

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚM. DOS
CORNELLÁ DE LLOBREGAT**

Procedimiento: Ordinario Núm. 178/2017

SENTENCIA Nº 54/2020

En Cornellá de Llobregat , a 16 de marzo de 2020

VISTOS por Dña. María José Ruibal García, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de los de Cornellá de Llobregat, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos a instancia de **BBVA, S.A.**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Anzizu Piguem y con asistencia letrada de Dña. María García Melchor, contra **XXXXXXXXXXXXXX**, representados por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Sanz López y asistencia Letrada de Dña. Verónica Dávalos Alarcón; sobre vencimiento anticipado de préstamo hipotecario, resolución contractual y reclamación de cantidad, procede dictar la presente resolución, en atención a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 1 de abril de 2017, fue presentada demanda por D. Ignacio Anzizu Piguem, Procurador de los Tribunales y de BBVA, S.A. frente a XXXXXXXXXXXXXX, en la que tras alegar los hechos que en ella constan y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando al Juzgado que se dicte sentencia en la que estimando la pretensión ejercida de forma principal, declaración de vencimiento anticipado de la total obligación de pago derivada del contrato, se condenare a la parte demandada al pago de la cantidad de 217.650,40 euros, cantidad debida por principal así como intereses ordinarios devengados, así como el interés remuneratorio que se genere al tipo pactado desde la interpelación judicial hasta el completo pago de las cantidades adeudadas, y la imposición de costas procesales a la demandada. Asimismo, interesó de manera subsidiaria, la resolución del contrato objeto del procedimiento con el pago de la cantidad interesada de forma principal y subsidiariamente la condena solidaria de los prestatarios al cumplimiento del contrato, ascendiendo la deuda vencida en el momento de la certificación de

la deuda al importe de 10.062,60 euros, así como los intereses ordinarios se devenguen hasta sentencia y en su caso, hasta el íntegro pago del préstamo, los intereses moratorios que se devenguen desde la interpelación judicial hasta el completo pago de las cantidades adeudadas a la actora hasta la sentencia, momento a partir del cual devengarán los intereses del artículo 576 LEC, y la condena en costas.

Además, solicita en el ejercicio de cada una de las acciones mencionadas que se ordene la realización del derecho de hipoteca para el caso de que no sean pagadas las cantidades adeudadas.

SEGUNDO.- El día 20 de abril de 2017 se dictó decreto admitiendo a trámite la demanda, formándose los correspondientes autos de juicio ordinario y dándose traslado de la misma a la parte demandada para que contestara a la misma en el plazo de 20 días.

TERCERO.- Por Decreto de fecha 7 de septiembre de 2017 se acordó la suspensión del presente procedimiento, por solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita de la parte demandada.

El día 17 de abril de 2018, por parte de la demandada se presentó escrito de contestación a la demanda, planteando previamente las siguientes excepciones procesales: falta de legitimación activa, y litispendencia por cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE. En cuanto a la oposición a la demanda alega la condición de consumidores de los demandados, el incumplimiento del Código de buenas prácticas por parte de la entidad, la excepción procesal de litispendencia relativa al vencimiento anticipado, la no aplicación a este caso del artículo 1.129 del Código Civil al no constar la insolvencia del deudor, y en relación al artículo 1.124 del Código Civil, alega que dicho precepto no es aplicable al contrato de préstamo. Por último, en relación a la solicitud de la actora a la realización del derecho de hipoteca para el caso de que no sean pagadas las cantidades adeudadas, alega que dicha petición es propia del procedimiento ejecutivo y no el declarativo, por lo que debe desestimarse tal pretensión.

Al mismo tiempo, en la contestación de la demanda por la demandada se formula DEMANDA RECONVENCIONAL contra BBVA, S.A. interesando la nulidad parcial de la cláusula contractual TERCERA (intereses ordinarios), TERCERA BIS (IRPH), CUARTA (comisión por la gestión de reclamación extrajudicial de cuotas impagadas), QUINTA (gastos a cargo del acreditado), SEXTA (intereses moratorios), SEXTA BIS (vencimiento anticipado) del contrato de préstamo hipotecario suscrito en fecha 5 de octubre de 2.006 entre XXXXXXXXXXXXXXXX y Caixa d'Estalvis de Terrassa.

En fecha 23 de mayo de 2018, por este Juzgado se dictó Auto admitiendo a trámite la contestación de la demanda y la formulación de demanda reconvenional, dándose traslado de la misma a la parte demandada reconvenida. Habiendo sido contestada dentro del plazo legalmente establecido para ello, por la parte demandada contestó a la demanda con las alegaciones y fundamentos que consideró de aplicación al caso.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de fecha de fecha 5 de julio de 2018, se convocó a la partes a la audiencia previa que fue celebrada el día 22 de enero de 2019. En la citada fecha se celebró el acto con la comparecencia de las partes debidamente asistidas y representadas, sin lograrse acuerdo. A continuación, realizadas las aclaraciones oportunas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ratificaron las partes en sus posiciones, fueron resueltas las excepciones procesales oportunas, se fijaron los hechos de la controversia y se propuso prueba por las partes siendo admitida de la propuesta por la actora y demandada reconviniente, la consistente en documental por reproducida y más documental, mientras que de la propuesta por la parte demandada y actora reconvenida, consistió en documental, más documental y testifical.

En dicho acto, la parte demandante, entidad bancaria, renuncia en fase de proceso declarativo de la petición interesada para cada una de las acciones ejercitadas, es decir, la realización del derecho de hipoteca para el caso de que no sean pagadas las cantidades adeudadas.

En dicha Audiencia Previa se señaló el acto de juicio para el día 2 de mayo de 2019, que finalmente se celebró el día 20 de noviembre de 2019 a las 12:00 horas, según consta en autos, con la práctica de la prueba admitida y con el resultado que obra en autos y consta en el soporte audiovisual.

QUINTO: En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, excepto la relativa al plazo para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo existente en este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión. Posiciones de las partes.

Por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Anzizu Pigem, en nombre y representación de BBVA S.A., se presentó en fecha 1 de abril de 2017 demanda de juicio ordinario por la que, en síntesis, exponía los siguientes

hechos: el día 5 de octubre de 2.006, ante Notario de Cornellà de Llobregat, D. Manuel A. Benedito Roig, por las partes se formalizó escritura de crédito hipotecario con el límite de 242.459,85 euros, teniendo un plazo de duración de 37 años, desde el día 1 de noviembre de 2.006, finalizando en consecuencia el día 31 de octubre de 2.043, mediante el pago de 444 cuotas, de conformidad con el interés ordinario pactado en las cláusulas 3ª y 3ª bis. Para garantizar el cumplimiento de pago se constituyó garantía hipotecaria sobre la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Cornellà de Llobregat con el núm. 6.662. La parte deudora ha incumplido de manera reiterada su obligación principal de devolución periódica de las cuotas líquidas, vencidas y exigibles, desde mayo de 2.016, manteniéndose dicho incumplimiento. Concretamente, en la fecha de la liquidación de deuda adeudaba 10 cuotas del crédito que ascendían a 10.062,60 euros, además del importe no vencido. La parte actora ha requerido reiteradamente de pago, así como ha procedido a realizar varias ofertas para intentar llegar a una solución amistosa sin que haya sido posible, persistiendo en dicho incumplimiento. El día de la celebración de Audiencia Previa actualizó dicha deuda resultando impagadas en fecha 30 de diciembre de 2018, 32 cuotas.

Por el Procurador de los Tribunales, D. Jesús Sanz López, en nombre y representación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, se contesta a la demanda oponiéndose a la misma alegando previamente, las excepciones procesales consistentes en la falta de legitimación activa, así como la solicitud de suspensión por litispendencia al estar pendientes de resolución las cuestiones planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto del vencimiento anticipado. En cuanto a las alegaciones respecto al fondo, se opone a la demanda por entender que al tener la parte demandada la condición de consumidor, el incumplimiento del Codi de Consum y del Código de buenas prácticas bancarias. Por otra parte, en relación la exigibilidad de pago por parte de la demandante, se alega la nulidad de la cláusula relativa al vencimiento anticipado y la inaplicabilidad a este supuesto de los artículos 1.124 y 1.129 del Código Civil. Por último, se opone a la acción de ejercicio del derecho de hipoteca, por entender que dicha petición debe enmarcarse en un procedimiento de ejecución y no declarativo.

Por la demandada se formula DEMANDA RECONVENCIONAL ejercitando como actora reconvenida y desde su condición de consumidora, acción de nulidad de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito en fecha 5 de octubre de 2.006: la TERCERA (intereses ordinarios), TERCERA BIS (IRPH), CUARTA (comisiones por la gestión de reclamación extrajudicial de

cuotas impagadas), QUINTA (gastos a cargo del acreditado), SEXTA (intereses moratorios) y SEXTA BIS (vencimiento anticipado).

Por su parte, la demandada reconvenida en su escrito de contestación a la demanda reconvenzional, se opone alegando respecto de la nulidad de las mismas que: la cláusula relativa a los intereses ordinarios es una parte del precio y por lo tanto esencial del contrato, no pudiendo realizarse control judicial en cuanto a la abusividad; en relación al índice IRPH, ha resultado acreditado que se trata de un índice legal y aceptado, realizando las sustituciones pertinentes en cumplimiento de la ley, habiendo actuado la entidad bancaria con buena fe, superando los controles de transparencia. Respecto de la cláusula relativa a las comisiones por reclamación de posiciones deudoras, no se reclama cantidad alguna por dicho concepto. En cuanto a la cláusula de gastos, el impuesto sobre actos jurídicos documentados, el único sujeto pasivo posible de dicho impuesto es el prestatario; los gastos tasación y de notaría y Registro, respecto de los primeros, no se presentó tasación alguna por el cliente por lo que se procedió a realizar por la entidad bancaria, los gastos de Notaría y Registro, si bien sería razonable distribuir por mitad dichos gastos, su reclamación está sujeta a prescripción y en este caso, la acción ha prescrito. La cláusula relativa al interés de demora no se ha aplicado, ya que según lo establecido por la doctrina del Tribunal Supremo, se ha aplicado el interés remuneratorio. Por último, en cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, alega que hubo más de tres cuotas impagadas, siendo una totalidad de 10 las cuotas impagadas, ascendiendo a fecha de contestación a la demanda reconvenzional a 26 las cuotas impagadas, por lo que ante dicho incumplimiento no puede ser considerada abusiva.

SEGUNDO.-Excepciones procesales.

Por la demandada se plantea como excepciones procesales la falta de legitimación activa de la entidad bancaria por dos motivos: el primero, que la entidad Catalunya Banc S.A. cedió el derecho de crédito a un fondo denominado “FTA2015 Fondo de titulización de activos”, por lo que difícilmente la entidad absorbente, ahora demandante, podrá suceder a la sociedad absorbida en su posición de acreedora, ya que el préstamo ya no le pertenecía en el momento de la fusión. La segunda razón de la falta de legitimación activa hace referencia a la falta de inscripción de la titularidad de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad.

Si bien dichas excepciones procesales fueron resueltas en el acto de la Audiencia Previa, debe reflejarse la resolución de las mismas en la presente resolución.

Así, en cuanto al primer motivo alegado, resuelto en sentido desestimatorio por entender que no hay cesión ni venta del activo en el presente caso. A tenor de lo expuesto en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, nº29/2016, de 3 de febrero, que cita el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona nº121/2015, de 17 de septiembre, el proceso de titulización de créditos, en virtud de la Ley 2/1981, de 3 de marzo, del Mercado Hipotecario, no conlleva una venta ni una cesión de los mismos «*sino simplemente una forma de titulización para colocar esos activos en el mercado hipotecario y obtener financiación, con el beneficio añadido para la entidad financiera, en alguna de las modalidades, de sacarlos de balance (art. 1 de la Ley 1/1982 y 20 RD 716/2009)*». En suma, el acreedor mantiene la titularidad (art. 26.3 RD 716/2009) y CATALUNYA BANC S.A. está legitimada activamente». A ello añade que el art. 26.3 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, establece que «*el emisor conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo*». «El ejercicio de la acción hipotecaria le corresponde al emisor conforme a lo prevenido por los arts. 30.1 y 31 a) de la mencionada norma legal».

Por todo lo expuesto, queda acreditado que Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. ostenta legitimación activa para el ejercicio de las pretensiones objeto de este procedimiento, como así resulta de la documentación aportada.

En relación a la falta de inscripción de la titularidad de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad, esta excepción también ha sido desestimada en el acto de la Audiencia Previa, por entender que la titularidad de la demandante deriva de una fusión por absorción de entidades y la titularidad del crédito ha sido debidamente acreditada, al tratarse de una sucesión universal que le atribuye legitimación para actuar en el procedimiento como titular del derecho. Además, solicita la suspensión del procedimiento por litispendencia al están pendientes de resolución cuestiones prejudiciales relativas al vencimiento anticipado, la procedencia del procedimiento declarativo en los préstamos hipotecarios y la posible abusividad de la aplicación del índice IRPH ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La decisión de dicha petición fue aplazada en el acto de la Audiencia Previa, por considerar que no era el momento procesal para acordar la misma, sin perjuicio de que se pudiese solicitar en el momento procesal oportuno. Sin embargo, habida cuenta del exceso del plazo para el dictado de la presente sentencia, las cuestiones prejudiciales a las que se hizo referencia por la demandada en el acto de la audiencia previa, han sido resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea, la más reciente la relativa al índice IRPH, por lo que dicha solicitud ha devenido carente de objeto.

TERCERO.- Hechos controvertidos.

A la vista del contenido de los escritos de demanda principal y reconvencional y de los escritos de contestación a las respectivas demandas, no siendo controvertida la suscripción del préstamo hipotecario entre Caixa d'Estalvis de Tarragona y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX ni su condición de consumidores, los hechos controvertidos objeto del presente procedimiento que serán resueltos en los fundamentos jurídicos siguientes son:

a) Respecto de la demanda principal: si por parte de los demandados se ha producido pérdida del plazo con vencimiento anticipado de la obligación de la parte prestataria, o si el incumplimiento grave de su obligación de pago da lugar a la resolución del contrato.

b) Respecto de la demanda reconvencional, abusividad de las siguientes cláusulas: TERCERA relativa a los intereses ordinarios y el cálculo de los mismos por un periodo de año comercial de 360 días, CUARTA relativa a las comisiones por la gestión de reclamación extrajudicial de cuotas impagadas, QUINTA, relativa a los gastos a cargo del acreditado, SEXTA relativa a intereses moratorios y SEXTA BIS de vencimiento anticipado. Además, la cláusula TERCERA BIS relativa al índice IRPH, por entender que no supera el control de transparencia, así como los efectos de dicha nulidad.

CUARTO.- DEMANDA PRINCIPAL. Mediación Hipotecaria. Normativa aplicable. Aplicación de los artículos 1.124 y 1.129 del Código Civil.

Mediación Hipotecaria.

La demandada se opone a la demanda alegando que no se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 132.4 del Codi de Consum de Catalunya, vulnerando los derechos de los consumidores. Dicho requisito estaba previsto para el procedimiento de ejecución hipotecaria con la finalidad de evitar el desahucio de vivienda habitual, por lo que en este procedimiento declarativo ordinario de reclamación de cantidad no sería aplicable.

A mayor abundamiento, habiendo sido presentado recurso de inconstitucional ante el Tribunal Constitucional siendo el principal motivo de impugnación que la norma convierte a la mediación en el presupuesto obligatorio de la interposición de una demanda judicial, lo que entra en el ámbito de la legislación procesal, de competencia estatal, el Pleno del TC ha dictado sentencia en fecha 24 de mayo de 2018 declarando la inconstitucionalidad de dicho precepto, si bien acotada a los incisos "o demanda judicial" y "o a la demanda judicial

del apartado tercero del art. 132-4 del Código de consumo de Cataluña, dado que resulta incompatible con el orden constitucional de distribución de competencias, al invadir la competencia estatal en materia de legislación procesal. Por todo ello, no puede acogerse el motivo alegado por la demandada.

Normativa básica aplicable y aplicación de los artículos 1.124 y 1.129 del Código Civil.

En el caso de autos, es de destacar que, según el artículo 1.089 del Código Civil *“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”*; asimismo, según el artículo 1.091 *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”*, y añade el artículo artículo 1.101 del texto legal citado que *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*.

Previamente se ha de determinar el objeto de la demanda principal cuya reclamación trae causa de un préstamo hipotecario suscrito en fecha 5 de octubre de 2.006, siendo el importe prestado de 242.459,85 euros, a devolver en 37 años, mediante el pago de 444 cuotas mensuales. Tras el impago de 10 cuotas mensuales consecutivas, en el mes de marzo de 2017, arrojando el saldo reclamado, comprensivo de dichas cuotas impagadas más el capital pendiente de amortización, teniendo en cuenta que el día de la celebración de audiencia previa, la demandante actualizó saldo deudor, ascendiendo a 32 las cuotas impagadas en ese momento. Se reclama el importe total de las cuotas vencidas e impagadas y las cuotas no vencidas con invocación del artículo 1.129 del Código Civil y subsidiariamente la resolución del contrato en base al artículo 1.124 del Código Civil por incumplimiento grave y esencial de las obligaciones del prestatario.

Por tanto, la parte demandante solicita el vencimiento anticipado de la total obligación de pago por la pérdida de plazo y, subsidiariamente, la resolución contractual en base al incumplimiento grave de la obligación de pago de los demandados o, la condena al pago de las cuotas vencidas.

Establece el artículo 1.124 del Código Civil que *“la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando*

éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.”

Por lo tanto, procede analizar en aplicación de los artículos 1.124 y 1.129 del Código Civil si procede declarar la resolución que se reclama con las consecuencias inherentes a la misma.

A este respecto, se pronuncia extensamente la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19ª, en sentencia de fecha 27 de enero de 2020: *“(…)En el presente caso no se solicita el vencimiento anticipado del préstamo en virtud de la cláusula contractual sino la resolución contractual en aplicación de lo que establecen los artículos 1124 y 1129 del Código Civil, los cuales como resulta de la constante jurisprudencia que se expondrá, resultan de aplicación al caso al encontrarnos ante un crédito con interés y por tanto con obligaciones recíprocas, y haber existido un incumplimiento grave por haberse producido el impago en este caso por los prestatarios de 89 cuotas mensuales lo que es suficiente para justificar el estado de insolvencia, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1129 del Código Civil, pues no se vislumbra como una situación puntual sino prolongada en el tiempo. Y este impago produce la frustración de las legítimas expectativas, o la quiebra de la finalidad económica del contrato de préstamo para la demandante, lo que supone un incumplimiento relevante que autoriza a la parte actora a la resolución, con pérdida del beneficio del plazo por el deudor, de conformidad con lo previsto en los artículos 1124 y 1129 del Código Civil. En cuanto a la resolución contractual del contrato de préstamo, la parte recurrente incide también en que la declaración de nulidad efectuada sobre la cláusula que establecía el vencimiento anticipado impide la resolución contractual determinada en la sentencia de instancia en aplicación del artículo 1124 y 1129 del Código Civil por vulnerar la jurisprudencia del TJUE que prohíbe la integración de las cláusulas nulas. Por una parte, hay que decir que en relación al procedimiento u acción a ejercitar en reclamación de la deuda, la elección del procedimiento, con todas las consecuencias, corresponde al acreedor, de manera que quien ha concedido un préstamo, documentado en una escritura pública y garantizado con una hipoteca, puede optar por reclamarlo en un proceso declarativo, instar una ejecución dineraria para obtener el reintegro del préstamo sobre todos los bienes del deudor o instar un procedimiento de ejecución hipotecaria para obtener el reintegro con el bien hipotecado, sin perjuicio de que, de ser el mismo insuficiente, puedan embargarse otros bienes hasta el total pago de la deuda, de manera que declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, ello no impide al acreedor la utilización de otros procedimientos previstos en reclamación de la deuda. Así se ha reflejado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, de fecha 31 de octubre de 2019 (Roj: SAP B 13804/2019*

- ECLI: ES:APB:2019:13804): "Y no se solicita el vencimiento anticipado del préstamo en virtud de la cláusula contractual sino en aplicación de lo que establecen los artículos 1124 y 1129 del Código Civil. El artículo 1124 CC permite al perjudicado, en las obligaciones recíprocas, escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El artículo 1129 CC concede la pérdida del plazo cuando el deudor, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. Esta Sección 17ª ya recogió en su Sentencia de 5 de diciembre de 2018 (Ponente: Ana Maria Ninot Martinez), con cita del auto de la misma Sección de 1 de febrero de 2018, que: "La elección de procedimiento, con todas las consecuencias, corresponde al acreedor. Quien ha concedido un préstamo, documentado en una escritura pública y garantizado con una hipoteca, puede optar por reclamarlo en un proceso declarativo, instar una ejecución dineraria para obtener el reintegro del préstamo sobre todos los bienes del deudor o instar un procedimiento de ejecución hipotecaria para obtener el reintegro con el bien hipotecado, sin perjuicio de que, de ser el mismo insuficiente, puedan embargarse otros bienes hasta el total pago de la deuda. Todos estos procedimientos tienen sus inconvenientes y ventajas para el acreedor y la opción entre uno y otro le corresponde en exclusiva, sin que el deudor tenga derecho a imponer al acreedor una determinada clase de juicio. Cuestión distinta es que, efectivamente, elegida una vía para reclamar la deuda, deban aplicarse las normas procesales propias de la misma y no se puedan utilizar las peculiaridades de otros procedimientos distintos." Esta Audiencia Provincial ha venido declarando la pérdida del plazo en supuestos como el que nos ocupa, de incumplimiento reiterado del pago de las cuotas del préstamo hipotecario, en aplicación de lo establecido en el art. 1129 CC, en relación con el art. 1124 CC (SAP BCN, sección 17, del 17 de abril de 2019; SAP BCN, sección 1, del 25 de febrero de 2019 y otras).(...) Es asimismo doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016) que en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1.129 del Código Civil 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 referido plazo como es el caso, estableciendo el artículo 1.129 del Código Civil que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo entre otros supuestos: 1.- Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. Dicho precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia, entre otras, en la SAP Vizcaya, sección 5 del 17 de febrero de 2014, en el siguiente sentido: "...Pero es que, por otro lado y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.129 del Código Civil, párrafo 1º, el deudor pierde todo derecho a utilizar el plazo cuando

después de contraída la obligación resultare insolvente, salvo que garantice la deuda, habiendo sido interpretado este precepto por la Jurisprudencia en el sentido de que "no es justo que el deudor conserve su derecho a utilizar el plazo cuando puso en riesgo la legítima prestación del acreedor, obligándole a acudir presumiblemente al ejercicio de acciones judiciales sucesivas ante incumplimientos de la misma naturaleza del deudor de cada uno de los vencimientos aplazados", "no exigiéndose una previa declaración formal de insolvencia o declaración de concurso, bastando que se compruebe cumplidamente que el deudor ha llegado a una situación de hecho de insuficiencia de bienes y de impago o incumplimiento de sus demás obligaciones" (SSTS de 13 de junio de 1994 y 22 de noviembre de 1997)." Y además, la posibilidad de utilizar dicho precepto ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 11 de julio de 2018 , Ponente D^a María Ángeles Parra Lucán, al señalar en el fundamento de derecho segundo que: "..En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el art. 1129 CC , el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible." Además, la Sentencia de 11 de julio de 2018 el Pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo ha sentado doctrina sobre la aplicación del art. 1124 CC) a los contratos de préstamo expresándose en los siguientes términos: "...es criterio de la sala que, producida la entrega de dinero a cambio de una restitución fraccionada más el pago de intereses retributivos, el incumplimiento esencial del prestatario permite liberar al prestamista de permanecer vinculado por el contrato, puesto que la subsistencia del préstamo, por lo dicho, depende del pago de una retribución que nace del propio contrato". Así pues, admitida jurisprudencialmente la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a los contratos de préstamo con interés al apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas, es posible admitir la posibilidad de aplicar dicho precepto, si se da un incumplimiento resolutorio, pues quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses; y quien entregó el dinero y cumplió con su obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 del Código Civil si la otra parte no cumple su obligación. (...) ... no es admisible la alegación que impida la aplicación del artículo 1129 del Código Civil , pues la hipoteca, tal conforme está regulada en nuestro ordenamiento, no garantiza la devolución del total del préstamo, al estar sometida a un procedimiento de ejecución especial en el que rara vez se obtiene la completa satisfacción del crédito". (...) ... la acción aquí ejercitada no se basa en la referida cláusula de vencimiento anticipado, que siendo firme aquel pronunciamiento, se tiene por no puesta, sino en los artículos 1124 y 1129 del Código Civil que confieren al acreedor la facultad de instar la pérdida del

beneficio de plazo para el cumplimiento de la obligación cuando como aquí acontece, el deudor ha incurrido en una situación de insolvencia sin garantizar la deuda con posterioridad a la constitución del derecho de hipoteca".(...)

Por otra parte, en relación a la aplicación del artículo 1124 del CC y el carácter de los préstamos a interés, como ya se pronunció esta Sala en Sentencia de 21 de noviembre de 2019 (Roj: SAP B 13811/2019 ECLI:ES:APB:2019:13811) sobre dicha circunstancia, hay destacar que "la sentencia de 23 de diciembre de 2015, del Tribunal Supremo , partía de la consideración en nuestro ordenamiento jurídico, así el art. 1.129 CC , de 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 , mientras que , 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. Partiendo de las anteriores consideraciones y de la pretensión incorporada por la demandante, que resulta ser la facultad de resolver anticipadamente el contrato y la devolución íntegra de su importe, habremos de acudir a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia 432/2018, de 11 de julio , donde expresamente sienta la correspondiente a la aplicación del art. 1124 CC a los contratos de préstamo, en los siguientes términos:

" ...El art. 1124 CC se refiere a la facultad de resolver las obligaciones "recíprocas" para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce, por tanto, en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra (art. 1274 CC). El art. 1124 CC refiere la facultad resolutoria como remedio frente al incumplimiento de una de las partes cuando medien entre ellas vínculos recíprocos. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al art. 1124 CC y el ordenamiento establece las condiciones en que se puede poner fin a la relación. Basta recordar los arts. 1733 y 1736 CC para el mandato, los arts. 1775 y 1776 CC para el depósito o los arts. 1749 y 1750 CC para el comodato. En ocasiones, la ley atribuye un derecho de retención como garantía del cumplimiento de obligaciones que nacen "ex post", que dan lugar a créditos que por no nacer necesariamente del contrato no son correspectivos y, como tales, no permitirían aplicar la resolución por incumplimiento (art. 1730 CC para el mandato, art. 1780 CC para el depósito; no así para el comodato, para el que, apartándose de los precedentes históricos, el art. 1747 CC niega al comodatario la facultad de retener la cosa

prestada aunque el comodante le deba algo, incluso aunque lo debido sean gastos cuya satisfacción corresponda al comodante). En estos contratos que se acaban de mencionar, salvo en el comodato, que es esencialmente gratuito, puede fijarse retribución y, entonces, nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas, para las que podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada. Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el art. 1124 CC . En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el art. 1129 CC , el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible. La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe. En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1124 CC , que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente. El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses. Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del

prestamista y el pago de los intereses por el prestatario...". Sobre esta base, continúa el Tribunal Supremo, en la misma resolución, destacando como: "... Por lo expuesto en el anterior fundamento de esta sentencia, es criterio de la sala que, producida la entrega de dinero a cambio de una restitución fraccionada más el pago de intereses retributivos, el incumplimiento esencial del prestatario permite liberar al prestamista de permanecer vinculado por el contrato, puesto que la subsistencia del préstamo, por lo dicho, depende del pago de una retribución que nace del propio contrato...". En tales términos, y en adecuada aplicación de la doctrina expresada, resulta clara la aplicación al contrato de lo prevenido en el artículo 1124 del Código Civil que otorga a la parte acreedora la facultad de instar el proceso declarativo que corresponda en ejercicio de la resolución por incumplimiento contractual y la reclamación tanto de las cuotas impagadas como las correspondientes a la suma pendiente; considerando así que el incumplimiento del deudor, en los términos establecidos en la sentencia de instancia, consideradas la duración y naturaleza del contrato, resulta esencial según lo contemplado por el Tribunal Supremo, sentencia 432/2018 , cuando señala : "... es criterio de la sala que, producida la entrega de dinero a cambio de una restitución fraccionada más el pago de intereses retributivos, el incumplimiento esencial del prestatario permite liberar al prestamista de permanecer vinculado por el contrato, puesto que la subsistencia del préstamo, por lo dicho, depende del pago de una retribución que nace del propio contrato ...". Añadiendo también como, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1992 , "... la sala ha admitido expresamente que el impago de intereses remuneratorios puede ser causa de resolución... ". Dicha doctrina ha sido ratificada por auto de 21 de noviembre de 2018, del Tribunal Supremo : "... el contrato de préstamo puede articularse como un contrato bilateral, con prestaciones recíprocas, y que se perfecciona por el consentimiento, o como un contrato real, lo cual depende de las circunstancias del caso ...", y por la sentencia 463/2019, de 11 de septiembre . En consecuencia, debemos confirmar la sentencia de instancia en este aspecto".

Por otra parte, y en relación a la pérdida de plazo prevista en el artículo 1.129 del Código Civil, es clara la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, de fecha 21 de enero de 2020: "(...)Esta Sección ya ha tenido ocasión recientemente de pronunciarse sobre la aplicación del citado precepto a un supuesto parecido al que nos atañe, siendo conveniente su reproducción en esta litis al ser plenamente aplicable al caso que nos ocupa. En nuestra Sentencia Nº 101/2019, de 25 de febrero (Roj: SAP B 1446/2019 - ECLI:ES:APB:2019:1446), decíamos: " Está comúnmente admitido por doctrina y jurisprudencia que la insolvencia de que trata este precepto se refiere a la situación patrimonial concreta del deudor, sin necesidad de que se encuentre

incurso en una situación concursal, sin perjuicio de lo cual forzoso es reconocer lo difícil que es establecer barreras nítidas sobre la situación patrimonial que merezca la calificación de insolvencia. Desde luego que la misma ha de ser sobrevenida, y la situación de iliquidez no puede identificarse con la insolvencia ya que existiendo activo patrimonial suficiente el acreedor no podrá alegar peligro alguno en el mantenimiento del plazo. [...] Ciertamente, el nº 1 del art. 1.129 CC no parece en principio estar pensado en los supuestos en que estuviera prevista, o constituida, una garantía (en los que habría que acudir, en su caso, a los otros dos apartados). Sin embargo, no podemos pasar por alto que el artículo obedece a una idea cautelar que conlleva en cierto sentido una carga sancionadora contra el deudor que disminuye las legítimas expectativas de satisfacción del acreedor, teniendo en cuenta la situación existente en el momento en que se constituyó la obligación, por lo que tampoco parece alejado de su espíritu entenderlo de aplicación cuando estas legítimas expectativas se ven mermadas por el impago revelador de una situación de insolvencia más allá de la existencia de esta garantía. De otra forma, en contratos con un plazo de cumplimiento muy prolongado, como ocurre habitualmente en los préstamos hipotecarios, se condenaría al acreedor a tener que esperar al total vencimiento de la obligación para obtener el cobro de su crédito, con el riesgo casi seguro de no poder obtenerlo en su totalidad, lo que hace que el mantenimiento del plazo al deudor se manifieste absolutamente contrario al espíritu de la norma. En conclusión, entendemos que de conformidad con lo establecido en el art. 1129.1º CC, procede declarar que los demandados han perdido el beneficio del plazo otorgado en la escritura de préstamo hipotecario para el pago. De cualquier forma, la consecuencia de la pérdida del plazo, que es la condena de los demandados a pagar la totalidad de la deuda derivada del contrato de préstamo, que se reclama en la demanda, es la misma que se obtendría, -ya se ha obtenido-, por la vía de la resolución contractual, ejercitada con carácter subsidiario, y que es la que ha acogido la sentencia de primera instancia, persistiendo, eso sí, la garantía hipotecaria constituida a favor de la acreedora."

Por todo ello, y en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesto, procede estimar, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.129 del Código Civil, la pérdida del beneficio del plazo otorgado en la escritura de préstamo hipotecario para el pago. Se considera acreditado, que los demandados dejaron de pagar las cuotas hipotecarias en mayo de 2.016, adeudando hasta dicha fecha 10 cuotas en el momento de liquidación de la deuda, sin que hayan alegado ni probado que se trata de una situación de iliquidez transitoria, de hecho después de haber empezado a incumplir su obligación de pago no consta que hayan satisfecho cantidad alguna desde entonces, ni han alegado tampoco que cuenten con otros bienes para hacer frente a la deuda que el inmueble

gravado con la hipoteca constituida en garantía de tal pago, por lo que la situación de insolvencia parece fuera de toda duda. Consta en las actuaciones certificado de deuda actualizado en el que se acredita el impago desde el mes de mayo de 2016 hasta el mes de diciembre de 2018, siendo 32 las cuotas impagadas hasta dicha fecha y, ni tampoco se ha acreditado que posteriormente se haya abonado cuota alguna. No nos hallamos ante un mero incumplimiento de los demandados, sino de una dejadez absoluta de la obligación de pago asumida con la formalización del contrato, habiendo desatendido dicha obligación.

QUINTO.- DEMANDA RECONVENCIONAL. Normativa aplicable. Nulidad por abusividad de las cláusulas 3ª, 4ª, 5ª, 6ª y 6ª bis. Nulidad de IRPH (cláusula 3ª bis) y consecuencias de nulidad.

Normativa aplicable.

Dispone el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”*.

Su artículo 80 señala que *“En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. 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. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”*.

Y añade el artículo 82.1 del texto legal citado que *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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”, así como el artículo 83.1 que “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas...”.

A nivel jurisprudencial, citar la STJUE 16-1-14 (C-226/12) -EDJ 2014/1288- que precisa el significado del término «desequilibrio importante» al indicar: *“La existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales”.*

Visto el contenido del contrato de préstamo, resulta evidente que nos encontramos ante unas condiciones generales de la contratación no negociadas individualmente, al tratarse algunas de las cláusulas predispuestas por una de las partes contratantes, que no cumplen el requisito de transparencia por cuanto no figura en modo alguno que el prestatario fuera conocedor de las consecuencias inherentes a su articulado, y, en definitiva, hubiera tenido capacidad real de valorar la propuesta de contratación y otras alternativas a la misma, sin olvidar que por idénticas razones aquel no ha tenido la más mínima capacidad real de incidir en la supresión, sustitución o modificación del clausulado.

Nulidad por abusividad.

Cláusula TERCERA en relación al cálculo de intereses ordinarios en base al año comercial.

Por parte de la demandante reconvenida se solicita la nulidad por abusividad de la mencionada cláusula, por calcular el interés ordinario en base al año comercial -360 días- y no al año natural, siendo dicho cálculo más gravoso para la prestataria. Alega no haberse cumplido el requisito de transparencia ya que no se le ha dado información clara del mismo. Por la entidad bancaria se alega que al ser un elemento esencial de contrato no procede el control judicial acerca de una posible abusividad.

En relación a dicha cláusula se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11ª, en sentencia de fecha 18 de diciembre de 2019:

“(..)La Sala Civil del Tribunal Supremo no se ha pronunciado específicamente sobre la validez de este tipo de cláusulas que aplican el año comercial de 360

días para el cálculo de intereses, pero en Sentencias de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011 ha declarado nulas por abusivas las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos garantizados con hipoteca de interés variable, y ello por tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente, insertas en un contrato concertado entre un profesional y un consumidor, que, en contra de las exigencias de buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, así como por falta de reciprocidad y ausencia de proporcionalidad.

Por su parte el Tribunal de Justicia de la Unión en Sentencia de 26 de enero de 2017 en respuesta a una cuestión prejudicial suscitada por un juzgado de primera instancia de Santander sobre la validez de tal cláusula, señala que corresponde al juez nacional declarar abusiva tal cláusula cuando considere en detrimento del consumidor conlleva un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de los partes derivados del contrato.

Por último la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales contiene numerosas sentencias que se pronuncian sobre la nulidad por abusividad de tal tipo de cláusula con el argumento que utilizar en la fórmula del cálculo de intereses como denominador el año comercial de 360 días en vez del año natural de 365 días (366 en los años bisiestos) causa un detrimento del consumidor, que implica un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato, pues como es obvio al aplicar un denominador o divisor menor (360 en vez de 365) se obtienen intereses mayores que perjudican al prestatario consumidor que debe pagarlos, incremento que en los años ordinarios es el 1,39% y en los años bisiestos del 1,67%. Y en tal sentido se ha pronunciado la Audiencia de Madrid de 08- 03-2016, la de Asturias (Sección 6ª) 13-07-2017, Cádiz (Sección 5ª) 12- 12-2017, Pontevedra de 05-05-2016 y 20-11-2017, Barcelona (Sección 16ª) de 31-01 y 30- 06-2017, y muy especialmente la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5ª) en Sentencia 321/2019, de 09 de mayo (fundamento sexto), que con gran claridad y rigor se pronuncia sobre la validez de la citada cláusula. Señala esta última Sentencia que la aplicación del año comercial en el divisor de la fórmula del cálculo de intereses es lesivo para el consumidor cuando en el numerador se aplica el tiempo correspondiente al año natural (formula 365/360) pero que es inocua cuando se aplica el tiempo correspondiente al año comercial (fórmula 360/360).

En el presente caso la cláusula aplica el año comercial en el divisor de la fórmula cuando el devengo de los intereses es por periodos de tiempo inferiores a un año. **Con ello si la fórmula se aplica para meses que tienen 30 días la fórmula resulta inocua y en nada perjudica al consumidor, pero si se aplica a meses de 31 días, es obvio que la fórmula de perjudica pues implica el**

devengo de un interés mayor que el que hubiera resultado si se hubiera aplicado en el denominador el año natural.

Sentado lo anterior la abusividad de la cláusula discutida, resulta desde una doble perspectiva.

Primero desde la perspectiva de la transparencia material que exige el que el consumidor, cuando firma el contrato, sea plenamente consciente tanto de la existencia de la cláusula como de su significado en orden a las consecuencias que tiene la misma en la vida y economía del contrato y ello en relación la carga tanto jurídica y económica que la aplicación de la cláusula implica. Y en tal sentido cabe decir que para un consumidor medio lo normal que la cláusula pase desapercibida, pues la misma no ha sido destacada ni ha sido objeto de información específica por parte del banco, a lo cual hay que añadir que un consumidor medio no es consciente del significado y alcance de tal cláusula en orden a que su aplicación implica el devengo de un importe mayor de intereses que si se hubiera aplicado el año natural en el denominador de la fórmula de intereses.

Y segundo desde una perspectiva del contenido la cláusula debe ser considerada abusiva conforme el art. 82 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores, pues al ser lesiva para el consumidor, dado que implica el devengo de un interés mayor, la misma debe ser considerada como una cláusula que es contraria a las exigencias de la buena fe - si el consumidor fuese consiente de su existencia y alcance y estuviera en una posición negociadora no subordinada al banco es obvio que rechazaría su aplicación - y en perjuicio del consumidor conlleva un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados para las partes del contrato (...).

En aplicación de dicha doctrina, aplicable al caso, no se considera que la cláusula tercera contenida en el contrato de préstamo hipotecario objeto del presente procedimiento sea lesiva a los intereses del consumidor, teniendo en cuenta que se aplica a meses de 30 días, y en consecuencia, no resulta perjudicial para el consumidor, al no producir desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

Cláusula CUARTA *relativa a las comisiones por gestión de reclamación extrajudicial de cuotas impagadas.*

Solicita la demandante su declaración de nulidad por entender que dicha cláusula no supone un real servicio prestado por la entidad bancaria. Por su parte, la entidad bancaria alega que no se ha reclamado cantidad alguna por dicho concepto.

Respecto a esta cláusula se ha pronunciado la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 25 de octubre de 2019, recogiendo resumidamente lo siguiente: " 1.- La normativa bancaria sobre comisiones está

constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. 2.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio. Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática. 3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la inefectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión".

Por lo que, a pesar de que la entidad bancaria no reclama comisión alguna por dicho concepto, aunque solamente sea a efectos declarativos, se declara la nulidad por abusiva de la cláusula CUARTA relativa a las comisiones por reclamación de posiciones deudoras.

Cláusula QUINTA relativa a los gastos a cargo del prestatario.

A este respecto, la demandante prestataria pretende la nulidad de dicha cláusula relativa a los gastos del prestatario, y ejercita acción de reembolso de los gastos de constitución de hipoteca relativa al Notario, cuya minuta

ascendió a 534,60 euros, los gastos de Registro que ascendieron a 204,19 euros, los gastos correspondientes al Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuyo importe ascendió a 3.039,97 euros y la mitad de los gastos de gestoría asciende a 203,70 euros, reclamando su devolución.

La entidad bancaria alega respecto de los impuestos que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, su pago corresponde al prestatario y en relación a los gastos de Notaría y Registro, alega que dicha acción de reembolso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121-20 del Codi Civil de Catalunya, ha prescrito.

En relación a la cláusula, la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, justifica el carácter abusivo de la cláusula de gastos en que aparecía expresamente recogida en el listado de cláusulas que la Ley considera abusivas, concretamente, en el artículo 89.3º del TRLGDCU. También alude a que la estipulación ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, lo que implica una remisión a la norma general sobre cláusulas abusivas del artículo 82.1 del RDL 1/2007 (artículo 3.1 de la Directiva 93/13), que dice lo siguiente: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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". La posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 insiste en esa misma idea y la desarrolla en relación con los efectos, esto es, analiza a qué concretos conceptos alcanza la declaración de nulidad. De esas dos sentencias del TS podemos deducir que el fundamento de la abusividad de la cláusula de gastos en la jurisprudencia del TS es doble: (i) De una parte, porque se encuentra expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la Ley tipifica como abusivas, en concreto en las del artículo 89.3º TRLGDCU. (ii) De otra, en la cláusula general de abusividad del art. 82 TRLGDCU, al considerar el Tribunal Supremo que se trata de una cláusula que impone al consumidor todos los gastos de forma indiscriminada.

En este caso procede estimar la declaración de nulidad, en la medida en que la cláusula controvertida impone indiscriminadamente al consumidor el pago del impuesto y de todos los gastos.

En cuanto al efecto de dicha nulidad, y la atribución de los gastos a una u otra parte, se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 2 de marzo de 2020 al criterio establecido por el Tribunal Supremo: "(...)En las Sentencias del TS núm. 44/19, 46/19, 47/19, 48/19 y 49/19, todas

ellas de 23 de enero de 2019 y del Pleno, se ha establecido criterio por el Alto Tribunal en relación con la comisión de apertura y con los gastos notariales, registrales y de gestoría que resumidamente exponemos:

a) En cuanto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, son de cargo del prestatario porque así resulta de la interpretación de la normativa tributaria hecha por la jurisprudencia de la Sala correspondiente del propio TS.

b) En cuanto a los gastos notariales y de gestoría, deben ser repartidos por partes iguales entre el prestamista y el consumidor, ya que no existe una disposición sectorial que los imponga a una de las partes y el interés en que se formalice debidamente la operación es compartido.

c) Los gastos registrales deben ser soportados en su integridad por el Banco a cuyo favor se inscribió en el Registro la escritura de hipoteca.

d) Gastos de tasación. Deben ser soportados en su integridad por el prestatario y, en consecuencia, que no se pueden repercutir en la entidad de crédito. Corresponde al prestatario ofrecer el bien inmueble que garantice la devolución del préstamo y acreditar que la garantía es suficiente. Se trata de un gasto precontractual, que asume el prestatario, se formalice o no la operación. Además, la descripción del inmueble dado en garantía y su valoración aprovecha al comprador más allá de la concesión del préstamo.(...)"

Por lo tanto, en virtud de dicha doctrina únicamente podría ejercitarse la acción de reembolso respecto de la mitad de los gastos notariales y gestoría y la totalidad de los gastos registrales.

Sin embargo, en cuanto a la reclamación de dichos importes la entidad bancaria alega la prescripción de la acción.

Respecto a la prescripción alegada por la entidad bancaria respecto de la reclamación de los gastos de Notaría, Registro y gestoría, se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencias entre las que menciono la de la sección 15ª, de fecha 5 de marzo de 2020: "(...)6. Esta sala ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la cuestión que plantea el recurso, cuestión que aceptamos que es polémica en la jurisprudencia menor y sobre la cual no se ha pronunciado hasta la fecha de forma clara el Tribunal Supremo. En nuestra Sentencia de 16 de enero de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:75), con cita de otras anteriores establecemos cuál es nuestra posición y a ella nos remitimos. Transcribimos a continuación nuestra argumentación, que seguimos a partir de Sentencia de 25 de julio de 2018 (Rollo 1007/2017): "9. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación sólo declara imprescriptibles las acciones colectivas de cesación y retractación (artículo 19.1º) y la acción colectiva de declaración de una cláusula como condición general (artículo 19.4º). Por el contrario, no declara expresamente imprescriptibles las acciones individuales de no incorporación (artículo 7) o de nulidad (artículo 8). Ello no

obstante entendemos que la nulidad de una cláusula por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva puede hacerse valer en cualquier momento y que al menos la acción propiamente dicha de nulidad, de carácter declarativo, no está sujeta a plazo de prescripción como cualquier otro acto que contravenga una norma imperativa.

10. Cuestión distinta es la relativa a la prescripción de la acción de remoción de los efectos de una condición general nula por abusiva cuando los efectos de la cláusula ya se han producido, cuestión que suscita serias dudas de derecho. Ciertamente, cabría sostener que la restitución es un efecto directo de la nulidad, apreciable incluso de oficio y que no es posible distinguir dos acciones donde sólo hay una, acción que estaría sometida a un único régimen jurídico en materia de prescripción. Además, no se explica qué interés puede tener el consumidor en la nulidad si no lleva aparejada la remoción de sus efectos, cuando éstos son una consecuencia directa y necesaria de aquélla. Por último, los partidarios de esta tesis aluden a la retroactividad plena de la nulidad de las cláusulas abusivas, que produce efectos ex tunc (STJUE de 21 de diciembre de 2016 en relación con la cláusula suelo) difícilmente compatibles con el establecimiento de un plazo de prescripción o de caducidad.

11. Sin embargo toda la doctrina consultada, la clásica (Federico de Castro o Díez Picazo) y la más moderna, tanto los autores que analizan la cuestión desde la teoría general del negocio jurídico como los que lo hacen en relación con la nulidad de las condiciones generales, distinguen, a los efectos de prescripción, entre la acción de nulidad propiamente dicha (acción imprescriptible) y la de restitución de los efectos que se hayan podido producir del acto nulo (sujeta a prescripción), aunque mantienen distintas posiciones sobre el plazo de prescripción y sobre la forma de computarlo. Se dice que la acción de nulidad es meramente declarativa de una situación que no precisaría de un pronunciamiento judicial, salvo para deshacer una cierta apariencia negocial o vencer la resistencia de quien sostiene la validez. Por eso la acción declarativa es imprescriptible (el artículo 121-2 del CCat declara imprescriptibles todas las acciones meramente declarativas). Por el contrario, a todas las pretensiones de condena les alcanza la regla de la prescripción de las acciones "cualquiera que sea su naturaleza" por el mero lapso de tiempo fijado por la ley (artículos 1930 y 1961 del Código Civil). La razón última de esa distinción también se encuentra en el fundamento de la prescripción de las acciones, que no concurre en la acción de nulidad y sí en la acción restitutoria o de remoción. Que el negocio jurídico es inexistente o que el acto es nulo de pleno derecho se debe poder hacer valer en cualquier momento, pues el negocio jurídico inexistente no emerge o el acto nulo no se convalida por el mero transcurso del tiempo. De ahí que la nulidad se pueda oponer vía excepción o se pueda pretender mediante la

correspondiente acción en todo momento y sin sujeción a plazo de prescripción. Por el contrario, si el acto nulo ha agotado todos sus efectos y estos son conocidos por el titular de la acción, las razones de seguridad jurídica, de presunción de abandono y de tolerancia frente a una situación de hecho explican que la acción para hacer desaparecer esos efectos se someta a un plazo de prescripción. (...)

14. Por lo que se refiere a la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, a favor de la prescripción de la acción restitutoria o de reclamación de cantidad de los gastos abonados en aplicación de una cláusula nula por abusiva se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018 , que distingue entre la acción declarativa de nulidad (imprescriptible) y la acción de condena a la restitución, sujeta al plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 del Código Civil (en su redacción anterior a la Reforma efectuada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre), a contar desde el momento en que realizaron los pagos indebidos. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª, de 29 de noviembre de 2017. En contra, la Sentencia de la AP de Alicante, Sección 8ª, de 26 de marzo de 2018 .

15. Pues bien, aun cuando, como hemos dicho, la cuestión suscita serias dudas de derecho, estimamos que, efectivamente, el carácter abusivo de la cláusula que desplaza al consumidor todos los gastos de la escritura puede esgrimirse en todo momento, tanto mediante el ejercicio de la acción declarativa de nulidad, que es imprescriptible, como oponiéndose a cualquier pretensión con fundamento en la cláusula nula. Por el contrario, si el consumidor, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula abusiva, ha abonado alguna cantidad y, en definitiva, la cláusula ha desplegado y agotado sus efectos, por razones de seguridad jurídica, la acción de remoción de los efectos de la nulidad se extingue por el transcurso del tiempo. No nos parece razonable y estimamos contrario a la regla legal de prescripción de todas las pretensiones de condena que la reclamación de gastos de gestoría, notaría o registro no se sujete a un plazo de prescripción y que puedan exigirse esos gastos, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas de esa forma por tiempo indefinido.

16. No estimamos que estemos ante una única acción de nulidad imprescriptible y que no podamos distinguir, como hace de forma casi unánime la doctrina, entre la acción declarativa de nulidad y la acción de remoción de los efectos. Frecuentemente ambas acciones se han ejercitado de forma separada. De hecho, este Tribunal sólo ha tenido ocasión de pronunciarse, hasta el

momento, sobre acciones meramente declarativas de nulidad de la cláusula de gastos. El Tribunal Supremo, de igual modo, conoció de una acción colectiva de nulidad, declarando abusiva la cláusula que imputa indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación (Sentencia de 23 de diciembre de 2015). Sobre la base del carácter abusivo de la atribución sin matices de todos los gastos al prestatario, la reciente Sentencia de 15 de marzo de 2018 (ECLI ES:TS:2018:848) señala que deben ser los tribunales quienes decidan y concreten "en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación (fundamento cuarto, apartado cuarto)." Esa acción presenta perfiles propios y apreciamos su carácter autónomo respecto de la acción principal de nulidad. De este modo, a diferencia de lo que acontece con la restitución de los efectos de la cláusula suelo, en este caso, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, la acción no es restitutoria o de devolución de las cantidades percibidas por el banco en aplicación de la cláusula, sino que se trata de una acción de reembolso de cantidades percibidas por terceros (el notario, el Registro, el gestor o la Administración Tributaria). Hay quien sostiene que la acción tiene naturaleza resarcitoria o que se sustenta en el artículo 1.158 del Código Civil (acción de repetición por pago por cuenta de otro) o en artículo 1.895 del mismo Código (cobro de lo indebido). La remoción de efectos, por otro lado, no es automática, dado que para la distribución de los gastos habrá que estar a lo que dispongan las Leyes sectoriales y a las particulares circunstancias de cada caso (parte que ha solicitado los servicios o en cuyo interés se han prestado, acuerdos entre los contratantes...).

17. Tampoco la retroactividad plena de la cláusula nula por abusiva o la posibilidad de que las consecuencias de la nulidad sean apreciadas de oficio constituye un obstáculo para la prescripción de la acción restitutoria, siempre que la prescripción se oponga por el profesional en tiempo y forma. La Sentencia del TJUE de 21 de junio de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo), que valora precisamente la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo proclamada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , declara la compatibilidad con el Derecho de la Unión del establecimiento de plazos razonables de prescripción. Dicha Sentencia dice al respecto lo siguiente: "68. A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una

disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08 , EU:C:2009:615 , apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

"69. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 41). "

"70. No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal -como es un plazo razonable de prescripción- de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C 542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42 , apartado 13).

18. Por tanto, la prescripción de la acción restitutoria no resulta contraria al artículo 6.1º, de la Directiva 93/13 , siempre que el plazo de prescripción resulte "razonable", como ocurre en nuestro Derecho con los plazos largos de prescripción de las acciones personales (artículos 1964 del Código Civil o 121.20 del Código Civil de Catalunya)

19. En definitiva y como conclusión, estimamos que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible y, por el contrario, que la acción de reembolso de los gastos indebidamente abonados está sujeta a plazo de prescripción".(...)

25. En este caso, la parte demandante pudo ejercitar la acción desde el momento en que hizo efectivos los gastos cuya restitución reclama. No estamos ante la nulidad de un contrato como tal sino ante la nulidad de una cláusula por abusiva, cláusula que desplegó y agotó todos sus efectos el 24 de febrero de 1999. Descartamos que pueda posponerse el dies a quo a la fecha de la primera Sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció sobre la nulidad de la cláusula de gastos o al momento en que se declara judicialmente su nulidad. Reproducimos al efecto los argumentos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018 , que hacemos nuestros por su claridad y acierto: "Desde ya se rechaza que el día inicial fuera

el del dictado de la STS de 23 de diciembre de 2015 , del Pleno, que declaró que la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario es nula por abusiva por varias razones: una, y principal, porque las sentencias no son equiparables a las leyes, no son fuentes del ordenamiento jurídico, aunque las del Tribunal Supremo lo completan con la doctrina reiterada que establezcan al interpretar esas fuentes, por lo que no puede exigirse que la generalidad de los ciudadanos las conozcan, ni siquiera sentencias de tanta repercusión como la citada o la que se dictó sobre la "cláusula suelo", STS de 9 de mayo de 2013 ; segundo, porque la STS de 23 de diciembre de 2015 resuelve un recurso de casación y en el procedimiento la sentencia de primera instancia ya había declarado cláusulas nulas por abusivas, lo que supone, obviamente, que ya hubo consumidores que pudieron antes ejercitar la acción aunque fuera la de nulidad (no se olvida que no se ejercitaba la acción de restitución en ese caso).

También se rechaza que el plazo deba computarse desde que la concreta cláusula incluida en el contrato que celebra el consumidor sea declarada nula; y ello porque, en primer lugar, tratándose de una nulidad absoluta o de pleno derecho, la de la cláusula, el ejercicio de la acción de nulidad no siempre sería necesario (p.ej., la entidad bancaria reconoce extraprocesalmente la nulidad pero no se aviene a restituir al consumidor todo o parte de lo pagado en virtud de esa cláusula); y en segundo lugar, porque de aceptarse esta tesis no sólo la acción de nulidad sería imprescriptible sino que también lo sería la acción de restitución. Si lo que es nulo no produce ningún efecto y es nulo desde que el primer momento y para siempre, "de aquí a la eternidad", resultaría que la restitución podría ejercitarse hasta la eternidad y cinco años más, lo que resulta absurdo. Descartadas las anteriores opciones, si la acción de nulidad puede ejercitarse desde el día siguiente a la celebración del contrato, la acción de restitución puede ejercitarse a partir de que el consumidor efectuó prestaciones a favor del empresario en virtud de la cláusula abusiva y nula, esto es, a partir del momento en que realizó los pagos indebidos". 11. Por todo ello, interpuesta la demanda en 2017, esto es, más de diez años, según el artículo 121-20 CCCat. aplicable al caso según lo expuesto, después de haber realizado el pago, la acción de reclamación de cantidad ha prescrito, por lo que estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, debemos dejar sin efecto la condena a la restitución de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula de gastos y sus intereses.

En consecuencia, debe desestimarse la impugnación de la sentencia por la que la parte demandante solicitaba la devolución de la totalidad del gasto de registro.(...)

En aplicación de dicha doctrina, si bien la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, la acción de reembolso relativa a los gastos indebidamente

abonados por los prestatarios de Notaría, Registro y gestoría, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 121-20 del CCCat, ha prescrito.

Cláusula SEXTA relativa a interés de demora.

Se solicita la declaración de nulidad por abusividad de dicha cláusula atendiendo a que se ha fijado en el contrato de préstamo hipotecario en un 18,75%, siendo dicho importe abusivo según jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La entidad bancaria alega que no procede dicha declaración al no reclamarse importe alguno en dicho concepto, ya que la liquidación de la deuda, según el criterio jurisprudencial, se realiza conforme al interés remuneratorio pactado.

A este respecto la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 3 junio de 2016 se remite a la sentencia STS 265/2015, de 22 de abril, relativa a intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, en que se concluyó que era «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». La Sala, en la Sentencia de 3 de junio de 2016, por seguridad jurídica, establece como criterio objetivo, para la abusividad de los intereses moratorios en préstamos hipotecarios el adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

Por lo tanto, en aplicación de dicha doctrina, la cláusula sexta debe declararse nula por abusiva a efectos meramente declarativos, ya que el interés de demora pactado excede los dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. El interés a aplicar al capital vencido será el remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo, como así se ha aplicado en la liquidación de la deuda realizada por la entidad bancaria.

Cláusula SEXTA BIS en relación al vencimiento anticipado.

La prestataria solicita la nulidad por abusividad de dicha cláusula por los motivos expuestos en su escrito de demanda reconvencional alegando la entidad bancaria que no procede la nulidad de la misma en el presente caso, ya que la misma no es el fundamento de las acciones ejercitadas, sin que se haya llegado a aplicar. En este sentido la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4ª, se ha pronunciado recientemente en sentencia de fecha 30 de abril de 2019: "(...) En nuestros autos de 30 de septiembre de 2015 dictados por esta sección cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona [RA 274/2015, 237/2015

, 385/2015 ó el del 447/2014] ya señalábamos que: “<<En el pacto sexto bis de la escritura pública de otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria que se ejecuta se estipuló que el incumplimiento por parte de prestataria de hasta siete obligaciones (la mayoría de ellas tan siquiera vinculadas directamente al contrato de préstamo o en las que éste no resultaba afectado), de las que

destaca, para el caso, la del impago de un solo plazo del capital o/e intereses debidos.

Atendido el tenor de la cláusula de vencimiento anticipado insertada en el contrato de préstamo otorgado entre la entidad financiera prestamista y la parte hoy apelante se ha de concluir que la misma es inaplicable, por abusiva.

El carácter de abusividad deriva por ser contraria a los criterios jurisprudenciales anteriormente aludidos y por resultar un desequilibrio importante entre el profesional y el consumidor, pues fija el vencimiento anticipado de la obligación a la única instancia del acreedor.

La cláusula se hace depender:

(i) exclusivamente del incumplimiento de cualquier obligación por parte del prestatario (en el caso siete, de las cuales, la gran mayoría, no guardan una relación directa con la obligación principal asumida por el prestatario que es la de devolver el capital e intereses remuneratorios)

(ii) El impago de una sola de las cuotas previsto en la cláusula en cuestión no resulta atemperado con la necesidad de que exista un incumplimiento grave, propio de toda resolución contractual, por parte del prestatario,

(iii) La facultad de vencimiento anticipado por parte de la entidad prestamista ante el impago en modo alguno se cohonesta ni se halla en absoluto proporcionada [o en relación] con la duración de la operación [quince años], lo que determina que el acreedor pueda cerrar la cuenta y declarar vencida la misma a su sola voluntad ante el impago de una sola cuota y sin haber tan siquiera amortizado una parte del capital prestado, sino solo intereses,

(iv) El hecho de que la entidad financiera haya aguardado a un número superior de cuotas impagadas al número contractualmente previsto no convierte la cláusula en no abusiva ya que, como reitera el Auto de 11 de junio de 2015 del TJUE <<la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto>>, ya que a lo único que ha dado cumplimiento la prestamista es a un norma de carácter procesal que le habilita a iniciar el procedimiento de ejecución.

(v) En consecuencia con lo anterior, la cláusula es nula por sí misma ya que, en el caso, la facultad de vencimiento anticipado resulta manifiestamente desproporcionada y, por ello, abusiva (art. 85.4 TRLCU y art. 3 de la Directiva 93/13), ya que permite una consecuencia (la resolución anticipada del contrato) que en el propio tenor literal de la cláusula no guarda, en modo alguno, la debida proporción con la entidad del incumplimiento de las obligaciones de la parte prestataria>>.

13.- También declaramos, en los meritados autos dictados por este mismo tribunal de apelación de fecha 30 de septiembre de 2015 [RA 274/2015, 237/2015 , 385/2015 ó el del 447/2014], que: <<Las consecuencias de la

declaración de abusividad de la cláusula deben ser puestas en relación con la reiterada doctrina del TJUE.....por lo que, cuando una cláusula es nula no procede atemperarla o moderarla integrando sus consecuencias sino, simplemente, tenerla por no puesta, con independencia del cumplimiento de determinados requisitos procesales sólo necesarios para poder ejecutar el título y no para determinar si la cláusula es o no abusiva, lo que se rige con los parámetros antes expresados en el anterior fundamento jurídico>>.

La STJUE de 26 de enero de 2017, dictada en el asunto C 421/14 que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE , por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander, confirmó que: (4) <<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 Decretoley 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>>.

Así pues, en el presente caso, la cláusula de vencimiento anticipado referida debe ser declarada nula con los efectos inherentes a los que refiere esta última sentencia del STJUE.

14.- Dicho lo anterior, atendido el pronunciamiento de la STJUE de 26 de marzo del 2019, hemos de señalar que no se advierte que la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado lleve necesariamente a la conclusión de que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir sin aquella cláusula.

La supresión de la cláusula de vencimiento anticipado no incide en la válida causa del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por lo que no se advierte que el contrato no pueda subsistir sin aquélla.(...)."

Expuesto lo que antecede, la cláusula sexta bis del préstamo hipotecario de fecha 5 de octubre de 2.006 suscrita ante el Notario de Cornellà de Llobregat, D. Manuel A. Benedito Roig, con número de protocolo 1.543 viene a consagrar la comúnmente denominada cláusula de vencimiento anticipado, facultando al prestamista a dar por vencido el préstamo hipotecario, ante la falta de pago de alguno de los plazos, de alguno de los vencimientos de capital, intereses o cuotas mixtas u otras obligaciones dinerarias derivadas del contrato, previsto el último de ellos en fecha 31 de octubre de 2.043, según Escritura Pública de préstamo hipotecario obrante en autos.

Dicha cláusula no tiene en cuenta si el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo;

tal y como exige la jurisprudencia emanada del TJUE. Asimismo, también se prevé como causa de resolución anticipada el impago de cualquier otra obligación dineraria derivada del contrato.

Por ello, debe declararse abusiva la cláusula sexta bis en aplicación de la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11) y en consecuencia, nula.

Claúsula TERCERA BIS relativa a la aplicación del índice ÍNDICE DE REFERENCIA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

La actora solicita la nulidad de la cláusula contractual que regula el índice de referencia del interés variable con el IRPH estipulado en la escritura pública litigiosa, y ello, alegando que se trata de una condición general de la contratación impuesta a la parte prestataria y no negociada.

En el análisis de la cláusula objeto de declaración de nulidad en la presente litis, el Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (en adelante IRPH), cabe indicar que la hoy derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificada por Ley 2/1994, de 30 de marzo, en su art. 48, apartado segundo, establecía que *"con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación", en su letra e) se facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios".* En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales los siguientes índices: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos (IRPH BANCOS). b) concedidos por las cajas de ahorro (IRPH CAJAS). c) concedidos por el conjunto de las entidades de crédito (IRPH ENTIDADES). d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro. e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años. f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ("Ley 14/2013"), establece un régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia (Cajas y Bancos). La desaparición definitiva del IRPH -Cajas y del IRPH -Bancos se produjo el 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y las referencias al tipo de interés IRPH -Cajas e IRPH -Bancos fueron sustituidas, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

La **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de diciembre de 2017**, resuelve en casación un caso que había conocido en primera instancia el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria y en segunda instancia la AP de Álava, sección Primera, en un supuesto de una particular frente a la entidad financiera KUTXABANK S.A. (antes Caja de Ahorros de Vitoria y Álava). En primera instancia se declaró la nulidad de la cláusula Tercera Bis del préstamo hipotecario de fecha 21 de septiembre de 2006, en la que se pactó que el tipo de interés remuneratorio del préstamo sería el resultante de añadir un margen del 0,50% al índice oficial IRPH Entidades. La cláusula establecía también que el tipo de interés sustitutivo era el IRPJ Cajas más un margen de 0.5 %. La sentencia consideró nula, por abusiva, la cláusula por no haber sido explicada la fórmula de cálculo del índice a los consumidores, por no haber sido explicado el comportamiento del IRPH en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales, ofreciendo con carácter precontractual gráficos y simulaciones de esa comparativa, y, en especial, por no haber sido ofrecidos al cliente otros índices como el Euribor que, a juicio del juzgador, serían más favorables. La sentencia obligó a la entidad financiera a devolver las cantidades cobradas en aplicación del mismo. No se aplica como índice sustitutivo el EURIBOR, sino que se deja al préstamo sin intereses remuneratorios. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia desestimando el recurso de apelación que la entidad financiera había interpuesto contra la misma y KUTXABANK recurre en casación ante el TS.

Se recurre la consideración del IRPH, índice de referencia del tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo, como Condición General de la Contratación. A juicio de la parte recurrente, el tipo de interés, junto con el importe del capital prestado y el plazo de amortización, constituyen los elementos esenciales del contrato de préstamo, siempre son negociados entre la entidad y los clientes y por eso son distintos en cada operación, por lo que no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 1 LCGC para su calificación como condiciones generales de la contratación. En este punto, el TS desestima el recurso al considerar que conforme al art. 1 LCGC Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación: "*son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»*". Concluye: "(...) 4.-En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada

individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal.

5.- Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores, por ejemplo en materia de cláusula suelo (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C- 308/15) o de hipoteca multidivisa (STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16).(...)

Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores este índice esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal. Parece argumentar el TS en el sentido de que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no se aplica al objeto principal del contrato, sin tener en cuenta que este punto de la Directiva no se traspuso por la LCGC española de 13 de abril de 1998, no haciendo esta distinción entre elementos esenciales y no esenciales del contrato para determinar la abusividad de las cláusulas: así el art. 8 señala que: "1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor". Analizado bajo ese prisma, entiende el TS en esta resolución que, gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula supera el control de inclusión.

En cuanto al control de transparencia, se determinaba en las sentencias de primera y segunda instancia recurridas, que el mismo obligaba a la prestamista a: 1º explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; 2º poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y 3º ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado. Si bien, entiende el TS que estos requisitos no eran exigibles. Pese a señalar que "*a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de*

la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato". Considera el TS que " al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial del contrato de préstamo". [...] Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

Tampoco era exigible, en opinión del TS en esta resolución, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí. Dice el TS que la SAP tiene muy presente que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH , pero aparte de que dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia, En la práctica, la Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible. Señala igualmente el TS en esta resolución que el TJUE ha insistido en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato.

Lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH , que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el prestatario, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que

siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando.

Si bien, en esta resolución se incluyó el voto particular que formula D. Francisco Javier Orduña Moreno, y al que se adhiere el D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Señalando el voto particular que la Sentencia del Tribunal Supremo, al realizar el control de transparencia del IRPH, no se ajusta a los criterios jurisprudenciales que el TJUE ha establecido, al considerar que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar el control de transparencia, sin que resulte exigible al profesional predisponente ninguna otra información al respecto.

Ante las dudas suscitadas por la interpretación que de la Directiva Comunitaria 13/93 hace el TS en la citada Sentencia de 14 de diciembre de 2017, en relación al control de transparencia de la cláusula IRPH, por Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, de 16 de febrero de 2018, se plantea **cuestión prejudicial ante el TJUE**, en un caso en que se pretende la declaración de nulidad de una cláusula de IRPH Cajas (más un diferencial de 0,25 %), frente a BANKIA.

Finalmente, la **STJUE de fecha 3 de marzo de 2020** tras responder detalladamente a cada una de la cuestiones planteadas concluye que : *“(…)En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:*

1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de

la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.”

En el presente caso, debe de partirse de que la mencionada cláusula es una condición general de la contratación, así, según tiene establecido el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales", que se ha incluido en el contrato por voluntad de los contratantes y no por acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes (suele ser el empresario al consumidor pero la LCGC no se aplica sólo en

el ámbito de la relación entre empresario y consumidor), de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. La conocida fórmula "take it or leave it".

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos con la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Frente a las cláusulas negociadas individualmente se utilizan en la llamada contratación en masa o seriada.

No parece que haya sido una cláusula negociada individualmente y por tanto, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal.

Cabe destacar asimismo, la especial complejidad y dificultad que presenta este índice IRPH tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración (incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace idóneo como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado.

El profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales se le exige un plus de información, o de exigencia de transparencia, que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá concertar el contrato, sin necesidad, desde la asimetría de información existente, de realizar por el mismo un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. De ahí que esta exigencia comporte que el elemento que presenta cierta complejidad sea objeto de una información principal y comprensible en la formación y perfección del contrato.

En el caso de autos no se considera acreditado que la entidad financiera demandada facilitara información específica o adicional al consumidor relativa al alcance y funcionamiento concreto de este índice de referencia en el marco del contrato de préstamo ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato.

Además se constata que en el caso de litis no se considera acreditado que se informara al consumidor de las circunstancias concretas del modo de cálculo y de la posibilidad que tenían las Cajas o entidades financieras de influir sobre dicho cálculo. En concreto la documental aportada a autos no arroja información de que el IRPH se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas entidades financieras cada mes; de que el IRPH se calcula como media

simple, con el mismo peso de todas las entidades (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una entidad por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH. Por lo tanto, a menos entidades financieras, más influencia en el IRPH de las que quedan y, por consiguiente, cualquiera podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión. Tampoco se considera acreditado que informara al consumidor que el dato que proporcionaba la entidad bancaria o caja de ahorros para obtener la media aritmética del IRPH lo era con el TAE con comisiones y gastos.

A pesar de que la entidad bancaria invoca la legalidad del IRPH por tratarse de un índice de referencia oficial, recogido en legislación nacional y controlado por el Banco de España. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, como ha señalado el TJUE, debe de superar un control de transparencia material, el cual en el caso presente no se ha probado por el empresario.

Si tenemos en cuenta la inversión de la carga de la prueba del artículo 82.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por la que se impone la carga de la prueba sobre una posible negociación e información al empresario, nada se ha probado sobre la información previa facilitada al prestatario.

En el acto de juicio, declara como testigo Dña. xxxxxxxxxxxxxxxx, apoderada de la entidad bancaria en el momento de la suscripción del préstamo hipotecario, manifestando no recordar la operación objeto del presente procedimiento. Sin embargo, afirma que, de modo general, los empleados de la entidad bancaria, explicaban detalladamente las condiciones de cada uno de los préstamos hipotecarios, ofreciéndole al cliente los diferentes tipos de condiciones, siendo el cliente quien optaba por unas u otras.

También declara como testigo D. xxxxxxxxxxxxxxxx, que forma parte del equipo que realiza para la entidad bancaria las certificaciones de liquidación de deuda a través de un sistema informático, limitándose a aplicar cada una de las condiciones pactadas en el contrato de préstamo hipotecario. Generalmente, una vez realizadas dichas certificaciones, son firmadas por el apoderado y enviadas al Notario.

La necesidad de la a detallada información al consumidor resulta relevante en el presente caso, en donde el profesional, sin duda, conocía la peculiar configuración de este índice, así como el carácter residual de su utilización, pues más del 80% de los préstamos hipotecarios ya venían en el año en el que se concertó el préstamo, referenciados al Euríbor como índice aplicable. Con lo que el plus o exigencia de transparencia era mayor en estos casos, pues debe recordarse que las variaciones del Euríbor, desde el año 2000, fueron objeto de

difusión periódica por los canales televisivos y la prensa en general, por lo que el consumidor medio tenía mejor acceso y estaba más familiarizado con el alcance de este índice de referencia que con el IRPH . El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, cabe destacar que desde su aplicación, el IRPH se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, como el EURIBOR.

Tal y como considera razonable la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el supuesto que nos ocupa, de la documental aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información hubiera podido dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

Así pues, y en el caso de autos, no se considera que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

En atención a lo expuesto procede declarar la nulidad de la cláusula de IRPH adoptado en el préstamo de litis y de su sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020.

Por todo ello,

Consecuencias de dicha nulidad.

En lo referente a las consecuencias de esa declaración de nulidad cabe indicar que, con base en la citada resolución del TJUE, la opción de que el préstamo siga desplegando su eficacia, suprimiendo el citado índice de referencia y dejando el préstamo sin intereses no es una opción viable en nuestro

ordenamiento jurídico ya que desnaturaliza el contrato de préstamo mercantil que por definición debe ser oneroso. Por lo que, en atención a lo expuesto procede declarar aplicable al préstamo hipotecario de litis el EURIBOR, condenando a la entidad financiera demandada al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, utilizando como índice de referencia el EURIBOR, más sus intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos, debiendo proceder a su deducción del importe total reclamado en la demanda principal por la entidad bancaria.

SEXO.- Costas. El art. 394.2 de la LEC dispone que si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

En el presente caso, al estimarse parcialmente las pretensiones de la parte actora en la demanda principal y reconvencional, y no apreciándose temeridad por ninguna de las partes, cada parte deberá abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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

FALLO

Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda principal interpuesta a instancia de BBVA, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Anzizu Piguem, contra XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, representados por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Sanz López, y la demanda reconvencional formulada de contrario:

- DECLARO el vencimiento anticipado de la total obligación de pago, por pérdida de beneficio del plazo, derivada del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 5 de octubre de 2006, ante el Notario D. Manuel A. Benedito Roig bajo el numero de protocolo XXXX y, en consecuencia, CONDENO a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX a abonar solidariamente a la entidad BBVA, S.A. la totalidad de las cantidades debidas por principal así como los intereses ordinarios devengados hasta la fecha de interposición de la demanda, ascendiendo al importe de 217.650,40 euros, además de los intereses remuneratorios previstos por las partes hasta el dictado de esta sentencia, generándose a partir de esa fecha los intereses a que hace referencia el

artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

-DECLARO LA NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CLÁUSULA TERCERA BIS, de la escritura de préstamo hipotecario formalizado el 5 de octubre de 2006 que aplica el índice IRPH y, en consecuencia, CONDENO a la entidad bancaria a eliminar y dejar sin efecto alguno dicha cláusula, debiendo proceder al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, utilizando como índice de referencia el EURIBOR, más sus intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos, debiendo proceder a su deducción del importe total reclamado en la demanda principal.

-DECLARO LA NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CLÁUSULA CUARTA de la escritura de préstamo hipotecario formalizado el 5 de octubre de 2006 , relativa a la comisión por la gestión de reclamación extrajudicial de cuotas impagadas, debiendo eliminarse del contrato y dejar la misma sin efecto alguno.

- Declaro la NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CLÁUSULA QUINTA referida a los gastos contenida en el préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 5 de octubre de 2006, a excepción de las referencias a los gastos y/o primas del seguro para la conservación de la finca, hogar o incendio y las referencias a la primera tasación del inmueble. Sin condena al pago de importe alguno de la entidad bancaria por haber prescrito la acción de reembolso ejercitada.

-DECLARO LA NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CLÁUSULA SEXTA relativa a los intereses moratorios, debiendo eliminarse del contrato y dejar sin efecto la misma, debiendo aplicar al capital vencido el interés remuneratorio pactado.

-DECLARO LA NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CLÁUSULA SEXTA BIS relativa al vencimiento anticipado del préstamo suscrito entre las partes y en consecuencia deberá eliminarse dicha cláusula del contrato y dejar la misma sin efecto alguno.

Todo ello, sin hacer expresa imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona (art.455 LEC) a interponer mediante escrito

presentado en este juzgado en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugnan (art.458 LEC).

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.



descargado en www.asufin.com