



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 VIGO

AUTO: 00125/2020

R/ LALÍN, 4 - 3ª - EDIF. AUDIENCIA

Teléfono: 986 817841/2/3, Fax: 986817844

Correo electrónico: instancia4.vigo@xustiza.gal

Modelo: 2205B0

N.I.G.: 36057 42 1 2018 0004595

**POH PIEZA DE OPOSICION A LA EJEC. HIPOTECARIA 0000055 /2018
0001**

Procedimiento origen: EJH EJECUCION HIPOTECARIA 0000055 /2018

Sobre RECLAMACION DE CANTIDAD

DEMANDANTE D/ña. BANKIA SA

Procurador/a Sr/a. JAVIER GARCIA GUILLEN

Abogado/a Sr/a. BARBARA ARRANZ PERANDONES

DEMANDADO , DEMANDADO D/ña.

Procurador/a Sr/a. PATRICIA CABIDO VALLADAR, PATRICIA CABIDO VALLADAR

Abogado/a Sr/a. FUENSANTA CABRERA SALINAS, FUENSANTA CABRERA SALINAS

AUTO

Vigo, 25 de maio de 2020.

FEITOS

PRIMEIRO. Neste Xulgado séguense os presentes autos de Execución de Hipotecaria 55/2018, nos que, mediante auto de 3 de outubro de 2018 fora despachada execución fronte a ATLANTIC TROPICAL FRUIT, SL, e pola cantidade de 89.540,15 euros, en concepto de principal e xuros vencidos, máis a cantidade de 26.862,04 euros por xuros e custas da execución, sen prexuízo de ulterior liquidación, contra a finca hipotecada á que facían referencia os feitos desa mesma resolución, acordando, asemade, requirir de pagamento aos demandados por prazo de 30 días, baixo apercibimento de proceder á realización dos bens hipotecados.

SEGUNDO. Notificada a anterior resolución á parte executada, mediante escrito de 15 de xaneiro de 2019 formularon os Sres. e oposición á execución hipotecaria, solicitando que acordase: 1. declarar a nulidade do presente procedemento de execución hipotecaria, por apreciación das excepcións procesuais expostas no corpo do escrito; 2. Declarase o sobresemento da execución instada, pola nulidade das cláusulas que afectan ao obxecto principal do contrato; 3. Subsidiariamente declarase a nulidade por abusivas das cláusulas alegadas de xuros de demora e vencemento anticipado e, por aplicación do art. 1303 CC, fosen recalculadas e devoltas (ou aminoradas as cantidades que se debían) as cantidade que, e por aplicación das cláusulas se tiveran aboado; 4. Procedese á condena en custas da entidade bancaria executante.

TERCEIRO. Mediante providencia de 30 de xaneiro de 2019 conferiuse traslado do escrito de oposición á parte executante, para que a contestase no prazo de cinco de días.

CUARTO. A parte executante contestou á oposición mediante escrito de 14 de febreiro de 2019, no cal, tras facer invocación dos feitos e fundamentos de dereito que





considerou máis axeitados, remataba solicitando que rexeitase a oposición na súa integridade polos motivos expostos e seguir a presente execución polos seus propios trámites.

QUINTO. Mediante dilixencia de ordenación de 4 de marzo de 2019 sinalouse data para a celebración da vista, con sinalamento de data a tal efecto.

SEXTO. O día 22 de maio de 2019 tivo lugar a celebración da vista, coa comparecencia de ambas as dúas partes.

Tras ratificar os seus respectivos escritos de alegacións, deixaron limitada a proposición de proba á documental, que foi admitida. Acto seguido quedaron os autos conclusos para resolver.

SÉTIMO. O día 9 de setembro de 2019 puxeron os executados en coñecemento do Xulgado que MELF MATCH ACQUISITION, SARL tería adquirido da executante o crédito que constituía o obxecto do presente procedemento, solicitando o arquivo das actuacións.

OITAVO. Posta a circunstancia en coñecemento da executante, confirmou a cesión do crédito, tendo comparecido nas actuacións o procurador FRANCISCO JOSÉ ABAJO ABRIL, en nome e representación de MELF MATCH ACQUISITION, SARL, mediante escrito de 19 de setembro de 2019, solicitando que se lle tivera como parte na posición da executante.

NOVENO. Mediante auto de 12 de decembro de 2019 acordouse a sucesión procesual na posición da parte executante a prol de MELF MATCH ACQUISITION, SARL, en troques de BANKIA, SA.

RAZOAMENTOS XURÍDICOS

PRIMEIRO. Comeza a parte executante esgrimindo, como motivo de oposición, a defectuosa notificación que do saldo debedor lles tería sido efectuado aos executados antes da formulación da demanda executiva, consonte ao previsto no art. 685 LAC, en relación cos arts. 574.2º e 573.1.3º LAC, aos que se viña aquel remitir. Pois entendía que viña consignar a escritura de préstamo, de xeito abusivo, o mesmo enderezo da sociedade debedora. Non estando xustifico dirixir a aquel enderezo a comunicación se a executante tiña constancia de que non residían alí os executados. Os cales, asemade, nin sequera tiñan vínculo algún coa sociedade debedora.

Tamén viñeron cuestionar os executados a lexitimación activa da entidade executante, pois entendían que quizais tivera sido transmitido o crédito a un fondo de titulización.

Doutra banda, e tomando claramente asento na previsión contida no art. 695.1.4º LAC, sostiñan os executados o carácter abusivo de determinadas cláusulas. Comezando pola que lle viña impor a un deles, en canto fiador, a renuncia ao beneficio de excusión. A cuxo respecto poñía de manifesto a desproporción de esixir unha fianza solidaria cando viña contar a executante, ademais de coa garantía hipotecaria, coa responsabilidade persoal ilimitada do propio debedor.

Tamén entendía que a cláusula que fixaba o tipo de xuro debedor, pola súa complexidade, non superaría sequera o control de inclusión. E, poñendo de manifesto que, debendo seren considerados consumidores (por non manter vinculación efectiva algunha coa





sociedade debedora), tampouco habería de producir efectos fronte a eles a cláusula de vencemento anticipado nin a cláusula moratoria.

A executante, ademais de negar que o crédito tivera sido titulizado, ou que a notificación previa non tivera sido axeitadamente intentada no enderezo consignado na propia escritura, puxo especial énfase en que non cabía operar o control sobre as cláusulas abusivas cando o préstamo de autos non viña constituír unha operación de consumo. Como así o viña delatar o feito de figurar como debedora principal unha sociedade mercantil.

SEGUNDO. Comezando pola cuestión relativa á deficiente notificación do saldo debedor aos executados, cómpre salientar, de entrada, que non existe o menor inconveniente para a viabilidade deste motivo de oposición no marco da execución hipotecaria. Pois non habería motivo para que, á vista da remisión que vén efectuar o art. 685.2 LAC ao establecido nos arts. 573 e 574 LAC, non fose igualmente aplicable respecto dos procesos de execución hipotecaria. Tendo en conta, asemade, que ao tratarse dunha deficiencia que viría afectar á propia eficacia executiva do título, podería ser invocada polos executados, a xeito de oposición, do mesmo modo que respecto de calquera outro procedemento executivo podería facelo ao abeiro do art. 559.1.3º LAC, malia non figurar no elenco de motivos de oposición contemplados no art. 695.1 LAC. Téndoos así admitido o AAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 28 de outubro de 2011 (EDJ 2011/264005). Do mesmo xeito que o AAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 15 de marzo de 2012 (EDJ 2012/67555), alén de calquera dúbida, mesmo rematou deixando sen efecto por tal motivo a execución despachada. O cal non quere dicir que deba ser igualmente acollida a oposición no presente caso.

Certamente, aínda que a parte executada fixo expresa invocación da previsión contida no art. 686 LAC e máis da doutrina constitucional que o desenvolveu en relación coa eficacia do requirimento de pagamento a practicar en vía xudicial, o certo é que, tratándose de examinar a corrección da notificación previa ao despacho da execución (art. 573.1.3º LAC), non habería motivo para cuestionar a eficacia da dirixida ao enderezo que viñera constar na propia escritura pública de préstamo. Especialmente á vista de que ningún dos outorgantes comunicou troco algún do seu enderezo do xeito indicado no art. 683 LAC.

Deron a entender os executados que tería sido consignado de xeito abusivo na escritura de préstamo o enderezo da sociedade debedora, cando era evidente que ningún deles tiña alí o seu enderezo. Sen embargo, malia ser certo isto último (figuran reflectidos na propia escritura os seus respectivos enderezos), non habería motivo para cuestionar a eficacia que da designación dun enderezo a efectos de notificacións viña reflectir a propia escritura ao abeiro do art. 683 CC, nin foi achegada evidencia algunha que permitira concluír nunha suposta imposición abusiva daquel enderezo, en troques dunha libre aceptación.

Así as cousas, en ausencia dunha mínima achega probatoria sobre a posta en coñecemento da executante do troco de enderezo dos executados, ou de que aquela habería de estar en coñecemento do seu novo enderezo ao tempo de efectuar a notificación do saldo, dificilmente poderá serlle formulado reparo ou censura de ningún tipo á executante por ter intentado a notificación no enderezo que figura na propia póliza. A menos que se pretenda bloquear o seu acceso á vía executiva por causas que, en definitiva, non lle serían imputables, senón, máis ben, aos propios executados.

Poden neste sentido acollerse os argumentos que veu esgrimir a executante, que habilitarían o intento de notificación efectuado no enderezo que a executante realmente coñecía. Tendo en conta que, malia residiren aparentemente noutras localidades, non deixaron os executados de consignar expresamente o enderezo da propia sociedade debedora, sen comunicación de troco posterior algún.





Pode ollarse, neste sentido, o AAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 15 de febreiro de 2012 (EDJ 2012/34137), que citaba, á súa vez, o AAP de Madrid, Sección 12ª, de 17 de novembro de 2004, e que viña prescindir, en definitiva, da esixencia da necesaria constancia da recepción da comunicación: “El prestatario no comunicó a la entidad prestamista un nuevo domicilio al que debían enviarse las comunicaciones a practicar, por lo que se considera que surte plenos efectos el intento de notificación llevado a cabo en el domicilio que figura en el contrato de préstamo”.

TERCEIRO. Podendo desbotarse, doutra banda, os argumentos polos que a parte executada cuestionaba a lexitimación activa da executante, so pretexto dunha posible titulización do crédito hipotecario que, finalmente, veu quedar desbotada pola propia entidade á que parte executada confiou a información precisa sobre tal particular, cabería pronunciarse sobre os motivos de oposición que viñeron traer a colación a condición de consumidores dos executados. Que a executante cuestionou, poñendo o acento na condición de sociedade mercantil da entidade prestameira. Pero que, sen embargo, non resultará determinante para excluír a aplicación da normativa de consumo respecto dos executados opostos, fiador un (Sr. e hipotecantes os dous (a Sra. en particular, non debedora). De feito, nin sequera semella que tiveran cuestionado os mesmos a condición de empresaria da sociedade debedora, ATLANTIC TROPICAL FRUIT, SL. Pois trataron unicamente de poñer de manifesto que, pola súa participación no contrato, como fiador hipotecante e hipotecante non debedora, non habería de quedar excluída a normativa de consumo se, como neste caso ocorría, non mantiñan participación ou vinculación funcional de ningún tipo coa sociedade mercantil debedora. Sendo así que, en realidade, nin sequera chegou ser cuestionada esta falta de participación ou falta de vinculación funcional entre os executados opostos e a sociedade mercantil debedora. O cal avalaría os seus argumentos e, xa que logo, a súa pretensión de entender igualmente aplicable a normativa de consumo á súa relación coa entidade executante.

Así resultaría da doutrina que ao respecto tivo establecido o ATXUE de 19 de novembro de 2015 (Dumitru Tarcau), cando concluía que a Directiva 93/13 “puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad”.

Precisaba a devandita resolución, a este respecto, que “si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza [véase, en el contexto de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO L 372, p. 31), la sentencia Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, apartado 18], se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza” (parágrafo 26).

Con todo, matiza a continuación o parágrafo 27 que o concepto de consumidor, a estes efectos, ten carácter obxectivo. De tal xeito que debería apreciarse esta cualidade “según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión”. Sendo así, -conclúe o auto-,





que “en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si actuó con fines de carácter privado” (parágrafo 29).

Posteriormente reiterada esta misma doutrina polo ATXUE de 14 de setembro de 2016 (Dumitras), tamén veu ser asumida polo TS. Entre cuxos máis recentes pronunciamentos, a STS de 27 de xaneiro de 2020 (EDJ 2020/505949), ademais de confirmar a asunción da xurisprudencia comunitaria para someter á normativa de consumo aos fiadores que, actuando á marxe da súa actividade profesional ou empresarial, non mantiveran vínculos funcionais coa sociedade afianzada, remataba concluíndo que “de ello obviamente non se deriva que los contratos de fianza suscritos por personas consumidoras en relación con operaciones de préstamo con garantía hipotecaria sean nulos per se, ni que dichos contratos tengan el carácter de meras cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación. Pero sí podrán estimarse abusivas, o contrarias a normas imperativas, determinadas cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación que se integren en el mismo, como por ejemplo el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal (art. 1826 CC), el que permita al acreedor exigir otro fiador aun cuando el inicial no viniera al estado de insolvencia (art. 1829 CC), el que exonere al acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados cuando no concurra ninguna de las causa de exclusión de la excusión (arts. 1831 y 1833 CC), el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (artículo 1852 del Código Civil), o el que le impida oponer al acreedor las excepciones propias del deudor principal y que sean inherentes a la deuda (art. 1853 CC), etc”.

E aínda que neste caso viñeron cuestionar os executados (polo que afectaba á posición dun deles como fiador solidario, Sr. [redacted] tanto a eficacia do pacto de renuncia ao beneficio de excusión, como a imposición dunha fianza desproporcionada, visto o alcance das que haberían de supor a garantía hipotecaria e máis a responsabilidade persoal ilimitada do debedor principal, tamén viñeron cuestionar a eficacia de determinadas previsións do contrato de préstamo hipotecario. Como serían a cláusula de vencemento anticipado ou a cláusula moratoria. Ademais da transparencia, por non superar o control de inclusión, da cláusula relativa ao xuro remuneratorio. Sendo así que aquela mesma sentenza viña indicar, acto seguido, que “igualmente podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato de préstamo (hipotecario o personal) que puedan afectar a la liquidación de la deuda reclamable frente a aquél, y que aun siendo válidas respecto del deudor principal que no sea consumidor, deban ser calificadas como abusivas o no transparentes respecto del fiador consumidor (como fue el caso de la cláusula suelo a que se refería la Sentencia número 314/2018, de 28 de mayo). En definitiva, como señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 2019, con cita de la jurisprudencia de esta Sala, “en los contratos de fianza o de garantía hipotecaria de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, deben ser objeto de los controles propios de la legislación sobre consumidores”.

Pois ben, desbotado neste caso que calquera dos dous executados opostos viñera manter vínculo funcional de ningún tipo coa sociedade debedora, nin como partícipes relevantes no seu capital, nin a xeito de administradores ou representantes da mesma, non habería motivo para non someter a súa respectiva participación no contrato á normativa de





consumo, nin, xa que logo, para non examinar a validez da cláusulas cuxo carácter abusivo viñeron soste.

CUARTO. Desde logo que, polo que respecta ás cláusulas incluídas no contrato de préstamo, a relativa ao xuro de demora podería afectar á liquidación da débeda que lle podería ser reclamable ao fiador. Mais podería dicirse o mesmo da relativa ao vencemento anticipado, na medida na que tamén permitiría reclamar do fiador, ademais das cantidades vencidas e non satisfeitas, o capital adiado. Ocorrendo o mesmo respecto da hipotecante non debedora, toda vez que a débeda vén de ser reclamada pola vía da execución hipotecaria.

E semella tamén claro que, na medida na que, de estimar fundadas as alegacións dos executados, coubera prescindir da cláusula de vencemento anticipado e, xa que logo, da viabilidade do proceso executivo respecto do fiador e máis da hipotecante non debedora, cumpriría comezar pola mesma os motivos de oposición esgrimidos polos executados.

Pois ben, establece a cláusula H.3.1 do contrato de préstamo con garantía hipotecaria de autos que “serán igualmente causa de vencimiento anticipado del préstamo las siguientes: 1) la falta de pago, por capital o intereses, en las fechas convenidas, de cualquiera de los plazos establecidos”.

Tratándose da falta de pagamento das cantidades aprazadas, a modificación do art. 693.2 LAC pola Lei 1/2013 veu admitir a posibilidade de reclamar “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”.

Malia ser de aplicación esta previsión ao momento no que a parte executante acordou o vencemento anticipado e deduciu a pretensión executiva, e malia teren resultado impagados máis oss tres prazos mensuais aos que facía referencia aquel precepto (a executante acordou o vencemento anticipado tras a falta de pagamento de 8 mensualidades), non debería perderse de vista que o mesmo, en realidade, non viña tratarse dunha disposición imperativa, que permitira o exercicio da facultade de vencemento anticipado. Nin sequera unha norma dispositiva, que permitira o seu exercicio en defecto de pacto noutro sentido. Pois, malia habilitar a autonomía da vontade, viña depender o exercicio daquela facultade, precisamente, da súa expresa constancia, naqueles termos mínimos, na escritura pública de constitución do empréstito. De tal xeito que, en ausencia de previsión ao respecto, non viría contar o acredor hipotecario con dereito para vencer anticipadamente o préstamo directamente ao abeiro daquel precepto, calquera que fose o número de mensualidades non atendidas. E o certo é que, polo que respecta ao caso de autos, a cláusula sometida a control nin sequera tería acomodo naquela previsión legal, pois viría permitir decretar o vencemento anticipado incluso coa mera falta de pagamento dunha única mensualidade. E aínda que a parte executante agardou finalmente alén incluso dos tres aprazamentos non satisfeitos antes de proceder a declarar anticipadamente vencido o préstamo, non por tal motivo debería ser obviado o carácter abusivo da cláusula e, en definitiva, do único soporte, -contractual-, a cuxo abeiro podería ter procedido a dar por anticipadamente vencido o préstamo. Vexamos.

En principio, polo que respecta á normativa civil común, non existe outra previsión sobre os supostos de perda do prazo cá establecida no art. 1129 CC, entre os que non se conta suposto ningún como o contemplado na cláusula agora cuestionada. Claro que, en principio, podería ter cabida semellante pacto ao abeiro do principio de autonomía da vontade (art. 1255 CC), de tal xeito que tampouco habería motivo, xa que logo, para considerar nulo, por





contrario a norma imperativa, o acordo que permitise o vencemento anticipado. Téndoo así confirmado, en relación coa falta de pagamento das cotas de amortización, a STS de 4 de xuño de 2008 (EDJ 2008/82736). A cal, tras precisar que incluso viría contar aquela facultade cun referendo lexislativo, tanto na previsión do art. 10 da Lei de Venda a Prazos de Bens Mobles, de 13 de xullo de 1998, como na propia redacción orixinaria do art. 693.2 LAC, precisaba que non viña isto a impedir 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 EDJ 2000/34441, también invocada por el recurrente, y que, por lo dicho hasta ahora, no sirve como exponente jurisprudencial de sustento a este motivo”.

Aínda que a obriga de pagamento das cotas mensuais podería ser valorada como esencial, xa que logo, aos efectos de acordar o vencemento anticipado da débeda, non quere isto dicir que por ese só motivo deba considerarse necesariamente proporcionado o exercicio da facultade. Sendo así que veu establecer a STXUE de 14 de marzo de 2013 (Aziz) os criterios consonte aos cales podería ser emitido o xuízo de proporcionalidade. Pois, ademais de ter en conta os que, con carácter xeral, permitirían apreciar a existencia dun desequilibrio importante contrario ás esixencias da boa fe (parágrafos 68 e 69), polo que respecta á “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” (parágrafo 73).

Operando consonte a estas pautas, cómpre salientar que, en principio, viría tratarse dunha facultade excepcional, en comparación coas normas aplicables na materia (o art. 693.2 LAC unicamente vén recoñecer a facultade de acordar o vencemento anticipado, mais sen submisión a límites de ningún tipo que permitan declarar ou desbotar o seu carácter abusivo, como na súa redacción ao tempo da demanda executiva). Que a mera posibilidade de anticipar o vencemento da totalidade do capital aprazado pola mera falta de pagamento dunha mensualidade non gardaría a axeitada proporción, nin coa importante contía, nin coa longa duración do préstamo. Sen que poida matizarse esta conclusión so pretexto do establecido no art. 693.2 LAC, por canto non viña recoñecer un dereito sen condicións ao acredor, senón precisado do necesario acordo contractual nese mesmo sentido. E, tratándose, xa que logo, do exercicio dunha facultade que, en ausencia dunha previsión normativa expresa, como, por exemplo, a do art. 10.2 da LVPBM, non tería máis fundamento có necesario acordo das partes, é claro que, habendo de ser ponderado o seu posible carácter abusivo á vista das circunstancias concorrentes ao momento da súa celebración (art. 82.3 TRLXDCU), podería abondar o mero feito de vir admitido o seu exercicio polo simple incumprimento de calquera dos prazos para declarar a súa nulidade, por canto habería de lexitimar un posible exercicio desproporcionado e non equitativo para o prestameiro. Sen que houbera de ter maior





ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACION DE XUSTIZA

relevancia, a este respecto, que o seu exercicio concreto non tivera por que merecer estes reparos, como de feito tería ocorrido no caso de autos. Pois, decaída a posibilidade mesma de anticipar o vencemento do préstamo como consecuencia da declaración de nulidade da correspondente cláusula, viría quedar carente de todo alicerce a pretensión de vencemento anticipado. Por moi razoable e proporcionadamente que tivera sido exercida.

A STXUE de 26 de xaneiro de 2017 (Banco Primus) veu referendar a liña proclive á fixación do carácter abusivo da cláusula atendendo, sen máis, á súa redacción, con total independencia da aplicación, ponderada ou non, que da mesma puidera ter efectuado a entidade bancaria: “En estas condiciones, tal como sinaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, la circunstancia de que, en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula”.

En realidade, xa a STS de 23 de decembro de 2015 (EDJ 2015/253610) tivera asumido o criterio da fiscalización en abstracto, se ben veu operar unha serie de modulacións en relación cos efectos da declaración de nulidade da cláusula, tras reparar nos efectos prexudiciais que para o consumidor podería supoñer o posible peche da vía privilexiada da execución hipotecaria por este motivo.

Aínda que parte dos argumentos esgrimidos polo TS poden considerarse superados pola devandita sentenza do TXUE (especialmente cando, ao prescindir unicamente da parte da cláusula que podería ser considerada abusiva, por permitir o exercicio da facultade a partir dun número relativamente baixo de cotas non satisfeitas, semellaba outorgarlle unha dimensión “cuantitativa” á cláusula de vencemento anticipado), a posterior STXUE de 26 de marzo de 2019 (Abanca) veuse pronunciar con toda claridade ao respecto. Tanto en relación co xuízo de abusividade, como do de integración.

Polo que respecta ao primeiro, veu desbotar, con toda claridade, que puidera evitarse a censura á cláusula en cuestión con só prescindir dos elementos que puideran reputarse desproporcionados ou abusivos, por canto viría implicar unha sorte de integración da cláusula abusiva, vedada pola xurisprudencia comunitaria: “la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia” (parágrafo 55).

Polo que respecta ao xuízo de integración (que só habería de ter lugar en caso de que a declaración de nulidade da cláusula abusiva determinase o decaemento de toda a disciplina contractual en prexuízo do consumidor, e que permitiría en tal caso suplir a cláusula abusiva por unha norma supletoria, -STXUE de 30 de abril de 2014 Kasler), aínda que o TXUE remite á apreciación dos tribunais nacionais determinar se a nulidade da cláusula abusiva impediría a subsistencia do contrato (parágrafo 60) e se por tal motivo haberían de quedar expostos os consumidores a consecuencias prexudiciais (parágrafo 61), non deixa de aclarar que, en tal suposto, sería conforme ao dereito comunitario “que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula con la nueva redacción de esta disposición legal de referencia introducida con posterioridad a la celebración del contrato, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente





perjudiciales” (parágrafo 59). Cando fala de “nueva redacción de esta disposición legal de referencia introducida con posterioridad a la celebración del contrato”, estase a referir a que a redacción da cláusula abusiva anulada estaba, ao mesmo que no caso de autos, “inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato”. É dicir, o art. 693.2 LAC.

De aí que veña concluír o TXUE, tras confirmar o deterioro da posición procesual dos consumidores no marco dun proceso de execución ordinaria, en comparación có de execución hipotecaria, e a súa relevancia aos efectos do xuízo de integración, que podería xustificarse “que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales”. (parágrafo 62).

Para o caso de concluír que o contrato houbera de subsistir sen a cláusula abusiva de vencemento anticipado, o TXUE confirma a improcedencia daquela integración contractual. A menos que o consumidor se viñera opor a prescindir da cláusula abusiva. “En particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria” (parágrafo 63).

Pregándose a estes criterios, e operando no marco da remisión que o TXUE veu efectuar aos tribunais nacionais para determinar tanto o efecto da nulidade da cláusula de vencemento anticipado sobre a subsistencia do contrato, como na ponderación do eventual efecto prexudicial que o decaemento da disciplina contractual podería propiciar para os consumidores, a STS do Pleno de 11 de setembro de 2019 (EDJ 2019/682995) veu confirmar, en primeiro lugar, que a nulidade da cláusula de vencemento anticipado impediría a subsistencia do contrato. Pois entendía que, “bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Perenicová, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco)”. De tal xeito que “no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa”. Pois, ao tratarse dun negocio xurídico complexo de préstamo con garantía hipotecaria, “la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario”.

Aínda que cabería obxectar que non por quedar vedada a vía da execución hipotecaria habería de perder a entidade bancaria a preferencia que lle houbera de resultar da constitución da garantía hipotecaria se incluso a pretendera facer efectiva polos trámites do correspondente proceso declarativo, ao abeiro do establecido no art. 1124 CC, ou pola vía da execución ordinaria, o certo é que, sendo clara a conclusión do TS, poucas dúbidas habería de suscitar que a nulidade da cláusula de vencemento anticipado habería de estenderse, neste caso, a todo o contrato.

Así as cousas, e asumindo o TS que, tal e como concluíu o TXUE, habería de resultar máis prexudicial para o consumidor verse privado dos beneficios que lle habería de reportar a execución hipotecaria, en comparación coa execución ordinaria, opta por substituír a cláusula anulada pola aplicación do art. 693.2 LAC. “Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero”. É dicir, que, “siempre que se cumplan las





ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia”.

“Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor”.

“Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (OTP Bank Nyrt) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda)”.

Non se entende ben que se a xurisprudencia comunitaria lexitima a integración do contrato coa norma que inspirou a redacción da cláusula abusiva (incluso na súa redacción posterior), en troques de ser esta aplicada directamente, deba ser novamente sometida a súa aplicación, como norma supletoria, a un xuízo de proporcionalidade. Que habería de efectuarse consonte aos criterios que transluce o art. 24 LCCI.

A verdade é que se os temores do TS radicaban na posible aplicación directa dunha norma menos favorable para o consumidor, como consecuencia da doutrina emanada da STXUE de 26 de marzo de 2019 (que, aparentemente, só viña referirse á redacción do art. 693.2 LAC tras a modificación operada pola Lei 1/2013, pois aínda non tivera entrado en vigor a LCCI), o certo é que, modificado aquel mesmo precepto pola LCCI, a cuestión non habería de suscitar máis dúbidas no sucesivo. Pois a cláusula de vencemento anticipado anulada habería de ser suplida, en todo caso, pola previsión do art. 24 LCCI, ao que tamén se vén remitir o art. 693.2 LAC.

Se tras a entrada en vigor da LCCI o vencemento anticipado haberá de axeitarse, en todo caso, ao seu art. 24 (disp. Trans. Primeira.4), non semella que a solución proposta polo TS houbera de alcanzar senón aos vencementos anticipados producidos con anterioridade e tras a modificación operada pola Lei 1/2013. De aí que viñera concluír o Tribunal, ao formular unha serie de pautas ou orientacións a seguir nos procesos de execución hipotecaria en curso (o cal non viña constituír o obxecto do recurso de casación), que “los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite”.

A verdade é que non se entende ben que se o TXUE avala a integración do contrato de préstamo hipotecario coa norma que inspirou a redacción da cláusula abusiva, deba ser arquivada a execución, sen máis trámite, cando a redacción do art. 693.2 LAC anterior á Lei 1/2013 habilitaba o pacto para acordar o vencemento anticipado cunha soa cota non satisfeita. Pois non semella tan claro que o sentido da STXUE de 26 de marzo de 2019 sexa validar unicamente a aplicación do art. 693.2 LAC na súa redacción posterior á Lei 1/2013, senón como remedio para evitar os efectos prexudiciais da anulación total do contrato para o consumidor. A fin de contas, no caso que se lle someteu á súa consideración, o vencemento anticipado tivera sido acordado cando xa estaba en vigor a nova redacción.

En todo caso, se o propio TS vén someter os procesos cuxo vencemento anticipado foi acordado tras a entrada en vigor da Lei 1/2013, aos “requisitos de gravedad y





proporcionalidad antes expuestos”, non habería motivo para non someter á mesma fiscalización os vencidos con anterioridade, “siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC”. Que non terían por que ser, unicamente, as resultantes da modificación operada nese precepto pola Lei 1/2013.

En todo caso, polo que respecta ao caso de autos, producido o vencemento anticipado con posterioridade á entrada en vigor da Lei 1/2013, e aínda que non terían deixado de ser aboadas máis que 8 cotas durante a primeira metade da duración do préstamo (formalizado o 20 de agosto de 2012, o vencemento estaba previsto para o día 2 de setembro de 2032), o total das cotas vencidas e non satisfeitas (7.600,67 euros), viñera superar claramente o 3% do capital concedido (100.000 euros). De tal xeito que, malia resultar abusiva a cláusula de vencemento anticipado, ao teren sido superados os límites previstos no art. 24 LCCI, non habería motivo para prescindir da continuación da execución hipotecaria, tal e como veu indicar a STS do Pleno de 11 de setembro de 2019 (EDJ 2019/682995). Nin sequera respecto do fiador solidario nin da hipotecante non debedora. Sen prexuízo do que proceda acordar en relación coas restantes cláusulas cuxo carácter abusivo tamén viñeron cuestionar os executados.

QUINTO. Si semella máis clara, pola contra, a ineficacia, por resultar desproporcionada e abusiva, da cláusula moratoria, que viña permitir facer aplicación dunha penalización consistente no engadido de 25 puntos adicionais ao tipo de xuro remuneratorio. Pois veu censurar o TS a estipulación dun xuro moratorio que viñera exceder do engadido de dous puntos adicionais ao xuro remuneratorio.

Efectivamente, tendo en conta que o art. 85.6 TRLXDCU considera abusivas as cláusulas que supoñan “la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”, non podería considerarse que viñera gardar a debida proporción un xuro de demora equivalente ao engadido de 25 puntos adicionais ao tipo do xuro remuneratorio. Pois, aínda sendo razoable que o xuro moratorio poida resultar superior ao que correspondería aplicar en caso de non mediar incumprimento, non viría axeitarse á rigorosa referencia establecida pola STS do Pleno, de 3 de xuño de 2016 (EDJ 2016/76680), a cuxo abeiro pouco lugar ás dúbidas deixaría o carácter desproporcionado daquela penalización.

Ademais de remitirse, ao mesmo cás anteriores SSTS de 18 de febreiro de 2016 (EDJ 2016/12331) e a do Pleno de 23 de decembro de 2015 (EDJ 2015/253610), ao xa establecido respecto dos efectos da nulidade da cláusula moratoria incluída en préstamos persoais pola STS de 22 de abril de 2015 (EDJ 2015/69484), entendeu que “si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales”. Sendo así que viña censurar esta sentenza a aplicación de todo xuro moratorio que viñera exceder máis de dous puntos porcentuais respecto do xuro remuneratorio estipulado no contrato.

Aínda que puidera pensarse que, sendo habitual a estipulación nos préstamos hipotecarios dun xuro remuneratorio sensiblemente inferior ao dos préstamos persoais, puidera non quedar xustificando tomar como límite un diferencial tan baixo, aclaraba a devandita sentenza, xustificando a equiparación, que “si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de





garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

“Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado”.

A verdade é que non resulta doado comprender o motivo de emitir o xuízo de validez da cláusula abusiva á vista do que serían os efectos da declaración de nulidade, cando o certo é que, como claramente se pode deducir da xurisprudencia comunitaria, non poderían ser outros cós de prescindir totalmente da cláusula moratoria declarada nula. De tal maneira que a valoración aparentemente ponderada que patrocina a doutrina xurisprudencial viría translucir, en realidade, o recurso ás proscritas facultades de moderación e de integración do contido contractual. De tal xeito que, se realmente vén operar con tan restritivo criterio, non podería xustificarse o mesmo so pretexto do limitado alcance das súas consecuencias. Que impedirían a aplicación de penalización algunha pola demora. Nin sequera rebaixada a un tipo inferior e aparentemente non desproporcionado. Aínda que o mesmo viñera coincidir co tipo remuneratorio.

Certamente, a declaración de ineficacia da cláusula abusiva implicará que, ao operar a nulidade os seus efectos con carácter retroactivo, desde o mesmo momento da sinatura do contrato, deba prescindirse totalmente da súa aplicación. Incluso en relación coas cantidades que tiveran sido xa aboadas por tal concepto. E, doutra banda, os efectos da nulidade implicarán, asemade, que veña quedar proscrita toda posibilidade de reclamar xuro moratorio ningún, incluído o legal ao abeiro do art. 1108 CC. Pois non outro sería o sentido da doutrina establecida pola STXUE de 21 de xaneiro de 2015 (Unicaja/CaixaBank), que vedou incluso a posibilidade de facer aplicación do dereito supletorio previsto na materia, constituído polo art. 1108 CC, que permitiría facer aplicación do xuro legal.

Certamente, malia comezar confirmando a devandita sentenza a doutrina establecida na STXUE de 30 de abril de 2014 (Kásler), en relación coa “facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato” (parágrafo 33), precisa o TXUE que “esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización”. Desta maneira, polo que respecta a un caso como o de autos, no que a nulidade non habería de alcanzar á totalidade do contrato, senón, exclusivamente, á cláusula moratoria, “la anulación de las cláusulas contractuales en cuestión no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas” (parágrafo 34).

Malia á claridade da doutrina establecida pola xurisprudencia comunitaria, non deixa de sorprenden, sen embargo, a solución á que tivo chegado a STS de 22 de abril de 2015 (EDJ 2015/69484), ao proclamar os efectos que haberían de resultar da declaración de ineficacia da





cláusula moratoria e da imposibilidade de facer aplicación do dereito dispositivo, habilitando, en definitiva, a aplicación dun xuro moratorio idéntico ao remuneratorio. Solución á que tamén se viñeron remitir, respecto dos préstamos hipotecarios, as xa citadas SSTs de 3 de xuño de 2016, do Pleno, -EDJ 2016/76680-, de 18 de febreiro de 2016-, EDJ 2016/12331-, e a do Pleno de 23 de decembro de 2015, -EDJ 2015/253610.

Como tivera sido apuntado, non deixa de sorprendere que, rexeitada a posibilidade de aplicar o xuro legal (dereito supletorio), na medida na que habería de resultar prexudicial para o consumidor, veña ser lexitimada a aplicación do xuro remuneratorio a xeito de xuro moratorio. A menos que se veña operar unha confusión de conceptos. Pois, por responder a unha finalidade totalmente diferente, o xuro remuneratorio non habería de continuar reportándose a partir do vencemento anticipado do préstamo ou da correspondente cota non satisfeita (que xa inclúe o correspondente xuro remuneratorio). De tal maneira que non podería entenderse que o alcance da cláusula moratoria (e, polo tanto, da súa declaración de nulidade), veña quedar limitado a engadir un diferencial ao xuro remuneratorio, cuxa aplicación, por tal motivo, non habería de resultar cuestionada. A fin de contas, esa mesma sería a mecánica coa que a cláusula moratoria viría operar respecto do dereito supletorio, constituído polo xuro legal (art. 1108 CC). Cuxa aplicación, sen embargo, viría quedar excluída como efecto da declaración de nulidade. E toda vez que non habería de continuar a reportarse o xuro remuneratorio, como tal, tras o vencemento anticipado (ou o da correspondente cota que xa o incluía), é claro que só podería ser de tal xeito admitida a súa aplicación a xeito de xuro moratorio, propiciando, en definitiva, un efecto moderador e integrador do contido do contrato, claramente vedado pola xurisprudencia comunitaria. A cuxo respecto cabería salientar que, ligada a esixencia do xuro remuneratorio á concesión dun prazo para a restitución do capital, viría quedar a súa aplicación carente de causa tras o vencemento do capital ou da cota que xa o incluía. Sendo así que entender limitados os efectos da cláusula moratoria a establecer un diferencial suporía operar unha salientable confusión entre a finalidade dun e doutro tipo de xuros. Que claramente quedaría evidenciada con só reparar na mera posibilidade de seguir facendo aplicación do xuro remuneratorio, a xeito de penalización, alén incluso do prazo estipulado no contrato. O cal evidenciaría que a súa aplicación, en tal caso, non respondería á finalidade típica do xuro remuneratorio, senón que, en realidade, viría operar do mesmo xeito có xuro moratorio. Do que non viría constituír senón un tipo moderado ou rebaxado. Inadmisíbel en aplicación da doutrina comunitaria.

Malia a todo o que vén de ser indicado, a STXUE de 7 de agosto de 2018, veu confirmar a devandita xurisprudencia, tras asumir, no seu parágrafo 77, acollendo as conclusións do Avogado Xeral, que, no caso de vir determinado o tipo do xuro de demora “en forma de un incremento de varios puntos porcentuales sobre el tipo de interés remuneratorio”, “al consistir la cláusula abusiva en tal incremento, lo único que exige la Directiva 93/13 es que este se anule”.

Non deixa de sorprendere que, malia terse esforzado o TXUE en fixar a diferenza conceptual e diferente finalidade do xuro remuneratorio e máis do moratorio, aclarando que “la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma” (parágrafo 76, -a negriña é miña), e tras aclarar que “de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio” (parágrafo 76), remate asumindo a viabilidade de facer aplicación do tipo de xuro remuneratorio, a xeito de xuro moratorio, alén incluso do vencemento anticipado, ou incluso





alén da data do último dos aprazamentos inicialmente estipulados. A fin de contas, o xuro moratorio habería de reportarse ata o completo pagamento da débeda.

Non semella que, ao someter á valoración do TXUE a compatibilidade da xurisprudencia do TS coa Directiva 93/13 pretendiera poñerse en cuestión a eficacia do xuro remuneratorio. De tal xeito que, ao proclamar que habería de manterse “al mismo tiempo la validez de las restantes cláusulas del contrato, en particular de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios” (parágrafo 78), “sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato” (parágrafo 79), debiera concluírse que os mesmos foran obxecto de aplicación alén da súa finalidade propia. Que é, sen embargo, o que viña postular a xurisprudencia do TS para o caso de que fose declarada a nulidade dunha cláusula moratoria fixada mediante o engadido dun diferencial ao xuro remuneratorio. Sendo así que o TXUE semella concluír que, en tal caso, a diferenza daqueloutro no que o xuro de demora fora fixado directamente mediante un determinado tipo, a cláusula abusiva radicaría, precisamente, naquel engadido. Que sería o único que habería de ser anulado. A fin de contas entende o TXUE que a xurisprudencia compatible coa Directiva “implica que el juez nacional, que ha constatado el carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, deje pura y simplemente sin aplicar tal cláusula o el incremento que los intereses de demora representan en relación con los intereses remuneratorios, sin poder sustituir la cláusula abusiva por disposiciones legales supletorias ni modificar la cláusula en cuestión, y mantenga al mismo tiempo la validez de las restantes cláusulas del contrato, en particular de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios” (parágrafo 78).

A disxuntiva que veño de salientar en negriña semella aboar unha diferente solución en función do xeito no que tivera sido formulada a cláusula moratoria, o cal non semella moi razoable, á vista da función que está chamada a cumprir. Mais, semellando claro o sentido da xurisprudencia comunitaria á hora de limitar os efectos da declaración de nulidade ao incremento censurado como desproporcionado, só podería concluírse que, fixada neste caso a cláusula moratoria mediante o engadido de 25 puntos adicionais ao tipo de xuro remuneratorio, cumprirá prescindir, por abusivo, do devandito engadido, así como de calquera outro que exceda da simple aplicación do xuro remuneratorio, a xeito de xuro moratorio. Se ben caberá precisar que, malia contemplar a cláusula de autos a capitalización das cantidades non satisfeitas, non habería de ser viable o xiro do xuro remuneratorio, a xeito de xuro moratorio, máis que sobre o capital vencido e non satisfeito e sobre o capital anticipadamente vencido. So risco de propiciar, coa súa aplicación sobre os xuros remuneratorios vencidos e non satisfeitos, a aplicación dunha penalización que viría duplicar o xuro remuneratorio.

SEXTO. Polo que respecta ás obxeccións que formulaba a parte executada en relación coa cláusula que fixaba o xuro remuneratorio, a propósito da súa dificultade de comprensión e posible non superación do control de inclusión, cómpre salientar, de entrada, que, malia ser viable a articulación do control de incorporación propiamente dito incluso na contratación entre empresarios, non por tal motivo habería de resultar irrelevante tal condición no marco do presente proceso de execución hipotecaria, toda vez que o art. 695.1.4º LAC non permitiría articular o control máis que ao abeiro da normativa de consumo. E aínda que neste caso vén de ser confirmada a súa aplicación en relación cos executados opostos, tampouco veu ser formulada outra obxección cá que resultaría das dificultades de comprensión que viría propiciar o teor literal do contrato. Sen facer referencia algunha ao posible coñecemento que o debedor hipotecario puidera ter adquirido sobre a operativa da cláusula ao tempo da súa sinatura. De tal xeito que, máis que traer a colación a articulación do control de transparencia,





ás penas habería lugar a considerar as dificultades de comprensión gramatical da cláusula en cuestión (control de inclusión). Sendo así que, presentando semellante grao de dificultade que calquera outra cláusula que establece o tipo de xuro variable mediante a integración dun tipo de referencia e un diferencial ou engadido, cabería lembrar como a STS de 11 de outubro de 2019 (EDJ 2019/704540) veu desbotar incluso o déficit de transparencia dunha cláusula que, ao mesmo có caso de autos, fixaba o tipo de xuro remuneratorio nun préstamo hipotecario a tipo variable. Desbotando, en particular, a relevancia do feito de tratarse dunha “cláusula larga” ou prolixa (como podería ser a de autos), tras salientar que aquela extensión, “además de venir justificada por la necesidad de aportar una información completa, no sólo no complica su comprensión sino que por su claridad asegura que el consumidor pueda entender mejor sus consecuencias jurídicas y económicas”.

SÉTIMO. Polo que respecta ás obxeccións que os executados dirixiron ás cláusulas que formarían parte propiamente do contrato de fianza, aínda que censuraban a renuncia que de xeito abusivo lle tería sido imposta ao fiador ao beneficio de excusión, viñan deducida do feito da manifesta desproporción da fianza solidaria, censurada tamén polo ar. 88.1 TRLXDCU (“la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica”).

Ambas as dúas cuestións foron detalladamente examinadas pola STS de 27 de xaneiro de 2020 (EDJ 2020(505949). A cal, a propósito da renuncia ao beneficio de excusión, confirmaba, de entrada, “la posibilidad de extender los controles de incorporación y transparencia material a las cláusulas de los contratos de fianza y, entre ellas, a la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división (arts. 1831 y 1837), en cuanto afectantes a las obligaciones de pago del fiador, en conexión con las normas vigentes en cada momento sobre las obligaciones de información en la fase precontractual (claramente reforzadas, en particular respecto de los garantes, en la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), la claridad de su redacción, y el tratamiento secundario o no dado a la misma en el contrato, a fin de permitir el conocimiento por el fiador de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula (cfr. STS 314/2018, de 28 de mayo), aunque en este caso la finalidad de dicha información no es tanto permitir comparar ofertas - pues en puridad en la fianza gratuita no hay prestación correspondiente a cargo del acreedor -, cuanto permitir al fiador conocer el alcance del riesgo asumido”.

Así as cousas, poñendo o acento na claridade da redacción, exenta dunha exposición farragosa, innecesariamente extensa ou escura, así como no feito de vir precedida dun epígrafe salientado en maiúsculas e negriña, con explicación breve das súas consecuencias xurídicas e económicas, concluía a devandita sentenza que “el alcance del compromiso obligacional del fiador, en cuanto a su contenido esencial de garantía, sobre el que se ha de proyectar específicamente la atención del fiador, está delimitado de forma concreta, sin que su conocimiento y posibilidad de comprensión quede dificultada por la extensión, oscuridad o farragosidad de su contenido, como puede suceder en el caso de otros contratos más complejos”.

Aplicando estas mesmas pautas ao caso de autos, pode apreciarse que, figurando en maiúsculas e negriña, o epígrafe da cláusula R.1 fala de “fianza solidaria (por el total nominal)”. E salientaba posterior, con subliñado e negriña, que o Sr. xunto co Sr. Mendoza, “garantizan solidariamente” o cumprimento das obrigas contraídas polos prestameiros, con remisión ás previsións normativas dos arts. 439 e ss Ccom e 1144, 1822, 1831 e 1837 CC, “relevando a BMN de toda notificación por falta de pago a los deudores”.





Definido deste xeito o alcance das súas obrigas mediante o emprego de expresións e categorías legais dotadas dun claro significado (solidariedade, fianza solidaria), dificilmente podería invocar o executado o descoñecemento do seu alcance sen pretender alicerzalo no descoñecemento de claras previsións normativas. Sendo así que aclara aquela mesma sentenza, tras admitir incluso a posibilidade de operar o control de contido sobre a devandita cláusula (ponderando, precisamente, a cocorrenza dunha “imposición de renunciacións o limitación de los derechos de consumidor”, -tamén invocada polo executado), que “no se puede obviar la dificultad inicial que supone el hecho de que se trate de estipulaciones (renuncia a la excusión y pacto de solidaridad) expresamente previstas y autorizadas por el Código civil, así como el hecho de que en los casos en que la fianza tenga carácter gratuito el criterio (que exonera junto con la buena fe de la abusividad) del "justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes" (vid. art. 80.1, c) del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) resulta de difícil aplicación”.

E conclúe salientando, finalmente, que “no puede olvidarse que tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil en relación con la fianza simple como respecto de la fianza solidaria (prevista expresamente en el art. 1822, párrafo segundo, del CC), y que el pacto de solidaridad excluye por sí mismo, sin necesidad de renuncia, tanto el beneficio de excusión (art. 1831.2º CC), como el de división (art. 1837, párrafo primero, del CC). Por lo que la nulidad de dichas renunciacións por su eventual abusividad, en caso de que pudiera estimarse posible a pesar de estar expresamente prevista en el Código, carecería de todo efecto útil, al coincidir sus efectos con los propios de la fianza solidaria con arreglo a la regulación dispositiva prevista en el propio Código (vid. art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE)”.

OITAVO. Menos rigorosa semella esta mesma sentenza á hora de habilitar a formulación dunha censura ao contrato de fianza con motivo da súa desproporción, ao abeiro do establecido no art. 88.1 TRLXDCU.

Entende o TS que resulta aplicable aquela previsión normativa “al propio contrato de garantía (generalmente fianza o prenda) que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual”.

Tras invocar a tutela constitucional dos consumidores e máis a xurisprudencia comunitaria para xustificar unha interpretación extensiva (“pro consumatore”), lembra o TS, asemade, “la estrecha dependencia del contrato de fianza respecto al contrato del que surge la obligación principal garantizada, dependencia que se traduce en el hecho de que el riesgo asumido por el fiador queda definido comúnmente por la prestación que integra la obligación del deudor principal, en el hecho de la contextualidad o coetaneidad de ambos contratos (préstamo y fianza), en su formalización conjunta en un mismo documento, y en el hecho de que el común acreedor del deudor principal y del fiador es el que como oferente profesional impone y predispone la redacción de los términos del afianzamiento, según resulta notoriamente de la observación del tráfico jurídico y de las máximas de experiencia”.

Con todo, non deixa de precisar que “esta interpretación extensiva del concepto de "garantías" en el sentido expresado requiere necesariamente -tanto por razones de legalidad como de seguridad jurídica- para quedar afectado por la grave ineficacia de la nulidad del contrato en que se haya constituido, que pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor”. E concreta, acto seguido, os





factores ou criterios a tomar en consideración para formular semellante xuízo (en relación cun suposto de fianza estipulada nun crédito hipotecario):

“a) el importe de la totalidad de las cantidades garantizadas por todos los conceptos mediante la hipoteca (capital, intereses y costas), b) la tasación de los inmuebles hipotecados, c) las cantidades no cubiertas por dicha cifra de responsabilidad por la hipoteca (vid. v.gr. las limitaciones que respecto de los intereses de demora impone el art. 114 LH), d) las limitaciones que impone la legislación del mercado hipotecario en cuanto a la proporción máxima entre la tasación de los inmuebles hipotecados y el capital prestado, e) la solvencia personal de los deudores (arts. 1911 CC y 105 LH), f) la correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor (vid. art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que permite tener en cuenta no solo todas las cláusulas del contrato sino también las de "otro contrato del que dependa", incluyendo las relativas al precio, pues como señala uno de los considerandos de la Directiva, si bien "la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", sin embargo "en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio"), g) su ajuste o no a su normativa específica (disposición adicional 1.18ª LGDCU: "[...] Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica"), h) el riesgo de depreciación del inmueble hipotecado (por razón de daños materiales, limitaciones urbanísticas u otras), etc”.

Pois ben, aínda que non deixaba de salientar que a acumulación de garantías non implicaba, sen máis, a pretendida desproporción (o art. 1844 CC permite a concorrencia de varios fiadores para un mesmo debedor, e do art. 1860 CC dedúcese a posibilidade de dar varias cousas en prenda ou hipoteca), pode apreciarse que, a diferenza do que viña ocorrer no suposto considerado por aquela sentenza, ao alcanzar o ben hipotecado unha taxación de 312.517,09 euros, viría dar axeitada cobertura á totalidade das responsabilidades cubertas pola hipoteca (o capital máis 24.000 euros de xuros remuneratorios, 15.000 euros de custas e gastos, e 24.000 euros máis de xuros de demora, -que viñeron quedar reducidos ao tipo do xuro remuneratorio). Sen que, doutra banda, viñera compensarse con aquela acumulación de garantías a estipulación dun tipo de xuro remuneratorio que puidera considerarse especialmente baixo, tratándose dun préstamo hipotecario. De tal xeito que, aínda que a responsabilidade persoal ilimitada da debedora viñera quedar condicionada pola limitación da súa responsabilidade, atendida a súa condición de sociedade mercantil, tampouco debería obviarse que, ademais do Sr. [redacted] tamén veu outorgar fianza solidaria o Sr. Mendoza. De cuxa situación de solvencia non quedou constancia nas actuacións.

En definitiva, habendo motivos para concluír, á vista do total importe do préstamo e, en particular, das cantidades que están ser obxecto de reclamación do presente proceso de execución, que a constitución dunha fianza solidaria adicional podería resultar desproporcionada, propiciando a asunción dun risco por parte do fiador que, por innecesario, podería resultar contrario ás esixencias da boa fe, cumprirá prescindir, senón da totalidade da fianza, si do seu carácter solidario. Pois, como tivera sido apuntado, non veu facer invocación o fiador executado da desproporción senón para cuestionar a imposición da fianza solidaria, con renuncia ao beneficio de excusión.

Que veña prescindirse da fianza solidaria non quere dicir que haxa de eludir o Sr. [redacted] a súa eventual responsabilidade. De tal xeito que, non podendo dicir que veña quedar sen obxecto a anulación da cláusula moratoria, si haberá de proceder a parte





ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

executante a liquidar, no prazo de dez días, os xuros moratorios dos que, consonte ao indicado no razoamento xurídico quinto, habería eventualmente de responder o fiador (polo que respecta á Sra. a súa condición de usufrutuaria do ben hipotecado virá liberala de toda responsabilidade persoal polo pagamento das débedas, -art. 509.I CC).

NOVENO. Só parcialmente acollidos os motivos de oposición esgrimidos polos executada, non haberá de resultar procedente efectuar pronunciamento condenatorio en materia de custas procesuais.

PARTE DISPOSITIVA

ACOLLO PARCIALMENTE A OPOSICIÓN Á EXECUCIÓN formulada por e facendo, en consecuencia, os seguintes pronunciamentos:

1º. Declaro abusiva e nula, fronte aos Sres. e a cláusula que, figurando na escritura pública de préstamo hipotecario, datada o 20 de agosto de 2012, vén establecer un xuro de demora consistente en engadir 25 puntos porcentuais ao tipo estipulado como xuro remuneratorio.

A declaración de nulidade implicará que deba prescindir da súa aplicación a executante desde a mesma data na que tivo sido incorporada ao contrato. Mais non impedirá que poida xirar o xuro moratorio, respecto do Sr. ao mesmo tipo do xuro remuneratorio, exclusivamente sobre o capital vencido e non satisfeito e máis sobre o capital adiado. A cuxo efecto, deberá formular a parte executante nova liquidación no prazo de 10 días,

2º. Declaro a nulidade, por resultar desproporcionada e abusiva, da constitución dunha fianza solidaria con cargo ao Sr. cuxa responsabilidade como fiador só operará previa excusión dos bens do debedor principal.

3º. Non hai lugar a efectuar pronunciamento condenatorio en materia de custas procesuais.

Notifíquese esta resolución ás partes, ás que se lle fará saber que a mesma non é firme e que contra ela poderán interpoñer recurso de apelación para ante a Audiencia Provincial de Pontevedra no prazo de vinte días.

Así o acordo, mando e asino.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

