2014”*. En cuanto a las consecuencias de la anulación, indica que *el punto 39 del reciente Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 2016, razona que la anulación de la cláusula contractual de vencimiento anticipado no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, por cuanto interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado”*.

Así la cláusula de vencimiento anticipado aparece en la escritura de préstamo de fecha 10 de octubre de 2005 de la estipulación sexta bis que dispone “ Aunque no haya finalizado el plazo de duración pactado, el Banco, podrá exigir la devolución del capital e intereses y gastos en los casos siguientes ” impago por los prestatarios de una cuota comprensiva de capital e intereses o una amortización de capital en su caso.2.- Impago por los prestatarios de una liquidación de interés o de la ajuste en su caso (...).”

La parte ejecutante ha resuelto el contrato de préstamo con fundamento en esta cláusula. De este modo teniendo en cuenta la redacción de la cláusula, la misma debe de ser considerada abusiva ya que el impago por parte de los deudores de cualquier cuota de amortización de capital o de intereses no es un incumplimiento grave teniendo en cuenta la duración(hasta 2035) y cuantía del préstamo (118.833,06 euros). Así la cláusula causa un desequilibrio importante entre las partes, siendo la misma desproporcionada al no modular el incumplimiento y sus consecuencias lo que conlleva que la misma deba ser declarada abusiva.

Aun así y a mayor abundamiento se va a analizar la aplicación que la misma tuvo en el presente supuesto para determinar si el incumplimiento por parte de los ejecutados debe ser considerada como grave.

La parte ejecutante en su demanda ejecutiva señala el hecho segundo hace referencia a esta cláusula señalando de modo genérico en el hecho tercero que

ante el incumplimiento por parte de la demandada de su obligación de pago contenida en la escritura pública se procedió al cierre y liquidación de la cuenta. En ningún momento indica el número de cuotas impagadas, la proporcionalidad entre el importe impagado y el importe total del capital prestado, la gravedad del incumplimiento y su repercusión. En la certificación de saldo el notario se limita a decir que se ha practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. Tampoco en la certificación del banco ni en el requerimiento (doc. 5) señala el número de cuotas impagadas. Si se analiza los movimientos aparece que las cuotas impagadas con anterioridad fueron abonadas siendo a partir del 31 de diciembre de 2016 cuando se impaga sin realizar abono alguno por la prestataria las cuotas. Si embargo el incumplimiento se refiere a los intereses devengados ya que se estableció un periodo de carencia hasta el 31 de marzo de 2016. Estos intereses se han calculado aplicando la cláusula suelo que se ha declarado nula. Tampoco se le ha concedido *por el acreedor de un plazo razonable al deudor para liquidar la deuda antes de reclamar por anticipado el cumplimiento íntegro ya que se hizo una sola notificación que no tuvo efecto* después de haber acordado el vencimiento anticipado.

Una vez sentado lo anterior hay que concluir que la aplicación de la cláusula del vencimiento anticipado en el contrato de autos es abusiva. Ello debido en primer lugar, que la cláusula tal y como está redactada, aunque la misma no se haya aplicado de esta forma, puede ser declarada abusiva, tal y como ha establecido el TJUE recientemente y confirmado por el Tribunal Supremo, tal y como antes se ha manifestado.

En segundo lugar hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un contrato de larga duración, durante el cual la ejecutada cumplió siempre con sus obligaciones, dejando de abonar las cantidades antes expuestas. De este modo el incumplimiento no puede ser considerado como grave teniendo en cuenta la duración del contrato, la cantidad abonada y la cantidad dejada de abonar.

Por otro lado, también debe de tenerse presente que nuestra legislación prevé en el Real Decreto 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección a los deudores hipotecarios, la posibilidad de que, cumpliendo determinados requisitos, las entidades bancarias puedan reestructurar la deuda con los deudores hipotecarios o acordar la dación en pago. En esta normativa se prevé un Código de Buenas Prácticas de las entidades bancarias, estableciendo el deber de las entidades adheridas a dicho Código comunicar a los deudores hipotecarios las posibilidades contenidas en el Real Decreto. La entidad ahora ejecutante está adherida al código de buenas prácticas, tal y como consta en la Resolución de 10 de abril de 2012, de la secretaría de estado de Economía y apoyo a la empresa, por la que se publica las entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

En el supuesto que nos ocupa no consta que la entidad haya comunicado a la ejecutada esta posibilidad ni haya analizado sus circunstancias económicas a efectos de valorar si procede una reestructuración de la deuda o la dación en pago.

Por todo ello, y teniendo en cuenta lo anteriormente manifestado se concluye que la entidad no les ha concedido a la deudora un plazo razonable para superar la mora con el abono de todas las cantidades adeudadas antes del vencimiento, ni la posibilidad de su reestructuración, por lo esto constituye un impedimento insalvable para la prosecución de la acción ejecutiva. Así la posibilidad otorgada por la LEC, de abonar la cantidad adeudada una vez iniciada la ejecución, no resulta un remedio adecuado por los costes que ésta acarrea, unido a la cantidad adeudada.

Por todo ello se declara la abusividad de la cláusula del vencimiento anticipado.

En cuanto a las consecuencias de abusividad del vencimiento anticipado y consiguiente nulidad en el procedimiento de ejecución es un tema que está siendo objeto de discusión. De hecho el Auto de 8 de febrero de 2017 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha elevado la petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acordada "Formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 TFUE , las siguientes peticiones de decisión prejudicial, en interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

1.º- ¿Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad?.

2.º- ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para -una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria- poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?. "

Si bien muchos juzgados a la vista de dicha cuestión prejudicial ha acordado la suspensión de los procedimientos, se trata de una facultad de la que o se va a hacer uso, entendiéndose una interpretación de la jurisprudencia del TJUE y salvo el criterio de la Audiencia que la consecuencia de la nulidad a la que ha de pronunciarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 561 LEC.

Teniendo en cuenta que *la cláusula contractual fundamenta la ejecución*, la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado es que la entidad financiera no podría haber declarado vencido el contrato, ni solicitado el despacho de ejecución, por lo que se acuerda el sobreseimiento del presente procedimiento.

QUINTO.- En relación a las costas no se impondrán a ninguna de las partes ya que, a raíz de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de las cuestiones prejudiciales planteadas, el supuesto presenta dudas tanto de hecho como de derecho.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Se declara la ABUSIVIDAD de las siguientes cláusulas:

- La cláusula establecida en estipulación cuarta que señalaba que el tipo de interés no podía ser inferior al 3,250 % ni superior al 11,750%.

- La cláusula sexta del contrato de préstamo inicial de 10 de octubre de 2005 no modificado en este punto por la escritura de novación de préstamo de fecha 29 de septiembre de 2014 que señalaba que el interés de demora sería el resultado de añadir 10 puntos al tipo de interés ordinario.

-La cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras por importe de 25 euros.

-La cláusula de vencimiento anticipado aparece en la escritura de préstamo de fecha 10 de octubre de 2005 de la estipulación sexta bis que dispone " Aunque no haya finalizado el plazo de duración pactado, el Banco, podrá exigir la devolución del capital e intereses y gastos en los casos siguientes " impago por los prestatarios de una cuota comprensiva de capital e intereses o una amortización de capital en su caso.2.- Impago por los prestatarios de una liquidación de interés o de la ajuste en su caso (...)".

Se declara la improcedencia del presente procedimiento de ejecución, y su sobreseimiento.

Una vez firme la presente resolución, líbrese mandamiento al Registro de la Propiedad para que proceda a cancelar las anotaciones que se hubieran practicado como consecuencia del presente procedimiento de ejecución.

Sin expresa condena en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma haciéndoles saber que contra la declaración de cláusulas abusivas cabe recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Cadiz que, en su caso, deberá interponerse en este Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así lo acuerda y firma D^a. M^a José Tejuca Sanz , Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Rota..

Lo acuerda y firma el/la Juez, doy fe.

EL/LA Juez

**EL/LA LETRADO/A DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)"