



Roj: SAP V 2793/2016 - ECLI:ES:APV:2016:2793
Id Cendoj: 46250370092016100765
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Valencia
Sección: 9
Nº de Recurso: 1094/2016
Nº de Resolución: 737/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: BEATRIZ BALLESTEROS PALAZON
Tipo de Resolución: Sentencia

ROLLO NÚM. 001094/2016

RF

SENTENCIA NÚM.: 737/16

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

Dª ROSA MARIA ANDRES CUENCA

D. LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

Dª BEATRIZ PALAZON BALLESTEROS

En Valencia a catorce de junio de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON/ DOÑA BEATRIZ PALAZON BALLESTEROS, el presente rollo de apelación número 001094/2016, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000410/2015, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a Encarna , Martina , Jaime y Porfirio , representado por el **Procurador** de los Tribunales ARCADIO MARTINEZ VALLS, y asistido del Letrado CARLOS FIDALGO GALLARDÓ y de otra, como apelados a CAIXABANK S.A. representado por el **Procurador** de los Tribunales MARGARITA SANCHIS MENDOZA, y asistido del Letrado PATRICIA BLASCO ALVENTOSA, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Encarna , Martina , Jaime y Porfirio .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALENCIA en fecha 18/09/15 , contiene el siguiente FALLO: "Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por el **Procurador** Sr. Martinez Valls en la representación que ostenta de sus mandantes Dña. Encarna , Dña. Martina , D. Jaime y D. Porfirio , contra la entidad CAIXABANK S.A. debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra, no procediendo la declaracion de nulidad impetrada. Todo ello con imposición a la parte actora de las costas procesales causadas."

SEGUNDO .- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por Encarna , Martina , Jaime y Porfirio , dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO .- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Planteamiento.

Formulan recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Ilmo. Magistrado del Juzgado Mercantil núm. 1 de Valencia en fecha 18 de septiembre de 2015 por la que se desestimaba íntegramente la acción de

cláusulas abusivas en relación a condiciones generales de la contratación interpuesta por D^a Encarna , D^a Martina , D. Jaime y D. Porfirio contra la entidad bancaria CAIXABANK, S.A.

Planteada la acción de nulidad o no incorporación de condiciones generales de la contratación, en relación al **préstamo** hipotecario de fecha 7 de marzo de 2006, firmado con la entidad Banco Popular, S.A., con subrogación y novación en fecha 21 de abril de 2009 con la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra -ahora Caixabank, S.A.- por abusividad de la cláusula suelo, la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas, la cláusula de **gastos** y costas, el consentimiento de la entidad para enajenar, hipotecar, gravar o arrendar la finca, los intereses de demora y el vencimiento anticipado.

Los demandantes fiadores (D. Jaime y D. Porfirio) impugnan la cláusula de fianza personal y solidaria, y, además, el resto de condiciones "en la medida que pudiera resultarles de aplicación". Y también la cláusula 7^a de subrogación y novación por el que asumen el resto del contrato.

La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda y condena en costas a la parte actora.

La representación de la parte actora impugna, en segunda instancia, la nulidad de las mismas cláusulas salvo la cláusula suelo, que por ello no será objeto de este recurso. Alega los siguientes motivos:

Falta de motivación y error en la valoración de la prueba con relación a la cláusula de afianzamiento. Explica que impugnaron la cláusula 4^a de afianzamiento, la cláusula 7^a de subrogación y novación en virtud de la que afianzan los cambios y subsidiariamente invoca la falta de transparencia y abusividad del resto de cláusulas impugnadas por las prestatarias.

Considera que la sentencia sólo resuelve sobre la transparencia pero guarda silencio en torno a la abusividad planteada, solicitando que sea valorada por la Audiencia.

Hace alegaciones sobre el doble control de incorporación y transparencia en la valoración de la prueba en la cláusula de fianza. Añade que existe abusividad en el pacto de afianzamiento porque supone renuncia de derechos y causa desequilibrio en los derechos y obligaciones de los consumidores, con base en la SJM núm. 1 de San Sebastián de 2 de octubre de 2014.

Incorrecta valoración de la prueba con relación a las cláusulas de intereses de demora, pactados en el **préstamo** hipotecario de subrogación y modificación en el 20% (cláusula Tercera B.) y en 4 puntos porcentuales en el **préstamo** originario (Estipulación 1^a de la escritura inicial) por ser desproporcionados. Considera que son abusivos aunque los limiten al 12%, que la declaración de nulidad produce efectos retroactivos ex art. 1301 CC y que impugna el **préstamo** originario por si la declaración de nulidad de los intereses del **préstamo** novado reviviera los intereses de demora inicialmente fijados.

Incorrecta valoración de la prueba en relación a la cláusula de vencimiento anticipado. Argumenta que es irrelevante el número de cuotas impagadas, que hay que atender a las circunstancias existentes al momento del **préstamo** independientemente la aplicación que haya hecho la entidad; que resulta desproporcionado permitir el vencimiento por el incumplimiento de cualquier obligación; fija la causa de nulidad en el incumplimiento del doble control de incorporación y transparencia y que, dado su contenido, se deja su aplicación al arbitrio de la entidad, vulnerando el art. 1256 CC y el art. 82 TRLGDCU.

Por último se refiere a la causa de vencimiento por la depreciación del valor de la finca hipotecada más del 20%, calculado según perito nombrado por la entidad, lo que ni siquiera constituye incumplimiento del prestatario.

Incorrecta valoración de la prueba en relación a la comisión de reclamación por posiciones deudoras, porque no existe servicio prestado y retribuido del banco y esa función ya se cumple con los intereses de demora.

También impugna la cláusula de **gastos** y costas por los procedimientos judiciales, aunque no fuera preceptiva la intervención de profesionales.

Por último también denuncia la cláusula que exige consentimiento previo a la entidad para la disposición del bien hipotecario, por ser abusiva y causa desequilibrio.

Añade que sobre estas dos últimas cláusulas no se ha pronunciado la sentencia de primera instancia y solicita que resuelva la Audiencia Provincial.

Por último, impugna la imposición de las costas de la primera instancia, solicitando que se estime la demanda y se quiten las costas.

La entidad bancaria se opone al recurso formulado.

En relación al afianzamiento, siguiendo el orden propuesto en el mismo recurso, considera que no es una cláusula contractual sino un contrato típico de afianzamiento y por ello no puede denunciarse su abusividad.

Añade que la fianza fue conocida y consentida en los dos **préstamos**, puesto que ratificaron las modificaciones de la escritura de subrogación y novación.

A continuación hace alegaciones de fondo sobre la validez de cada una de las cláusulas impugnadas.

Solicita la desestimación del recurso, la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas de la entidad.

En el presente procedimiento se está impugnando la escritura pública de **préstamo** hipotecario de fecha 7 de marzo de 2006 entre D^a Encarna y D^a Martina , en calidad de prestatarias; y D. Jaime y D. Porfirio en calidad de fiadores solidarios, y la entidad bancaria Banco Popular, S.A.; posteriormente subrogada y novada por la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra -ahora CAIXABANK, S.A.- en fecha 21 de abril de 2009 El capital prestado inicial fue de 125.000 euros, posteriormente ampliado a 234.055,90 euros; por un plazo de 35 años y su devolución en 420 cuotas. La hipoteca se constituye sobre la vivienda habitual de las prestatarias hipotecantes si bien no fue destinado a la adquisición de vivienda, pues ya había sido adquirida el 13 de mayo de 1998 por compraventa (folio 118).

Ha quedado acreditado que el **préstamo** hipotecario objeto de este juicio declarativo fue ejecutado en la Ejecución Hipotecaria 300/2014 tramitada ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Llíria, sin que se haya acreditado que en dicho procedimiento se declarara la nulidad por abusividad de ninguna cláusula contractual.

De la lectura del recurso de apelación de la parte actora resultan impugnados todos los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, salvo la "cláusula suelo", cuya declaración de nulidad la sentencia desestimó y que no ha sido impugnado, por lo que deviene firme.

Para la resolución sistemática del recurso de apelación seguiremos el orden propuesto por la parte recurrente, comenzando por la que ha sido denominada "cláusula de afianzamiento" y siguiendo por las cláusulas contractuales denunciadas.

SEGUNDO .- Fianza solidaria.

En el "**préstamo** hipotecario vivienda pacto afianzamiento **préstamo**/credit", firmado por la parte actora con el Banco Popular Español, S.A. en fecha 7 de marzo de 2006, aparece como cláusula "CUARTA.- AFIANZAMIENTO PERSONAL" (folio 64):

"Don Jaime y Don Porfirio , AFIANZAN en los mismos términos que la parte deudora principal, con arreglo a las condiciones del presente contrato, y garantizan con la prestataria las obligaciones asumidas por la misma, extendiéndose dicha solidaridad con respecto a cualquier otro fiador que concurra aunque proceda de distinto título, y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división, mientras no quede totalmente solventada la operación contenida en el presente instrumento público, señalando como domicilio de dicha parte fiadora, a efectos de notificaciones y requerimientos, el indicado en la comparecencia como de la misma. El afianzamiento subsistirá durante la vigencia del contrato, e incluso cuando por cualquier circunstancia se accediese a demorar el pago de alguno de los vencimientos pactados sin intervención directa de la parte fiadora solidaria, quien a tal efecto y desde este momento autoriza tales prórrogas, en su consecuencia, vencida por cualquier causa la obligación, el Banco podrá dirigirse mediante el oportuno procedimiento que así lo permite, no solamente contra la parte prestataria y las fincas respectivamente hipotecadas, sino también contra la parte fiadora, simultánea, alternativa o sucesivamente.

En los casos de concurso de la parte deudora principal, la parte fiadora acuerda expresamente que, con independencia del resultado que arroje la aprobación del convenio concursal o de la intervención o no del Banco en la aprobación de dicho convenio, responderá/n solidariamente y de forma inmediata de la totalidad de la deuda de la parte deudora principal sin que ninguna quita o espera incluida en el convenio aprobado pueda ser invocada frente al Banco "

En la escritura pública de "subrogación de **préstamo** hipotecario y ampliación de hipoteca" en fecha 21 de abril de 2009, firmado con la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, consta como cláusula "SÉPTIMA.-" (folio 102) "Don Porfirio y Don Jaime , como fiadores solidarios del **préstamo** hipotecario

novado, prestan su consentimiento a las modificaciones efectuadas y ratifican su intervención como fiadores del mismo, en cuanto fuera necesario".

Resulta necesario, en primer lugar, exponer el concepto de fiador o avalista y su régimen jurídico básico o esencial. El Código Civil regula la fianza, dentro de los contratos, en sus artículos 1.822 y ss. No obstante la fianza puede originarse no sólo en virtud de un contrato, sino también por disposición de ley o judicial (art. 1.823 CC).

El régimen jurídico contenido en nuestro Código se refiere a la fianza simple: el fiador se obliga a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste. Sólo se podrá exigir el cumplimiento de la obligación al deudor una vez conste el incumplimiento del deudor principal y la excusión de sus bienes. El denominado beneficio de excusión o de orden consiste en que deberán perseguirse ejecutivamente todos los bienes del deudor antes de exigirle el pago al fiador. Si bien, para ello, el fiador habrá de oponerlos al acreedor tras ser requerido de pago y además señalar bienes realizables en territorio español suficientes para cubrir el importe de la deuda (art. 1.832 Código Civil).

Sin embargo, en la práctica, y más si nos centramos en los contratos bancarios o de financiación, las fianzas son solidarias y no simples. Para ello es necesario que así se haga constar expresamente, como ocurre en el presente caso, tanto en el **préstamo** originario como en el **préstamo** novado.

El Código Civil dispone que en estos casos, cuando el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, que se observará lo dispuesto en la Sección Cuarta, Capítulo III, Título I de este Libro. Es decir, remite a la regulación de las obligaciones solidarias (arts. 1.137 a 1.148 CC). No obstante la fianza no se desnaturaliza en estos supuestos, sin perjuicio de que se haya renunciado al beneficio de excusión por disposición del artículo 1.831.2º CC. Es decir, aunque el Código Civil afirme que se regirá por las disposiciones de las obligaciones solidarias no significa que el fiador sea un deudor solidario, ni que exista una única obligación.

Según viene declarando de forma unánime y constante nuestras audiencias (**SAP Cuenca, Sec. 1ª, de 11 de noviembre de 2.011**, nº 195/2011, rec. 169/2011, **AAP de Madrid, Sec. 11ª, de 15 de octubre de 2012**, nº 307/2012, rec. 625/2011) la obligación de pago del fiador nace con el contrato, no es necesario esperar a que el deudor principal incumpla; como tampoco incumbe al acreedor (en la mayoría de los casos a la entidad de crédito) informar al fiador sobre el cumplimiento o incumplimiento de la obligación por el deudor principal. El fiador solidario "debe" desde que nació el contrato - su obligación de pago es exigible desde que se perfecciona el contrato-, no hay que esperar a que se produzca el incumplimiento por el deudor principal, pues no se trata de una condición suspensiva. Así se expresa de forma perfectamente entendible en el **préstamo** originario firmado por las partes

Estas líneas ya habían sido marcadas de modo preciso por el Tribunal Supremo en la **Sentencia de 22 de julio de 2002**, nº 770/2002, rec. 463/1997. Esta resolución que, a su vez, cita otras del este mismo Tribunal, dispone: " *En cuanto a lo primero, tiene declarado esta Sala que "el Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor" (STS 10-6-99 en recurso 3123/94); así como que "el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal... El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil ..., aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal" (STS 10-4-95 en recurso 551/92)*".

Por lo que se refiere a la extinción de la fianza deben señalarse dos especialidades. La primera, contemplada en el artículo 1851 del Código Civil, consiste en que la prórroga del contrato principal realizada sin el consentimiento expreso del fiador extingue la fianza. La segunda especialidad es que el fallecimiento del fiador anterior al incumplimiento de la obligación por el deudor principal extingue la fianza.

La doctrina sobre la fianza expuesta concluye que la fianza es un contrato autónomo, típico, regulado en el Código Civil en los arts. 1822 a 1856 CC y no una cláusula contractual. Por ello, la acción de nulidad de la fianza no puede sustentarse a través de la acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales con base en la normativa de consumidores, pues no es parte de un contrato sino un contrato en sí, que liga al

fiador con el acreedor, que podrá ser impugnado a través de las normas generales de nulidad de los contratos (arts. 1300 y ss. Código Civil).

Dado que la parte actora ha sustentado su pretensión en la acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales y no en la acción de nulidad de los contratos procede desestimar el recurso de apelación planteado.

Todo ello sin perjuicio de la incidencia que la posible estimación de la acción interpuesta respecto el resto de cláusulas contractuales pueda tener en la relación que une al acreedor y al fiador, pues conforme al art. 1826 CC " *El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones* ".

TERCERO.- Condición 3ª sobre "Intereses de demora"

La parte recurrente alega la abusividad de esta cláusula por fijar unos intereses desproporcionados, añadiendo que la declaración de nulidad tiene efectos retroactivos, sin que sea admisible la moderación y recálculo al 12%.

Impugna tanto los intereses del **préstamo** novado (fijados al 20%) como los intereses del **préstamo** originario (4 puntos porcentuales) por si esta cláusula reviviera al declarar la nulidad de la primera.

La condición 3ª, Tipo de Interés, apartado b), Interés de demora, (folio 96-97) de la escritura pública de 21 de abril de 2009 expresa:

" *Las cantidades resultantes del impago a su respectivo vencimiento, de cualquiera de las liquidaciones de intereses en período de carencia, o de cualquiera de las cuotas en período de amortización, o comisiones o **gastos**, sin perjuicio de la facultad de esta institución de dar por vencido el **préstamo**, devengarán a favor de la "Caja" un interés del veinte por ciento anual por demora.*

El interés de demora sobre los precitados excedidos, se devengará día a día, liquidándose en las mismas fechas y con igual periodicidad que las establecidas en esta escritura para las liquidaciones ordinarias, y con arreglo a la misma fórmula especificada anteriormente.

Dicho interés de demora, en el supuesto de no ser satisfecho por la parte prestataria en el plazo por el que se ha establecido la periodicidad de liquidación de los intereses, será capitalizado conforme a la posibilidad contemplada en el artículo 317 del Código de Comercio , devengando nuevos créditos "

Sobre esta cláusula se ha pronunciado en numerosas ocasiones esta Sala, y por todas, reproducimos la **SAP Valencia, Sec. 9ª, de 29 de julio de 2015** (ROJ: SAP V 3256/2015):

" *Sí hemos de acoger el recurso y la demanda en cuanto a la cláusula de intereses moratorios plasmada en la escritura de 5-12-06, como cláusula 3.9, que fija aquellos en el 19,00% nominal anual, sin otra precisión.*

El interés legal en la anualidad en que se contrató era el 4% que, por otro lado, ha sido el usual en las últimas anualidades. Así pues, aplicando el criterio establecido hoy en el artículo 114 LH , que aunque no fuera aplicable -en su redacción actual- al tiempo de la contratación, sí puede ser utilizado como criterio interpretativo a los efectos de valoración del desequilibrio o la desproporción del fijado, nos encontramos que el interés establecido en el contrato como moratorio casi alcanza el quíntuplo del legal , lo que evidencia una desproporción palmaria, que, además, no cabe moderar, pues, como resultado de la nulidad que se propugna y a la que se da lugar, es cláusula que no procede moderar, al apreciar su carácter abusivo y desproporcionado, debiendo expulsarse del contrato, sin que produzca, en su caso, efecto alguno. No cabe, en esta sede, argumento alguno relativo a su falta de aplicación, pues el análisis que aquí se efectúa es de carácter estrictamente jurídico y al margen de su concreta aplicación o no (es obvio que si no hay incumplimiento, tal cláusula nunca llegaría a aplicarse). La escueta fundamentación de la sentencia en tal sentido, si bien es cierta -no era inusual tal cláusula al tiempo de la contratación-, no excluye su análisis a luz de las distintas resoluciones emanadas del TJUE, de carácter vinculante, y del propio TS, siendo indudable la condición de consumidores de los demandantes, y siendo la vivienda el objeto del contrato controvertido. Se acoge, pues, el recurso planteado en tal aspecto "

Esta condición, en términos similares y en un **préstamo** hipotecario, ha sido resuelta por la **STS de 23 de diciembre de 2015** , que desestima el recurso de casación planteado contra la sentencia que declaraba la nulidad de esta cláusula. Así, esta resolución expresa:

" 1.- *La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria , añadiéndole un tercer*

apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de **préstamo** para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal.

2.- No obstante, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los **préstamos** para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU.

3.- Así, el auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 (Asunto C- 602/13), no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 114.3 LH , al decir:

«...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas,.... (el juez no puede)... reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula ..., si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 (a)... eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.... Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir la **cláusula abusiva** "por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato"».

4.- Y la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la **cláusula abusiva** obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: «Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una **cláusula abusiva** por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la **cláusula abusiva** obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización».

5.- En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , al decir: «[l]a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una **cláusula abusiva** es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».

Asimismo, el antes referido Auto TJUE de 11 de junio de 2015 ha dispuesto:

«...Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del art. 4, apartado 1, del Decreto- ley 6/2012 se extiende a todo contrato de **préstamo** hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del art. 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios.

Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una **cláusula abusiva**, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales.

Los arts. 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de **préstamo** hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:

- no prejuzgue la apreciación del carácter "abusivo" de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y

- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva».

6.- Y por si ello fuera poco, el mismo auto TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no. A cuyo efecto proclama: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del art. 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

En cuanto que la sentencia recurrida no se aparta de las conclusiones establecidas tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la nacional, este motivo de casación debe ser desestimado ».

Por último, esta cuestión también se resuelve en el mismo sentido en la **STS de 18 de febrero de 2016** (ROJ 626/2016), y la doctrina contenida en estas sentencias ha sido aplicado por esta Sala reiteradamente, por todas **Auto de 30 de marzo de 2016** (Rollo 1198/2015) con una motivación detallada y minuciosa.

De acuerdo con este criterio firme de esta Sala procede estimar el recurso de apelación.

CUARTO.- Condición 7ª del "vencimiento anticipado"

En la escritura pública del **préstamo** novado, de 21 de abril de 2009, dispone en la estipulación Primera, " Subrogación. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo de, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra se subroga la posición jurídica de acreedor, sustituyendo a la entidad Banco Popular Español S.A., del **préstamo** hipotecario concedido a (...) formalizado mediante la escritura arriba mencionada, cuyo condicionado queda vigente, a excepción de las novaciones que se establecen a continuación (...)".

En relación a dicha remisión, la cláusula 7 del **préstamo** originario, rubricada " Supuestos de vencimiento anticipado " (folio 59 y ss.) dispone:

" No obstante la fecha de vencimiento establecida para este contrato en el apartado segundo de esta Cláusula Primera, se pacta expresamente que el prestatario perderá el derecho a utilizar el plazo y la Entidad acreedora podrá declarar vencido el presente **préstamo** y reclamar anticipadamente la devolución del capital prestado, o, en su caso, de la parte del mismo no amortizada, intereses, demoras y demás **gastos** pactados, y exigir todo ello judicial o extrajudicialmente, ejercitando las acciones correspondientes, incluso, en su caso, la acción hipotecaria, en los siguientes supuestos:

7.1.1. Por falta de pago a sus vencimientos de cualquier cuota de amortización de capital y/o intereses a que se refiere esta cláusula Primera.

7.1.2. Si esta escritura no fuera inscrita, por cualquier causa, en el Registro de la Propiedad dentro del término de un año a contar desde el día de la fecha y desde que el aludido Registro extienda en la misma nota de denegación o suspensión de la inscripción. No será causa de resolución si la falta de inscripción fuera debida a causa imputable a la Entidad acreedora.

7.1.3. Si apareciesen cargas no mencionadas en la escritura que afecten a la propia finca hipotecada y sean preferentes a la hipoteca que se constituye en este documento o se trate de la existencia de contrato

de arrendamiento o de una situación posesoria anteriores y distintos de lo declarado en esta escritura o posteriores y contrarios a lo pactado en sus cláusulas.

7.1.4. Cuando la parte deudora incumpliera alguna de las obligaciones contenidas en el apartado 5.2. de la presente Cláusula.

En los supuestos del apartado 5.2.3. de la cláusula Primera, procederá la resolución cuando no se realizara alguna de las notificaciones previstas o cuando alguna de las fincas hipotecas sufriera deterioro o merma que disminuya su valor en más de un 20% respecto del tipo fijado para subasta y la parte prestataria o el propietario, en su caso, no ampliara la hipoteca a otros bienes suficientes. El deterioro se acreditará mediante certificación de un Perito del Banco contrastada con la de un Perito de la parte deudora si ésta lo solicita en el plazo de cinco días desde que se le notifique el resultado de la prueba, resolviéndose la posible discrepancia entre ambos a través de un Árbitro nombrado de mutuo acuerdo o si en el plazo de diez días no se llega a un acuerdo sobre su designación, resolverá la discrepancia un Árbitro nombrado por el Presidente del Colegio de Arquitectos, cuando se trate de fincas urbanas y en los demás casos, por el Presidente del Colegio de Ingenieros de la especialidad correspondiente a la naturaleza del objeto de la tasación.

7.1.5. Cuando la parte prestataria no aceptara la modificación del tipo de interés, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 de esta cláusula Primera y no amortizara anticipadamente tal y como se establece en dicho apartado.

7.2. Otros supuestos de vencimiento anticipado. También podrá la Entidad acreedora, respecto de cada una de las fincas hipotecadas, dar por vencido anticipadamente este contrato y ejercitar las acciones a que se refiere el apartado primero de esta Cláusula en los siguientes casos:

7.2.1. Cuando se comprobare falseamiento de los datos de la parte deudora en los documentos aportados por ella que sirvan de base a la concesión de los **préstamos** o a la vigencia del mismo en supuestos no incluidos en el anterior apartado 7.1 de esta misma cláusula.

7.2.2. Si la parte deudora solicitase o fuese declarada en situación concursal y concurriera cualquier otra causa de vencimiento anticipado.

7.2.3. Si la parte deudora incumpliera alguna de las obligaciones de este contrato, incluso las accesorias".

La parte actora esgrime la nulidad de la cláusula porque vulnera el principio de proporcionalidad, dado que basta cualquier incumplimiento del prestatario para que el banco pueda dar unilateralmente por vencido el **préstamo**, no sólo de la obligación de pago, sino de cualquier otra obligación. Este motivo lo invoca, principalmente, respecto las causas 7.1.1. y la pérdida del 20% del valor de la finca hipotecada, pero también solicitan la nulidad de los demás apartados.

Si bien es cierto que la declaración de nulidad de esta cláusula tendrá una trascendencia limitada porque la vivienda ha sido objeto de Ejecución Hipotecada, sin que tenga conocimiento del resultado de dicho procedimiento; lo cierto es que aún existe deuda pendiente de pago derivada de este título, y por tanto es posible la declaración de nulidad de las cláusulas contenidas en el mismo.

Sobre esta cláusula ya se ha pronunciado esta Sala en **Sentencia de 25 de noviembre de 2015** (rollo 748/2015) y comienza refiriéndose a la causa prevista en la letra a):

" La STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11) abordó esta cuestión, en la que concretan los parámetros a los que el Juez nacional ha de atender para evaluar el carácter proporcionado, no abusivo, de esta estipulación: " En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la **Abogado** General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del **préstamo** depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del **préstamo**, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del **préstamo** ."

Precisamente, con el fin de incorporar esta doctrina a nuestro ordenamiento positivo en materia de ejecución hipotecaria, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dio nueva redacción al art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil cuyo apartado 2º dice: " Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución ."

Claro está que el pago de las cuotas de amortización constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de **préstamo**, por lo que su incumplimiento, en genérico, recae sobre una prestación esencial.

No obstante, la estipulación no se limita a establecer la facultad exclusivamente para los casos de incumplimiento suficientemente grave con respecto a la duración (480 cuotas) y la cuantía del **préstamo** (222.000 euros).

Simplemente faculta para resolver anticipadamente por el mero impago de un recibo mensual (incluso parcial) sin distinguir si el impago es meramente puntual o es reiterado (o si son impagadas cuotas iniciales o cuotas finales o muy avanzada la vida del **préstamo**).

La falta de discriminación de la cláusula, su genérico contenido sin atender si el incumplimiento es grave en atención a la cuantía y duración del **préstamo**, se advierte como manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, abusivo según lo dispuesto en el artículo 85.4 , 87 y 88 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y en el artículo 3 de la Directiva 93/13 " .

Estos mismos argumentos son trasladables a este caso, pues la redacción de la causa prevista en el inciso 7.1.1. emplea unos términos igualmente genéricos y desproporcionados, considerando que el capital se eleva a 234.055,90 euros y el plazo de devolución es de 35 años (420 cuotas), pues sería suficiente el impago de una sola de las cuotas o el impago de uno solo de los conceptos contenidos en las cuotas para que el banco pudiera dar por resuelto el **préstamo** hipotecario.

Y, efectivamente, ello fue lo que sucedió porque la entidad dio por vencido anticipadamente el **préstamo** por un impago de un número desconocido de cuotas - respecto un plazo de devolución de 420 cuotas-, lo que no se ha acreditado que constituya un incumplimiento grave y reiterado.

Ningún otro argumento plantea la parte demandada por lo que debe revocarse la resolución de instancia.

Y el criterio iniciado por la Sentencia de esta Sala ya reproducida fue corroborado por la **STS de 23 de diciembre de 2015** (ROJ: STS 5618/2015), que respecto la causa a) del vencimiento anticipado, concluyó:

" En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 , sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: «En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la **Abogado** General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del **préstamo** depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del **préstamo**, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del **préstamo**».

3.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del **préstamo**, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

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

4.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable".

Dado que el recurrente no impugna de forma individual cada una de las causas enumeradas en la escritura de **préstamo** hipotecario, puesto que presenta un recurso de forma genérica y se detiene sólo en dos apartados, sólo analizaremos aquellas causas que nos parecen que pueden causar mayor desproporción entre las prestaciones de las partes.

En relación a las demás causas de vencimiento anticipado, si bien respecto causas distintas de las reproducidas en este Fundamento, la mencionada sentencia continúa:

" Ciertamente brilla por su ausencia motivación alguna acerca de la nulidad de estas concretas causas de vencimiento anticipado que se fijan en la escritura. No obstante su carácter abusivo es patente".

Esta misma conclusión se alcanza respecto los demás apartados (principalmente las contenidas en el apartado 1 y las dos últimas del apartado 2), pues de ninguna manera acredita el bando el carácter grave y reiterado de los incumplimientos. De hecho, bastaría el impago de uno cualquiera de los impuestos de carácter preferente a la hipoteca -el Impuesto de Bienes Inmuebles- para que se pudiera dar por vencido la totalidad del **préstamo**; o el incumplimiento de cualquier otra obligación prevista -por ejemplo, impago de una comisión- para que se produjera el mismo vencimiento. Vemos que, en definitiva, la entidad trata de asegurarse que podrá decretar el vencimiento anticipado de la totalidad del **préstamo** por cualquier incumplimiento leve del prestatario, intrascendente, quedando tal circunstancia a su sola voluntad, en vulneración del art. 1256 CC .

En el caso de cualquier incumplimiento, la sentencia ya reproducida afirmaba:

" i) Por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en la cláusula séptima.

La estipulación séptima contiene obligaciones de toda índole, de naturaleza accesoria y no principal en la mayoría de lo que casos, por lo que el vencimiento anticipado referenciado sin discriminación alguna pugna con las elementales reglas de equilibrio entre partes ."

Se corrobora así el criterio manifestado en los párrafos anteriores.

Respecto los motivos incluidos en 7.1.2, 3, 4 segundo párrafo y 7.2.2., se imponen como causas de vencimiento anticipado supuestos que ni siquiera constituyen, en puridad, incumplimientos del **préstamo** hipotecario, pretendiendo la entidad controlar no sólo el bien gravado con la hipoteca, sino la totalidad del patrimonio del prestatario para tratar de satisfacer su deuda.

Así, el hecho de que la finca gravada se deprecie en más del 20% de su valor salvo que amplíen la hipoteca sobre bienes suficientes, si no incumplen su **préstamo** hipotecario, pudiera ser causa de vencimiento de ésta aunque estuviera siendo puntualmente cumplido, algo absolutamente abusivo y desproporcionado. La entidad pretende ir más allá de las obligaciones contractuales contraídas por las partes para llegar a controlar la totalidad del patrimonio de los prestatarios.

La declaración de concurso es un deber legal que tienen los deudores cuando concurren las causas legales para ello (art. 2 y 5 bis LC), sin que ésta circunstancia pueda afectar al **préstamo** hipotecario por el sólo hecho de su declaración, para el caso que el **préstamo** estuviera siendo satisfecho.

Y, en a la imposición de la modificación del tipo de interés, se trata de una cláusula que ha de ser negociada, sin que la negativa a dicha modificación pueda equipararse a incumplimiento del contrato y permita su vencimiento anticipado, pues se estaría permitiendo una clara coacción sobre el consentimiento del consumidor.

Por estos motivos, se estima este motivo de apelación y declaramos la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en la estipulación 7 del **préstamo** originario y vigente también en el **préstamo** novado en virtud de subrogación de la cláusula primera.

QUINTO.- Condición 4ª sobre "comisión por gestión de reclamación de posiciones deudoras"; y condición 5ª sobre "**gastos**" y sobre el consentimiento previo de la entidad para la disposición de la finca hipotecada

Dentro de la condición 4ª del **préstamo** novado, en el apartado de "comisiones", se impone comisión " *por gestión de reclamación para recobro de impagados: se establece una comisión de quince euros, por cada posición deudora vencida, recibo o cuota impagada que presente la cuenta de **préstamo** por cualquier concepto o movimiento contable* " (folio 101).

Dentro de la condición 5ª del **préstamo** originario, en el apartado de "**gastos** y obligaciones **a cargo del prestatario**" se incluyen en el apartado 5.1.4. (folio 56) " *Los **gastos** y costas de los procedimientos judiciales y extrajudiciales que el Banco entable para exigir el pago o el cumplimiento de lo pactado, incluso tercerías de dominio y de mejor derecho, honorarios de Letrado y derechos de **Procurador** que utilizare, aunque no fuera preceptiva su intervención, pudiendo ser anticipadas todas esas cantidades por el Banco a cargo de la parte deudora* ".

En el apartado 5.2. " *Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía* ", como inciso 5.2.5. reza " *La parte deudora no podrá, sin el consentimiento previo del Banco, hipotecar, gravar, vender, arrendar o celebrar cualquier contrato con tercero que transmita a posesión de las fincas hipotecadas* " (folio 58).

En cuanto al primer pacto, considera que es abusivo porque no remunera servicios prestados por el Banco y la finalidad de indemnizar los **gastos** causados por el impago ya se atiende con los intereses de demora.

Respecto los otros incisos, alega que la sentencia de primera instancia no resuelve la cuestión y solicita que se pronuncie la Audiencia.

Acudiendo a la demanda, nos encontramos con que se impugnan de forma genérica estas cláusulas en el Hecho Cuarto y Fundamento de Derecho Tercero; se justifica la nulidad de la cláusula de comisiones en el Fundamento Decimoquinto con base en los arts. 3.1. de la Orden 2899/2011 y 87 TRLGDCU; y la nulidad de los otros dos incisos se apoyan, exclusivamente, en la SAP Pontevedra 106/2013 de 14 de mayo de 2014 y la mención del art. 82 TRLGDCU.

1.- **Gastos** y costas judiciales

En síntesis, ante los mismos motivos de oposición, se ha pronunciado la **STS de 23 de diciembre de 2015** ya mencionada:

" *En cuanto a los **gastos** pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de **procurador** y honorarios de **abogado** contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los **gastos** del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC , para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley , para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.*

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de **abogado** y aranceles de **procurador** de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC , que excluye tales **gastos** de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valer la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente

para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC".

Esta jurisprudencia también ha sido aplicada por la **SAP Pontevedra, Sec. 1ª, 31 de marzo de 2016** (ROJ: SAP PO 493/2016).

Por tanto, procede estimar el recurso de apelación y declarar la nulidad de este inciso.

2.- Comisión por posiciones deudoras.

Esta cuestión ya ha sido resuelta de forma mayoritaria por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, estimando que se trata de una **cláusula abusiva** cuando no responde a un verdadero servicio prestado por la entidad, cuando no se han llevado a cabo efectivas gestiones de cobro y cuando dicha sanción ya queda cubierta por los intereses de demora.

Así, recoge esta doctrina, la **SAP Pontevedra, Sec. 1ª, de 31 de marzo de 2016** (ROJ: SAP PO 493/2016):

" Sobre esta cuestión establece la SAP Gipuzkoa, sección 2ª, 22 mayo 2015 :

El art. 10.1 LGDCU , vigente a la fecha de la suscripción del contrato, dispone que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, deberán cumplir, entre otros, el requisito de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios.

Igualmente, según lo dispuesto en el art. 10.4 LGDCU , serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan dichos requisitos.

La norma tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela dispone en su apartado segundo que "No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales" y en su apartado tercero que "Las comisiones y **gastos** repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o **gastos** habidos".

Por otra parte, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 (págs. 150-151) considera, en relación a la comisión de reclamación de posiciones deudoras, que desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que: a) Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de dicho Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador); y b) Es única en la reclamación de un mismo saldo. Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación.

Sobre la abusividad de la citada cláusula ya se ha pronunciado esta Sala en auto de fecha 22 de abril de 2014 y en reciente sentencia de fecha 16 de marzo de 2015 , declarando esta última: "En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un **abogado** para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la actora pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar.

Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora".

A tenor de lo expuesto, es claro que la cláusula supone imponer al consumidor incumplidor una carga carente de fundamento, encontrándose suficientemente sancionada su conducta incumplidora a través del recargo por intereses de demora, por lo que no cabe sino compartir la conclusión del Juzgador de instancia de declarar nula por abusiva la indicada cláusula.

Si partimos de la necesidad de que las comisiones respondan a servicios realmente prestados, cuyo coste variará en función del tipo de servicio o **gastos** derivados del mismo, no cabe establecer una cantidad fija, incurriendo en una duplicidad inadmisibles por el mismo concepto cuando también se sanciona con la imposición de intereses de demora, situación que comporta el carácter abusivo tanto por la imposición de una indemnización fija y automática, sin ningún criterio de proporcionalidad, como por la fijación de cantidad por servicios no efectivamente prestados o que no cabe considerar ajenos a la mera administración del **préstamo** en lo que a la cantidad fija se refiere.

En esta misma línea pueden citarse la SAP Castellón, sección 3ª, 18 de mayo de 2015, SAP A Coruña, sección 1ª, 18 de mayo de 2015, SAP Asturias, sección 4ª, 29 de septiembre de 2014, o SAP Madrid, sección 12ª, 28 de noviembre de 2013, entre otras".

Por todo lo expuesto, declaramos la nulidad de la cláusula de comisiones por gestiones de impagos y estimamos el recurso de apelación respecto esta cláusula.

3.- Consentimiento de la entidad prestamista para disponer del bien hipotecado.

Ante una cláusula esencialmente idéntica se ha pronunciado la **SAP Pontevedra, Sec. 1ª, de 5 de mayo de 2016** (ROJ: SAP PO 640/2016), que declara:

" Debemos diferenciar la prohibición de arrendar sin consentimiento del acreedor, del resto de negocios que caen bajo la misma prohibición, hipotecar, gravar, vender o cualquier otro negocio que transmita la posesión a terceros de la finca hipotecada.

Tal diferenciación obedece a que sobre el arrendamiento existen normas que justifican, en determinadas circunstancias, la validez y razonabilidad de dicha cláusula. Efectivamente, en una interpretación sistemática del art. 1129 CC en relación con el art. 219 RH, se pone en evidencia que el valor de la finca puede verse disminuido por un arrendamiento (que según la STS 16 diciembre 2009 debe limitarse a los arrendamientos de vivienda) en ocasión o circunstancias que revelen como finalidad primordial del arrendamiento causar la disminución de su valor, y establece a tal efecto una presunción que admite prueba en contrario. Precepto que cita a su vez el art. 117 LH, relativo a la acción de devastación, que permite para esos casos de deterioro y disminución de valor del bien hipotecado, que se prohíba al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño, como podría ser el no arrendamiento gravoso o reductor del valor de la finca.

Pero, desde luego, no puede tomarse por tal cualquier arrendamiento, sino aquel que, según el propio art. 219 RH, en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al seis por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada. Y en esta línea la RDGRN de 28 enero 2008, que admite esta limitación al arrendamiento, no tiene un carácter general sino en determinadas circunstancias, así en su FJ sexto señala que:

(..) respecto de la posible existencia de cargas preferentes no mencionadas en la escritura, es doctrina de este Centro que puede configurarse como causa de vencimiento anticipado del **préstamo** con el apoyo de la previsión legal contenida en el artículo 1129.3 del Código Civil, al ser indudable el eventual quebranto de la garantía establecida; y respecto de la previsión hecha en cuanto a los arrendamientos, es criterio de este mismo Centro que resulta admisible que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieren no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudiera disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contenga, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta, que es precisamente lo prevenido en el apartado 1.6 de la estipulación segunda. Tampoco, por su propia naturaleza, pueden implicar prohibiciones de disponer contrarias al artículo 27 de la Ley Hipotecaria las previsiones de vencimiento anticipado por razón de la existencia de situaciones arrendaticias o posesorias anteriores a la hipoteca y no declaradas en la escritura.

Esta limitación es precisamente al que consta en la cláusula 5.2.2.4 de la escritura del año 2004, y que no es cuestionada. Pero la que es sometida a consideración del tribunal es la que consta, sin ninguna

limitación, en la cláusula 5.2.2.5 de la misma escritura, junto a la prohibición, también genérica y sin limitación o concreción alguna, de la prohibición al prestatario de hipotecar, gravar, vender o arrendar el inmueble sin el consentimiento del prestamista.

Ante esta generalidad y falta de limitación alguna, no sirven los argumentos esgrimidos por la parte apelada que sólo podían justificar su procedencia de una limitación a la facultad de arrendar en los términos expuestos, pero no de una forma total y absoluta.

Esa prohibición o limitación a cualquier negocio que implique la transmisión de la posesión, incluyendo ahora también el arrendamiento en cualquier circunstancia, así como la facultad de hipotecar, gravar o enajenar, es tan genérica y absoluta, e implica una cercenación tan relevante de las facultades que integran el dominio que provoca, en beneficio exclusivo de la prestamista y en perjuicio exclusivo del prestatario, un claro desequilibrio en los derechos del prestatario. Este ve limitadas las facultades fundamentales de su derecho de propiedad, que además le impide prácticamente cualquier explotación económica la misma durante, nada más y nada menos, que casi 38 años. Y ello a fin de salvaguardar el valor económico del bien en beneficio de la prestamista para el caso de que hubiera que proceder a la realización de la hipoteca, cuando en realidad no resultaría prácticamente afectada pues cualquier gravamen o carga, incluyendo el arrendamiento tras la reforma del art. 13.1 LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio, se extinguiría con la realización de la dicha hipoteca".

Compartimos los razonamientos vertidos por la jurisprudencia reproducida en una cláusula similar a la impugnada y estimamos el recurso de apelación respecto esta cláusula.

SEXTO.- Estimación parcial del recurso de apelación. Costas

El recurso de apelación ha sido estimado parcialmente, pues se ha desestimado la impugnación del pacto de afianzamiento pero se ha estimado la impugnación, como cláusulas abusivas, de la cláusula de intereses de demora, de la cláusula de vencimiento anticipado y las cláusulas de comisión de reclamaciones por posiciones deudoras, **gastos** y costas por procedimientos judiciales y la exigencia de consentimiento previo de la entidad para disponer del bien hipotecado; en los términos que han quedado fijados en los Fundamentos anteriores de esta resolución.

La estimación parcial del recurso de apelación conlleva la estimación parcial de la demanda, lo que conlleva que no se haga imposición de las costas en primera instancia ni en esta alzada, en virtud del criterio del vencimiento y de los arts. 394 y 398 LEC .

No se puede entender que concurren dudas de derecho cuando existe una jurisprudencia consolidada en torno a las cláusulas impugnadas.

Todo ello con la devolución del depósito constituido para recurrir, de acuerdo con la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ .

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por la representación de Dª Encarna , Dª Martina , D. Jaime y D. Porfirio contra la Sentencia pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE VALENCIA en fecha 18 de septiembre 2015 , que SE REVOCA, en parte, y se dicta nueva resolución que declara:

1) Se declara la nulidad por abusividad de la cláusula 3ª Tipo de Interés, apartado b), Interés de demora, de la escritura pública de 21 de abril de 2009, acordando la aplicación de los intereses remuneratorios por este concepto;

2) Se declara la nulidad por abusividad de la cláusula 7 del **préstamo** hipotecario de 7 de marzo de 2006;

3) Se declara la nulidad por abusividad de la cláusula 4ª del **préstamo** hipotecario de 21 de abril de 2009, sobre "comisiones" en relación a la comisión " por gestión de reclamación para recobro de impagados "; de la condición 5ª del **préstamo** hipotecario de 7 de marzo de 2006, en el apartado de " **gastos** y obligaciones a cargo del prestatario " respecto el apartado 5.1.4. " Los **gastos** y costas de los procedimientos judiciales y extrajudiciales "; y del apartado 5.2. del mismo título sobre " Obligaciones de la aparte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía ", referido exclusivamente al inciso 5.2.5. que se refiere al requisito del consentimiento previo del Banco para hipotecar, gravar, vender, arrendar el bien hipotecado.



4) Se mantienen el resto de pronunciamientos que no queden afectados por lo aquí resuelto y que se interpretarán de acuerdo con los Fundamentos Jurídicos contenidos en esta sentencia.

Todo ello sin expresa condena en costas en esta alzada ni en la primera instancia.

Se declara la devolución del depósito efectuado para recurrir a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4 LEC , una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así lo acuerdan, manda y firman los Ilustrísimos Sres. Magistrados de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ