

Juzgado Primera Instancia 8 Gavà
Diagonal 1-3 (edifici nou)

Gavà Barcelona

TEL.: 936335550

FAX: 936389418

NUM. CUENTA BANCARIA DEL JUZGADO IBAN ES 3611 0000

N.I.G.: 08089 - 42 - 1 - 2016 - 8133869

Procedimiento Procedimiento ordinario 393/2016 Sección D

OBJETO DEL JUICIO : Civil

Parte demandante

Procurador RUBEN VILLEN ROCA

Parte demandada BANCO DE SANTANDER, SA

Procurador ILDEFONSO LAGO PEREZ

S E N T E N C I A nº 25/2017

En Gavà a 9 de febrero de 2017, Don RUBÉN VALLEJO GONZÁLEZ Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 8 de Gavà; habiendo visto los precedentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 393-16 a instancia de contra BANCO SANTANDER S.A. compareciendo ambas partes representadas por Procurador y defendidas por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Por la representación procesal de se interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER S.A. en la que, y previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos suplicó al Juzgado que se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos formulados en la demanda, con imposición de costas a dicha parte.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada al objeto de que compareciera en autos y contestara a la demanda, se personó en tiempo y forma y contestó a la demanda, oponiéndose a la pretensión ejercitada con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes.

Tercero.- Convocadas ambas partes a la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, propusieron como medios de prueba los que estimaron oportunos para la acreditación de los hechos alegados, y admitida la prueba declarada pertinente se señaló día para la celebración del juicio.

Cuarto.- Celebrado el juicio con la asistencia de las partes, en dicho acto se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, y practicada la prueba los Letrados de las partes informaron en apoyo de sus pretensiones, quedando los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la Litis

La parte actora expone como en fecha 19 de marzo de 2008 celebró un contrato de préstamo con la entidad BANESTO, posteriormente absorbida por BANCO SANTANDER, interesando la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula relativa a los intereses de demora, la cláusula relativa al cálculo de los intereses con la utilización del criterio del año comercial y de la cláusula de vencimiento anticipado.

La demandada se opuso a las pretensiones formuladas de contrario, oponiendo como el actor no tenía la condición de consumidor, y las cláusulas impugnadas, no son abusivas.

SEGUNDO.- Examen del carácter de consumidor con el que intervienen los ejecutados.

Antes de entrar en el análisis de las cláusulas impugnadas, debe determinarse si el actor intervino en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria como consumidor, cuestión esta de capital importancia ya que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *“De medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social”* modifica en su artículo 7º los artículos 557 y 695.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con tal modificación se pretende, tal y como explica en su exposición de motivos la Ley 1/2013, permitir que en el procedimiento de ejecución pueda controlarse, de oficio o a instancia de parte, la abusividad de las cláusulas que perjudiquen a los consumidores y usuarios, dando cumplimiento a la Directiva 1.993/13/CEE de 5 de abril que establece en su artículo 3.1 que *“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”*.

El artículo 2 de la misma directiva considera abusiva una cláusula si causa, en detrimento del consumidor:

- a) Un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.
- b) Implica una ejecución del contrato indebidamente desfavorable para el consumidor.
- c) Implica una ejecución del contrato significativamente diferente a aquella que el consumidor podía legítimamente esperar.
- d) Es incompatible con las reglas de la buena fe.

En consecuencia, con carácter general tendrán carácter abusivo aquellas cláusulas que se incorporen a un contrato en el que intervenga un consumidor, que no se hayan negociado individualmente, que vayan contra el principio de buena fe, que generen un desequilibrio desproporcionado entre las contraprestaciones de las

partes, y que generen un perjuicio para el consumidor.

Por las razones expuestas, resulta esencial determinar si el contratante intervino como consumidor o no en la celebración del mismo, y en este sentido el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), define al consumidor o usuario de la siguiente forma:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.”

Por lo tanto, tendrán la consideración de consumidores y usuarios tanto las personas jurídicas como las físicas (con las excepciones previstas en el mismo Texto Refundido, y para tener tal consideración, lo realmente trascendente es que el contratante sea el destinatario final del producto contratado, es decir, que actúe en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, sin que llegue incorporar el bien o servicio a su actividad productiva.

Además, la Directiva Comunitaria 93/13, en su artículo 2, define al consumidor como toda persona física que, en los contratos regulados por dicha norma, actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial.

El Tribunal Supremo ha aceptado desde hace tiempo que la característica esencial del concepto de consumidor o usuario es que éste destina los bienes o servicios a fines privados o particulares, y no al ejercicio de su actividad profesional o empresarial. En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2.012 que establece:

“Respecto a la primera cuestión, hay que señalar, en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (parágrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000,

nº 992, 2000 , y 15 de diciembre de 2005 , nº 963, 2005). Todo ello, sin perjuicio de que la ley de Crédito al Consumo aplicable al presente caso, Ley 7/1995, de 23 de marzo, excluía de su aplicación, artículos 6 a 14 y 19, a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, exclusión que se contempla de un modo pleno en su actual regulación dada por la Ley 16/2011, de 24 de junio (artículo 3. a).”

En el presente procedimiento, de la prueba practicada en el acto de la vista, resulta acreditado que el actor adquirió de su padre, via donación una licencia de taxi, si bien con la condición de abonar a su hermano la mitad de su valor, a fin de que ambos quedaran compensados, razón por la que hubo de suscribir un préstamo mercantil, cuyas cláusulas se impugnan ahora. De lo anterior no cabe sino afirmar categóricamente que el actor intervino en dicho contrato de préstamo como un consumidor, y no existe en la causam ni se alegado ni probado, en las actuaciones ninguna circunstancia que permita considerar lo contrario.

TERCERO.- Determinación del carácter de condiciones generales no negociadas individualmente de las cláusulas reseñadas.

En el presente procedimiento no consta que las cláusulas impugnadas hayan sido fruto de una negociación individualizada entre las partes, y puede suponerse únicamente un muy limitado tracto negocial en el que la entidad bancaria hace una oferta determinada que está previamente configurada y es irrevocable, y el consumidor se ve obligado a aceptar la cláusula o a acudir a cualquier otra entidad bancaria que realizará una oferta prácticamente idéntica.

Resulta evidente que este procedimiento no puede considerarse en ningún caso una negociación libre e individualizada. En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 afirma que *“no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario”, añadiendo que “tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios”.*

En el momento de celebrarse el contrato, la parte ejecutada tenía que elegir entre firmar el contrato presentado por la ejecutante, o acudir a otra entidad que habría de imponer similares condiciones, siendo este un hecho notorio que ha de considerarse probado conforme a lo dispuesto en el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta asunción podría contradecirse fácilmente por la entidad ejecutante de haber seguido las disposiciones contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994 que impone a la entidad bancaria la obligación de conservar la documentación de la negociación previa al contrato que mantuvo con el cliente, incluyendo la información que le habría facilitado sobre el producto bancario ofertado. Exhibiendo esta documentación podría acreditarse la existencia de negociación entre las partes con posibilidad real por el ejecutado de influir en el contenido del contrato, pero dado que no se ha aportado tal documentación, conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deberá entenderse que las cláusulas no se

negociaron individualmente entre las partes, y revisten el carácter de Condiciones Generales de la Contratación.

CUARTO.- Posible abusividad de la cláusula que establece SEPTIMA que establece **el interés moratorio.**

La cláusula SEPTIMA del contrato de préstamo con garantía de hipoteca establece un interés de demora **del 29%.**

- Naturaleza de los intereses moratorios, en relación con su posible abusividad.

Los intereses moratorios no son auténticos intereses, puesto que no forman parte de las prestaciones normales y sólo se aplican en caso de que hubiera incumplimiento contractual. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2009 establece que *"... no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero"*.

Tampoco tienen la consideración de cláusula meramente penal, según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2009 que afirma: *"los intereses moratorios que acompañan a un incumplimiento por parte del prestatario, tienen unas características especiales, ya que entre otras cosas definitorias tienen plena autonomía del contrato de préstamo y por ello con respecto a los intereses moratorios"*.

Con carácter general, el Tribunal Supremo se ha mostrado reacio a considerar los intereses moratorios contractuales o pactados como abusivos, ya que ha venido defendiendo que el principio de la autonomía de la voluntad. Parte de la base de que los intereses moratorios pretenden establecer una indemnización justa del perjuicio causado al acreedor por el incumplimiento del contrato, adecuando la realidad de la inflación a la cláusula valor (STS de 18 de febrero de 1.998), y por lo tanto no se puede pretender sustituir las sumas contractualmente establecidas, por elevadas que pudieren parecer, por otras más reducidas (SSTS de 10 de mayo de 2001, 27 de febrero y 22 de octubre de 2002, y 26 de abril de 2004).

Los intereses moratorios entran en juego a raíz de una conducta reprobable del deudor, que perjudica al acreedor, y su objetivo es reparar este daño sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa actuando como un estímulo para el cumplimiento voluntario y a la vez como elemento disuasorio del incumplimiento.

Por las razones expuestas, los intereses de demora no tendrán la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que constituyen una sanción que busca indemnizar los perjuicios causados por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, y esto determina que no deba atenderse a si exceden o no del interés legal del dinero, calificarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la ley de 23 de julio de 1908 (STS de 2 de octubre de 2001).

Sentada esta base, tampoco debe perderse de vista que el interés moratorio también puede responder a otras causas, en ocasiones ilícitas, como la sobre retribución contraria al carácter sinalagmático de los contratos, pero sin que pueda adelantarse un juicio de moderación que desde luego sería necesario en estos supuestos, por lo que el control de los intereses moratorios ha de hacerse de manera muy cautelosa y siempre atendiendo a las concretas circunstancias del caso.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de febrero de 2006 en la que manifestaba que había que atender a su trascendencia en relación con las circunstancias del caso concreto, el alcance de incumplimiento, el riesgo de la operación etc... y no podrá declararse automáticamente el carácter abusivo de la cláusula que establece el interés moratorio. Habrá que comprobar si en la relación contractual específica, el tipo pactado está justificado por el riesgo asumido por el contratista o por cualquier otra circunstancia contractual.

También debe tenerse en cuenta que esta obligación de atender a las circunstancias del caso concreto viene también impuesta por las normas que rigen sobre la materia, ya que, según artículo 4.1 Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, del Consejo, en relación con el artículo 10.bis.1 LGDCU, sustituido en la fecha de celebración del contrato por los artículos 82 a 85 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para atender a dicho carácter abusivo habrá que estar a la naturaleza de los bienes o servicios de que se trate, momento de la celebración, circunstancias concurrentes y demás cláusulas contractuales.

Por último debe añadirse que la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales también exige como presupuesto para la declaración de abusividad de los intereses moratorios la ponderación de las circunstancias concurrentes, pudiendo citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón 125/2009 que establece lo siguiente: *“...ciertamente, el hecho de que se pacte un tipo de interés superior al legal no debe considerarse necesariamente abusivo, ya que ello puede venir justificado, bien por los riesgos especialmente elevados que para el acreedor, en razón de sus circunstancias pueda suponer el retraso del deudor en el pago, bien por el deseo de atribuir a los intereses moratorios una cierta función disuasoria respecto al citado retraso, muy próxima a la que podría cumplir una cláusula penal. El límite a esa posibilidad de establecer un tipo de interés moratorio superior al legal debe venir constituido, a la vista de las normas sobre protección de los consumidores, por la constatación de tratarse de un interés desproporcionado, teniendo en cuenta las circunstancias.”*

- Control de la abusividad de la cláusula de interés moratorio.

En este sentido, deberá tenerse en cuenta en primer lugar que el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece en su apartado 1 que *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*, añadiendo en su apartado 4 que *“no obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las*

cláusulas contenidas en los arts. 85 a 89”.

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior, el art. 85.6 del mismo texto legal dispone que serán nulas las cláusulas que *“supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones”*.

Por último, debe tenerse en cuenta que el artículo 3.3 de la Directiva 93/13 se remite a su anexo, en el que se menciona expresamente como ejemplo de cláusula abusiva, en el número 1º, letra e) *“las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta”*.

Por lo tanto, deberán analizarse a continuación en relación con la cláusula SEXTA los siguientes parámetros:

1. Si hay **desproporción** entre el interés moratorio respecto del interés habitual.
2. Si esta desproporción ha creado un **desequilibrio** en las prestaciones de las partes de acuerdo con las reglas de la buena fe.

Partiendo de esta base legal, deberá tenerse en cuenta también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, que establece cómo debe hacerse el control del carácter abusivo de la cláusula que establece el interés moratorio:

“El concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar 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. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

-Para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.”

Por lo tanto, para el control de la posible abusividad del interés de demora, deberá comprobarse si las circunstancias del caso concreto justifican el interés de demora impuesto por el prestamista, bien porque este asume un riesgo equivalente al tipo de interés, bien porque este era proporcionado a las circunstancias del caso, y conforme al artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil será la entidad bancaria quien habrá de probar esta circunstancia atendiendo a su mayor facilidad para tal prueba.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2003, las Audiencias Provinciales tomaban como criterio de referencia, y por analogía, la norma limitativa del interés en el descubierto de cuenta corriente contenida en el artículo 19.4 de la Ley 7/1.995 de

crédito al consumo, que hacía referencia a 2'5 veces el interés legal del dinero. Esta norma fue derogada por la Ley 16/2001 de contratos de créditos al consumo, si bien en su artículo 20.4 establecía idéntico límite de 2'5 veces el interés legal del dinero.

Este límite aritmético es muy similar al establecido en el artículo 114 de la LH en la redacción dada por la Ley 1/2013, que hace referencia a un máximo de tres veces el interés legal del dinero.

En el presente supuesto, tal y como se expuso anteriormente, el interés de demora introducido en el contrato alcanza el 19%, por lo que el interés de demora expuesto excede con creces **del triple del interés legal del dinero.**

No obstante, como se ha mencionado anteriormente, el hecho de que el interés de demora exceda del límite mencionado no permite afirmar automáticamente su carácter abusivo, ya que han de examinarse las circunstancias del caso antes mencionadas. Examinadas las pruebas aportadas por las partes, no puede afirmarse que en la operación de préstamo concurrieran circunstancias que permitan suponer que existía para la entidad un riesgo superior a la media, ni en las personales del deudor ni en las de la propia operación bancaria: no cabe hablar de operación de refinanciación, no se aprecia en el prestatario una situación laboral inestable o percepción de bajos ingresos, etc...

Por lo tanto, y sobre la base de lo expuesto anteriormente, debe considerarse que la estipulación SÉPTIMA que sirve de base al presente procedimiento de ejecución es abusiva, y en consecuencia deberá considerarse nula de pleno derecho, dado que el interés vigente a la fecha de celebración del contrato era del 5,5%, y el pactado en el contrato alcanza al 29%, excediendo sobradamente el límite del triple del interés legal del dinero.

- Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que establece el interés moratorio.

Debe abordarse a continuación la conocida problemática relativa al efecto de la declaración de nulidad de la cláusula en que se establecen los intereses moratorios, derivada de las diferencias entre el derecho interno español y la jurisprudencia del TJUE.

Así, en primer lugar, deberá tenerse en cuenta que el artículo 3.2 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, añade un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria en el que se establece que *“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 y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

En segundo lugar, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley

establece una regulación específica para los intereses de demora de aquellas hipotecas constituidas sobre vivienda habitual y dispone:

“La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley.

Asimismo, dicha limitación 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.

En los procedimientos de ejecución o de venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta judicial, el Secretario Judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculé aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.”

Frente a esta regulación nacional, debe recordarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en su sentencia de 14 de junio de 2012 que el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 de 5 de abril, supone que cuando se declare la nulidad de una cláusula contractual no esencial para la pervivencia del contrato el Juez nacional no podrá moderar tal cláusula aunque esté autorizado por normas de derecho interno. De ejercerse tal facultad moderadora, se pondría en peligro el objetivo previsto por el artículo 7 de la citada Directiva.

A la hora de valorar este conflicto, ha de tenerse presente el principio de primacía que rige en el Derecho comunitario, conforme al cual el derecho que emana de las instituciones comunitarias tiene un valor superior al derecho de los estados miembros. Este principio es básico en Derecho comunitario a pesar de no constar expresamente en los tratados, y fue consagrado por el TJUE desde la conocida sentencia Costa contra Enel de 15 de julio de 1.964.

Con arreglo a tal principio, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea, sin que esto suponga la derogación o anulación del Derecho nacional, sino únicamente la suspensión de su carácter obligatorio.

Conforme a este principio, la declaración como nula de la cláusula Sexta del contrato impide su reducción al triple del interés legal del dinero, y su consecuencia será la no aplicación que impedirá su moderación. Esta solución es la adoptada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias SAP O 1808/2013 de 10 de junio que establece que:

“...la cláusula sexta del contrato, en relación con la condición en que se estipula el tipo de interés de demora, debe reputarse abusiva y, por tanto, nula, (...) debiendo tenerse por no puesta, sin que ello afecte a la validez del resto del contrato, pues se trata de un elemento accesorio, sin que podamos moderar su alcance, como hasta ahora había venido haciendo este Tribunal, pues, como

recuerda la tan citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 , aunque el primer párrafo del artículo 83.2 TRLGDCU permitía a los Tribunales integrar la parte del contrato afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, disponiendo el Juez que declarase la nulidad de dichas cláusulas 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, reservando la nulidad para supuestos en los que no era posible la reconstrucción equitativa para ambas partes, sin embargo, esa posibilidad de integración y reconstrucción equitativa del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE..”

En idéntico sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Castellón en sus sentencias de 12 de julio de 2012 y 26 de febrero de 2013 en las que establecía:

“La consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas mencionadas es la de su no aplicación, no estando facultado el tribunal para integrar dicho contrato modificando el contenido de las cláusulas abusivas como así resolvió el Tribunal de Justicia en la sentencia referida, de fecha 14 de junio de 2012, para los intereses de demora ya que dicha facultad integradora, es decir, aplicando un tipo de interés de demora inferior al pactado, se opone al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que contribuiría 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 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.

La consecuencia de la aplicación de dicho criterio al caso es que, eliminada del contrato la cláusula de interés moratorio y prohibida la integración del contrato en esta vertiente, la mora del deudor no puede devengar interés alguno, lo que es consecuencia de la nulidad por abusiva de la cláusula inserta en el contrato y contribuye a la finalidad disuasoria a que se refiere el tribunal comunitario.”

La misma Audiencia Provincial aborda esta cuestión en el Auto de su Sección Tercera número 258 de 18 de noviembre de 2013 en el que establece:

“Por lo que respecta a la solicitud de la parte apelante de que se limite la cuantía de los intereses moratorios al límite del triplo del interés legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a deudores hipotecarios, debe indicarse que declarada la nulidad radical de la cláusula en que se pacta el interés moratorio al considerar abusivo dicho pacto, no puede moderarse o recalcularse el interés pactado por cuanto, como anteriormente se ha expuesto, la doctrina jurisprudencial recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, así como la doctrina del Tribunal Supremo, es que declarada la nulidad de una cláusula por abusiva no puede moderarse la misma, ya que lo que es nulo ningún efecto produce, debiéndose tener por no puesta.”

Este criterio lo han seguido también las Audiencias Provinciales de León en su Sentencia de 19 de junio de 2013 (ROJ: SAP LE 949/2013), Ciudad Real, de 11 de julio de 2013 (ROJ: SAP CR 831/2013), Soria , en Su Sentencia de de 21 de marzo de 2014, y Barcelona de 14 de marzo del mismo año.

Por último, debe señalarse que la cuestión ha quedado zanjada por la Sentencia del TJUE de 21-1-15, en la que el Tribunal concluye:

“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 6, 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

- No prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y

- No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

En consecuencia, no existe conflicto normativo entre la legislación comunitaria y la nacional, pero esto no impide declarar la nulidad por abusivos de los intereses, y en consecuencia su eliminación.

Por lo tanto, la consecuencia de considerar como abusiva la cláusula que establece el interés moratorio ha de ser su supresión total, y en ningún caso su moderación como pretende la parte ejecutante. y conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 695.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deberá continuar la ejecución sin aplicar tal cláusula.

QUINTO.- Cálculo de los intereses tomando como base de la liquidación el año comercial

En relación a la primera de las cláusulas cuestionadas en esta alzada relativa al cálculo de los intereses tomando como base de la liquidación el año comercial de 360 días, tal estipulación aun tratándose de un uso bancario que pudo tener justificación en el pasado y carece de ella en la época actual, carece de justificación que en el momento de la liquidación del saldo, pueda tomarse como base de la liquidación el año comercial de 360 días y en cambio se utilice el mes natural para el cálculo del devengo de intereses, 31 o 30 días, lo que constituye una práctica que genera un desequilibrio importante e injustificado en los derechos y obligaciones de las partes que perjudica siempre a la misma parte, el prestatario. Pero no en la actualidad, de modo que dicha práctica ha sido muy discutida por el propio Banco de España en su informe sobre buenas prácticas bancarias en la Memoria del Servicio

de Reclamaciones del Banco de España del año 2009. Se dice en dicha Memoria en cuanto al año comercial/año civil que: *El criterio mantenido por el Servicio es el siguiente: «[...] el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un “uso bancario”, establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16.10.50 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 21 del Código de Comercio. Como tal uso bancario se recogió en las Memorias del Servicio de Reclamaciones correspondientes a los años 1992 y 1993, que indicaban que “la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituyen una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario”. Debemos advertir, no obstante, que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y alcance de las cláusulas de los contratos.»* Y es que esa especie de redondeo a la baja lo es en detrimento del consumidor. Este es el caso resuelto por el Tribunal Supremo cuando rechazó los recursos de casación frente a sentencias que declararon nulas las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos garantizados con hipoteca a interés variable cuya similitud con el redondeo del cálculo de los intereses es más que evidente. En SSTTS de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011, se entendió que dichas cláusulas son abusivas en cuanto que en aplicación del art. 8.2 Ley 7/1.998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, por tanto, del art. 10 bis Ley 26/1.984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (hoy artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), por tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y, finalmente la cláusula tampoco se ajusta a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece en el anexo V en relación al cálculo de la Tasa anual equivalente que "los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no".

Así pues, el cálculo de los intereses con la utilización del criterio del año comercial es una cláusula abusiva y, por tanto, nula, ya que no puede decirse que supere el control de transparencia, dado que no consta en modo alguno que el apelante fuera informado adecuadamente de las consecuencias económicas negativas que tiene exclusivamente para él la aplicación de dicha cláusula. En

consecuencia la entidad demandada habrá de reliquidar la operación como si dicha cláusula no se hubiera aplicado jamás, sustituyéndola por el criterio del año natural.

SEXTA.- Cláusula de vencimiento anticipado

Para terminar, analizaremos la cláusula relativa al vencimiento anticipado. El Tribunal Supremo señalaba en Sentencia 792/2009 de 17 de noviembre, Recurso 2114/2005 (ponente D. Jesús Eugenio Corbal Fernández), con ocasión de una cláusula que contemplaba el vencimiento anticipado por el impago de una sola de las cuotas del préstamo: “El motivo se desestima porque, sin necesidad de tener que analizar las diversas eventualidades jurídicas a que se refiere el recurso, sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008.”

En este sentido, el mismo Tribunal Supremo, Sala de la Civil, en Sentencia 506/2008, de 4 de junio, Recurso 731/2001 (ponente D. José Almagro Nosete), expresó:

“Pues bien, si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente, en la Sentencia en que el recurrente sustenta este motivo de casación, la antes referida, por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil, no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas, por ejemplo en Sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000.

En efecto, como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de Comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones, como la convenida, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), en el caso de autos, cuando concorra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo. Y en el presente caso tuvo por cierto el Juzgado (y después confirmó la Audiencia) que, transcurrido el periodo de carencia convenido, "desde el mes de septiembre de 1995 nunca existió saldo suficiente para abonar las amortizaciones del préstamo hasta abril del 96.

Por otra parte, la tesis expuesta sobre la validez de las citadas cláusulas de

vencimiento anticipado ha venido a ser respaldada, a nivel legislativo, por la dicción literal del artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o del citado por la Sentencia recurrida, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, expresamente referido a la ejecución hipotecaria.

Lo hasta ahora expuesto no obsta a que, en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, como así ocurrió en el supuesto resuelto por la Sentencia de 2 de noviembre de 2000, también invocada por el recurrente, y que, por lo dicho hasta ahora, no sirve como exponente jurisprudencial de sustento a este motivo.”

En esta segunda sentencia, el Tribunal Supremo ya dejaba la puerta abierta a que, en determinados supuestos, la cláusula de vencimiento anticipado, no obstante ser lícita en abstracto, pudiera ser declarada abusiva en el caso concreto, en función de su contenido. Y dicha perspectiva se ha ido incorporando a diversas resoluciones, en especial haremos referencia a resoluciones de la Audiencia Provincial de Valencia. Entre otras, citamos las siguientes: **Auto 73/2015 de 17 de abril (sección 6), Auto de 25 de junio de 2014 (sección 7), auto 73/2015 de 9 de abril (sección 7), Sentencia 70/2015 de 30 de marzo (sección 11), Auto 56/2015 de 13 de marzo, (sección 6), auto 501/2015 de 14 de julio (sección 9).**

Toda esta problemática ha estado especialmente influida recientemente por la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11). Las citadas resoluciones de la Audiencia Provincial de Valencia tienen como claro punto de partida la indicada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, unida a la dictada en el llamado caso Banesto (Asunto C-618/10), supuso un punto de inflexión en la forma en que los órganos jurisdiccionales abordaban el análisis de las posibles cláusulas contractuales abusivas. Ello conlleva necesariamente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo debe ser examinada con arreglo a parámetros y criterios que el Alto Tribunal no pudo tener en consideración en su momento.

La citada Sentencia del TJUE señaló lo siguiente:

“A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, Rec. p.I-0000, apartado 22 y jurisprudencia citada).

67 Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, Rec. p.I-3403, apartado 19, y *Pannon GSM*, antes citada, apartado 37).

68 Pues bien, tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar 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. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

69 En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto 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. (...)

71 Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (sentencias antes citadas *Pannon GSM*, apartado 39, y *VB Pénzügyi Lízing*, apartado 42). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia *Freiburger Kommunalbauten*, antes citada, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, *Pohovost*, C-76/10, Rec. p.I-11557, apartado 59). (...)

73 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.”

Una vez dictada la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 que aborda esa cuestión, refrendada por la de 16 de febrero de 2016, no podemos por menos que acoger los razonamientos vertidos en ellas, modificando en lo menester los criterios expuestos.

Pues bien, esas sentencias de casación confirman la declaración de abusividad de una cláusula que facultaba al prestamista para declarar el vencimiento anticipado del préstamo por la "falta de pago de una parte cualquiera del capital del préstamo o sus intereses" sin modular la gravedad del incumplimiento en función de ningún parámetro ni ofrecer al deudor mecanismo alguno para evitar los efectos del vencimiento.

A continuación el Tribunal Supremo subraya que el juez, en el análisis del control de contenido de la cláusula de vencimiento anticipado a la luz de la normativa de consumo debe, en primer lugar, constatar la concurrencia del requisito establecido por el artículo 693.2 LEC en sus sucesivas redacciones pero concebido a modo de simple condición de ejercicio de la facultad del prestamista (para el caso de que la estricta literalidad de la cláusula resulte abusiva se aboga por su reconstrucción integrativa en beneficio del deudor), pero sobre todo debe, en segundo término, comprobar que el ejercicio de esa facultad se ha sujetado a tres exigencias: (i) esencialidad del incumplimiento, (ii) gravedad del mismo en función de la duración y la cuantía del préstamo, y (iii) posibilidad real de poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado.

En concreto, el Tribunal Supremo juzga esencial todo incumplimiento que suponga el impago de las amortizaciones del préstamo y entiende que la previsión contenida en el artículo 693.3 LEC (se transcribe el apartado salvo el último párrafo que trata precisamente de las costas a cargo del ejecutado), por más que circunscrita a las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar, constituye un remedio eficaz puesto a disposición del deudor para evitar las consecuencias del vencimiento anticipado.

Dado el silencio del Supremo al respecto de la gravedad del incumplimiento en función de las coordenadas temporales y cuantitativas de la operación, habremos de seguir apreciando tal exigencia en atención a los criterios antes reproducidos.

- CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN ABSTRACTO.

Así pues, lo fundamental a la vista de la normativa europea, contenida en la Directiva 93/13, y española, recogida en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios de 2007, será determinar si la fijación de esa cláusula supuso un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes. En este sentido, dicho desequilibrio sería contrario a las exigencias de la buena fe, tal y como prevé la legislación aplicable al respecto, artículos 82 y siguientes del citado TRLCU.

En el presente caso, nos encontramos con un préstamo con garantía

hipotecaria por importe de 1000.000 euros, a devolver en plazo de 15 años, a través de 180 cuotas mensuales . Como garantía del préstamo se constituyó hipoteca sobre un local. En dicho contrato, en la condición general 10º se establece el vencimiento anticipado, “si el prestatario o alguno de sus fiadores incumplen alguna de las obligaciones que contraen por la presente póliza, y especialmente la de realizar las amortizaciones de capital e intereses y el pago de las comisiones y gastos devengados; si el prestatario o alguno de sus fiadores, fuesen demandados en cualquier clase de juicio, si se registran devoluciones de letras aceptadas a su cargo, se enajenan o traspasan algunos de sus establecimientos mercantiles o industriales o cesan en su explotación, o si se da algún otro hecho de importancia que haga desmerecer la solvencia moral o material de aquellos tenida en cuenta al conceder el préstamo”

Como puede observarse, en abstracto, la cláusula es nula por cuanto permite a la entidad bancaria dar por resuelto un contrato de préstamo ante incumplimientos irrelevantes.

- CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN CONCRETO.

A la hora de analizar el posible carácter abusivo de la referida cláusula de vencimiento anticipado de este contrato, resulta adecuado valorar las pautas expresadas en la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. Como indica la citada resolución, habrán de tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1. 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,

2. 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

3. si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia

4. 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

La primera pregunta no puede más que ser contestada afirmativamente. Resulta evidente que el pago o devolución del préstamo es la obligación esencial del deudor.

El problema radica en la segunda cuestión y se presenta en el momento de ponderar si el incumplimiento tiene la suficiente entidad en relación con la duración del préstamo. Como se ha indicado anteriormente, el préstamo se concede por un periodo de 15 años a través de cuotas mensuales. Pese a tan amplia duración del contrato, la cláusula de vencimiento anticipado prevé la posibilidad de dar por resuelto anticipadamente el préstamo y de reclamar la totalidad de lo adeudado por el mero hecho del impago de una sola cuota o un recibo de intereses.

Como señala el auto de la Illma. AP de Barcelona, Sección 16, de fecha 29 de enero de 2016 “Precisar ese grado superior de incumplimiento es también difícil,

porque es una cuestión de criterio. Se considera razonable exigir que, en estos préstamos de larga duración, las cantidades impagadas, comprensivas de capital e intereses, equivalgan al menos al 5 por ciento del capital objeto de préstamo. Solo así se estará ante un incumplimiento suficientemente grave en relación con la duración del préstamo. Al fijarse un porcentaje sobre el capital, la gravedad concurrirá no solo en relación a la duración sino también en relación con la cuantía, como se exige por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”

En el presente caso, y puesto que no se ha dado por vencido el préstamo al día de la fecha, no puede este Juzgador entrar a valorar el carácter abusivo de la citada cláusula “en concreto”, por lo que si bien en abstracto la cláusula puede ser tildada de abusiva, al no haberse ejercitado y no pudiendo valorar como abusivo su ejercicio, no cabe su declaración de nulidad.

SÉPTIMA.- En lo que se refiere a las costas procesales, conforme a lo prevenido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo sido parcialmente estimada la demanda, cada parte satisfará sus propias costas y las comunes pro mitad.

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta a instancia de XAVIER MIR XALMA contra BANCO SANTANDER S.A. declaro la nulidad de la cláusula relativa al interés de demora, y de la cláusula de cálculo de intereses con el criterio del año comercial que queda sustituido por el del año comercial, no habiendo lugar a la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, debiendo cada parte asumir sus propias costas y las comunes por mitad.

Notifíquese a las partes, con indicación de que podrán interponer recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes, y ante este Juzgado, siendo exigible el depósito de la cantidad de 50 euros en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado como requisito necesario para la admisión a trámite del recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se extenderá certificación en los presentes autos, lo pronuncio, mando y firmo.