



Roj: AAP B 602/2016 - ECLI:ES:APB:2016:602A
Id Cendoj: 08019370132016200056
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 13
Nº de Recurso: 1021/2015
Nº de Resolución: 117/2016
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA DELS ANGELS GOMIS MASQUE
Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

Sección 13

Rollo n. **1021/2015-1ª**

A U T O N U M . 1 1 7 / 1 6

Ilmos./as. Sres./as.

PRESIDENTE

D. JOAN CREMADES MORANT

MAGISTRADOS

Dª ISABEL CARRIEDO MOMPIN

Dª M. DELS ÀNGELS GOMIS MASQUE

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

Dª Mª PILAR LEDESMA IBÁÑEZ

En Barcelona, a seis de abril de dos mil dieciséis.

VISTOS ante la Sección Décimotercera de esta Audiencia Provincial, en apelación admitida a la parte demandada y procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 8 DE TERRASSA, dimanante de pieza oposición a ejecución hipotecaria nº 229/2015 seguidos a instancias de DEUTSCHE BANK, SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA contra Pelayo Y Rosa .

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia 8 de Terrassa en autos de Pieza oposición a ejecución hipotecaria 229/2015 promovidos por DEUTSCHE BANK, SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA contra Pelayo y Rosa se dictó auto con fecha 23 de septiembre de 2015 cuya parte dispositiva dice: "DISPONGO: DESESTIMAR la oposición presentada por la Procuradora Dª Laura Gubern García en nombre y representación de don Pelayo y doña Rosa ; y en su virtud se acuerda continuar adelante la ejecución despachada por las cuantías establecidas en Auto de fecha 10 de Marzo de 2.015; con imposición de las costas causadas en el presente incidente a la indicada parte ejecutada."

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y admitido el mismo, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo traslado a la parte contraria, y se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la votación y fallo el día 30 de marzo de 2016.

TERCERO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente la Magistrada Iltma. Sra. Dª M. DELS ÀNGELS GOMIS MASQUE.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se insta por DEUTSCHE BANK S.A.E. demanda de ejecución hipotecaria en reclamación de la cantidad de 31.414.229'59 YENES (equivalentes en fecha 20.1.2015, en que se practicó la liquidación, a 230.174'60€) que dirige frente a Pelayo y Rosa, con fundamento en la escritura pública de "Préstamo Hipotecario a Interés Variable-Mixto Multidivisa (sistema francés)" otorgada en fecha 9.9.2006, mediante la que la ejecutante prestó a los demandados la suma de 37.254.000 YENES (equivalentes en la fecha de la suscripción a 239.037'54€, según recoge el propio título) con fecha de vencimiento 5.10.2038, alegando que los prestatarios habían dejado de pagar las cuotas de amortización previstas desde junio de 2014, lo que dio lugar a que la entidad ejecutante diera por vencida anticipadamente la operación, levantándose acta notarial de fijación de saldo con fecha 20.1.2015.

Dictado auto despachando ejecución, los ejecutados plantean incidente de oposición a la ejecución despachada, en el que, tras invocar su condición de consumidores y el carácter de vivienda habitual de la finca hipotecada, fundaron su oposición en los siguientes motivos: (a) Error en la determinación de la cantidad exigible (art. 695.1.2º LEC); (b) Aduciendo el principio de inscripción y legitimación registral (ex arts. 688 LEC y 38 y 41 LH) y aportando información registral actualizada, afirman que "...no se puede continuar si consta en el mismo por la certificación del Registro de la Propiedad previsto en el art. 688 LEC que la hipoteca no contempla las cuantías reclamadas en el procedimiento". Asimismo aluden a la Ley de Represión de la Usura de 23.7.1908, en virtud de la cual consideran nulo el contrato que suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada. (c) Existencia de cláusulas abusivas (art. 695.1.4ª LEC), con referencia concreta al pacto de liquidez, a la "cláusula financiera primera" (capital del préstamo en yenes japoneses), a la cláusula segunda (amortización, cambio de divisa), a la cláusula sexta (intereses moratorios), a la cláusula séptima (causas de vencimiento anticipado) y a la cláusula décima (enajenación del crédito).

Seguido el incidente por sus trámites, recayó auto por el que, desestimando la oposición deducida, se acordaba seguir adelante la ejecución despachada por auto de 10.3.2015, con imposición de costas a la parte ejecutada.

Frente a dicha resolución se alza la parte ejecutada por medio del presente recurso y la impugna en todos los pronunciamientos que le resultan desfavorables, reiterando los motivos en los que basó su oposición, alegando que el auto incurre en error en la aplicación del derecho y solicita la revocación del auto dictado.

Para la resolución del recurso es preciso partir de que no ha sido discutida la condición de consumidor del ejecutado y la aplicabilidad de la normativa de protección al consumidor, ni ofrece dudas el carácter de adhesión que tiene el contrato de préstamo mercantil que nos ocupa y, por consiguiente, que sus cláusulas no fueron negociadas individualmente sino impuestas por la entidad de crédito.

SEGUNDO. - Es preciso resaltar que gran parte de los motivos de oposición aducidos por los ejecutados ni resultan encuadrables en las causas tasadas previstas en los arts. 559 y 695.1 LEC ni pueden ser discutidas en este proceso de ejecución, sino que han de ser objeto del correspondiente procedimiento declarativo. En cualquier caso, alegada la existencia de cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario en que se funda la ejecución (art. 695.1.4º LEC), razones de sistemática y de lógica imponen examinar, en primer término y atendidas sus consecuencias en relación a la prosecución del procedimiento de ejecución, la alegación relativa a la abusividad de la cláusula de vencimiento objetivo, en relación a lo cual proceden las siguientes consideraciones:

A.- La alegación relativa a la eventual abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado pactada en el préstamo hipotecario objeto de ejecución, nos plantea la cuestión del control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos de larga duración celebrados con consumidores, y en particular, en préstamos hipotecarios.

Para ello hemos de partir de lo establecido en los arts. 6.1 y 7.1 de la *Directiva 1993/13/CEE* de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en el art. 8.2 de la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* y en los arts 82.1 y 83 del *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y de las reformas introducidas en la LEC por la Ley 1/2013 de , así como de la doctrina desarrollada al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Supremo (TS).

Tratándose de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, la ausencia de vicios del consentimiento o, lo que es lo mismo, que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE ha resaltado la *importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores*, disposición de *carácter imperativo*, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de *normas de orden público* (STJUE de 30 de mayo de 2013). Y en este sentido, la **STS 22.4.2015** afirma que " *el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13 /CEE ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. (...). La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (artículo 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos* ". Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, es el que fundamenta la reiterada doctrina del TJUE (desde la sentencia de 27 de junio de 2000) que **la Directiva 1993/13 /CEE impone a los jueces nacionales el control de oficio** en la apreciación del carácter abusivo de cláusulas no negociadas en contratos celebrados entre un profesional y consumidores; doctrina que ha sido recogida por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, quien ha manifestado que este deber de controlar de oficio, que entronca con el orden público comunitario, se extiende a la apelación (por todas, ATS 6.11.2013 y SSTS 22.4 y 23.12.2015).

Es abusiva la cláusula que pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). (STJUE 30.4.2014).

Tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, *los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE*, puesto que « *s egún reiterada jurisprudencia, tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véase, en particular, la sentencia Fish Legal y Shirley, C- 279/12 , EU:C:2013:853 , apartado 42)* ». Así, en orden a las consecuencias de la abusividad, las SSTS de 7 y 8 de septiembre de 2015 afirman que " *al estar ante una materia regulada por una Directiva comunitaria, en el que la jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado no solo sobre el concepto de abusividad sino también sobre las consecuencias que deben derivarse de la apreciación de abusividad de una cláusula, cobra especial importancia la jurisprudencia del TJUE. Por tanto, no se trata tanto de que esta Sala decida cuáles son las consecuencias de la declaración de abusividad del interés de demora que estima más adecuadas, sino cuáles son las consecuencias pertinentes conforme a la doctrina sentada por el TJUE, que esta Sala no puede ni debe obviar*".

El TJUE ha deducido de la redacción del **artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE**, que los **jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva**, a fin de que esta **no produzca efectos vinculantes para el consumidor**, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la **supresión de las cláusulas abusivas**, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (SSTJUE 14.6.2012 , 30.3.2013 y 21.1.2015)

En cuanto a la *posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional*, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE *solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor*, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización (SSTJUE 30.4.2014 y 21.1.2015). Pero, salvo que concurra esta circunstancia, el TJUE ha sido tajante en excluir la aplicación de la norma nacional de Derecho dispositivo para integrar el contrato una vez que la cláusula ha sido declarada abusiva.

La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que **la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez**

pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor (SSTS 22.4.2015 , 7.9.2015 , 8.9.2015 y 23.12.2015).

B.- Ciñéndonos a la eventual abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, Entre las resoluciones dictadas por el TJUE en esta concreta materia es oportuno traer a colación la **Sentencia de fecha 14 de marzo de 2013** (asunto C-415/11 , caso Aziz). Dicha resolución facilita a los jueces nacionales parámetros para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, esto es, su abusividad:

(1) deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido; el juez podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- *el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente* . Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

(2) debe comprobar si el profesional *podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*.

(3) Además, tendrá en cuenta *la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo , todas las circunstancias que concurran en su celebración* . De ello resulta que, en este contexto , *deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional* .

En la misma resolución, y al responder a la cuestión prejudicial planteada en relación al vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios, en concreto, razona: "En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo *depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo*".

Por otra parte, el TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (por todas, STJUE de 30 abril de 2014 , asunto C-280/13).

Asimismo, hemos de citar el **Auto de 11 de junio de 2015 del TJUE**. En ese caso, el Juzgado español remitente consideraba que la cláusula del contrato de préstamo hipotecario relativa al vencimiento anticipado del préstamo en caso de impago es abusiva en la medida en que no estipula que ha de producirse un retraso en el pago de, por lo menos, tres cuotas mensuales antes de que pueda declararse el vencimiento anticipado, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 693, apartado 1, de la LEC (tras su reforma por Ley 1/2013); no obstante, dado que la entidad bancaria se atuvo en la práctica al referido plazo, no habiendo aplicado la cláusula sino después de haberse producido un retraso en el pago superior a dicho plazo, el juzgado, mediante la cuestión prejudicial, pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional. Con este planteamiento el TJUE razona:

"50 Por consiguiente, y a fin de *garantizar el efecto disuasorio* del art. 7 Directiva 93/13 , las *prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica*.

[...]

52 De lo anterior se deduce, *por un lado*, que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al art. 693.2 LEC *no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula*.

53 *Por otro lado*, teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse «abusiva» si causa en *detrimento* del consumidor un *desequilibrio* importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, *incumbe al juez nacional comprobar* si la estipulación sobre vencimiento anticipado, produce efectivamente un *desequilibrio de ese tipo*. En este sentido, la *mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto*.

54 Por consiguiente, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» en el sentido del art.3.1 Directiva 93/13 de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, *la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión*".

En este sentido se pronuncia también el Tribunal Supremo en sus sentencias de 26.5.2014 y 3.11.2014, en las que, recogiendo las sentencias del TJUE de 21.2.2013 y 16.1.2014, expresa que: "[...] *De esta forma, el control se proyecta de un modo objetivable teniendo por objeto el contraste del marco contractual predispuesto sin poder ser confundido o extendido al control de las consecuencias o hipótesis a las que pueda dar lugar, según los casos, el incumplimiento contractual de las partes; plano extraño a la función de este control que atiende a la calidad y validez funcional de la contratación seriada*".

En concreto, *el Tribunal Supremo*, partiendo de lo dispuesto en los art. 1129 y 1124 CC y 693.2 LEC, *sostiene la validez, en abstracto, de las cláusulas de vencimiento anticipado, que no son per se ilícitas*.

Así en la **STS de 23.12.2015** razona que "*En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009). (...). La citada sentencia 506/2008, de 4 de junio, precisó que, atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo*".

La validez general de las cláusulas de vencimiento anticipado no excluye la posibilidad de que sean consideradas abusivas, y, por tanto, nulas, sino que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta lo permite. Siguiendo la doctrina expuesta, puede proclamarse el carácter abusivo de tal tipo de cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado (1) para incumplimientos irrelevantes, (2) por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o (3) cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario.

El Tribunal Supremo en la **sentencia de 23.12.2015**, atendiendo a la dicción del art. 693.2 LEC y a la doctrina del TJUE más arriba transcrita, concluye que "*ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida (1), gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo (2) y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia (3); tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).*"

Así pues, el Tribunal establece un límite mínimo (693.2 LEC) que ha de concurrir en todo caso, resultando necesario pero no suficiente, ya que el tribunal debiera, además, valorar en cada caso, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado está justificado, atendiendo a los tres parámetros: que se haya incumplido gravemente una obligación esencial (no justifica el vencimiento anticipado el incumplimiento de obligaciones accesorias, como el impago de gastos, comisiones o la prima del seguro), y exista una posibilidad real del consumidor de evitar esa consecuencia (art. 693.3, introducido por ley 1/2013). Además

añade que la apreciación de la cláusula como abusiva procede aunque su redacción pueda ampararse en las disposiciones de nuestro ordenamiento interno, por lo que no es obstáculo para que deba considerarse abusiva la circunstancia de que la cláusula, en el momento de su redacción, fuera conforme a la redacción del artículo 693.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que, antes de la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, permitía la reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos.

C.- En la tan citada sentencia de 23.12.2015, el Tribunal Supremo razona que una cláusula no negociada que en un contrato celebrado con un consumidor prevea el vencimiento anticipado del préstamo por la "*Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses*", aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, no supera los estándares establecidos en la STJUE de 14.3.2013, ya que faculta para el vencimiento anticipado en caso de incumplimiento de obligaciones no esenciales, no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio).. Y concluye que "*parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoría, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*". Consecuentemente declara la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, que, por ello, *resulta nula e inaplicable*, y confirma la sentencia recurrida.

En el supuesto de autos, la cláusula SÉPTIMA prevé que préstamo pueda considerarse vencido y consiguientemente resuelto, y podrá procederse a la exigencia de la cantidad adeudada, intereses, intereses de demora, costas y gastos, entre otros supuestos, en el caso de "*a) Impago por el prestatario de una cuota cualquiera de amortización o, en su caso, de intereses*". Aplicando al presente caso la doctrina expuesta, y atendiendo a la resolución dictada por el Tribunal Supremo citada (que se dictó en pleito sobre condiciones generales de la contratación y acción de cesación de cláusulas abusivas) respecto de una cláusula similar, en esencia, a la que nos ocupa, hemos de concluir que la misma es nula, y por ello inaplicable, sin posibilidad de integración, ya que, expulsada la cláusula del contrato, éste puede subsistir.

Abundando en esta conclusión, añadiremos que la **STS de 23.12.2015** concreta que el juicio de abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de su ejercicio, exigiendo en la redacción de la cláusula que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo, además, valorarse en el ejercicio los criterios de esencialidad, gravedad, y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia. Además, según declara el **Auto del TJUE de 11.6.2015**, más arriba citado, apreciado el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, la circunstancia de que ésta no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Consecuentemente a ello, *no queda ya margen para que el juicio de abusividad se pueda hacer en función sólo del ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado, que era el criterio que se venía manteniendo en esta Audiencia Provincial de Barcelona*, a partir de la Reunión para la Unificación de Criterios, de 15 de diciembre de 2014, según el cual el juicio sobre el eventual carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado se debía llevar a cabo, no tomando en consideración a la literalidad de la cláusula apreciada en abstracto, sino en función de las concretas circunstancias de cada caso, atendiendo sobre todo al uso que la entidad bancaria hace de la previsión contractual, entendiéndose como pauta general que no podía calificarse abusivo el comportamiento de la entidad prestamista que, para dar por vencido anticipadamente el préstamo, espera a que concurra el impago de tres cuotas o uno superior.

Por lo que, si la cláusula de vencimiento anticipado es nula en sus términos, deben deducirse todas las consecuencias de su carácter abusivo, no siendo óbice para ello que en el momento en que la entidad bancaria dio por vencido anticipadamente el préstamo en ejercicio de lo acordado en aquélla en 31.12.2013 (doc 6 de la demanda), pudiera apreciarse una situación de flagrante morosidad de los deudores, como ocurre en el presente caso, por el impago de nueve cuotas (de abril 2013 a diciembre de 2013, ambas inclusive) comprensivas únicamente de intereses remuneratorios de acuerdo con lo pactado).

Sentado lo anterior, resta únicamente, determinar el alcance y consecuencias que la anterior conclusión comporta respecto del procedimiento de ejecución hipotecaria en el que nos encontramos.

En este caso, siendo nula e inaplicable, sin posibilidad de integración, la cláusula de vencimiento anticipado contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 24 de septiembre de 2002, y pudiendo subsistir el contrato de préstamo hipotecario sin dicha cláusula, ello significa que la escritura de préstamo hipotecario carece de convenio válido de vencimiento total en caso de falta de pago, lo que supone:

(1) En ausencia de pacto, el acreedor no está facultado para dar por vencido el préstamo con pérdida por parte del deudor de todo derecho a utilizar el plazo, sin perjuicio de que pueda acudir al procedimiento declarativo que corresponda al amparo de lo dispuesto en los arts. 1124 o 1129 CC ;

(2) No concurren los presupuestos exigidos en el art. 693.2 LEC , en su redacción vigente al tiempo de presentarse la demanda y aplicable al caso, que permitan a la ejecutante reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses; y

(3) planteado incidente de oposición a la ejecución con fundamento en la causa prevista en el art. 695.1.4º LEC y estimada ésta, procede, tratándose de una cláusula en la que se funda la ejecución y conforme a lo expresamente dispuesto en el art. 695.3 LEC , el sobreseimiento de la ejecución

En definitiva, la consecuencia procesal de la apreciación de la cláusula de vencimiento anticipado como abusiva, nula, e inaplicable, sin posibilidad de integración, no puede ser sino el sobreseimiento de la ejecución.

Ciertamente, y para agotar el debate, la STS de 23.12.2015 , de constante cita, tras declarar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en la redacción más arriba reseñada y en un obiter dicta, invita a los tribunales a evitar interpretaciones maximalistas que impidan la vía ejecutiva ante incumplimientos que denoten una situación de flagrante morosidad, y priven al consumidor de las especialidades previstas a favor del deudor que le proporciona el procedimiento ejecutivo (singularmente las de liberar el bien, fijar un valor mínimo de tasación a efectos de subasta y rehabilitar el contrato), obligándoles a acudir en exclusiva a la vía declarativa.

Ahora bien, en el caso y momento procesal en que nos encontramos, no cabe esta interpretación. Así, no podemos obviar que el art. 695.3 establece, planteado incidente de oposición a la ejecución, como es el caso, que " *De estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución*" . En este caso, la dicción legal es clara y no admite interpretación, no cabiendo la inaplicación de la ley por la vía de la interpretación. Es más, el propio TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, si bien el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno; menos, pues, cuando el precepto que nos ocupa se reformó por Ley 1/2013 precisamente para adecuarse a la Directiva.

Por último, no podemos olvidar que el TJUE, en su sentencia de 14.6.2012 , razona, ante la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE , en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces « *para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores* », que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

En consecuencia, estimando el recurso de apelación, procede apreciar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado que es fundamento de la ejecución, y, en consecuencia, decretar el sobreseimiento de la ejecución, reintegrando al ejecutado a la situación anterior a su despacho, pronunciando que hace innecesario entrar en los demás motivos de la oposición, sin perjuicio de que ambas partes puedan acudir al procedimiento declarativo que corresponda en defensa de sus legítimos derechos.

TERCERO.- Costas.

Habiéndose estimado la oposición, las costas del incidente en primera instancia han de ser impuestas a la parte ejecutante por imperativo de lo dispuesto en el art. 561.2 (2 . *Si se estimara la oposición a la ejecución, (...). También se condenará al ejecutante a pagar las costas de la oposición*).



No procede una especial declaración sobre las costas de esta alzada, al haber sido estimado el recurso de apelación (art. 398.2 LEC)

Conforme a lo dispuesto en el ap. 8ª de la D.A. 15ª de la LOPJ , se ordena la devolución del depósito constituido para interponer el recurso.

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Pelayo y Rosa contra el auto de fecha 23 de septiembre de 2015 dictado en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 229/2015 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 8 de Terrassa, **SE REVOCA** la indicada resolución, y en su lugar se dicta otra por la que se acuerda declarar el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado contenido en el préstamo hipotecario que se ejecuta y ordenar el sobreseimiento del procedimiento de ejecución.

Devuélvase a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Se condena a la ejecutante al pago de las costas del incidente en la primera instancia y no se efectúa una especial declaración sobre las de la apelación.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Firme esta resolución expídase testimonio de la misma que se remitirá al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta resolución, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos
Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ