

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

**SECCION CATORCE
ROLLO N. 152/2014**

D^a. [REDACTED], Secretaria de la Sección
Catorce de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona,

C E R T I F I C A : Que en esta Sección se tramita APELACIÓN
bajo el número de Rollo de las menciones del margen, en virtud de
recurso interpuesto en PIEZA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN N^o.
465/2011, promovido ante el
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 4 CERDANYOLA DEL VALLÈS por
BBVA contra [REDACTED] y en el que se ha dictado la
siguiente resolución, que es firme:

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

SECCION CATORCE

ROLLO 152/2014

**(PIEZA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN) NÚM. 465/2011
JUZGADO DE 1^a INSTANCIA NÚM. 4 DE CERDANYOLA DEL VALLÈS**

A U T O N^o 216/2014

ILMOS. SRES.:

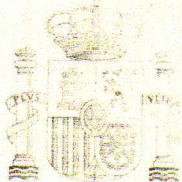
PRESIDENTE

D. [REDACTED]

MAGISTRADAS

D^a. [REDACTED]

D^a. [REDACTED]



En Barcelona, a dieciseis de septiembre de dos mil catorce

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de hecho del Auto dictado el 21/10/2013 por la Iltrma. Sra. Magistrada Juez, del Juzgado Primera Instancia 4 Cerdanyola del Vallès, en los autos de Pieza de oposición a la ejecución núm. 465/2011 promovidos por BBVA contra [REDACTED], siendo la parte dispositiva del auto apelado del tenor literal siguiente: "DEBO DECLARAR Y DECLARO ABUSIVAS las cláusulas tercera bis h y sexta bis, de vencimiento anticipado y cláusula suelo, insertas en la escritura pública que sirve de base a la presente ejecución hipotecaria, TENIÉNDOLAS en consecuencia, POR NO INCLUIDAS en la misma, y debiendo seguir la ejecución adelante, si bien minorada en la cantidad correspondiente a la inaplicación.

Notifíquese la presente resolución a las partes, requiriendo al tiempo a la entidad bancaria a fin de que aporte liquidación consecuenta a la inaplicación de la cláusula tercera bis H de la escritura".

Y la parte dispositiva del Auto aclaratorio de fecha 21 de noviembre de 2013 es del tenor literal siguiente: "Que DEBO ACORDAR Y ACUERDO, COMPLEMENTAR LA PARTE DISPOSITIVA DEL AUTO DICTADO CON FECHA 21 DE OCTUBRE DE 2013 en sede del proceso arriba referenciado, integrando en su contenido los siguientes párrafos:

"En sede de costas, con base en el art. 394 LEC, se imponen a la parte ejecutante. Por lo que respecta al requerimiento a la entidad bancaria para aportar a este Juzgado nueva liquidación consecuenta a la inaplicación de las cláusulas abusivas, dada la nulidad de la cláusula, no podrán tomarse en consideración ni aplicarse en ningún lapso temporal de vigencia del préstamo".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra el anterior auto por BBVA, se admitió el mismo en ambos efectos, siendo elevados los autos originales a esta Audiencia, y seguidos los demás trámites procesales, tuvo lugar la deliberación de la presente apelación el día 22/05/2014. En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente la Iltrma. Sra. D^a. [REDACTED]
Magistrada de esta Sección Catorce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad bancaria, actora, apela el auto de 21 de octubre de 2013, por el que se declaran nulas, por abusivas, las cláusulas de vencimiento anticipado y la cláusula suelo del préstamo hipotecario y ordena seguir adelante la ejecución adecuándola a la inaplicación de las mismas. Apela, también, por la imposición de las costas.

Se alega en el recurso de apelación que no cabe declarar nula la cláusula de



vencimiento anticipado por cuanto se ha instado la demanda cuando estaban impagadas seis cuotas. Alega que el demandado entregó las llaves de la vivienda, por lo cual no queda acreditado que sea la vivienda habitual. Respecto a la cláusula suelo alega que se pactó con total transparencia. Alega que no cabe retrotraer la nulidad de la cláusula más allá del 9 de mayo de 2013, puesto que no se ha aplicado la cláusula desde dicha fecha y que no se solicitó por el demandado, que se aplicara con efectos retroactivos. Sostiene que no procede imponer las costas porque no se ha estimado íntegramente la oposición a la demanda.

SEGUNDO.- Respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, esta Sala ya se ha pronunciado en el sentido de no declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado cuando, conforme a la actual Ley 1/13 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que reforma el artículo 693 de la LEC, se insta la demanda cuando se acrediten más de tres cuotas impagadas.

En el auto de 30 de mayo de 2014, ~~rollo~~ apelación 744/13, ~~o~~ de Rollo apelación 26/14, se ha indicado que:

"Si bien del redactado del apartado 2º antes citado, se puede deducir que a partir de la entrada en vigor de la Ley en la formalización de la hipoteca se deberá contemplar en la cláusula de vencimiento anticipado al menos tres cuotas o más a convenir con el solicitante del préstamo hipotecario. Esta prevención no puede afectar a las hipotecas contratadas antes de la entrada en vigor de la norma, toda vez que, como bien expone la parte apelante, no cabe aplicar con efectos retroactivos la abusividad de la cláusula al afectar al título mismo. Ello no sólo porque la ley no lo establece, tal como se desprende de las Disposiciones Transitorias, y por estar proscrito en nuestro ordenamiento (art. 2 del CC). Sólo cabría declarar abusiva la cláusula si la parte hace uso del vencimiento anticipado conforme a la misma, en otro supuesto supone una renuncia del derecho que en su día le asistía. En definitiva no puede sostenerse que el título constitutivo, que es el que confiere a la parte acreedora para acudir al cauce del procedimiento hipotecario por haber insertado una cláusula que, conforme a la actual doctrina y normativa es, ahora, nula, cuando no se hace uso (privilegiado) de la misma ateniéndose a la actual normativa, en caso contrario se quebraría con el derecho a acudir a este cauce hipotecario.

Ahora bien, también es conocedora, la Sala, de la sentencia dictada por el TJUE con posterioridad a la entrada en vigor de la repetida ley, de 14 de noviembre de 2013 (c-116/13), que establece en su parte dispositiva que:

"El artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 93/13 y los puntos 1, letras e) y g), y 2, letra a), de su anexo deben interpretarse en el sentido de que, con el fin de examinar el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario, como la controvertida en el litigio principal, reviste en particular una importancia esencial:

- la cuestión de si la facultad del profesional de resolver unilateralmente el contrato depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que reviste carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate;
- la cuestión de si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo;
- la cuestión de si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que resulte más



difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa; y

- la cuestión de 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 de la resolución unilateral de préstamo.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente realizar esta apreciación en función de todas las circunstancias que concurran en el litigio del que conoce".

A tenor de esta sentencia aparentemente se abre, a partir de su publicación un nuevo escenario por el cual, podrán los tribunales valorar todas las circunstancias concurrentes para determinar el alcance del incumplimiento, de manera que se podría concluir que, a tenor de cada caso concreto, la convicción de que este período mínimo que establece el actual artículo 693 de la LEC, también resulta insuficiente para despachar ejecución.

Al efecto, en la actualidad, se han planteado nuevas cuestiones sobre esta cuestión, ante el TJUE, en las que se plantea la desproporción entre las cuotas impagadas y el largo tiempo que se han pactado para la devolución del préstamo.

En definitiva se plantean dudas sobre este plazo mínimo establecido por la norma, cuando puedan concurrir otras circunstancias que conlleven una situación de desequilibrio para el consumidor.

Sin embargo, todo ello, no cabe, ahora, la inadmisión de la demanda a trámite, pues, como ya se ha expuesto, no se puede aplicar con carácter retroactivo la nulidad del título, en tanto no se resuelva la cuestión, por lo cual cumplida la prevención del artículo 693 de la LEC, ha de darse curso a la demanda".

En conclusión ha de ser estimado el recurso de apelación en cuanto a la citada cláusula.

TERCERO.- También la Sala se ha pronunciado sobre la cláusula suelo, concluyendo en que la misma es nula por abusiva.

Destacan los autos de 9 de mayo de 2014, rollos apelación 809/13 y 821/13, así como auto de 12 de junio de 2014, rollo apelación 78/14, o el más reciente de rollo apelación 134/14.

Se transcriben literalmente los razonamientos del citado auto de 2014.

"Según la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, los requisitos exigidos para que una cláusula tenga la consideración de condición general, según recoge la Sentencia son: "a) Contractualidad: Se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva 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, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión; c) Imposición: su incorporación al contrato deber ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse" (parágrafo 137). Siendo irrelevante: 1) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y 2) Que el adherente sea un profesional o un



consumidor(138).

Extrapolado lo anterior al supuesto sometido a control hoy en alzada, ha de concluirse que la cláusula suelo/techo declarada nula por abusiva, es una condición general, redactada por la propia entidad apelante, destinada a ser incorporada a una generalidad de préstamos hipotecarios como el de autos, y no negociada individualmente.

Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre - razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección.

Y reiteramos, que en el caso concreto, dicha negociación, y carga económica asumida, no fue acreditada por la ejecutante.

Por tanto, hemos de concluir que la cláusula suelo es una condición general de la contratación que ha sido impuesta por la entidad crediticia a modo de "oferta irrevocable" por lo que puede entrarse en el análisis de su abusividad.

Efectivamente, el TS también señala que las cláusulas suelo deben superar el control de inclusión en el contrato (cómo se incorporan al contrato y si son claras) y además el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores (qué información se le dio al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación, para determinar si era o no consciente de las consecuencias económicas y jurídicas de la inclusión de la cláusula en el contrato).

En resumen: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente; b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de "su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

Para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes, el alto tribunal, enumera una serie de parámetros a tener en cuenta (parágrafo 225):

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

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

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

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

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



consumidor".

Finalmente, para que una cláusula no negociada sea abusiva es necesario que sea contraria a la buena fe y suponga un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

Por tanto, la cláusula suelo será abusiva cuando suponga un desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos. Como ocurre en el supuesto examinado".

Respecto al carácter retroactivo también se ha pronunciado esta Sala en Auto de fecha 12 de junio de 2014, rollo apelación 193/14, en el sentido de ser de aplicación, debiéndose proceder a efectuar una nueva liquidación.

Se indica en la citada resolución que:

"Así en esta Audiencia Provincial de Barcelona, destaca la Sentencia de la Sección XV, dictada el 16/12/2013 y señala que: "La STS de referència constant, de 9 de maig de 2013, en l'apartat 283, recorda que, com a regla, en el nostre sistema, la ineficàcia dels contractes -o d'alguna de les clàusules, si el contracte subsisteix- exigeix destruir-ne les conseqüències i esborrar-ne els rastres com si no haguessin existit i evitar així que en derivin efectes, d'acord amb la regla clàssica *quod nullum est nullum effectum producit* (allò que és nul no produeix cap efecte). Ho disposa així l'article 1303 del Codi civil (declarada la nul.litat d'una obligació, els contractants han de restituir-se recíprocament les coses que haguessin estat matèria del contracte, amb els fruits, i el preu amb els interessos salvant el que es disposa en els articles següents). Atès, però, el conjunt de circumstàncies d'aquell litigi que resol, el TS declara la irretroactivitat de la sentència dictada.

En el cas en examen, considerem que, tal com demanava l'actor Sr. [REDACTED], ha de ser aplicada la regla general segons la qual, la decisió judicial que declara abusiva una clàusula determinada ha de retrotraure els efectes al moment de la conclusió del contracte (efectes *ex tunc*). La naturalesa d'aquest litigi (acció de nul.litat instada per un consumidor en relació amb un contracte individualitzat) difereix de la del judici decidit per la STS de 9 de maig de 2013 (acció col.lectiva de cessació). Ni aquest procés queda afectat per l'efecte de cosa jutjada material de la STS ni les circumstàncies del nostre cas s'identifiquen amb les d'aquell (singularment la tinguda en compte en l'apartat 293,k: el risc de trastorns greus amb transcendència a l'ordre públic econòmic).

En conseqüència, estimarem també la pretensió formulada pel demandant, de condemna de l'entitat demandada a la devolució de l'excés percebut com a conseqüència de l'aplicació de la clàusula declarada nul.la, amb els interessos corresponents".

Consideramos que la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013, no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (para que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos y no por otro motivo, siendo siempre una solución excepcional a la regla general del 1303 CC, puesto que estamos ante un incidente individual de un particular que ya se encuentra en fase de ejecución del préstamo hipotecario, por lo que no hay razones de seguridad jurídica, ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad".



Si bien la liquidación se efectuará a partir de la fecha en que haya sido objeto de aplicación, siendo cierto que el interés legal del dinero era de un 4% al año 2011, de suerte que, en el momento procesal oportuno, presentada la liquidación se determinará el importe de las cuotas devengadas hasta la terminación del préstamo, sin la aplicación de la misma.

Por último, el hecho de que se hayan entregado las llaves de la vivienda es irrelevante, toda vez que nada impide la entrega de llaves, de forma que no desvirtúa la presunción de que se trataba de la vivienda habitual.

CUARTO.- Por último la petición de la no imposición de las costas ha de prosperar, pues si bien, se estima la demanda conforme a la petición subsidiaria, por lo que no estamos ante una estimación parcial de la demanda, también lo es que las cuestiones planteadas en este incidente extraordinario no son a fecha actual pacíficas entre las Audiencias Provinciales, por lo cual la existencia de dudas de derecho, conlleva la aplicación del apartado 1, último inciso, del artículo 394, que es de aplicación a ambas instancias (art. 398 de la LEC).

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BBVA, contra el Auto dictado en fecha 21 de octubre de 2013 (Auto de aclaración de fecha 21 de noviembre de 2013) por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Cerdanyola del Vallès, en los autos de los que el presente rollo dimana y en consecuencia, CONFIRMAMOS íntegramente el mismo, sin expresa imposición de costas de las causadas en ambas instancias a ninguna de las partes.

Se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir. Esta resolución es firme ya que no cabe recurso alguno contra la misma en la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio del amparo constitucional. Una vez se haya notificado esta resolución, los autos se devolverán al juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Así concurda con su original al que en todo caso me remito.

Y para que conste y a los efectos oportunos expido la presente en Barcelona, a diez de octubre de dos mil catorce.

LA SECRETARIA JUDICIAL

