

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 4
GRANOLLERS
CARRER DE JOSEP UMBERT 124
PROCESO DE EJECUCIÓN 2248/10

AUTO 351/2013

En Granollers a 16 de septiembre de 2013.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de noviembre de 2010 D. [REDACTED]
Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de BANCO [REDACTED]
presentó demanda de ejecución hipotecaria frente a D. [REDACTED]

[REDACTED]
admitida

mediante Auto de 25 de enero de 2011.

SEGUNDO. El 17 de junio de 2013 [REDACTED] Procurador
de los Tribunales, en nombre y representación de [REDACTED]

promovió incidente extraordinario de oposición por existir
cláusulas contractuales con carácter abusivo en el préstamo hipotecario suscrito
en su día con la Ejecutante, todo ello al amparo de lo establecido en la
Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013 de 14 de mayo.

El ejecutado afirmó el carácter abusivo de la cláusula sexta bis del
contrato (vencimiento anticipado), la cláusula novena (relativa a la liquidación
unilateral de la deuda) la cláusula sexta (intereses moratorios) y la cláusula
tercera número 2º (cláusula suelo).

TERCERO. La Diligencia de Ordenación de 24 de julio de 2.013 señaló el 10 de
septiembre de 2.013 como fecha para la celebración de la comparecencia
contemplada en el artículo 695.2 de la LEC.

CUARTO.

[REDACTED] se ratificaron en el escrito
presentado e interesaron la práctica de la prueba documental que fue admitida y
llevada a cabo.

QUINTO. BANCO [REDACTED] interesó la desestimación de la
oposición formulada. En cuanto al vencimiento anticipado recordó la parte
ejecutante que la cláusula no fue empleada en los términos redactados
superando las mensualidades impagadas previas al vencimiento anticipado el
número de tres establecido por la Ley 1/2013 de 14 de mayo. Por lo que hacía
referencia a la liquidación unilateral de la deuda recordó BANCO [REDACTED]

[REDACTED] que de contrario no se invocó error en la determinación de la
deuda por lo que debían imperar los principios de conservación de lo actuado y
seguridad jurídica. Los intereses de demora fueron tachados de abusivos

conforme a la vigente Ley 1/2013 por lo que, en opinión de la ejecutante, debía procederse al recálculo de los mismos. Finalmente, por lo que concernía a la cláusula suelo invocó la parte la conocida STS de 9 de mayo de 2.013, entendiéndose que la cláusula de autos aparecía claramente redactada. En todo caso y como conclusión, BANCO entendiéndose que cualesquiera que fueran las cláusulas que en su caso se advirtieran abusivas cabía la reformulación de las cantidades reclamadas en sede de ejecución sin que fuera una opción el sobreseimiento del procedimiento. Interesó, como prueba a practicar, la documental que fue admitida y llevada a cabo.

SEXTO. El título cuya ejecución se promueve viene constituido por la póliza de préstamo con garantía real suscrita entre las partes en fecha 8 de febrero de 2.007.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.

y predican el carácter abusivo de la cláusula sexta bis del contrato en virtud de la cual se habilitaba a la entidad prestataria para dar por vencido anticipadamente el préstamo ante la falta de pago de cualquiera de las mensualidades pactadas.

La SAP de Ciudad Real de 16 de mayo de 2.013 (sección 1ª) indica en relación con la cláusula de vencimiento anticipado que:

“Ciertamente y como adecuadamente destaca la Sentencia de Instancia la introducción en los contratos de préstamo de una cláusula de vencimiento anticipado no determina de forma automática la estimación de su carácter abusivo, ya que dichas cláusulas no vienen sino a reflejar de forma expresa la facultad de resolución por incumplimiento esencial- justa causa- de la obligación, en este caso unilateral, para la parte prestataria de abonar las cuotas determinadas del contrato del préstamo.

Toda vez que la cláusula contempla la posibilidad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, sin previo requerimiento, para el caso de se produzca el impago de las sumas debidas por principal o intereses. Considerada así en abstracto no puede reputarse abusiva ni en su redacción, e incorporación al contrato, ni en su aplicación en el supuesto de autos.

Ciertamente han sido numerosas ocasiones las que la Jurisprudencia ha venido examinando las alegaciones de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, y entre ellas, es de destacar la STS de fecha 16 de diciembre de dos mil nueve, que en concreto desestimó la pretensión de declaración de abusividad sobre las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota del préstamo.

Es igualmente cierto que la situación actual y el hecho de que dichas cláusulas se han incardinado no solo en préstamos con cortos periodos de amortización, sino en aquellos de largos periodos de amortización, como los préstamos hipotecarios, ha obligado a plantearse la necesidad de ponderar cuándo ha de estimarse esencial el incumplimiento para que justifique el pacto de declarar anticipado el contrato. Y en este sentido ha sido replanteado la idoneidad de la cláusula introducida por la predisponente en los que se faculta la resolución por

impagos en periodos cortos de cuotas en contratos de largos periodos de amortización sin considerar más circunstancias.

En el presente supuesto, y atendiendo el préstamo examinado, entendemos procede afirmar que la cláusula inicialmente, si bien en su redacción contempla la posibilidad de declarar vencido el préstamo por impago o incumplimiento de las obligaciones del prestatario, no resulta en sí abusiva, ni genérica(en cuanto no alcanza a una realidad indeterminada sino a su ejercicio si consta incumplimiento de las obligaciones del prestatario). Y en este sentido en principio y con base en el Art. 1.255 CC , la cláusula de vencimiento anticipado 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, no ha de reputarse en su redacción abusiva.

TERCERO .- Cuestión diferente es analizar si concurren las circunstancias que, a partir de dicho pacto, facultan al prestamista a dar por vencido anticipadamente el contrato. Es decir las que atienden a que en el supuesto concreto medie incumplimiento esencial que justifique dicho vencimiento, mediando justa causa.

La adecuación a la situación coyuntural que en orden a la base económica del negocio jurídico, determina que en contextos de crisis, la gravedad o esencialidad del incumplimiento justificativo de la resolución contractual no puede ser ajeno a su ponderación, de forma que ya no por criterios meramente objetivos, ha de ponderarse la imputabilidad de dicho incumplimiento y su relación en cuanto a la frustración de la finalidad contractual ponderando la entidad del mismo. Y en este sentido de ahí la evolución legislativa que indica la asunción en un reciente proyecto de ley de criterios que sitúan el adecuado uso de las cláusulas de vencimiento anticipado en incumplimientos no puntuales de un mes, sino que abarcan al menos un periodo mayor que evidencie, conforme al examen conjunto del periodo de préstamo amortizado e incidencias del contrato, la concurrencia de incumplimiento que frustre la finalidad contractual y justifique el ejercicio de la facultad resolutoria pactada, con vencimiento anticipado del préstamo.

Ponderando que en el presente supuesto se produce un impago de tres meses previo al vencimiento anticipado; el propio hecho de que el apelante no ha hecho intento de pago alguno de dichas referidas cuotas pese a las razones de oposición, la Sala concluye que la Sentencia de Instancia no incurre en error alguno al estimar no abusivo el ejercicio de dicha cláusula contractual.

En el mismo sentido las conclusiones de la reciente Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia del cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, en su número siete detallan que "En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el futuro artículo 693 LEC , para los préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, según el

texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula...". Proposición de ley, por cierto, ya ley 1/2014 de catorce de mayo, publicada en el BOE de 15 de mayo del año en curso".

Se toman como propios los argumentos incluidos en tal Resolución. El acta de liquidación aportada junto con la demanda (doc. núm.2) constata ocho impagos previos al vencimiento del contrato que superan con creces el umbral establecido por el actual artículo 693 de la LEC por lo no puede apreciarse el carácter abusivo de la indicada cláusula de vencimiento anticipado.

En cuanto a la liquidación unilateral de la deuda (cláusula novena) El AAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2.010 (sección 14ª) afirma en relación con la cláusula relativa a la liquidación unilateral de la deuda impagada que:

"Por otra parte, el denominado "pacto de liquidez" -o "de liquidación" -, autoriza al acreedor a cuantificar la deuda de forma unilateral y se considera válido en Derecho español porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma (SSTS 30 de abril y 2 de noviembre de 2002 , 7 de mayo de 2003 , 21 de julio y 4 de noviembre de 2005 y arts. 520.1 , 550.1 , 4º , 572.2 y 573.1 , 3º LEC).

La finalidad del pacto es el despacho de la ejecución y, por lo tanto, el juez no puede analizar de oficio la cantidad expresada en la certificación bancaria, lo que se debe hacer por el deudor mediante la oposición correspondiente, sin alterar las normas en materia de constitución del título habilitante para presentar la demanda y de carga de la alegación y de la prueba".

Se toman como propios los argumentos esgrimidos debiendo rechazarse como abusiva la cláusula por la cual las partes acuerdan la liquidación unilateral de la deuda por parte de la Ejecutante.

SEGUNDO. Prosiguen BANCO . reputando como nula la cláusula sexta del contrato de préstamo en virtud de la cual se fijaba como el tipo de interés de demora el del 19%.

La reciente STS de 9 de mayo de 2.013 dispone en sus considerandos 235, 236 y 237 que:

"235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art.4.1 de la Directiva 93/13[...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa"(en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71)

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

El AAP de Barcelona de 19 de diciembre de 2.012 (sección 19ª) afirma que:

"Para resolver adecuadamente el tema en conflicto hay que determinar en primer lugar si los intereses de demora pactados tienen o no el carácter de abusivos pues si la respuesta es negativa ya no será preciso entrar en mayores honduras sobre las consecuencias en un proceso de ejecución hipotecaria bajo la perspectiva de las normativa protectora de consumidores estatal y comunitaria. Sobre tal cuestión, y en estos términos se ha pronunciado este tribunal en repetidas ocasiones, no ha de olvidarse que existe una corriente doctrinal y jurisprudencial (ver la STS de 2/10/2001) según la cual, cuando de intereses de demora se trata, su devengo se produce por un previa conducta del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido (falta de capacidad productiva de un dinero que no le es devuelto, necesidad de provisionar los impagados, necesidad de mantener servicios encargados de la gestión y reclamación de los impagados, etc.), como para constituir un estímulo que impulse al obligado al cumplimiento voluntario, ante la realidad y la gravedad del perjuicio que produce el impago o la mora, de lo que se desprende que el concepto de interés elevado y coercitivo aparece justificado, pero no es menos cierto que de ello no puede derivarse la conclusión de la inexistencia niveles de tolerancia, de forma que sea lícito cualquier tipo de interés penalizador sin la posibilidad de aplicar medidas correctoras. Se trata de un problema, como tantos en el ámbito jurídico, de compatibilidad, de proporcionalidad entre principios, los que tienden a proteger a quienes dejan el dinero y que se ven perjudicados en el modo y medida expuestos anteriormente y deben obtener una reparación adecuada y los que incurren en incumplimiento por mora, en este caso consumidores, que no pueden verse gravados por encima de lo que resulte razonable a tenor de las circunstancias y de los criterios que directa o indirectamente puedan extraerse del propio ordenamiento jurídico.

Es sabido que 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. Rige únicamente el criterio genérico del art. 85.6 del R.D.L 1/2007 de que deben proscribirse "las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones". Es preciso buscar fuera de la norma directa, porque no existe, sin que ello suponga dejar de tener en cuenta referencias normativas indirectas, la medida de lo que en cada caso debe considerarse dentro o fuera de la proporción admisible, de lo que puede y debe ser considerado admisible o, por el contrario inadmisibles, por excesivo y abusivo, y necesitado de la oportuna corrección.

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. Para efectuar la comparación se han venido utilizando diferentes parámetros, como el interés legal, bien añadido al interés remuneratorio establecido en el contrato, bien tomado como base de proporción o índice multiplicador, principalmente de 2'5, por remisión interpretativa a la Ley de Crédito al Consumo; el propio interés remuneratorio del contrato tomado como base de la proporción, con la eventual introducción en este caso de un índice variable según sea el nivel de tal tipo de interés; el interés señalado por la ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad, etc. Los ejemplos que se obtienen de las bases de datos de jurisprudencia son variados y consiguientemente también lo son las conclusiones y soluciones que se extraen sobre un mismo tipo de situaciones, lo que es perturbador, pero inevitable por no haber, como hemos dicho, unos parámetros legales directos que en lo posible sienten las bases de actuación. Y ello sin dejar de considerar las características de la operación concreta y las circunstancias de los intervinientes, en particular de los prestatarios, pues no es lo mismo aquellas que están provistas de medidas de garantía que representan un menor riesgo para el prestamista y por lo general tienen unos intereses ordinarios menores que aquellas otras que suponen más riesgo y que permiten una mayor onerosidad de tales intereses y de los devengados por incumplimiento.

Lo que sí es cierto en el caso presente es que, cualquiera que sea la medida o referencia que se tome, de entre las indicadas y de usual aplicación, el juicio que merece el tipo de interés de demora es absolutamente negativo desde el punto de vista de la proporción que exige la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Basta con advertir que los intereses que aplicaba el Banco en el desarrollo de la operación -ver documentación del propio Banco acompañada al acta de certificación del saldo deudor - eran de 3'5%, lo que sitúa los de demora al 19% en un nivel entre 5 y 6 veces superior. Algo menor pero así mismo excesivamente desproporcionado es el balance que se obtiene en relación con el interés legal vigente en el mismo periodo, el 4%.

Concorre, por tanto, el supuesto de intereses de demora o lo que es lo mismo, de cláusula que los fija, abusivos, de conformidad con lo establecido en la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

A idéntica conclusión llega el reciente auto de la Sección 16ª de esta Audiencia Provincial, de fecha 9/11/12, que en supuesto de préstamo hipotecario

en trance de ejecución con intereses de demora del 20'5%, declara que " Es patente en el supuesto enjuiciado la concurrencia de una desproporción que desequilibra la posición en el contrato de los consumidores necesitados de financiación bancaria, ya que frente a un interés remuneratorio variable que alcanzó un máximo del 3'123% en la anualidad de 2010, inferior por tanto al interés legal del dinero, el contrato prevé un tipo fijo de interés moratorio que sextuplica holgadamente aquel interés, máxime cuando el riesgo asumido por la entidad financiadora es aquí más reducido que en el crédito estrictamente personal, dada la garantía hipotecaria prestada por los deudores."

Vaya por delante que BANCO . reconoció que los intereses de demora acordados resultaban abusivos conforme a la normativa actual por lo que procedía su recálculo. Partiendo de la jurisprudencia emanada por el Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2.012 la apreciación del carácter abusivo de una cláusula conlleva su nulidad radical sin que quepa remedio alguno que sería contrario al derecho de la Unión que es el vincula por al Juzgador incluso cuando la norma nacional se opone al mismo. En consecuencia, si se aprecia tal naturaleza abusiva, lo que corresponderá será la exclusión íntegra de tales intereses de demora. El interés ordinario mínimo contractualmente fijado (cláusula tercera número 2º, cláusula suelo) era del 3,00% siendo el vigente en el momento inmediatamente previo a la falta de pago del 3,00% según resulta de la documentación obrante en el acta de liquidación del saldo deudor elaborada por el fedatario público. El interés legal del dinero en el año 2.007 era del 5,00% y el legal de demora del 6,25% (Ley 42/2006 de 28 de diciembre de 2.006). Los anteriores parámetros, en unión con la jurisprudencia traída a colación y el límite fijado por la nueva redacción del artículo 114 de la Ley Hipotecaria en la redacción dada por la Ley de 14 de mayo de 2.013 permiten aseverar la naturaleza abusiva del tipo de interés contractualmente convenido, manifiestamente desproporcionado e injustificado a la vista de que el Banco, en garantía de su préstamo, disponía asimismo dos fiadores personales que minoraban los riesgos de impago del deudor principal.

Por ello, en atención a la regla 4ª del apartado 1º del actual artículo 695 de la LEC, procede declarar el carácter abusivo de la cláusula sexta del contrato relativa a los intereses de demora remitiendo al último fundamento de derecho de la presente Resolución en cuanto al alcance de los efectos de esta declaración.

TERCERO. Finalmente

arguyen que la denominada cláusula suelo, recogida como cláusula tercera número 2º, tiene carácter abusivo.

Prolegómeno necesario es el de la afirmación de la licitud abstracta de una cláusula como la denunciada por el ejecutado. El TS, en la ya mentada Sentencia de 9 de mayo de 2.013, indica que:

"256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora 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.

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo".

La STS de 9 de mayo de 2.013 en sus considerandos 21 a 25 indica que:

"21. Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

22. En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia CATALUNYA BANC, S.A. diferencial = interés a pagar.

23. Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas cláusulas techo- y a la baja -las llamadas cláusulas suelo-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

24. Con relación a estas últimas -únicas que son

objeto de litigio-, las fórmulas utilizadas varían pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia.

25. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario".

Los considerandos 202 y 203 de la indicada Resolución continúan manifestando que:

"202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la

incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC”.

El TS continúa afirmando en el párrafo 210, 211 y 212 que:

211. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que “[e]n 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”. Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, “[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo 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.”

La valoración que el TS efectúa sobre las denominadas cláusulas suelo viene referida en los párrafos 217 a 221 de la ya aludida Sentencia de 9 de mayo de 2013:

“217. 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.

218. 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. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

220. Además, el referido IBE, en su apartado 3.2 -Causas del uso de las acotaciones a la variación"-expone las dos razones alegadas por las entidades entrevistadas para justificar la aplicación de las cláusulas con acotaciones, sus umbrales o su activación de tipos. Indica que "[l]as entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios [...]"

221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato".

La conclusión del TS sobre cláusulas similares a la que aquí se enjuicia se recoge en el considerando 225 de su resolución:

"225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay 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.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Finalmente el TS afirma el carácter abusivo de la cláusula suelo en atención al desequilibrio en el reparto de riesgos que las mismas comportan. Por ello manifiesta que:

“264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza”

La aplicación de toda la panoplia jurisprudencial expuesta a la cláusula particular objeto de enjuiciamiento debe conducir a la declaración de abusividad por cuanto que la misma no supera el doble control de transparencia establecido por el TS y, además, causa un evidente desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del ejecutado (art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007). El que el *iter* precontractual y contractual se haya ajustado a la legalidad formal vigente (singularmente la O.M. de 5 de mayo de 2.004) permite la incorporación de tal condición general al contrato lo que sin embargo no puede entenderse como adecuada comprensión por parte de los consumidores de la carga económica que asumían en virtud de la cláusula suelo. Ni en la oferta vinculante ni en el contrato de préstamo hipotecario (doc. núm.1 de la demanda) se destaca tal cláusula como un elemento principal y definitorio del contrato, no se facilitaron al consumidor por el Banco simulaciones sobre el comportamiento futuro de los tipos de interés (al menos no se han aportado por la Entidad Bancaria ex art. 217.7 de la LEC). No hay información previa clara y comprensible (no adjuntada cuando menos) 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. Finalmente se engarza con la cláusula techo generando la sensación de ser una contraprestación de la misma. Por ello la cláusula no es transparente ni permite conocer al consumidor la repercusión económica que la misma tiene en el tracto contractual generando, además, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que se derivan para las partes del contrato puesto que convierte un tipo de interés variable en fijo a la baja protegiendo el interés económico de la Entidad Bancaria y dando al traste con las posibilidades de un abaratamiento de la operación para el consumidor por mor de las bajadas de interés previsible para el empresario como afirma el TS.

Por ello, en atención a la regla 4ª del apartado 1º del actual artículo 695 de la LEC, procede declarar el carácter abusivo de la denominada cláusula suelo, recogida como cláusula tercera número 2º del contrato remitiendo al último fundamento de derecho de la presente Resolución en cuanto al alcance de los efectos de esta declaración.

CUARTO. Afirmado el carácter abusivo de las cláusulas suelo y de interés de demora debe precisarse el alcance que tal declaración debe tener en el seno del presente proceso de ejecución.

Los intereses de demora sin duda determinan la cantidad exigible en la ejecución (art. 695.1.4ª de la LEC). Ahora bien, no parece que en los mismos resida en el fundamento de la ejecución (art.695.3. párraf. 2º) que obedece a la frustración del acreedor de su derecho de crédito (art. 1.911 del CC) respecto del cual los intereses de demora representan únicamente una sanción convencionalmente pactada (art. 1.255 del CC). Dicho con otras palabras, no son los intereses de demora los que excitan la promoción por el acreedor de su derecho a la ejecución hipotecaria sino el peligro de no obtener la restitución del principal prestado más la remuneración convenida (art. 1.753 y 1.755 del CC) para lo cual acude a la realización de la garantía real (art. 1876 del CC). Por todo ello no cabe acordar el sobreseimiento de la presente ejecución en virtud de que la cláusula del interés de demora se repute abusiva.

La STS de 9 de mayo de 2.013 declara que:

“273. La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.

Por ello competirá a BANCO . presentar una nueva liquidación de la deuda en la que se aplique, como interés de demora el legal del dinero (art. 1.108 del CC). Ello en el caso de que sea revocado lo que se dirá respecto de los efectos de la cláusula suelo y adquiera firmeza el pronunciamiento sobre los intereses de demora.

Respecto de la cláusula suelo la conclusión debe ser opuesta. La STS de 9 de mayo de 2.013 señala que:

“189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial”.

Si el fundamento de la ejecución es la recuperación del principal y el precio no satisfecho por su entrega hasta el momento del vencimiento anticipado de la operación, si la cláusula suelo forma parte intrínseca del precio, encontrándonos en el presente caso ante un contrato oneroso no puede sino concluirse que la citada cláusula constituye tanto el fundamento mismo de la

operación jurídica suscrita entre las partes como también, por extensión, fundamento de la propia ejecución.

En consecuencia, procede sobreseer la presente ejecución de conformidad con lo contemplado en el artículo 695.3 párrafo 2º de la LEC.

QUINTO. En cuanto a las costas del presente incidente debe traerse a colación la STS de 7 de noviembre de 2005 que establece que:

"la doctrina de esta Sala, recogida entre otras en sentencias de 12 de julio de 1999 , 17 de julio de 2003 y 26 de abril de 2005, se muestra favorable a la aplicación del principio del vencimiento objetivo en materia de costas a los supuestos en que se opera una estimación sustancial de la demanda, como ocurre en los casos como el presente en que se acoge la pretensión principal de la misma si bien se rechaza el pago de los intereses como pretensión accesoría y dependiente de aquélla, singularmente al deber tenerse en cuenta que la razón de la condena en costas radica en el daño producido a la parte contraria al obligarle a seguir un proceso, con los gastos que ello comporta, sin razón jurídica para oponerse a lo pretendido".

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, en atención a que la pretensión principal de _____ y _____ fue la de sobreseer el procedimiento ante la concurrencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario y que la misma ha sido sustancialmente estimada pese a la oposición de la parte ejecutante, debe ser aplicable el artículo 394.1 de la LEC que impone el pago de las costas causadas a la parte que haya visto totalmente desestimadas sus pretensiones.

Procede, por tanto, imponer el pago de las costas causadas en el presente incidente a BANCO _____ ..

PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO. ESTIMO PARCIALMENTE la oposición extraordinaria formulada por _____, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de _____, frente a la ejecución instada por BANCO MARE _____ y en consecuencia:

1º) DECLARO el carácter abusivo de la cláusula relativa al interés de demora contenida en la cláusula sexta del contrato. Competerá a BANCO _____ presentar una nueva liquidación de la deuda en la que se aplique, como interés de demora el legal del dinero (art. 1.108 del CC). Ello en el caso de que sea revocado lo que se dirá respecto de los efectos de la cláusula suelo y adquiera firmeza el pronunciamiento sobre los intereses de demora.

2º) DECLARO el carácter abusivo de la de la denominada cláusula suelo, recogida como cláusula tercera número 2º del contrato y ACUERDO SOBRESEER la presente ejecución.

SEGUNDO. Desestimo los restantes pedimentos de la parte ejecutada.

TERCERO. IMPONGO las costas a BANCO _____ .

Notifíquese esta resolución a las partes.

Frente a este Auto cabe interponer recurso de apelación (art. 695.4 de la LEC).

Así lo mando y firmo,

D. ÁNGEL TEBA GARCÍA, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia
núm. 4 de Granollers.