

**OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN POR ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES DE
DEMORA, VENCIMIENTO ANTICIPADO Y CLÁUSULAS SUELO.
DOS EXTREMOS EN EL ROL DEL CONSUMIDOR***

Ángel Carrasco Perera

Centro de Estudios de Consumo
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Iuliana Raluca Stroie

Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 10 de noviembre del 2016

El concepto de consumidor hace referencia a un rol que se ha institucionalizado de forma mecánica. En lugar de atender a la necesidad concreta de una protección “más allá del Derecho común”, se cuestiona si la relación jurídica está construida de tal modo que la contraparte “adquirente” está actuando, aunque con alcance económico, fuera de su actividad profesional o empresarial típica. El resultado es mecánico y ciego, porque muchos sujetos que son conceptualizables en el rol no merecen esa protección especial, y otros sujetos ajenos al rol sí la merecen. Por eso, la conceptualización y decisión de casos en función de si la contraparte es o no consumidor ha llegado a convertirse en un maniqueísmo carente de justificación sustancial. Especialmente cuando el nuevo concepto amplio de consumidor comprende no ya sólo al que adquiere como destinatario final, sino a quien actúa económicamente de forma que obtiene réditos siempre que no sea ésta la profesión típica del sujeto.

Estas dos sentencias que aquí se recogen son, al mismo tiempo, testimonio, pero también superación, de la concepción de rol del Derecho del consumidor. En la primera de ellas se niega, parece que, con razón, que el administrador de una sociedad pueda ser

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

consumidor. Pero finalmente la diferencia de régimen jurídico, una vez que se recorre todo el caso, acaba siendo irrelevante. Si prescindimos del insensato “control material de transparencia” inventado por la STS 9 mayo 2013, pero que no tiene ningún significado autónomo, la sentencia recorre en un supuesto de no consumidor la misma serie de controles que serían precedentes en un caso con consumidor. Primero, si ha existido control de incorporación de cláusulas, segundo, si materialmente son conformes con el Derecho imperativo. Y como el art. 1258 CC forma parte (y así se dice) de este material de control de contenido, finalmente acaba haciéndose un juicio de contraste con la buena fe que acaba siendo el mismo juicio de contraste de abusividad de las cláusulas con consumidores. De otra forma ¿cómo podría la sentencia haber anulado los intereses moratorios, sin control específico de “abusividad” y sin que fuera aplicable la legislación de usura?

El segundo caso es chocante por otra razón. Un sujeto que invierte sus ahorros en inmuebles para sacar rédito por los alquileres y pide un préstamo hipotecario con este fin. Es evidente que esta persona está fuera del rol diseñado por la LGDCU, pero se le concede protección como consumidor, al menos en la aplicación del art. 693 LEC y la cláusula de vencimiento anticipado y en la nulidad de la cláusula suelo. Pero, una de dos, o se ha aplicado la normativa consumerista a un sujeto ajeno al rol, pero necesitado de protección material propia como la que depara la normativa de consumidores; o se trata de una incorrecta aplicación del concepto legal de consumidor. Porque cualquier cosa que quepa en el concepto actual de consumidor, no lo es nunca aquél que obtiene réditos paralelos no con el excedente de que goza como consumidor sino con financiación externa que se pide para procurarse la rentabilidad alternativa, sea o no ésta la forma única de vivir profesionalmente que tenga tal persona.

1. SAP Pontevedra 14 de julio de 2016, JUR 2016\201113

1.1.Los hechos de la sentencia

Las partes del presente pleito habían suscrito una póliza de crédito a interés fijo con un límite inicial de crédito de 24.000 euros y vencimiento a un año. El administrador único de la sociedad prestataria intervino en el contrato antes mencionado como fiador solidario de aquella. Casi dos años después de la fecha de vencimiento del contrato la entidad prestamista presentó demanda de ejecución de títulos no judiciales contra la mercantil prestataria, y contra su fiador, reclamando las cantidades de 27.818,75€ de principal, más 8.345,62€ que provisionalmente se calculaban para intereses, gastos y costas. La entidad financiera demandante alega incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la prestataria por lo que se vio obligada a declarar vencido anticipadamente el contrato y proceder al

cierre de la cuenta abierta. El fiador se opuso a la ejecución alegando que, al vencimiento del plazo, había pactado con la entidad demandante la concesión de un crédito hipotecario sobre su vivienda para poder hacer frente al pago en concepto de liquidación de la cantidad debida por todos los conceptos, por lo que concurría la causa de oposición de pacto o promesa de no pedir. Subsidiariamente, invocó pluspetición, ya que en el curso de los trámites de concepción del préstamo hipotecario se concretó la cantidad debida en concepto de principal e intereses en 24.000 euros.

Viendo rechazadas sus peticiones por el Juzgado de Primera Instancia, el fiador demandado formuló oposición extraordinaria, al amparo del reformado art. 695.1 LEC y en aplicación de las previsiones de la Ley 1/2013, invocó su condición de consumidor y el carácter abusivo de las cláusulas relativas a intereses, comisiones, gastos, afianzamiento, compensación de saldos, acciones judiciales y tipo anual de interés efectivo.

Tras la denegación de la mencionada oposición por el juzgado a quo el administrador-fiador presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera argumentando su condición de consumidor en relación con el contrato de préstamo litigioso y solicitando que se declarase la nulidad por abusivas de las cláusulas sobre intereses de demora y de vencimiento anticipado y, subsidiariamente, *"la revisión o moderación o potestad moderadora del juez para que rebaje el tipo de interés aplicado en dicho contrato"*.

La demandada se opuso, alegando con carácter previo la excepción de cosa juzgada, y en cuanto al fondo, solicitó que se negara la condición de consumidor del demandante, y, en consecuencia, la aplicación de la normativa de protección invocada. El Juzgado de Primera Instancia apreció la excepción de cosa juzgada por lo que el demandante presentó recurso de apelación. La Audiencia señaló que las cláusulas cuestionadas de intereses y de vencimiento anticipado constituyen condiciones generales de la contratación y, que “ambas superan el control de inclusión o incorporación, único que puede aplicarse, al carecer el demandante de la condición de consumidor” por lo que desestimó el recurso. Disconforme con esta resolución el demandante presenta nuevo recurso de apelación que se articula sobre dos motivos. En primer lugar, alega que las cláusulas controvertidas, que le fueron impuestas son nulas independientemente de su consideración como consumidor o no, puesto que no supera el segundo control de transparencia o control de comprensibilidad, que es de aplicación a cualquier condición general de la contratación, conforme prevé el art. 7 LCGC. En segundo, lugar alega que las referidas cláusulas vulneran en todo caso las normas contractuales generales de

buena fe y lealtad contractual, lo que de acuerdo con el art. 7 CC y el art. 8.2 LCGC debería comportar igualmente su nulidad.

La Audiencia aclara en primer lugar que no procede pronunciarse sobre la cláusula de vencimiento anticipado en cuanto la entidad financiera procedió al cierre de la cuenta una vez haya vencido el contrato.

La controversia queda circunscrita por tanto a las cláusulas sobre intereses remuneratorios y de demora.

1.2. Argumentos de la sentencia

Sobre el control de incorporación, de transparencia y de contenido en los contratos con condiciones generales, la Audiencia señala que al tratarse de un contrato celebrado entre profesionales, las normas que resultan de aplicación son los arts. 5, 7 y 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y las disposiciones generales de la contratación del Código Civil, incluyendo la posible vulneración de principios contractuales como la buena fe o el equilibrio de prestaciones.

Por tanto, la Audiencia procede a analizar si las cláusulas controvertidas pueden incorporarse en el concepto de condiciones generales impuestas a la otra parte contratante argumentando que “estamos ante cláusulas que no solo se incorporan en un contrato, sino que ha sido redactada de antemano por la entidad financiera, sin que el cliente haya podido influir en su contenido, por más que la haya podido conocer y, consciente o no de la naturaleza y consecuencias de la cláusula, la acepte en lo que constituye la expresión de un consentimiento voluntario y libre, pero no por ello debidamente formado”. Argumenta la Sala que “la redacción literal de las cláusulas no recoge concesión alguna a la posición del deudor” siendo “inverosímil que, atendido el tenor literal de la misma, hubiera no ya negociación alguna, sino la más mínima oportunidad de negociación real”. Considera el magistrado que no ha quedado acreditado que la negociación que hubo entre las partes, como sostiene la parte apelada, se haya extendido a las cláusulas concretas de intereses remuneratorios y moratorios. Tampoco puede prosperar la tesis de la demandada conforme a la cual el administrador único de la entidad prestataria se dedicaba a la intermediación financiera, y por ello se salvaguardará el conocimiento del clausulado o que pudiera influir en su contenido. El hecho de que hubo una novación en la póliza, que supuso una prórroga, tampoco acredita que se hayan negociado las cláusulas controvertidas porque se mantuvieron las condiciones inicialmente pactadas, con la salvedad de una reducción del tipo de interés deudor del 7,00% al 6,750% (que tiene su explicación en la bajada general de los tipos de

interés entre los años 2008 y 2009), y la ampliación del capital de 20.000 e a 24.000€. Por lo expuesto anteriormente, no cabe duda que las controvertidas cláusulas se incorporan en el concepto de condiciones generales de la contratación, que la parte demandante no ostenta la condición de consumidor por tratarse de un contrato de préstamo dirigido a la financiación de la actividad empresarial de la mercantil cuyo administrador es y por consiguiente, si bien resulta de aplicación un control de incorporación en su primer grado no procede el "control de transparencia", limitado a los contratos con consumidores.

Concluye la Sala que “el control de contenido no puede extenderse a los supuestos de abusividad de las cláusulas contractuales, previsto en la legislación especial de consumidores y usuarios y para los contratos celebrados con estos últimos, sino que debe detenerse en el ámbito de la ley de Condiciones Generales de la Contratación, y en concreto del art. 8.1, esto es, en el análisis de la posible vulneración por las cláusulas cuestionadas de leyes imperativas o prohibitivas”.

En relación al control de incorporación o inclusión (arts. 5 y 7 LCGC) y el control de contenido (limitado a la vulneración de normas imperativas y prohibitivas), en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre la entidad prestamista y un empresario o profesional, la Sala argumenta que del examen de la póliza las cláusulas “están adecuadamente expresadas en el contrato, sin que revista especial complejidad o problemas interpretativos, perfectamente visibles e individualizadas, que incluyen una referencia clara al tipo ordinario sobre la cantidad dispuesta, al tipo sobre el exceso dispuesto máximo y al interés de demora, plasmada en tres recuadros diferenciados, consecutivos y situadas en la tercera fila, de manera visible”. Por tanto, se cumplen los requisitos de inclusión previstos en el art. 5.5 de la LCGC sin que proceda profundizar en el doble control de transparencia o control de comprensibilidad, reservado a los contratos con consumidores. Recuerda la Audiencia que, en el ámbito de la contratación privada, incluso en el marco de condiciones generales, pero fuera del ámbito de mayor protección del consumidor, la falta de conocimiento de alguna cláusula, el engaño, la falta a la buena fe contractual, o cualquier otro obstáculo a la correcta contratación exigen la adecuada prueba. Por tanto, cuando “las cláusulas contractuales a pesar de ser reflejo de condiciones generales de la contratación, están adecuadamente expresadas en el contrato y, como es el caso, no tienen especial complejidad, cualquier error sobre la misma o defectos de información, difícilmente pueden atribuirse a la parte proponente cuando se encuentran en el ámbito de control y conocimiento del adherente para su correcto entendimiento”.

Recordando las SSTs de 3 de junio de 2016 y 9 de mayo de 2013 así como la jurisprudencia del TJUE, la Sala argumenta que las condiciones generales insertas

en un contrato entre empresarios o profesionales solo podrán ser sometidas al primer control de transparencia o control de inclusión, referido a la transparencia documental o gramatical, así como, en su caso, a los deberes plasmados en las normas contractuales generales. Habiendo excluido la posible vulneración de los requisitos de incorporación al contrato recogidos en la LCGC procede el análisis de conformidad con la normativa general del Código Civil. En este sentido se señala en la sentencia que solo podrán declararse nulas aquellas cláusulas impuestas por un predisponente, “que sean contrarias a la moral (art. 1255 CC), introduciendo, en contra de los postulados de la buena fe (art. 1258 CC), un desequilibrio importante e injustificado de los derechos y obligaciones de las partes, contrario así a la buena fe (art. 7 CC)”.

En relación a la cláusula de intereses remuneratorios -que supera el control de comprensibilidad gramatical-, la Audiencia no aprecia la existencia de un desequilibrio o abuso de posición contractual por parte de la prestamista que impidiera a la prestataria tener perfecta conciencia de su funcionalidad, por lo que considera que “no puede resultar contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la apelante ni que el comportamiento de la entidad financiera haya sido contrario a lo previsto en los arts. 1256 y 1258 CC y 57 CCom”.

No obstante, en relación a la cláusula de intereses moratorios declara que al no existir una limitación legal para establecer este tipo de intereses en el ámbito contractual no se puede apreciar con carácter general, en el ámbito de la contratación empresarial, que un determinado interés de demora pueda ser declarado nulo de forma prácticamente automática, al no contravenir ninguna norma imperativa o prohibitiva.

Con todo, la Sala se detiene en la cláusula que fija el interés de demora en el 25% anual a pesar de que la póliza de crédito fue afianzada por el demandante. Basándose en la más reciente jurisprudencia del TS¹ el magistrado argumenta que establecer tan alto porcentaje de interés de demora “conlleva un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos, en los que el deudor es un profesional”. Si el TS declaró abusivo un interés del 21,8%, que suponía añadir 10 puntos al interés remuneratorio, argumentando en la STS de 22 de abril de 2015 “que el incremento de dos puntos porcentuales sobre el interés legal que prevé el art. 576 LEC es el criterio legal más idóneo para fijar el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores”, en el presente caso, la

¹ STS de 22 abril 2015

desproporción entre el interés remuneratorio y el interés de demora resulta evidente, provocando un desequilibrio entre las partes en cuanto “se aleja de su finalidad primigenia de mantener una ética de pago, y castiga de manera excesiva al deudor, sin que esté justificado por contraprestación alguna”.

Por último, aclara la Sala que no se puede apreciar cosa juzgada en cuanto en el procedimiento de ejecución anterior el ejecutado no pudo invocar, ni el Juzgador pudo apreciar la posible nulidad de la cláusula de intereses de demora incluida en un contrato celebrado entre empresarios o profesionales, puesto que los motivos de oposición aparecen expresamente tasados en el art. 557 LEC y, cuando en el apartado 1.º se alude a que el título “contenga cláusulas abusivas”, se refiere a las cláusulas que sean abusivas con arreglo a la legislación de consumidores y usuarios, limitación que, impide que el profesional o empresario puedan invocar el control de contenido, proporcionalidad o respecto de las normas generales de contratación, al amparo del art. 567.1.7ª LEC . La consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no puede ser otra, señala el magistrado, que “la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, porque ese es el contenido de la cláusula considerada abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada”.

2. Auto AP de Girona (Sección 1ª) de 29 junio de 2016, JUR 2016\192024

2.1.Los hechos del caso

En el caso del que conoció la Audiencia Provincial de Girona la entidad prestamista instó la ejecución por impago de un préstamo hipotecario en la que se reclamaba la cantidad de 46.815,33 euros por impago de las cuotas de devolución de dicho préstamo, lo que motivó que se declarara vencido anticipadamente, y, además, el capital que faltaba por vencer. Cabe destacar que en este caso se trataba de un préstamo hipotecario para la adquisición de un local de negocio. La parte ejecutada solicita en el recurso presentado ante el Auto que rechazó la oposición a la ejecución se declarase la abusividad del vencimiento anticipado y de la cláusula suelo, ya que la abusividad de la cláusula sobre intereses de demora había sido declarada por el Auto antes mencionado, que despachó la ejecución.

2.2.Argumentos del Auto

Resulta chocante la argumentación de la Audiencia en relación a la calificación como consumidores de los ejecutados. Señala en este sentido que el hecho de que

se trate de la adquisición de un local comercial no obsta para que a los adquirentes se les considere como consumidores en cuanto no existe “ningún impedimento para que cualquier consumidor adquiera un local comercial o varios, o diversas viviendas (que no sean su vivienda habitual) con la finalidad de invertir total o parcialmente sus ahorros o sin invertir sus ahorros, lo adquiere con la correspondiente financiación valorando que con sus ingresos y con la explotación de dichos bienes pueda ir satisfaciendo los préstamos concedidos, de tal forma que, en vez de invertir en valores mobiliarios (cuentas de ahorro, fondos de inversión, acciones, etc.), invierte en inmuebles”. Cosa distinta sería si la adquisición de dicho local lo fuera para ejercer en el mismo un negocio o una profesión, o si los adquirentes se dedicaran de forma profesional al negocio inmobiliario, bien en forma de compraventas o bien en arrendamiento, no obstante, el adquirente de una vivienda o un local, que lo adquiere con intención de alquilarlo o revenderlo sin intención de dedicarse a tal negocio, es un consumidor.

Sobre el posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado la Sala argumenta que al tratarse en el presente caso de un impago integro de dos cuotas, y de una tercera cuota en la que se pagó el capital, pero no los intereses, no se cumple el requisito establecido en el art. 693 de la LEC en su redacción después de la modificación operada por la Ley 1/2013 que requiere el impago de 3 cuotas antes de que se pueda proceder a instarse el vencimiento el anticipado. El hecho de que el contrato fuera celebrado con anterioridad a dicha reforma no es relevante ya que la demanda se interpuso después de la misma. A lo anterior se debe añadir, señala el magistrado, que los ejecutados habían cumplido durante seis años escrupulosamente, dejando solo dos cuotas sin pagar, cuotas a las que además se les está aplicando también una cláusula abusiva como es la cláusula suelo.

En relación a la cláusula suelo, declara aplicable al caso la jurisprudencia de la STS de 9 de mayo 2013, cuyos argumentos cita y añade que, aunque la cláusula es clara y comprensible, si se examina todo el contenido de la cláusula tercera bis, la primera impresión es que se pacta un interés variable, sin ninguna limitación, y después de ello se fija un índice mínimo y un índice máximo, como si éste fuera la contraprestación de aquel. Por consiguiente, “no queda claro que se trate de un elemento definitorio del precio del contrato, no consta una explicación e información clara de la trascendencia del límite inferior, ni los posibles escenarios del comportamiento del tipo de interés, ni se ha aportado el expediente previo a la concesión del préstamo de otros posibles intereses con su debida información”.