



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO 1 DE BARCELONA**

Ejecución hipotecaria nº 418/2012
Incidente de oposición

AUTO

En Barcelona, a 31 de mayo de 2013

HECHOS

PRIMERO.- UNNIM BANC, S.A. UNIPERSONAL presentó escrito de demanda de ejecución hipotecaria contra [REDACTED] y [REDACTED] basada en escritura pública de crédito garantizado con hipoteca que grava la vivienda de los ejecutados.

SEGUNDO.- Se despachó la ejecución por auto de 2 de abril de 2012 por 417.623,26 euros de principal y 119.060,65 euros por intereses y costas de la ejecución, sin perjuicio de ulterior liquidación.

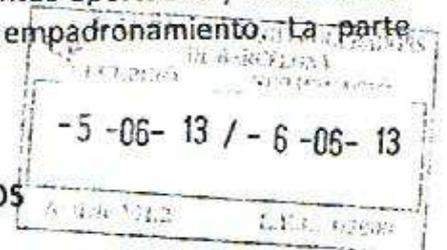
TERCERO.- Notificada y requerida de pago la parte ejecutada, ésta ha formulado oposición alegando la posible nulidad, por abusivas, de las cláusulas de interés de demora, de vencimiento anticipado y de limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés remuneratorio (cláusula suelo), así como las que de oficio considere oportuno el juzgado. La parte ejecutante impugna la oposición.

CUARTO.- Se ha citado a las partes a la vista de oposición el día 23 de mayo de 2013, en la que han comparecido los ejecutados oponentes personalmente y por medio de su representación procesal. Ambas partes se han ratificado en sus escritos.

QUINTO.- La parte oponente ha propuesto los documentos aportados y documental aportada en el acto, consistente en certificado de empadronamiento. La parte ejecutante ha propuesto los documentos aportados.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Régimen procesal. En cuanto a la posibilidad procesal, en sede de ejecución hipotecaria, de examinar la nulidad de cláusulas contractuales abusivas, hay que diferenciar entre su posible alegación por la parte ejecutada o su posible apreciación de oficio por el tribunal:





A) Alegación de parte (art. 695 Ley de enjuiciamiento civil, en adelante LEC): en los procedimientos de ejecución hipotecaria podrá alegarse como causa de oposición *"4.ª El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. De estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva"*.

B) Apreciación de oficio (art. 552.1 LEC, aplicable a la ejecución hipotecaria por la remisión del art. 681 LEC): *"cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 [títulos ejecutivos no judiciales] pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª"*, según el cual *"cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas"*.

SEGUNDO.- Cláusulas cuya nulidad se interesa. La presente ejecución hipotecaria se basa en la garantía hipotecaria inscrita y constituida sobre un bien inmueble constitutivo de vivienda de los ejecutados en garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas del crédito de 450.000 euros suscrito entre las partes el 29 de junio de 2004. Respecto de este contrato de crédito la parte ejecutada interesa la posible nulidad por abusivas de las siguientes cláusulas:

- A) Interés de demora** (cláusula sexta): *"en caso de no satisfacerse, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del crédito, incluso las nacidas por causa de vencimiento anticipado, las sumas adeudadas, (...) producirán intereses de demora desde el día siguiente, inclusive, a aquél en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago. El tipo de interés a aplicar en concepto de demora será de 8,50 puntos sobre el interés aplicable en cada momento"*.
- B) Vencimiento anticipado** (cláusula sexta bis): *"la presente operación se considerará vencida y consiguientemente resuelta y la Caja podrá ejercitar acciones de todo tipo, incluso judiciales y de ejecución que corresponda, frente a la parte acreditada y podrá reclamar las cantidades adeudadas, tanto vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, incluso los de demora, entre otros, en caso de falta de pago de una cuota cualquiera de amortización de capital y/o devengo de intereses"*.
- C) Cláusula "suelo" o de limitación de la variabilidad a la baja del tipo de interés nominal o remuneratorio** (cláusula tercera bis): *"el tipo de interés nominal anual aplicable en cada periodo de interés resultará de la adición del diferencial al índice*



de referencia, el Euribor a un año. El diferencial para la primera disposición del límite del crédito es de 1,25 puntos y para las restantes disposiciones de 2,50 puntos. Como límite de variabilidad de intereses, se establece que el tipo de interés ordinario aplicable al crédito que resulte de las cláusulas de revisión del tipo de interés convenidas en la escritura, no podrá ser, en ningún caso, inferior al 3,25% nominal anual ni superior al 12% nominal anual".

TERCERO.- Normativa aplicable: Ley 26/1984, de 19 de julio (versión vigente a 29 de junio de 2004). El préstamo o crédito hipotecario aportado con la demanda, dada su tipología, objeto (adquisición financiada de una vivienda) y partes contratantes (entidad prestadora del dinero y consumidor), se enmarca en el ámbito de la contratación de consumo, lo que determina la aplicación de la normativa especial de consumo, tanto la comunitaria como la estatal. En concreto, la Directiva 93/13/CEE el 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva), y el 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 y otras leyes complementarias (en adelante RDL 1/2007). Ello no obstante, el crédito fue suscrito entre las partes el 29 de junio de 2004, por lo que no es de aplicación temporal el Real Decreto Legislativo 1/2007. En efecto, éste derogó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los consumidores y usuarios (en adelante, LGCyU), con efectos de 31 de noviembre de 2007. Dada la fecha del contrato, 2004, es de aplicación la LGCyU, de la que cabe destacar los siguientes preceptos, en su redacción vigente a 29 de junio de 2004 (en concreto, la versión vigente de 11 de septiembre de 2003 a 31 de agosto de 2004):

Art. 10: «Las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa.
- 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.

Art. 10 bis: "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su



celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. 2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1 CC. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato”.

Disposición adicional Primera: “a los efectos previstos en el art. 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

2ª: La reserva a favor del profesional de facultades de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

3ª: La imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones”.

CUARTO.- Criterios jurisprudenciales para apreciar la abusividad de una cláusula.
Dada la fecha del contrato, 2004, y de la Directiva, 1993, es de interés analizar la jurisprudencia comunitaria elaborada en su interpretación en cuanto a los criterios que deben tenerse en cuenta al analizar la abusividad de una determinada cláusula. Podemos distinguir entre los criterios generales (relevantes en principio respecto de todas las cláusulas) y los particulares o específicos para cada una de las cláusulas (vencimiento anticipado, interés de demora o límite de variabilidad del interés remuneratorio), precisamente en función de su propia naturaleza y características. Para los criterios generales y los criterios particulares relativos a la cláusula de vencimiento anticipado (en adelante, VA) e interés de demora, podemos acudir a la reciente STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), que se limita a fijar una serie de “indicaciones”, puesto que, en coherencia con la propia naturaleza de la función prejudicial de dicho tribunal, corresponde al juez nacional apreciar el concreto carácter abusivo de una cláusula. Por otro lado, para los criterios relevantes en cuanto a la cláusula de limitación de la variabilidad de los intereses remuneratorios (en adelante, cláusula suelo), acudiremos a la igualmente reciente STS, del Pleno de la Sala Primera, de 9 de mayo de 2013. En primer lugar se referirán los criterios generales y a continuación se analizará la posible nulidad de cada una de las tres cláusulas, en función de tales criterios generales y los particulares que le sean propios.



QUINTO.- Criterios generales. Pues bien, con carácter general, para cualquier cláusula incluida en un contrato de consumo y no negociada individualmente, habrá que tener en cuenta:

- La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato.
- Todas las circunstancias que concurran en su celebración.
- Respecto de los parámetros de la "buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato", la Directiva únicamente fija los conceptos abstractos, por lo que habrá que atender a "las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido", mediante un "análisis comparativo" con el que podrá valorarse "si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente".
- Medios de los que dispone el consumidor "con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas".
- Para constatar si se han respetado las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar "si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".
- Advierte de nuevo el TJUE que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

SEXTO.- Intereses de demora: naturaleza jurídica y criterios no aplicables. La cuestión de los intereses de demora en préstamos o créditos hipotecarios presenta una especial complejidad dada la variedad de normativas potencialmente aplicables e igualmente la variedad de criterios jurisprudenciales existentes en la materia, en muchos casos contradictorios. Es por ello que conviene efectuar una primera delimitación negativa de los parámetros que no deben tenerse en cuenta, para posteriormente precisar cuáles son los criterios a los que sí habrá que acudir. Así, para apreciar el posible carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora, no son de aplicación ni constituyen un parámetro principal de referencia:

- La Ley de 23 de julio de 1.908, de Represión de la Usura, al referirse esta ley al interés remuneratorio y no al de demora. Hay que diferenciar entre los intereses remuneratorios (que, según el art. 1755 CC, deben estar previstos en el contrato, ya que, en caso contrario, se trataría de un préstamo gratuito) y los intereses moratorios o de demora, a los que es de aplicación el art. 1.106 CC, al



consistir en el perjuicio indemnizable del cumplimiento tardío de la obligación de pago. Según el art. 1108 CC, en caso de obligaciones de pago, este perjuicio se fija directamente, sin necesidad de prueba especial, en el abono del interés pactado o, en otro caso, del legal. Aunque suele atribuirse a los intereses de demora una cierta nota de pena o sanción, este componente no les es tan evidente o inherente, por lo que puede discutirse la posibilidad de acudir a la facultad moderadora del art. 1154 CC, cuestión en la que se entrará más adelante (veremos que, incluso considerándolos como pena contractual, no es viable la moderación, según la STJUE de 14 de junio de 2012 e incluso la STJUE de 30 de mayo de 2013).

- Tampoco es directamente aplicable el criterio de las 2,5 veces el importe del interés legal del art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, al referirse dicha disposición a los descubiertos en cuenta corriente, que no pueden equipararse a los intereses moratorios de un contrato de préstamo o crédito. Asimismo, tratándose ésta de una norma especial (como consecuencia de la específica naturaleza de los descubiertos en cuenta corriente), no parece que deba ser aplicada de modo extensivo o analógico.
- Tampoco es de aplicación el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (el denominado Código de Buenas Prácticas Bancarias, según la modificación dada por la Ley 1/2013, de 15 de mayo), que prevé que *«en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable (...) será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo»*, puesto que prevé expresamente en el siguiente apartado que *«esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley.»* Pues bien, al contrato objeto de la presente ejecución no le es de aplicación esta norma.
- Tampoco es de aplicación el art. 576 LEC, según el cual *«desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley»*. En efecto, la acción ejecutiva hipotecaria no se fundamenta en una sentencia o resolución de condena al pago de una cantidad, sino en un contrato garantizado, elevado a público y que ha accedido al registro, pero en el que no se contiene ninguna condena de pago, que ni siquiera está presente en el auto despachando la ejecución hipotecaria, que se limita a requerir de pago. De hecho, la explicación del interés legal especial, más elevado (en dos puntos), del art. 576



LEC debemos hallarla precisamente en el hecho de haberse tramitado previamente un proceso declarativo o de otra naturaleza en el que, tras el examen de las alegaciones, documentos y pruebas correspondientes, se emite una resolución expresa de condena, tras la cual (*"desde que fuere dictada en primera instancia"*), e incluso a pesar de ella, se produce (o se mantiene) el incumplimiento de la obligación de pago, lo que merece un reproche legal especial. Por el contrario, ninguno de los presupuestos indicados se da en una ejecución hipotecaria, por lo que ningún efecto debe tener este interés de demora especial, ni siquiera como parámetro de referencia para valorar la posible abusividad del interés pactado.

SÉPTIMO.- Criterios relevantes. Una vez excluidos los criterios que no son relevantes, analizaremos a continuación los criterios, tanto generales como particulares, a los que sí debe acudir de modo prioritario para apreciar la eventual nulidad de la cláusula de interés de demora (de nuevo, siguiendo principalmente la STJUE de 14 Junio de 2013):

- **Parámetro principal:** hay que ponderar si el tipo contractual no se limita a ser adecuado para garantizar la realización de los objetivos propios de una cláusula de intereses de demora (sufragar los perjuicios razonablemente derivados del impago) y si va más allá de lo necesario para alcanzarlos, al fijar un efecto económico desproporcionado.
- **Tipo contractual:** en el presente caso el tipo de demora fijado en el contrato es de 8,50 puntos sobre el interés remuneratorio aplicable en cada momento, que es, a su vez, variable, resultante de la adición del diferencial de 1,25 ó 2,50 al índice de referencia, el Euribor a un año, con la particularidad del límite de variabilidad de intereses o cláusula suelo (3,25% como límite inferior y 12% como límite superior). Si constatamos, como hecho notorio, que el Euribor a un año estuvo aproximadamente en un 2% en 2004 y ascendió hasta más de un 5% a finales de 2008, para descender a continuación a más del 1% hasta subir al 2% en 2011 y volver a bajar posteriormente, vemos que al porcentaje más alto (5%), se le sumaría el diferencial del 2,5% y otros 8,5%, por un total aproximado de 15,50%. Si acudimos a la fecha concreta del incumplimiento y del vencimiento anticipado, vemos que en la liquidación de 27 de febrero de 2012 se aplica un interés de demora del 11,836%, lo que se corresponde en efecto con un Euribor aproximado del 1% en 2012, al que se le suman los 2,5% del diferencial y los 8,5% suplementarios.
- **Régimen legal supletorio:** de no haberse pactado un interés de demora en el contrato, sería de aplicación el interés legal. Así se desprende del art. 1108 CC (*"si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor*



incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, el interés legal¹¹). Para obtener el interés legal, debemos acudir a la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, según la cual el interés legal del dinero se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de modo que "cualquiera que sea la naturaleza del acto o contrato de que se derive la obligación, el interés que, salvo estipulación en contrario, deberá pagarse por el deudor constituido legítimamente en mora [...], será el determinado conforme a lo previsto en el artículo anterior".

- Así pues, de no haberse incluido en el contrato la cláusula de intereses de demora, sería de aplicación el tipo de interés legal, que ha oscilado, en las diferentes Leyes de Presupuestos Generales, desde el 3,75% en 2004, el 4% en 2005 y 2006, el 5% en 2007, el 5,5% en 2008 y 2009 y el 4% desde 2010 hasta 2013. Vemos con ello, comparando el interés legal con el pactado, un claro perjuicio para el consumidor en caso de aplicarse la cláusula contractual en vez del régimen legal supletorio.
- Máximo legal imperativo (art. 114 LH): distinto del régimen legal supletorio es el máximo legal imperativo previsto para el tipo de interés de demora en préstamos y créditos hipotecarios concedidos para adquisición de vivienda. Según el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946 (según la modificación dada por la Ley 1/2013, de 15 de mayo), «*los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero*». En efecto, aunque se trata de una previsión normativa imperativa con pretensión de incidir en las contrataciones futuras, podemos plantearnos una hipotética aplicación al presente caso, puesto que, según la DT2ª, se reconocen efectos retroactivos a esta reforma ("*la limitación de los intereses de demora será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos*"). Ello no obstante, se trata meramente de un límite o máximo legal (fijado precisamente en referencia al tipo legal ordinario), no de un tipo legal fijo o estable en sentido estricto. Incluso prevé la DT2ª, respecto de los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de la Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, que "*el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior*". De la interpretación de esta disposición debemos concluir que se está refiriendo el legislador a los supuestos en los que, por un lado, el tipo de demora pactado supera el máximo legal indicado y, por el otro, no se ha declarado por el juez la nulidad de la cláusula de intereses de demora. Ello debe ser así tanto en una interpretación literal como sistemática:



Únicamente puede decretar la nulidad de la cláusula el juez (art. 117 CE) y el traslado de la DT2ª es imperativo, por el Secretario Judicial y sin intervención del juez, ni previa ni posterior. En definitiva, incluso si se entendiera conveniente el traslado posterior al juez para el dictado del auto correspondiente fijando el importe de la ejecución (sobre la base del art. 551 LEC), se trata de una previsión, la de la DT2ª, dirigida al Secretario Judicial para el supuesto en el que, superándose el máximo legal, no se haya declarado la nulidad de la cláusula, ya sea de oficio o a instancia de parte, por lo que, en todo caso, y de modo imperativo, debe ajustarse el importe liquidado a dicho máximo. Por el contrario, en caso de apreciarse la nulidad por el juez (según los variados criterios legales y jurisprudenciales existentes en la materia, que no se limitan lógicamente a una consideración automática y exclusiva del máximo legal del art. 114 LH), el efecto no será el recálculo de la DT2ª, sino lógicamente el que establezca el propio juez en su resolución, en función de si considera aplicable el interés legal (el referido en la Ley 24/1984, de 29 de junio) o ningún interés (por considerar que en tal caso se estaría moderando la cláusula, en contra de la STJUE de 14 de junio de 2013). Por último y con independencia de todo lo indicado, ello no excluye que, lógicamente, el máximo legal del art. 114 LH integra un criterio ponderativo más, concurrente con los demás, del posible carácter abusivo de los intereses de demora pactados, especialmente para el caso de que éstos no lo superen, como es el presente caso.

- **Inexistencia de nulidad:** Por todo ello, sin perjuicio de la complejidad de la cláusula que fija el tipo de demora, lo cierto es que se ha acabado aplicando un 11,836%, que si bien es sustancialmente superior al interés legal, no puede calificarse como abusivamente desproporcionado, tanto si lo contrastamos con el interés remuneratorio como, especialmente, si constatamos que no supera tampoco el límite o máximo legal del art. 114 LH, que actualmente se halla en el 12%. Por ello no se aprecia la nulidad de la cláusula de intereses de demora en cuanto al tipo fijado.

OCTAVO.- Vencimiento anticipado: régimen legal. Prevé el art. 693.2 LEC ("Vencimiento anticipado de deudas a plazos", en sede de ejecución hipotecaria y en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 15 de mayo) que «*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*». Este punto de la reforma no tiene efectos retroactivos, por lo que debemos acudir a la redacción vigente al tiempo del vencimiento anticipado (27 de febrero de 2012) y de la presentación de la demanda ejecutiva (21 de marzo de 2012), que era la misma sin la exigencia de que el



incumplimiento fuera el equivalente a tres meses. Esto es, no se establecía ningún mínimo temporal en el incumplimiento de la obligación de pago («en caso de falta de pago de alguno de los plazos»), en perfecta correspondencia con los términos de la cláusula objeto del presente proceso y, de hecho, con los de la mayoría de las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en los préstamos y créditos hipotecarios otorgados en España en los últimos años. Es de aplicación así pues la segunda redacción. De hecho, el mínimo de tres meses impagados, sin perjuicio de no ser de aplicación temporal al presente proceso, integra más bien un requisito procesal de viabilidad para el despacho de las ejecuciones hipotecarias posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 15 de mayo (tanto si se ejercita la cláusula de vencimiento anticipado como si meramente se reclaman los plazos vencidos e impagados, según el art. 693.1 LEC). Este requisito, por sí mismo, incluso respecto de los procesos a los que sea de aplicación (los futuros), no agota la cuestión de la posible nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. En otras palabras, la cuestión de la nulidad dependerá de la normativa de consumo que sea de aplicación y de los criterios jurisprudenciales fijados en esta materia (a los que a continuación se hará referencia), sin que la mera previsión de un presupuesto procesal de viabilidad de la acción ejecutiva excluya la necesidad de abordar el análisis. Ello no excluye lógicamente tener en cuenta el criterio legal (de exigencia mínima de tres incumplimientos) como un punto de referencia al valorar la cláusula o la conducta contractual de la parte ejecutante al ejercitar dicha cláusula, pero por sí mismo no genera un efecto automático o excluyente del necesario análisis de la posible abusividad. En definitiva, hay que acudir a los criterios jurisprudenciales elaborados en la materia, que son analizados a continuación.

NOVENO.- Estado jurisprudencial de la cuestión: TS. Pues bien, la STS, Civil sección 1 del 27 de Marzo del 1999, apreció la nulidad de las cláusulas de VA y se preguntaba «si estas condiciones son aceptables. El art. 1255 del C. civil consagra en nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes. Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes. Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del art. 6 del Código Civil; (...) constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios (...). Entronizando esta condición se puede abortar anticipadamente la biología del préstamo garantizado. Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, éste tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido». Ello no obstante, esta desacostumbrada línea jurisprudencial ha sido revertida por resoluciones posteriores. Así, ha sostenido en varias ocasiones el TS la validez de este tipo de cláusulas, como se desprende de las STS de 12/12/2008, 4/6/2008, 2/1/2006 ó



572/2005. Según la primera, "no cabe tener en cuenta la sentencia de 27 de Marzo del 1999 como integrante de doctrina jurisprudencial, dado que manifiesta un criterio aislado y sin continuidad en esta Sala (...). En el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor [no está obligado] a esperar el transcurso del plazo convenido cualquiera que sea su duración para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, debido a que ninguno de estos preceptos excluye la factibilidad de que, como consecuencia de pacto entre las partes, se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, cuya legalidad tiene cobijo en el artículo 1255 del Código Civil, que permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público". Así, según el TS, aunque no hayan vencido todos los plazos, ante la crisis derivada del impago por el deudor, el acreedor no tiene que esperar y puede reclamar todo el importe de los vencimientos futuros, si se ha estipulado la cláusula de vencimiento anticipado.

DÉCIMO.- TJUE. Ello no obstante, del mismo modo que ha evolucionado la jurisprudencia del TS también evoluciona o se consolida la del TJUE, a la que igualmente deben acudir los tribunales de los Estados Miembros de la UE al interpretar su propio ordenamiento a la luz del comunitario, en este caso el de consumo. Así, la reciente STJUE de 14 de marzo de 2013 fija unos parámetros específicos para valorar si este tipo de cláusulas en contratos de consumo pueden ser nulas. Por el solo hecho de fijar el TJUE una serie de parámetros a tal fin, admite la posibilidad misma de la eventual nulidad de estas cláusulas (lo que deberá ser analizado por el juez nacional), a diferencia del TS que las considera válidas en todo caso y en cualquier circunstancia, aunque se trate de préstamos de 30 ó 40 años para adquisición de vivienda. Asimismo, el debate no estriba, como veremos, en si el acreedor tiene que esperar al transcurso de todos y cada uno de los plazos pactados para reclamar todas las cuotas pactadas, sino estrictamente en las condiciones que le puedan permitir acudir al VA, en función de la gravedad y carácter esencial del incumplimiento. Si se dan las mismas, podrá beneficiarse de los efectos del VA, pero no en caso contrario. Así pues, es ineludible abordar la cuestión según los criterios matizados fijados por el TJUE, que deben en esta materia prevalecer sobre los criterios absolutos y no matizados fijados por el TS. Entrando en la cuestión, los criterios particulares para valorar la abusividad de la cláusula de VA (en contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado) pueden desdoblarse, según la doctrina del TJUE, en cuatro apartados:

- Que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate.
- Que el incumplimiento tenga un carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.



Si esta facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia.

- 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.

UNDÉCIMO.- Pues bien, deben aplicarse a continuación los criterios generales y los particulares a las concretas circunstancias del presente caso respecto de la cláusula de VA:

- Bienes o servicios objeto del contrato: concesión de un crédito para financiar la adquisición de la vivienda habitual.
- Circunstancias de la contratación: no constan especiales circunstancias que rodearan la celebración, más allá de las propias de un contrato bancario de consumo.
- Régimen legal supletorio: de no haberse incluido en el contrato la cláusula de VA, el acreedor no podría beneficiarse de esta facultad, puesto que el artículo 1129 CC (que prevé los supuestos en los que el deudor perderá el derecho a utilizar el plazo) sólo se refiere a la insolvencia o no otorgamiento o disminución de garantías, pero no el mero impago de una o más cuotas pactadas. De ello deriva claramente que el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente, ya que el acreedor únicamente podría reclamar los importes de las cuotas líquidas y exigibles, es decir, las vencidas y no pagadas según el transcurso ordinario de los plazos.
- Buena fe: con independencia de que no se haya practicado prueba directa al respecto, podemos suponer que si se hubiese tratado de manera equitativa al consumidor en una hipotética negociación individual, éste no habría aceptado una cláusula como ésta, cuyos efectos económicos perjudiciales para el deudor son objetivamente intensos, en especial si se combinan con los efectos acumulados del tipo de interés de demora incorporado al contrato.
- Incumplimiento de una obligación de carácter esencial: se alega en el escrito de demanda ejecutiva (y no se niega por la parte ejecutada) el impago de varias cuotas, referidas tanto a principal como interés. Para analizar el carácter esencial de la obligación de pago en el presente contrato de crédito no podemos acudir a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, puesto que precisamente excluye los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria. Por su parte, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la



contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, se refiere expresamente a la "la concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación", de lo que se desprende el carácter esencial de la obligación de pago. Igualmente, aunque se trate de un contrato de crédito, podemos acudir analógicamente a la regulación del contrato de préstamo (art. 1740 CC), por el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Es por ello que el impago de las cuotas pactadas se refiere, en efecto, a una obligación esencial del contrato.

- Incumplimiento suficientemente grave en cuanto a la duración y a la cuantía del crédito: la devolución del crédito se pactó en 30 años (del 29 de junio de 2004 al 29 de junio de 2034) y la entidad ejecutante declaró vencido anticipadamente todo este periodo el 27 de febrero de 2012 al haberse impagado 12 cuotas mensuales (de febrero de 2011 a enero de 2012), por un total de 22.424,95 euros, sin computar comisiones e intereses de demora (23.896,95 euros, computándolos). Ello supone un 3,3% del tiempo pactado y aproximadamente un 4,98% del capital dado en crédito.
- Medios legales adecuados y eficaces de remedio: el artículo 693.3 LEC (en la versión dada por la Ley 1/2013, de 14 mayo 2013) prevé que si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor, aun sin el consentimiento del acreedor y hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá "liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor". Con ello observamos que, en efecto, se prevé un medio para remediar los efectos del VA, que puede llegar a ser "eficaz" si se dan sus presupuestos. Ello no obstante, subsisten dudas en cuanto a si puede ser calificado de "adecuado", dada la altísima improbabilidad de que un ejecutado hipotecario que no ha podido pagar un cierto número de cuotas pueda abonar todos los impagos atrasados y los devengados con posterioridad antes de la subasta, únicamente unos meses después de la presentación de la demanda. De todos modos, tratándose de la vivienda habitual, no se requiere consentimiento del acreedor, y por otro lado no consta que se haya liberado el bien con anterioridad, por lo que no concurre ningún límite temporal para los ejecutados en el ejercicio de esta facultad. Por ello, las meras dudas en cuanto a la



adecuación de este medio legal son insuficientes para apreciar sin más la nulidad de la cláusula de VA.

DUODÉCIMO.- Redacción abstracta de la cláusula y concretas circunstancias en que se ejercita. En síntesis, se ha producido el incumplimiento de una obligación esencial del contrato, el remedio legal es eficaz, pero con dudas de su adecuación, y podemos suponer que en una negociación real el deudor no hubiese aceptado una cláusula con unos efectos tan drásticos. Asimismo, de no tener eficacia la cláusula, el régimen legal aplicable sería mucho más beneficioso para el consumidor, como se ha expuesto. De todos modos, el criterio esencial debe referirse a la concurrencia de un incumplimiento suficientemente grave, a cuyo efecto debemos distinguir entre el concreto modo en que fue redactada la cláusula (en qué circunstancias puede acudir el acreedor, en abstracto, al VA) y las concretas circunstancias en que se ha ejercitado en el presente caso dicha facultad (si el incumplimiento previo del deudor ha sido suficientemente grave). Ciertamente, la STJUE de 14 de marzo de 2013 parece hacer referencia únicamente a los términos abstractos en que se ha redactado la cláusula (*"si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave"*). De todos modos, ello puede deberse a la naturaleza abstracta o interpretativa de toda cuestión prejudicial. En cualquier caso, situados ya en sede de ejecución, ambos parámetros (redacción abstracta y condiciones del ejercicio) son relevantes. De hecho, si únicamente acudiéramos a los concretos términos en que se redactó la cláusula ("en caso de falta de pago de una cuota cualquiera de amortización"), no ofrecería excesivas dudas la nulidad de la cláusula, dado que con el sólo impago de una cuota mensual queda habilitado el acreedor respecto de lo debido en 30 años (360 cuotas mensuales, esto es, un 0,27%). Ello no obstante, debe realizarse una distinción según cuál sea el contexto procesal en el que se examina la eventual nulidad de una cláusula de VA: si es en un proceso declarativo en el que el deudor hipotecario interesa la declaración de nulidad de la cláusula antes de que se haya producido cualquier incumplimiento o incluso antes de que se haya ejercitado por el acreedor la facultad de VA; o, en otro caso, si se alega la nulidad en sede de oposición a la ejecución hipotecaria con posterioridad a que se haya ejercitado la facultad de VA, tras el incumplimiento por el deudor de una obligación esencial del contrato, como la de pago en un préstamo o crédito. Pues bien, en el primer caso, el parámetro a tener en cuenta es meramente el modo en que ha sido redactada la cláusula, puesto que ninguna circunstancia más debe examinarse al no haberse producido ningún impago ni ningún ejercicio de dicha facultad. Por el contrario, en el segundo caso, como se ha indicado, hay que tener en cuenta ambos parámetros, la redacción abstracta de la cláusula y las concretas circunstancias en que se ha ejercitado. Así, en el presente caso, antes de ejercitarse esta facultad de VA se produjeron 12 impagos de cuotas mensuales. Es decir, más allá de superarse el actual mínimo legal de tres meses para acceder a la ejecución hipotecaria (art. 693 LEC), el acreedor esperó un tiempo prudencial antes de acudir a esta posibilidad. Por todo ello no se aprecia en principio la nulidad de la cláusula VA,



menos respecto de los importes que la parte ejecutante ha computado como debidos el realizar la liquidación.

DECIMOTERCERO.- Efecto combinado de la cláusula de VA y la nulidad de la cláusula suelo: pronunciamiento provisional. Ello no obstante, el análisis que debe realizarse sobre la gravedad del incumplimiento lo es de los impagos efectivamente producidos respecto de las cantidades efectivamente debidas. A continuación se analizará y apreciará la nulidad de la cláusula suelo, lo que podrá implicar que ciertas cantidades cargadas a la parte ejecutada, efectivamente pagadas y computadas por la ejecutante como pagos (las resultantes de no aplicar la variación del tipo remuneratorio variable por debajo del límite fijado, se refieran a cuotas anteriores o posteriores al inicio de los impagos) deban conceptuarse como cobros indebidos que necesariamente deben compensarse con los impagos que efectivamente se han producido, al no ser debidos tales importes como efecto de la nulidad. Ello podrá implicar que el alcance del incumplimiento real (tras la aplicación de los efectos de la nulidad) sea menor que el computado en doce mensualidades en la liquidación aportada. Es por ello que por el momento no puede efectuarse un pronunciamiento definitivo sobre la inexistencia de nulidad de la cláusula de VA, al desconocerse si la aplicación de la cláusula suelo ha tenido alguna incidencia en el alcance de los impagos y en qué medida, por lo que habrá que estar a la espera de la nueva liquidación que presente la parte ejecutante aplicando la variabilidad del tipo remuneratorio real, con independencia de superarse el límite inferior contractual, a cuyo efecto en la presente resolución se realizará el oportuno requerimiento.

DECIMOCUARTO.- Cláusula suelo: viabilidad del examen de la nulidad de un elemento esencial del contrato (equilibrio o transparencia). Debe examinarse en tercer lugar la posible nulidad de la cláusula suelo. La STJUE de 14 de marzo de 2013 no aporta criterios particulares respecto de la misma, por lo que podemos acudir a la reciente STS del Pleno de la Sala civil, de 9 de mayo de 2013. De todos modos, debe analizarse con carácter previo la misma viabilidad y, en caso positivo, el alcance o parámetros del examen de la nulidad de la cláusula suelo, al poder afectar a un elemento esencial del contrato, el precio:

- La cláusula suelo define un elemento esencial del contrato, como parte inescindible del precio, y, según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución”*.
- Ello no obstante, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, no ha transpuesto ni recogido esta limitación. Tampoco lo hizo la Ley 26/1984, de 19 de julio, en sus sucesivas modificaciones tras la aprobación de la Directiva.



Asimismo, según la STJUE de 3 de junio de 2010 (C-484/08), *"no se puede impedir a los Estados miembros que adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección"*, por lo que puede admitirse un *"control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible"*.

- En perfecta correlación, la Directiva 2011/83/UE modificó la Directiva 93/13/CEE, añadiendo el artículo 8 bis, según el cual los Estados miembros que adopten o mantengan disposiciones más estrictas que la Directiva, compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección (art. 8), deberán informar a la Comisión si adoptan disposiciones que *"hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración"*.
- De todo lo indicado parece derivarse la viabilidad en España del examen de la abusividad de la cláusula suelo, incluso en términos de equilibrio o adecuación del precio, con el único condicionante de la obligación de informar a la Comisión.
- Ello no obstante, en contra de la anterior apreciación, la STS del Pleno de la Sala civil, de 9 de mayo de 2013 concluye que, definiendo la cláusula suelo un elemento esencial del contrato, debe excluirse, como regla, el control de su equilibrio.
- De todos modos, si sería viable un doble control de transparencia (podríamos decir triple, como se desglosa a continuación):
 - A) A efectos de incorporación en el contrato según las exigencias generales de los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), en relación con la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios): redacción transparente, clara, concreta y sencilla, con oportunidad real de ser conocidas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Y ello *"tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores"*.
 - B) La transparencia a efectos de incorporación (formal) en contratos de consumo (artículo 80.1 TRLCU) exige: *"a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y*



legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”.

- C) La transparencia material (o control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato): determina la licitud de la cláusula en el ámbito de consumo, si el consumidor puede identificarla como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.

DECIMOQUINTO.- Parámetros de transparencia. Fijados los posibles controles de transparencia (que no de equilibrio) susceptibles de ser articulados, a continuación se detallan algunos de los criterios o parámetros fijados por la misma STS:

- No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.
- Esta transparencia material (de contenido) en contratos de consumo se refiere al control de la existencia de un información suficientemente clara que permita la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato; que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.
- Que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.
- La oferta de cláusulas suelo y techo, cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.



Que no estén enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

- Si existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- Si 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.
- Que se haya informado perfectamente del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.
- Si la cláusula, pese a incluirse en un contrato ofertado como préstamo a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, lo convierte en un préstamo a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.
- Si la oferta como interés variable, al no completarse con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.
- Si, pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, se le da un tratamiento impropio secundario, en el sentido de no llegar a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas del prestatario, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.
- Si lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

DECIMOSEXTO.- Nulidad de la cláusula suelo. Pues bien, para poder contrastar en qué medida concurre en el presente caso este exhaustivo conjunto de criterios o parámetros, podría ser conveniente la práctica de prueba sobre las circunstancias de



La contratación, especialmente, además de la documental, el interrogatorio de partes o la testifical de los profesionales que intervinieron en la comercialización. Ello no obstante, únicamente disponemos de la documental, sin que ni siquiera se haya interesado el interrogatorio de los ejecutados, que comparecieron personalmente al acto de la vista convocada precisamente para el examen de la nulidad de esta cláusula, entre otras. De todos modos, el examen debe centrarse más bien en la concurrencia de los requisitos de incorporación y transparencia, para lo que puede ser suficiente la documental propuesta. Si acudimos a los términos de la cláusula, podemos concluir que debe considerarse debidamente incorporada al contrato según las exigencias de la normativa de consumo. En concreto, no presenta una especial complejidad que dificulte, por sí misma, la comprensión (como puede suceder, por ejemplo, en ciertos casos de permutas financieras). Asimismo, la redacción es concreta, sencilla, accesible y legible, con posibilidad de comprensión directa. Ello no obstante, el propio TS indica que este control es insuficiente y deben abordarse otros parámetros de transparencia material, no sólo formal o de validez. Así, no consta que en el presente caso se hayan realizado simulaciones de escenarios diversos ni que se haya dado una información específica sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo o sobre el comportamiento previsible del índice de referencia (al menos a corto plazo).

DECIMOSÉPTIMO.- En sentido contrario, se dan algunos de los parámetros fijados por el TS tendentes a reforzar la apreciación de la nulidad: las cláusulas suelo y techo se fijan en un mismo apartado del contrato, lo que integra un factor de distorsión de la información; la cláusula se halla en un contexto de otras informaciones o condiciones contractuales exhaustivas que en cualquier caso dificultan su identificación; ello incide directamente en una mayor dificultad de que los ejecutados percibieran debidamente que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, con incidencia en el contenido de su obligación de pago. Más concretamente, la cláusula se incluye en una cláusula diferenciada y de la que fija el interés remuneratorio variables; ni siquiera a continuación, sino que entre ambas se incluyen referencias a la comunicación de los tipos, a la cancelación anticipada y al vencimiento anticipado. Igualmente, mientras que el tipo de la primera fase y los diferenciales subsiguientes se resaltan en negrita, no sucede lo mismo con la cláusula suelo. Concurren así pues indicios de que la oferta del interés variable no se completó con una información adecuada sobre los efectos de la cláusula suelo; en este punto es relevante que el propio TS advierte que ello puede producirse con independencia de la ubicación de la cláusula (si bien en el presente caso ya se ha indicado que la ubicación no era la más adecuada para obtener una información transparente); lo relevante, según el TS, es la capacidad de desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios. En definitiva, puede concluirse que, de la prueba que se dispone, en el presente caso, pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, se le dio un tratamiento impropio secundario, lo que pudo implicar que los ejecutados no percibieran la verdadera



Relevancia que podía tener en el funcionamiento ordinario del contrato. Para apreciar la nulidad no se tendrá en cuenta la innegable desproporción entre el límite superior (12%) y el inferior (3,25%), ya que según el TS no debe analizarse el equilibrio. De todos modos, sí puede valorarse lo elevado del límite inferior (sin tener en cuenta lo elevado del superior) respecto del último parámetro apuntado, ya que, gracias a la introducción del mismo en el contrato, el prestamista podía prever que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, convirtiendo un contrato de préstamo teóricamente a interés variable en préstamo a interés fijo, variable exclusivamente al alza. La consideración conjunta de todos los criterios expuestos impone apreciar la nulidad de la cláusula suelo.

DECIMOCTAVO.- Efectos de la apreciación de nulidad: contradicción entre el art. 83 RDL 1/2007 y las STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/2010) y de 30 de mayo de 2013 (C-488/11). Una vez declarada la nulidad de la cláusula suelo, debe analizarse qué implicaciones debe tener este pronunciamiento. A estos efectos, se aprecia una clara contradicción entre la normativa española (en concreto, art. 83 RDL 1/2007, que sería el equivalente al art. 10bis de la LGCyU) y la doctrina del TJUE:

- 1) Según el art. 83 RDL 1/2007, *"las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato"*.
- 2) Ello no obstante, según la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/2010), relativa a los intereses de demora, la Directiva "se opone al artículo 83, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (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). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas 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. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor". Este posicionamiento se consolida con la STJUE,



de 30 de mayo de 2013 (C-488/11), relativa a la cláusula penal, según la cual no debe moderarse *"el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor"*. Hay que *"dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva (...)". El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas"*.

DECIMONOVENO.- Efecto directo y de primacía del derecho comunitario. Según la STJUE de 14 de diciembre de 1982 (asuntos acumulados 314/81, 315/81, 316/81 y 83/82), *"todos los órganos del Estado miembro interesado tienen la obligación de garantizar, en los ámbitos de sus competencias respectivas, la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. En el caso de que la sentencia declare la incompatibilidad con el Tratado de determinadas disposiciones legislativas de un Estado miembro, ello supone, para las autoridades que participan en el ejercicio del poder legislativo, la obligación de modificar las disposiciones de que se trate, de manera que estas últimas sean conformes a las exigencias del Derecho comunitario. Los órganos jurisdiccionales del Estado interesado tienen por su parte la obligación de garantizar la observancia de la sentencia en el ejercicio de su misión. Ello no obstante, si el Tribunal de Justicia ha comprobado un incumplimiento por un Estado miembro de una de estas disposiciones, incumbe al órgano jurisdiccional nacional, en virtud de la autoridad que se atribuye a la sentencia del Tribunal de Justicia, tener en cuenta, si procede, elementos jurídicos fijados en ella para determinar el alcance de las disposiciones de Derecho comunitario que tiene por misión aplicar. (...) Los órganos jurisdiccionales de dicho Estado están obligados, con arreglo al artículo 171, a deducir las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno"*. Por otro lado y en esta línea, según la STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-617/10), *"el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional"*. Así pues, debe inaplicarse el art. 83 RDL 1/2007 y simplemente inaplicar la cláusula contractual frente al consumidor, al no serle vinculante.

VIGÉSIMO.- Efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Puesto que se ha apreciado la nulidad de la cláusula suelo (que ha podido ser aplicada en el pasado durante la vida del contrato), debe analizarse qué efecto debe tener la



nulidad apreciada. Para ello debemos acudir a la institución de la nulidad y sus efectos propios. Como recoge la misma STS de 9 de mayo de 2013, al analizar los efectos de la nulidad, la regla de nuestro sistema parte de que la *"ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". Se trata de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique. (...) También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas". A pesar de estas contundentes afirmaciones, concluye el TS que la nulidad de la cláusula suelo que se le interesaba y que de hecho aprecia no debe tener efectos restitutorios ("retroactivos", en cuanto a la devolución de los importes indebidamente cobrados aplicando una cláusula nula), por razones de seguridad jurídica y de orden económico (*"es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico"*).*

VIGESIMOPRIMERO.- Efecto restitutorio y compensatorio: requerimiento de una nueva liquidación. En el presente caso no se aprecian, ello obstatante, razones de seguridad jurídica o de orden público económico para excluir el efecto clásico e inherente de la declaración de nulidad, el restitutorio. Más bien parece que admitir efectos jurídicos y económicos a cláusulas declaradas nulas en virtud de una normativa imperativa como la de consumo podría generar, en efecto, graves problemas de seguridad jurídica y económica, al menos a una de las partes afectadas. Es por ello que lógicamente procederá la restitución al deudor de todas las cantidades que se le hayan cobrado de más en aplicación de la cláusula declarada nula. Ello no obstante, el restitutorio no es el único efecto que debe tener la nulidad de la cláusula suelo, al incidir igualmente en la eventual nulidad de la cláusula de VA. Como se ha indicado en el razonamiento jurídico décimo tercero, si bien provisionalmente no se apreciaba la nulidad del VA (al haberse producido 12 impagos mensuales, según la liquidación aportada), debe compensarse el importe de los impagos liquidados con las cantidades indebidamente cobradas aplicando la cláusula suelo declarada nula. Únicamente entonces podrá ponderarse en su justa medida si el incumplimiento real (el referido a lo efectivamente debido) es equivalente a doce mensualidades o menor, en cuyo caso habrá que examinar de nuevo si presenta suficiente gravedad y si habilita el ejercicio del VA. Es por ello que en esta misma resolución se requerirá a la parte ejecutante para que presente una nueva liquidación de la deuda computando las deducciones oportunas en concepto de cobros excesivos por aplicación de la cláusula suelo declarada nula, concretando tanto la cantidad global cobrada



indebidamente como las concretas mensualidades en que ello ha tenido alguna afectación, con el desglose oportuno de los importes por cada mensualidad en que la aplicación de la cláusula suelo haya incidido en la cuota cobrada. Si bien la parte ejecutada ha alegado la posible nulidad de la cláusula de VA, esta concreta diligencia de prueba (el requerimiento), se acuerda de oficio, a cuyo efecto podemos acudir a la doctrina de la STJUE de 9 de noviembre de 2010 (asunto Pénzügyi Lízing, C-137/08), confirmada por resoluciones posteriores, según la cual "el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba" (en ese caso respecto de una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva), para obtener información sobre la eventual apreciación del carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula.

VIGESIMOSEGUNDO.- Recurso y costas. Establece el artículo 695.3 y 4 LEC que "de estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación". Por otro lado, siendo parcial la estimación de la oposición, no se imponen las costas a ninguna de las partes.

PARTE DISPOSITIVA

Estimo parcialmente la oposición a la ejecución hipotecaria formulada por [REDACTED] y [REDACTED] contra la ejecutante UNNIM BANC, S.A. UNIPERSONAL y

Declaro la nulidad parcial del contrato de crédito hipotecario suscrito entre las partes el 29 de junio de 2004 en cuanto a la cláusula de limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés remuneratorio.

Continúese la ejecución con la inaplicación de la cláusula declarada nula. A los efectos de fijar el importe por el que deba continuar la ejecución, se requiere a la parte ejecutante para que en el plazo de 20 días aporte nueva liquidación de la deuda computando las deducciones oportunas en concepto de cobros indebidos por aplicación de la cláusula declarada nula, concretando tanto la cantidad global cobrada indebidamente como las concretas mensualidades en que ello ha tenido alguna afectación, con el desglose oportuno de los importes afectados por cada mensualidad.

Una vez se disponga de la nueva liquidación y del alcance real del incumplimiento de la obligación de pago, se efectuará un pronunciamiento definitivo en cuanto a la posible nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.



No se accede a la declaración de nulidad de la cláusula que fija el tipo de interés de demora.

No se imponen las costas causadas en el presente incidente de oposición a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, presentando escrito ante este juzgado en el plazo de veinte días, previo abono de la tasa legal correspondiente.

Así lo acuerda, manda y firma Guillem Soler Solé, magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.