

Texto Integro

Roj: SAP BI 2239/2013
Id Cendoj: 48020370032013100249
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Bilbao
Sección: 3
Nº de Recurso: 218/2013
Nº de Resolución: 288/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA CARMEN KELLER ECHEVARRIA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA BIZKAIAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 3ª/3.

BARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016664

Fax / Faxes: 94-4016992

N.I.G. / IZO : 48.02.2-12/005627

A.p.ordinario L2 / E_A.p.ordinario L2 218/2013

O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia : Jdo. 1ª Instancia nº 3 (Barakaldo) / Lehen

Auzialdiko 3 zk.ko

Epaitegia (Barakaldo)

Autos de Procedimiento ordinario LEC 2000 814/2012 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Eloisa

Procurador/a/ Prokuradorea:MARTA MARTINEZ PEREZ

Abogado/a / Abokatua: FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ MARTIN

Recurrido/a / Errekurritua: BANCO POPULAR E.COM S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: CONCEPCION IMAZ NUERE

Abogado/a/ Abokatua: MIGUEL ANGEL IBAÑEZ RICO

SENTENCIA Nº 288/2013

ILMAS. SRAS.

Dña. CONCEPCION MARCO CACHO

Dña. ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ

Dña. CARMEN KELLER ECHEVARRIA

En BILBAO (BIZKAIA), a veintiseis de junio de dos mil trece.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen los presentes autos de Procedimiento Ordinario 814/12 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Barakaldo y seguidos entre partes: Como apelante: Eloisa, representada por la Procuradora Sra. Martínez Pérez y dirigida por el Letrado Sr. Rodríguez Martín; y como apelado: BANCO POPULAR E.COM S.A., representado por la Procuradora Sra. Imaz Nuere y dirigido por el Letrado Sr. Ibañez Rico.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada, en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que la referida Sentencia de instancia, de fecha 25 de Marzo de 2013 es del tenor

literal siguiente: " **FALLO:** Estimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Imaz Nuere, en nombre y representación de la entidad BANCO POPULAR frente a Eloisa , y en su virtud, condeno a la referida demandada al pago al actor de la suma de 7.861,44 euros, con imposición de costas a la demandada."

SEGUNDO .- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de Eloisa , se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, efectuada la formación del presente rollo al que correspondió el número de Registro 218/13 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO .- Por providencia de fecha 14 de Junio de 2013 se señaló el día 26 de Junio de 2013 para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

CUARTO .- Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA CARMEN KELLER ECHEVARRIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En su primer motivo de recurso se denuncia que nada se adeuda a la entidad actora ya que el contrato suscrito lo es de los llamados de adhesión y no se firmaron todas las hojas del mismo, que se da cosa juzgada, por la previa existencia de un procedimiento monitorio interpuesto hace tres años por la actora, que dejó, ante la oposición, morir siendo sobreseído, para posteriormente interponer la presente demanda, y en ello se denuncia el carácter abusivo de los intereses de demora de un 22,50 #, por lo cual alega así mismo abuso de derecho en cuanto que pese a la inicial demanda se espera hasta tres años mas tarde para poder demandar con la cantidad incrementada.

La contraparte se opone al recurso.

SEGUNDO .- Respecto de la alegación relativa a la cosa juzgada, que se ha de examinar con carácter previo, se ha de señalar, que la interposición del procedimiento monitorio y tras su posición, tal y como recoge como dice la SAP de Pontevedra de 21 de enero de 2009 "cuando existe oposición de la parte deudora, se otorga a la parte actora el plazo de un mes para interponer demanda de juicio ordinario, plazo de caducidad, pero las consecuencia de incumplir dicho plazo establecido en el artículo 818.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) , las consecuencias de tal hecho no es la nulidad del juicio ordinario o la desestimación de la demanda, por cuanto los efectos del citado precepto lo son sólo con relación al procedimiento monitorio al disponer "si el peticionario no interpusiera la demanda correspondiente dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, se sobreseerán las actuaciones y se condenará en costas al acreedor", es decir, limita su efecto práctico a la condena en costas respecto del monitorio, puesto que queda a salvo, obviamente, el derecho del acreedor a mantener su reclamación a través de la demanda de juicio ordinario, toda vez que su presentación fuera del plazo de un mes

solamente determina el sobreseimiento del monitorio, pero no afecta a la viabilidad de la propia demanda, en cuanto iniciadora de un juicio ordinario independiente de aquél."

También la SAP de Valencia de 1 de diciembre de 2008 , cuando igualmente considera que "interpone ésta última recurso de apelación en base a las siguientes alegaciones: 1) Caducidad del procedimiento, por cuanto la entidad actora había formulado el juicio ordinario a tenor de la oposición formulada en el previo procedimiento monitorio resultando que a la fecha de interposición de tal demanda había transcurrido más de un mes desde que se dictó el Auto admitiendo a trámite la oposición al monitorio. Solicita la aplicación del artículo 818.2 de la LEC en la consideración de que el sobreseimiento del procedimiento monitorio conlleva el archivo del mismo y de todos los que traigan causa de él ... Efectivamente establece el artículo 818.2 de la LEC que presentado el escrito de oposición del deudor dentro de plazo en el procedimiento monitorio, el asunto se resolverá definitivamente en el juicio que corresponda, añadiendo que cuando por el importe de la reclamación exceda de la propia del juicio verbal y el peticionario no interponga la demanda correspondiente dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, se sobreseerán las actuaciones y se condenará en costas al acreedor. Dicho precepto, por tanto, establece una específica "sanción" que resulta de esa falta de interposición de la demanda -al caso de juicio ordinario- dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición al monitorio, cual es el sobreseimiento de las actuaciones y la imposición de costas al acreedor, no obstante lo cual ni éste ni ningún otro precepto procesal impide que, producida dicha circunstancia, el acreedor inste un juicio ordinario en reclamación de la cantidad de la que se considere acreedor, juicio que será, desde luego, distinto y ajeno al previo monitorio; es decir, la consecuencia que deriva del citado artículo 818.2 de la LEC en modo alguno alcanza a la posterior posibilidad de un eventual procedimiento ordinario distinto e independiente en reclamación de la cantidad que ya se hubiera intentado reclamar por vía del monitorio. Pues bien, tal es la circunstancia concurrente al caso de autos: la representación procesal de Banco Santander Central Hispano S.A. presentó, en fecha 24 de septiembre de 2007, demanda de juicio ordinario "dimanante del monitorio 720/07" siendo que a tal fecha ya había transcurrido el plazo de un mes a que se refiere el artículo 818.2 de la LEC , pero la consecuencia que deriva de la aplicación de dicho precepto ya tuvo su expresión en el Auto de fecha 30 de octubre de 2007 (f.53) en el que el Juzgado acordó el sobreseimiento de las actuaciones del procedimiento monitorio con imposición de costas al solicitante; por tanto, el efecto práctico de dicho precepto legal ya ha tenido reflejo en esa resolución (Auto 30/10/07) y no hay razón alguna para aplicar aquellas consecuencias al actual juicio ordinario."

En cualquier caso, el motivo no puede prosperar, pues dispone el art. 459 de la LEC , que "En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello.". Quiere esto decir que con la vigente ley de enjuiciamiento civil, no le es posible a la parte apelante denunciar la eventual caducidad de la acción, cuando dispuso de un medio hábil para hacer valer la improcedencia del ordinario por esta causa, recurriendo el auto que admitió a trámite la demanda de este procedimiento solicitando el sobreseimiento. Al no hacerlo así, falta uno de los requisitos imprescindibles para denunciar el vicio procesal causante indefensión en la alzada: "acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello.", y como esto es lo que aquí sucede, pues no consta que se haya denunciado ese defecto en el momento procesal oportuno, no puede ahora pretenderse que la Sala revise en este particular el auto apelado. Además dicho defecto no le produce ningún tipo de

indefensión, habiendo podido defenderse perfectamente de las pretensiones formuladas de contrario.

TERCERO .- Respecto del resto de las alegaciones es conveniente traer a colación lo resuelto por esta Sala por devenir de plena aplicación argumentada, en el Auto de 4/04/05: "Esta Sala entiende y en discrepancia con lo mantenido por la parte apelante y en ello no se obvia el contenido contractual, que a los efectos de determinar el momento de la prescripción se ha de tener en cuenta, como señala la resolución recurrida, el momento del vencimiento del préstamo se señala en fecha 30 de Septiembre de 2.000 lo que implica que al momento de la notificación 8 de mayo de 2.003 no ha transcurrido el plazo de 5 años. En este sentido entendemos no puede confundirse la exigibilidad del préstamo en forma anticipada y a los efectos de su liquidación, con el hecho del ejercicio de la acción a los efectos del momento en que pudieran ejercitarse las acciones, que indudablemente puede ser considerado en forma objetiva desde el momento fijado para el vencimiento del préstamo. Por otro lado debe ponerse de manifiesto que en equivalencia al vencimiento anticipado previsto, existe igualmente facultad de amortización anticipada si así conviniere a los prestatarios. Lo que no habiéndose ejercitado ninguna de las precisiones, no resulta inadecuado tomar como punto de referencia para el ejercicio de las acciones la fecha de vencimiento, como así lo considera la resolución recurrida y esta Sala comparte, y ello en su consideración unitaria. Por ello debe ser desestimado el motivo del recurso con confirmación en este punto de la resolución recurrida desestimando la existencia de prescripción. En cuanto a la obligación accesorias de los intereses debe ser considerado igualmente el precedente momento a efectos del cómputo de la prescripción.

Hace referencia la parte apelante tal y como se ha visto a dos cuestiones cuales se centran en que no se ha respetado la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que en el presente caso no puede ser estimado al no precisarse que el préstamo tuviera como objetivo aquellos aspectos que la hicieran aplicable, en definitiva que el préstamo tuviera como finalidad un elemento o actuación de consumo. Por demás en cuanto a la excesiva tardanza y actuación contraria a la buena fe y abuso de derecho, esta Sala no constata tal actuación en cuanto que la entidad bancaria en el presente supuesto no ha dejado transcurrir un lapso de tiempo abusivo, teniendo en cuenta la fecha de vencimiento del préstamo.", si bien en el supuesto de autos tal y como recoge la sentencia combatida si bien es cierto que los contratos de adhesión deben ir firmados en todas sus hojas, también, lo es que las hojas que están firmadas obligan al prestatario. En el presente caso, se nos presenta un contrato que consta de tres hojas, estando firmadas las tres hojas, salvo el reverso. La primera hoja del contrato se encuentra firmada, y en ella, se recoge en negrita y en el centro del contrato, las condiciones del mismo, es decir, la cantidad prestada, las cuotas, la periodicidad, el interés, el seguro, el importe de cuotas, TAE, comisiones y coste total del crédito.

Ello no obstante alegado el carácter abusivo de los intereses de demora, es de señalar que el tipo de demora fijado es el del 22.50 %, por lo que se ha de efectuar la debida consideración sobre su carácter abusivo, en este caso y ante la denuncia de la hoy apelante al respecto es de traer a colación la resolución de esta Sala de 6 de marzo de 2013, conforme a la cual: " **Apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en los procesos con presencia de consumidor.** La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio rector tanto del ordenamiento jurídico español como del comunitario (artículos 51 CEy 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (artículo 8, b/ LGDCU), donde resulta más palpable la situación de inferioridad del consumidor frente al profesional con quien contrata tanto en lo referido

a la capacidad de negociación como al nivel de información, como ha puesto de relieve en múltiples ocasiones el TJUE (entre las más recientes, sentencia de 14 de junio de 2012 ; en el mismo sentido, artículo 8, f/ LGDCU , texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2007).

En consecuencia, es indudable que el marco normativo que procura esa protección forma parte del orden público español (la STJUE de 6 de octubre de 2009 resalta la importancia del "interés público" que funda la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores y equipara el artículo 6.1 de esa norma comunitaria a las disposiciones de derecho interno con rango de norma de orden público), no en vano la tutela de los intereses de los consumidores debe alcanzarse no sólo a través de la ley general para la defensa de los mismos, sino también por medio de "lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación" (artículo 19 LGDCU), lo que engloba la apreciación de la nulidad de oficio de las cláusulas abusivas en los contratos fundada en los artículos 6.3 CCy 83.1 LGDCU .

Ello no obstante, en el ámbito negocial que nos ocupa y en un intento por dar sentido a la antedicha exhortación del Supremo, se ha propugnado no sin razón que los jueces aprecien limine litis las cláusulas abusivas más evidentes, aquellas subsumibles sin dudas de ninguna clase en la lista negra de los artículos 85 a 90 LGDCU , mientras que el examen de la eventual nulidad de cláusulas inmersas en zonas grises habría de dejarse a la iniciativa del consumidor o efectuarse de oficio pero en la sentencia definitiva, una vez oídas las partes y teniendo en consideración todas las circunstancias concurrentes.

En línea con lo que se lleva expuesto, la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 , dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de apelación español, ha establecido un doble pronunciamiento: 1º es contraria a la Directiva 93/13/CEE una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el artículo 815 LEC , que no permita que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenidos en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición; 2º el artículo 83.2 LGDCU es contrario al artículo 6.1 de la precitada Directiva en la medida en que autoriza al juez que declara la nulidad de una cláusula abusiva a integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, siendo así que la medida más acorde con la finalidad perseguida por esa norma comunitaria (disuadir del empleo por el empresario de cláusulas abusivas en la contratación en masa) no es otra que la de suprimir de raíz la cláusula reputada nula, sin entrar en su moderación. Recuérdese que el TJUE (sentencia de 9 de septiembre de 2004) ya había condenado a España por una inadecuada trasposición del artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE a través de la Ley 7/98, sobre condiciones generales de la contratación, y de la reforma parcial de la Ley 26/84, general para la defensa de los consumidores y usuarios: el legislador interno no cuidó entonces de precisar -como sí hacía la norma comunitaria- que el principio conforme a las cual las dudas sobre el sentido de una cláusula o de una condición general se resolverán a favor del adherente o del consumidor (artículos 6.2 LCGC y 10.2 LGDCU) no debe operar en el supuesto de ejercicio de una acción colectiva de cesación, en cuya hipótesis resulta más adecuado a la función preventiva de esa clase de acciones y más beneficioso para el conjunto de adherentes y consumidores establecer como sanción la nulidad radical de la cláusula dudosa o de la condición general oscura. La vigente redacción del artículo 80.2 LGDCU acoge plenamente la doctrina del tribunal comunitario.

Como quiera que el carácter abusivo de una cláusula debe apreciarse, conforme estipula el artículo 82.3 LGDCU , teniendo en cuenta (1) la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, (2) el contenido íntegro del contrato o de otro del que éste dependa y (3) "todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración", tan recomendable es que el acreedor haga alguna referencia a esos parámetros en su petición inicial en la medida en que puedan ayudar a formar la convicción del tribunal acerca de la justificación de una determinada cláusula, como que el propio juez, antes de adoptar un pronunciamiento de inadmisión total o parcial del proceso y a fin de salvaguardar el principio de contradicción (de modo análogo a lo previsto en los artículos 473.2 y 483.3 LEC), dé la oportunidad al promotor de la acción para exponer las circunstancias justificativas del aspecto del contrato sobre que recaen las sospechas de abusividad.

Se trata de un mecanismo de audiencia -oportunamente empleado por la juez a quo- que halla pleno encaje en la previsión normativa recogida en la actualidad en el artículo 815.3 LEC tras la reforma operada por la Ley 4/2011, que da plena satisfacción a la tutela judicial efectiva del acreedor peticionante y también al principio básico de la Directiva 93/13 (artículo 6.1) conforme al cual no deben vincular al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado con un profesional. Con ello, en fin, se cumple la exhortación del TJUE en su sentencia de 14 de junio de 2012 para que cada tribunal seleccione, de entre las normas procesales de derecho interno aplicables al litigio, aquella más acorde para garantizar la plena efectividad del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 . SEXTO.- Apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución común e hipotecario. En principio, no existe un pronunciamiento del TJUE tan categórico como el contenido en su sentencia de 14 de junio de 2012 respecto de las facultades del órgano de la ejecución para el control de oficio de las cláusulas abusivas. Pero ello no significa que ese control sea impracticable en el proceso de ejecución diseñado en la vigente LEC. Debe partirse del imperativo de la Directiva 93/13 conforme al cual los Estados miembros deben velar, en interés de los consumidores, por que existan "medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores" (artículo 7.1), y también de que "la interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al sistema del Tratado fundacional de la UE", de tal manera que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, deben hacer lo posible por garantizar la plena efectividad de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (STJUE 24 de mayo de 2012 y STS 1 de julio de 2010). Desde esa perspectiva el TJUE (sentencia de 6 de octubre de 2009) contestó una cuestión prejudicial planteada por un órgano de primera instancia español en el marco de la ejecución forzosa de un laudo arbitral instada por una empresa de telefonía móvil contra uno de sus abonados, indicando que el tribunal que conoce de la demanda ejecutiva está obligado, tan pronto disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, a acordar de oficio la abusividad de la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en el contrato-base de telefonía, no obstante la fuerza de cosa juzgada alcanzada por el laudo (fue dictado en rebeldía de la consumidora, quien tampoco ejercitó la oportuna acción de anulación, a diferencia del caso resuelto por la STJUE de 26 de octubre de 2006), "en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno".

Ese tipo de cláusula es netamente abusiva como establece el artículo 90.1 LGDCU , igual que lo es la de sumisión expresa a fueros ajenos al domicilio del consumidor, al de cumplimiento de la obligación o al de radicación del inmueble litigioso (artículos 90.2 LGDCUy 54.2 LEC), como ya declarase el propio TJUE en sentencias de 27 de junio de 2000 (caso Océano Grupo), 26 de octubre de 2006 (caso Mostaza) y 4 de

junio de 2009 (caso Paunou), con la particularidad de que en esta última el tribunal europeo precisó que por excepción el juez nacional no debe prescindir de la cláusula abusiva si el consumidor, oportunamente advertido por el órgano judicial, consiente expresamente en la efectividad de la cláusula.

Ocurre que en todos esos casos se analizaba la validez de cláusulas contenidas en contratos de consumo relativas a la determinación de la jurisdicción o de la competencia territorial, es decir, a aspectos que implicaban una restricción de derechos procesales, mientras que la cuestión relativa al interés moratorio es de índole sustantiva o material, pero ello no es óbice para su apreciación de oficio en un proceso ejecutivo y en además en su fase de admisión.

Así es porque ni la Directiva 93/13 ni lógicamente la norma interna de transposición distinguen entre la ineficacia de las cláusulas abusivas según sea la materia sobre que recaen. Todas ellas son nulas de pleno derecho y deben tenerse por no puestas (artículo 83.1 LGDCU), atendido que el régimen de la abusividad diseñado por la mencionada Directiva no persigue más que "reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas", como viene declarando el TJUE.

Buena prueba de la máxima intensidad conferida a la tutela de los intereses legítimos de los consumidores es que la STJUE de 21 de noviembre de 2002 (caso Cofidis) sostuvo que es contraria a la finalidad de la Directiva 93/13 una normativa, como la francesa de consumo, que impone un plazo de preclusión de dos años para la impugnación o declaración de oficio de la abusividad de cláusulas en los contratos de consumo; o que la STJUE de 6 de octubre de 2009 antes mencionada (caso Asturcom) no dudó en superponer la invalidez de una cláusula abusiva a la fuerza de cosa juzgada material de la resolución (laudo arbitral firme) que reconocía el crédito del profesional ejecutante.

Así las cosas, si bien la LEC de 2000 no recoge nominativamente como causa expresa de nulidad del juicio ejecutivo la de nulidad de la obligación o el título en cuya virtud se despachó ejecución prevista en el artículo 1467, 1º LEC de 1881 , sigue afirmando que, con independencia de la oposición que pueda formular el ejecutado una vez abierto el proceso, entre otros motivos por "no cumplir el documento presentado los requisitos legales para llevar aparejada ejecución", el juez sólo debe despachar ejecución tras la comprobación de que concurren "los presupuestos y requisitos procesales y que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal" (artículos 551.1 y 559.1 , 3º LEC).

Tratándose de la reclamación del saldo de una operación de crédito o préstamo, ello significa que el juez debe comprobar que la cantidad de dinero líquida reclamada por el ejecutante deriva del propio título o de la liquidación unilateral practicada por él mismo si está facultado para ello en el propio título (pacto de liquidez ex artículo 572.2 LEC), incluidas las operaciones de cálculo que arrojan ese saldo efectuadas por el acreedor cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiera pactado un interés variable (artículos 572 a 574 LEC).

Entre esas comprobaciones desde luego se incluye la verificación de que el recargo por mora aplicado sobre la deuda se corresponde con lo previsto en el título (artículo 575.3 LEC , hipótesis distinta de la mera pluspetición contemplada en los artículos 558 y 575.2 LEC) y, sobre todo, el análisis de la validez de ese recargo convencional desde la óptica de la protección debida del consumidor de crédito (control de contenido).

Si este último análisis lleva a una conclusión favorable a la invalidez de la pena convencional impuesta al deudor que se retrasa en el pago, la solución ha de consistir en tener por no puesta la cláusula abusiva y despachar la ejecución por la deuda restante, toda vez que, atendiendo al designio explícito del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 (el contrato debe seguir siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si puede subsistir sin las cláusulas abusivas), el contrato puede desplegar sus efectos de modo coherente aun privado de la cláusula del interés moratorio. Es importante destacar que, pese a la letra del artículo 83.2 LGDCU, queda excluida toda posibilidad de integrar el contrato mediante la introducción en el mismo del régimen común de la mora del deudor de dinero u otro equivalente, ya que ello implicaría dejar inoperativa la función primordial de la normativa reguladora de la protección de los consumidores y usuarios (disuadir a los empresarios del empleo de cláusulas abusivas), como ha recordado la repetida STJUE de 14 de junio de 2012. Cuanto antecede es también extensivo a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados regulada en los artículos 681 a 698 LEC, puesto que la "particularidad" de esa ejecución según la cual el ejecutado (deudor, hipotecante o tercer poseedor) está impedido de formular en el seno del propio proceso una oposición fundada entre otros motivos en la "nulidad del título" (artículo 698.1 LEC), no llega hasta el punto de cercenar los poderes del juez previos al despacho de la ejecución, que se rigen por las normas comunes del proceso de ejecución, entre las cuales, como se expuso en los párrafos precedentes, se halla el de apreciar una eventual ilicitud -total o parcial- del título por contener alguna cláusula abusiva. En definitiva, el Juzgado apreció adecuadamente la abusividad del régimen de la mora de los deudores.

TERCERO .- En idéntica respuesta de las consideraciones anteriores también tuvo oportunidad esta Sala de llegar a pronunciarse en el rollo 375/12 dictando sentencia de 5 de Diciembre de 2012 en la que se pronuncia sobre el alcance y efectos desencadenantes de la STJUE de 14 de Junio de 2012 para el juez español y así decíamos, en lo esencial y por no ser reiterativos que: "el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en este sentido, las sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 38; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, Rec. p. I 4713, apartado 31; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 32, y VB Pénzügyi Lízing, antes citada, apartado 49). Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 32). El Tribunal de Justicia Europeo declaró que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula (sentencia VB Pénzügyi Lízing, antes citada, apartado 56). Procede declarar que, al no existir armonización de los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados, las normas de aplicación de los procesos monitorios nacionales corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, pero siempre que tales normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes

citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38). En lo que atañe al principio de equivalencia, debe señalarse que el Tribunal de Justicia no cuenta con ningún elemento que suscite dudas en cuanto a la conformidad con dicho principio de la normativa controvertida en el litigio principal. En efecto, consta en autos que el sistema procesal español no sólo no permite al juez nacional que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva 93/13 , de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, sino que tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo cual incumbe verificar, no obstante, al tribunal nacional. En lo que atañe al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales (véase la sentencia Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 39 y jurisprudencia citada). En el caso presente, de la documentación remitida al Tribunal de Justicia se deduce que, con arreglo al artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el proceso monitorio se aplica en los supuestos de deudas vencidas, líquidas y exigibles cuyo importe no exceda de un valor límite, que se elevaba a 30.000 euros en la fecha de los hechos del litigio principal. A fin de garantizar a los acreedores un acceso más fácil a la justicia y un desarrollo más rápido del procedimiento, ese mismo artículo se limita a exigir a aquéllos que adjunten a la demanda los documentos que acrediten la existencia de la deuda, sin obligarles a indicar con claridad el tipo de interés de demora, el período preciso de exigibilidad y el punto de referencia de ese mismo tipo en relación con el interés legal de Derecho interno o con el tipo del Banco Central Europeo. En tales condiciones, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos. A la luz de las precedentes consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de interpretar la citada disposición en el sentido de que incumbe a los tribunales nacionales que examinan el carácter abusivo de las cláusulas contractuales deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que las mencionadas cláusulas vinculen al consumidor (véanse la sentencia Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 58; el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C 76/10, Rec. p. I-0000, apartado 62, y la sentencia Perenicová y Perenic, antes citada, apartado 30). En efecto, tal y como se ha recordado en el apartado 40 de la presente sentencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Por otro lado, procede señalar que el

legislador de la Unión previó expresamente, tanto en el segundo fragmento de frase del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como en el vigésimo primero considerando de ésta, que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas». Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

CUARTO .- Por todo lo expuesto, compartimos plenamente tanto la posibilidad de analizar y examinar de oficio y en fase inicial del proceso de ejecución de título no judicial por la juzgadora la concurrencia en el contrato de existencia de cláusulas abusivas así como de la declaración de nulidad de la mencionada cláusula que establece un 29% de interés moratorio.

Decir por último que alegar como lo hace el recurrente que el demandado no tiene la consideración de consumidor cuando del propio contrato se extrae tal consideración de los prestatarios, sin otra prueba que desvirtue o haga inexistente tal consideración es de total desestimación. Por último, solo indicar que la mencionada STJUE de 14 de Junio de 2012 ha sido complementada por la recientísima Sentencia del mismo Tribunal Europeo de fecha 21 de Febrero de 2013 la cual analizando el asunto C-472/11 Banif Plus Bank (HU) efectúa una complementación a la anterior resolución. Así, en esta Sentencia, primeramente hace un resumen de toda la jurisprudencia del TJUE sobre apreciación de oficio de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, de la que se deduce que la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva exige que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda extraer todas las consecuencias de esa comprobación (por lo que ratifica la fundamentación contenida en esta resolución), sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula. Ahora bien, seguidamente se introduce un elemento nuevo al considerar que ha de compaginarse la obligación de apreciación de oficio de la abusividad de las cláusulas con el principio de contradicción y así se argumenta que, "el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre esas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio". Concluyendo que "en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado -sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto- que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales", antes de pronunciarse en definitiva sobre la abusividad de dicha cláusula. Por lo tanto, en esta Sentencia, el TJUE complementa la jurisprudencia establecida en la Sentencia de 14 de Junio de 2012 (asunto C-618/2010 Banesto/Calderón), de modo que habría que entender que el juez está obligado a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato presentado en la solicitud inicial de proceso monitorio cuando tenga todos los elementos de hecho y de derecho necesarios para declarar su carácter abusivo, pero antes de pronunciarse en definitiva sobre la abusividad de dichas cláusulas deberá "informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto

por las reglas procesales nacionales.". Todo ello deviene de plena aplicación, al supuesto de autos, donde ya en el recurso se denuncia el carácter abusivo del interés de demora aplicado, debiendo en este sentido señalar que en la fecha de suscripción del préstamo el tipo de interés nominal se fija en un 18% incrementándose el interés de demora en 4 puntos, resultando en su conjunto muy superior al vigente en dicha fecha. Consideración hecha a que son cláusulas abusivas las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumple su obligación de pago del préstamo, la citada cláusula de intereses moratorios del contrato de 1 de febrero de 2006, se ha de considerar abusiva y nula, no pudiendo despegar ningún efecto frente al consumidor. Y los únicos intereses que podrá exigir el ejecutante son los intereses remuneratorios pactados.

CUARTO .- La estimación parcial del recurso conlleva la no expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias, arts. 394 y 398 LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Eloisa contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Barakaldo en autos de Procedimiento Ordinario 814/12 de fecha 25 de Marzo de 2013, debemos confirmar como confirmamos dicha resolución con excepción de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios del contrato de fecha 1 de Febrero de 2006, que se tiene por no puesta, por lo que solo en cuanto al concepto de intereses se deberán abonar los remuneratorios, todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn). También podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn). Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4703 0000 00 021813. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ). Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Firme que sea la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación literal de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia a la que se unirá certificación al Rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.