

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

AUTO: 00201/2015

AUD.PROVINCIAL N°1 PONTEVEDRA

N10300

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Tfno.: 986805108 Fax: 986860534

N.I.G. 36055 41 1 2013 0001004

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000504 /2015

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de TUI

Procedimiento de origen: PIEZA DE OPOSICION A LA EJEC.
HIPOTECARIA 0000117 /2013

APELACIÓN CIVIL

Rollo: 504/15

Asunto: Ejecución Títulos No Judiciales

Número: 117/13

**Procedencia: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
núm. 3 de Tui**

Ilmos. Magistrados

D. Francisco Javier Menéndez Estébanez (Presidente)

D. D. Antonio Gutierrez Moldes

D. Manuel Almenar Belenguer (Ponente)

D. Jaime Esaín Manresa

D. Francisco Javier Valdés Garrido

Dña. Begoña Rodríguez González

D. Francisco Javier Romero Costas

D. Jacinto José Pérez Benitez

**LA SALA GENERAL DE MAGISTRADOS DEL ORDEN CIVIL DE LA
AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, FORMADA POR LOS
ANTERIORMENTE EXPRESADOS Y CONSTITUIDA EN PLENO
JURISDICCIONAL, AL AMPARO DEL ART. 264.1 LOPJ,**

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

EL SIGUIENTE

A U T O N° 201

En Pontevedra, a treinta de octubre de dos mil quince.

Visto el rollo de apelación seguido, inicialmente ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial con el núm. 504/15, y posteriormente abocado a la Sala general de magistrados del orden civil, reunida en pleno jurisdiccional, dimanante de los autos de ejecución de títulos no judiciales incoados con el núm. 117/13 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Tui; rollo en el que interviene como apelante la parte demandada/ejecutada **D. xxx**, representado por la procuradora Sra. Duque Sierra y asistido por el letrado Sr. Lois Bastida, y apelada la parte demandante/ejecutante "**NCG BANCO, S.A.**", representada por la procuradora Sra. Muiños Torrado y asistida por el letrado Sr. Jiménez López. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **Manuel Almenar Belenguer**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 11 de febrero de 2015 se pronunció por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Tui, en el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales del que deriva el presente rollo de apelación, Auto cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

"ESTIMO parcialmente la oposición a la ejecución interpuesta por la representación procesal de D. xxx frente a la ejecución despachada a instancia de NCG BANCO S.A. en el presente procedimiento de ejecución hipotecaria y acuerdo proseguir el proceso ejecutivo con arreglo a los siguientes pronunciamientos:

Apreciar la abusividad de la cláusula contractual relativa a los intereses moratorios, excluyendo su aplicación del presente proceso, con aplicación de lo previsto por el art. 1108 CC respecto de los intereses moratorios devengados y no satisfechos y respecto de los que se devenguen en lo sucesivo.

Apreciar la abusividad de la cláusula relativa a la limitación de los tipos de interés (cláusula suelo), excluyendo su aplicación en el presente proceso, con aplicación del interés remuneratorio que hubiera resultado aplicable sin el recurso a dicha cláusula en el momento de vencimiento anticipado y liquidación y solo respecto de los intereses remuneratorios no satisfechos.

Requírase a la parte ejecutante a que proceda en el plazo de cinco días a la presentación de nueva liquidación de la deuda.

Se desestiman los demás motivos de oposición.

No se hace pronunciamiento sobre las costas causadas."

SEGUNDO.- Notificada la resolución a las partes, por la representación del codemandado/ejecutado D. xxx se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 11 de marzo de 2015 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte *"resolución revocando el auto recurrido y, en consecuencia, estime los motivos de oposición, imponiendo las costas procesales causadas"*.

TERCERO.- Dado traslado del recurso a la parte ejecutante, por su representación se presentó con fecha 17 de abril de 2015 escrito por el que se opuso a la apelación formulada de adverso, interesando la confirmación de la resolución recurrida, con expresa condena en costas, tras lo cual con fecha 30 de julio de 2015 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó Ponente al magistrado Sr. Almenar Belenguer.

CUARTO.- Aunque inicialmente se señaló la deliberación del recurso para el 7 de octubre de 2015, con la finalidad de unificar criterios entre las distintas Secciones civiles de la Audiencia Provincial, en relación con la interpretación y valoración de la cláusula de vencimiento anticipado, por el Sr. Presidente de la Audiencia Provincial se acordó abocar el conocimiento del asunto al pleno jurisdiccional de los magistrados del orden civil, que se celebró en sesiones del 23 y 30 de octubre, con el resultado que seguidamente se expresa.

QUINTO.- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión controvertida.

Son antecedentes fácticos de interés para la resolución del recurso los siguientes:

1º Mediante escritura pública otorgada ante el notario de Vigo Sr. Rodríguez González en fecha 22 de junio de 2005, la entidad Caixanova y la entidad "Gundemaro Promociones, S.L." formalizaron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud del cual la segunda recibía de la primera, en concepto de préstamo, la cantidad de 4.020.000 €, para financiar la construcción de un edificio destinado a fines comerciales y viviendas, sito en la rúa República Argentina s/n de la localidad de Porriño, pactándose un plazo de duración de 27 años, con un período

de carencia de 24 meses y un período de amortización por los restantes 25 años (cfr. la copia de la citada escritura pública -folios 33 y ss.-).

2º En la cláusulas tercera y tercera bis de la escritura, rotuladas "Intereses ordinarios" y "Tipo de interés aplicable", se estableció que, para determinar el tipo de interés aplicable -calculado siempre sobre la base de meses de 30 días y años de 360 días-, el plazo total del préstamo se subdividiría en períodos anuales, el primero al tipo nominal anual del 3,50% (cláusula 3ª) y los demás a un tipo de interés variable trimestral, en función del Euribor incrementado en un margen o diferencial positivo de 0,40 puntos los cuartos primeros trimestres de aplicación y de 0,75 puntos los demás trimestres de la vida del préstamo (cláusula 3ª bis), si bien en la propia cláusula tercera bis se contenía un apartado del siguiente tenor:

"e) No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá:

- ser inferior al TRES CON CINCUENTA POR CIENTO, ni superior al NUEVE CON VEINTINCO POR CIENTO durante los cuatro primeros trimestres de aplicación de interés variable.*
- ser inferior al CUATRO POR CIENTO, ni superior al DIEZ CON CINCUENTA POR CIENTO, el resto de la vida del préstamo."*

3º En la misma escritura pública de préstamo se recogían las siguientes estipulaciones en materia de intereses de demora y de resolución anticipada:

"6ª. INTERESES DE DEMORA.

a) Sin perjuicio de las acciones resolutorias que la Caja pueda ejercitar, las cantidades vencidas y no pagadas devengarán intereses de demora al tipo nominal anual del DIECIOCHO POR CIENTO.

b) El mismo interés de demora devengará el principal pendiente de vencimiento en caso de reclamación judicial, hasta la cancelación total del préstamo...

6ª. bis. RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO.

Además de lo dispuesto en el párrafo segundo de la cláusula 1ª bis, la Caja, sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos:

a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad...

10ª. ACCIONES JUDICIALES.

En el supuesto de concurrir cualquiera de las causas de resolución anticipada establecidas en la cláusula 6ª

bis, la Caja podrá exigir cuanto se le adeude, tanto las cantidades vencidas como pendientes de vencer, por cualquiera de los procedimientos legales aplicables.

A efectos de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ambas partes pactan expresamente que, en caso de ejercitar la acción ejecutiva, bien sea la ordinaria o la especial sobre bienes hipotecados, la cantidad líquida y exigible será la resultante de la liquidación efectuada por la Caja en la forma convenida en este título y acreditada mediante certificación librada por la misma e intervenida por fedatario público..."

4º En garantía del mencionado préstamo, se constituyó una hipoteca a favor de la entidad crediticia sobre la finca y edificio en construcción mencionados (cfr. al copia de la escritura de préstamo).

5º En virtud de escritura de compraventa con subrogación hipotecaria de fecha 13 de marzo de 2008, la sociedad "Gundemaro Promociones, S.L." vendió a los esposos D. xxx y Dña. xxx, casados en régimen de separación de bienes, la vivienda letra e) en planta segunda del citado edificio, sito en xxx, Tomiño, con sus anexos de plaza de garaje y trastero, por un precio de 110.500 € -que con el IVA, al tipo del 7%, hacía un total de 118.235 €-, en pago del cual los se pactaron dos entregas de 3.300 € y 17.000 €, reteniendo los compradores la diferencia de 90.200 € en concepto de principal del préstamo hipotecario que todavía gravaba la vivienda y en el que se subrogaron, si bien en documento privado de la misma fecha los compradores estipularon con Caixanova una novación modificativa del tipo de interés, fijando un tipo fijo del 5,248% para el primer año y un tipo variable del Euribor más 0,75 puntos para los períodos anuales sucesivos, con una banda de fluctuación comprendida entre el 4% y el 10,5% (véase la copia de la escritura pública de compraventa con subrogación hipotecaria -folios 63 y ss.- y el documento privado -folio 73-).

6º Dña. xxx falleció en fecha 12 de octubre de 2011 (cfr. la certificación de fallecimiento -folio 77-).

7º Los prestatarios fueron abonando puntualmente las cuotas del préstamo hasta el mes de noviembre de 2012, inclusive, dejando de atender los vencimientos mensuales a partir de esa data, ante lo cual, con fecha 24 de abril de 2013, vencidas e impagadas 5 mensualidades, la entidad de crédito procedió a resolver el contrato de préstamo, que arrojaba un saldo deudor de 82.049,58 €, de los que 1.275,46 € correspondían al capital impagado, 78.881,01 € al capital no vencido, 1.794,12 € a intereses ordinarios impagados y 88,99 € a intereses de demora (según se colige del acta notarial de liquidación del saldo levantada por el notario con residencia en Oleiros, Sr. xxx -folios 79 y ss.-).

8º Mediante burofaxes remitidos el 24 de abril, el 13 de mayo y el 17 de junio 2013, "Novagalicia Banco, S.A."

requirió a los deudores para que pagaran el saldo deudor; el primer burofax no fue entregado y, al constar el fallecimiento de la Sra. xxx, el segundo se dirigió a la herencia yacente, constando entregado el burofax de 13 de mayo al Sr. xxx (cfr. las certificaciones de Correos - folios 95 y ss.-).

9º Con fecha 6 de septiembre de 2013, la entidad de crédito presentó demanda de ejecución de títulos no judiciales contra D. xxx y contra la herencia yacente de Dña. xxx, en reclamación de 81.987,31 € de principal e intereses, más 24.596,19 € que se calculaban provisionalmente para intereses, gastos y costas.

10º La referida demanda dio lugar a la incoación por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Tui del procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 117/13, en el que por Auto de 15 de abril de 2014 se despachó ejecución contra D. xxx y contra la herencia yacente de Dña. xxx por las cantidades solicitadas, emplazándose a los deudores, si bien únicamente compareció el Sr. xxx que, mediante escrito de 26 de septiembre de 2014, se opuso a la ejecución alegando el carácter abusivo de las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés (cláusula 3ª bis letra "e"), intereses de demora (cláusula 6ª), forma de cálculo de los intereses (cláusula 3ª), resolución anticipada (cláusula 6ª bis) y de liquidación unilateral de la deuda (cláusula 10ª), solicitando que se declarara la nulidad de las referidas estipulaciones y, en consecuencia, la improcedencia de la ejecución.

11º La parte ejecutante, tras argumentar que las cláusulas del préstamo fueron negociadas por ambas partes, entidad financiera y prestatarios, a los que tanto aquélla como el fedatario interviniente informaron exhaustivamente de las condiciones de la operación, afirma la validez de las cláusulas cuestionadas y solicita la desestimación de la oposición formulada por el ejecutado.

12º Con fecha 11 de febrero de 2015, el Juzgado "a quo" dictó Auto en virtud del cual, tras analizar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo sobre la materia, declaró la nulidad por abusivas de las cláusulas "suelo" (por insuficiencia de la información que la entidad de crédito venía obligada a proporcionar) y de intereses moratorios (por considerarlos desproporcionados), y mantuvo la validez de las demás cláusulas, esto es, de vencimiento anticipado (dado que, cuando dio por vencido anticipadamente el crédito estaban impagadas cinco cuotas y el art. 693.2 LEC fija el límite mínimo en tres plazos mensuales), de cálculo de intereses conforme al llamado "año comercial" de 360 días (al considerar que la cláusula era clara y transparente) y de liquidación unilateral de la deuda (por apreciar que el art. 572.2 LEC contempla expresamente el pacto de liquidación unilateral que, además, ha sido admitido por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo). Con estas premisas, la resolución estima parcialmente la oposición y

ordena requerir a la ejecutante para que presente nueva liquidación de la deuda conforme a lo razonado.

Disconforme con esta resolución, la parte ejecutada interpone recurso de apelación, reiterando por esta vía los argumentos expuestos en la instancia en pro de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado (al dejar la apreciación y decisión de la resolución al arbitrio de la entidad prestamista), forma de cálculo de los intereses (en cuanto que implica un perjuicio para el deudor) y pacto de liquidez (por privar o limitar la posibilidad del deudor de oponerse a la cuantificación del saldo deudor). También impugna la cláusula de intereses moratorios, pero ya se ha visto que la misma fue declarada nula.

No obstante, con carácter previo es menester hacer una precisión: ambas partes aceptan que los prestatarios actuaron en el contrato de préstamo hipotecario en su condición de consumidores, por lo que es de aplicación la normativa tuitiva invocada.

SEGUNDO.- Las cláusulas litigiosas como cláusulas no negociadas individualmente.

El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, establece que "*[L]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*".

Y de manera análoga, el art. 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone: "*Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.*"

El presupuesto determinante de la aplicación de ambas normas es, pues, la existencia de una cláusula o estipulación no negociada individualmente.

Sobre lo que haya de entenderse por cláusula "no negociada individualmente", el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, aclara que "*[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*".

En otras palabras, la naturaleza "impuesta" o "negociada" de una cláusula dependerá de si ha existido una

transacción o convenio individualizado que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido, o, por el contrario, no ha acreditado la oportunidad de tal negociación, bien porque ni siquiera se planteó como posibilidad, bien porque, habiéndose planteado, se rechazó de plano por el empresario, de tal forma que el consumidor se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

Obviamente, el hecho de que la cláusula figure en un contrato evidencia que ha sido conocida y aceptada (en otro caso estaríamos hablando de falta de consentimiento, constitutivo de nulidad radical del contrato por falta de un elemento esencial o, en su caso, de un acto delictivo). Lo relevante, a los efectos que nos ocupan, es que se trate de una cláusula prerredactada e impuesta. Y esa "imposición" no desaparece por el hecho de que el empresario formule y el consumidor pueda elegir entre una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios.

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el consumidor haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

Podría discutirse si es necesario que el consumidor asuma la iniciativa o, al menos, a adopte una posición activa, en el sentido de oponerse formalmente a la cláusula en cuestión o a parte de su contenido. Pero esta interpretación, sostenida en su día por la jurisprudencia con base en la redacción inicial del art. 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (cfr. la STS de 20 de noviembre de 1996), carece hoy de fundamento en cuanto que la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no exige la inevitabilidad, sino que se trate de cláusulas "*no negociadas individualmente*".

Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (cfr. SSTs de 2 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2009, 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y en el art. 82.2 párrafo 2º del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual "[E]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".

A la vista de estas consideraciones, no hay duda de que las cláusulas discutidas no fueron objeto de una negociación individualizada.

De entrada, la lectura de las tres estipulaciones evidencia que estamos ante cláusulas que no solo se incorporan en un contrato, sino que han sido redactadas 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. Una cosa es conocer la existencia de la estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipo de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto y, por ende, la aceptación del contrato, normalmente determinada por la ausencia de alternativas suficientemente fundadas, bien porque no existan, bien porque el cliente se encuentra en una posición de inferioridad tanto en lo que se refiere al nivel de información como a la capacidad de negociación propiamente dicha.

La redacción literal de dichas cláusulas no recoge concesión alguna a la posición del prestatario. Es, pues inverosímil que, atendido el tenor literal de las mismas, hubiera no ya negociación alguna, sino la más mínima oportunidad de negociación real.

Si a ello se une, de un lado, la norma general sobre la disponibilidad y la facilidad de la prueba (art. 217.6 LEC) y la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la demostración de los hechos negativos, y, de otro, que el llamado "contrato de novación modificativa de préstamo hipotecario" (aportado por la ejecutante -folio73-) no contiene la más mínima mención a las citadas cláusulas (al revés de lo que sucede con las cláusulas de intereses ordinarios, cláusulas suelo y techo, y comisiones, que, al menos aparentemente, parece que fueron objeto de conversaciones entre las partes), resulta claro que no hubo una negociación real del concreto contenido de cada cláusula, sino que fueron "dadas" como parte del enunciado del contrato, pero sin que el prestatario tuviese la más mínima oportunidad de discutir su contenido, si es que lo hubiere conocido y podido ser consciente de las consecuencias que implicaban, de manera que se limitó a aceptar el préstamo "en bloque", por lo que no cabe sino concluir que las cláusulas en cuestión han sido "impuestas" (en el sentido anteriormente apuntado).

Afirmado, pues, que estamos ante cláusulas contractuales no negociadas individualmente, procede analizar si dichas cláusulas han ocasionado, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato.

El art. 4 de la citada Directiva concreta que "el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

Acerca de lo que deba entenderse por "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 señaló que "deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas" (apartado 68).

Asimismo, el citado Tribunal ha interpretado la expresión "pese a las exigencias de la buena fe", atendiendo al decimosexto considerando de la Directiva, en el sentido de que "el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual" (apartado 69 de la misma sentencia).

Sobre la base de estas consideraciones procede analizar ya las particulares cláusulas impugnadas por el deudor ejecutado, hoy apelante: la cláusula de vencimiento anticipado, el pacto de liquidez y el modo de cálculo de los intereses sobre la base del denominado "año comercial" o de 360 días. Siempre en el bien entendido de que la apreciación de carácter abusivo de una cláusula que constituya fundamento de la ejecución determina sin más trámite el sobreseimiento del procedimiento y, por tanto, hace innecesario examinar las demás cláusulas cuestionadas, so pena de entrar en aspectos que no van a acceder al pronunciamiento de fondo pero cuyo estudio puede generar dudas sobre la posible eficacia de cosa juzgada (cfr. las SSTs 462/2014, de 24 de noviembre, 991/2014, de 28 de noviembre, y 5213/2014, de 12 de diciembre -ponente Sr. Salas Carceller-).

TERCERO.- Análisis de la cláusula de "vencimiento anticipado".

Como regla general en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, cumple recordar que la

jurisprudencia más reciente sólo admite la validez de dichas cláusulas cuando *"concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes"* (cfr. SSTs 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, y 16 de diciembre de 2009). Línea jurisprudencial que, como se verá, ha sido confirmada por la STJUE de 14 de marzo de 2013 (apartado 73).

Por lo que se refiere en particular al vencimiento anticipado por la falta de pago de cualquiera de los plazos de intereses o cuotas de amortización, la jurisprudencia se ha inclinado tradicionalmente, con base en el art. 1255 CC, por considerar válidas las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo (en esta línea se manifiestan las SSTs de 7 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008).

Así, la STS de 17 de febrero de 2011 repasa la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

"(...) la posible controversia no existe tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, ya que en su artículo 693.2 admite la plena eficacia de tales pactos siempre que estén inscritos en el Registro de la Propiedad. Por otro lado -añade la Audiencia- es obvio que tanto las cantidades adeudadas ya vencidas como las vencidas anticipadamente pueden reclamarse en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria «debiendo descartarse la peregrina idea expuesta por el apelante de que los plazos ordinarios son los únicos que pueden reclamarse en este tipo de procedimientos, mientras que el vencimiento anticipado debería ejercitarse a través de otro procedimiento ordinario destinado a solicitar la resolución del contrato».

Esta Sala tiene declarado en sentencia nº 506/2008, de 4 de junio, que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente [en la sentencia que cita la parte recurrente de 27 marzo 1999] por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil, no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió "obiter dicta", en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas, por ejemplo en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000.

Añade la sentencia nº 506/2008, de 4 de junio, que en efecto, como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) cuando concorra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo."

El problema se plantea en relación con los contratos de larga duración, como es el que nos ocupa: un contrato de préstamo a devolver en un plazo de veinticinco años (descontados los dos años de carencia), que finaliza el 1 de julio de 2032 (cláusula segunda de la escritura de 22 de junio de 2005).

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Aziz, después de apuntar los criterios que el Juez nacional debe ponderar en abstracto para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual inserta en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, recordó con relación a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en este tipo de contratos: *"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."*

Así pues, para valorar si la cláusula enjuiciada causa, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato, debemos, primero, analizar si la facultad de la entidad de crédito para declarar vencido anticipadamente el contrato y reclamar el total importe del préstamo viene vinculada al incumplimiento por el prestatario de una obligación esencial (en una primera aproximación parece que solo puede tratarse del incumplimiento de obligaciones que afecten directamente al préstamo -impago real o inminente de las

cuotas o plazos- o a la garantía hipotecaria -pérdida o deterioro grave del inmueble-), siempre y cuando dicho incumplimiento pueda calificarse de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo; y, segundo, ponderar si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas de derecho interno aplicables en la materia y si, en todo caso, tales normas nacionales prevén medios adecuados y eficaces para que el prestatario pueda poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Precisamente, con el fin de tratar de incorporar esta doctrina a nuestro ordenamiento positivo en materia de ejecución hipotecaria, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dio nueva redacción al art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo apartado 2º dice: *"Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución."*

El apartado 3º del mismo precepto añade que, en este caso, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor *"que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte"*; y el párrafo segundo del mismo apartado aclara que, si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, *"el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades"* expresadas.

De este modo, el legislador remite el concepto de "obligación de carácter esencial" al puntual pago de las cuotas del préstamo, establece un mínimo de incumplimiento susceptible de generar el presupuesto fáctico que faculte al prestamista para resolver anticipadamente el contrato y apunta un posible remedio para el ejercicio de esta facultad a través de la consignación del importe debido.

No obstante, conviene destacar que la reforma legal no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, por debajo del cual se impide *ex lege* el vencimiento anticipado, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad. Únicamente así cabría entender que la norma respeta la exigencia jurisprudencial de que el cumplimiento

"tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo".

La discusión surge a la hora de valorar la concurrencia de los criterios o parámetros apuntados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso concreto (y anticipados, si bien con carácter general, por nuestro Tribunal Supremo), lo que a su vez exige dar respuesta a tres interrogantes que se suscitan escalonadamente:

1º Si la cláusula de vencimiento anticipado litigiosa está incluida dentro del ámbito de aplicación de la **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, o, por el contrario, puede entenderse comprendida en la exclusión prevista en el art. 1.2 de la expresada norma.**

2º **En caso de entender que la cláusula está sujeta a la Directiva, habrá que determinar en** qué momento ha de apreciarse el carácter abusivo de la cláusula, es decir, si cuando se elaboró e incorporó al contrato o en el instante en que se pretende aplicar, o, más concretamente, si debe tenerse o no en cuenta el modo en que se aplica la cláusula por el empresario para extraer si puede considerarse o no abusiva.

3º Para el supuesto de que se concluyese que la cláusula es abusiva y, consecuentemente, nula, habrá que dilucidar cuales son los efectos de tal declaración de nulidad.

CUARTO.- La consideración de la cláusula de vencimiento anticipado estudiada como cláusula incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

En el Considerando décimo tercero de la Directiva 93/13 se explica: "Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas » que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo".

Y en consonancia con esta afirmación, el art. 1.2 de la Directa previene que "[L]as cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias

imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Las dudas pueden aparecer porque el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción vigente en la fecha de celebración del contrato, rezaba: "Podrá reclamarse 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 diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro."

La cláusula en cuestión permite a la entidad financiera tener " por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos: a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran..."

Aparentemente, la cláusula reproduce el art. 693.2 LEC, de tal suerte que podría deducirse que no queda sometida a las disposiciones de la Directiva.

La Sala es consciente de que quizá, en defensa de esta tesis, pudiera invocarse la STS 470/2015, 7 de septiembre (ponente Sr. Saraza Jimena), cuyo fundamento de derecho octavo señala:

"OCTAVO.- El vencimiento anticipado de los contratos de financiación al comprador de bienes muebles a plazos.

1.- El contrato celebrado entre Santander Consumer y los demandados es un contrato de financiación a comprador de bienes muebles. En el caso enjuiciado, el préstamo se concedió para financiar la adquisición de un automóvil.

Este contrato se encuentra regulado en la Ley 28/1998, de 13 de julio, como resulta de la regulación que de su ámbito de aplicación hace el art. 1.1 en relación al art. 4 de la ley.

El art. 10.2 de esta ley prevé: « [1]a falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente ».

2.- La estipulación que en el contrato regulaba el vencimiento anticipado del contrato reproduce el régimen establecido en el citado precepto legal, sin añadir ninguna modificación significativa, por lo que no puede aplicarse el control de abusividad establecido en el art. 3.1 y concordantes de la Directiva 13/1993, y en la legislación nacional que la traspone al Derecho interno.

Como declaró la STJUE de 30 abril de 2014, Caso Barclays Bank, S .A. contra Alejandra y Cristobal , asunto

C-280/13, « [1]la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones ». Por tanto, la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato."

Sin embargo, a juicio de la Sala, ni la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, ni la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2015, son de aplicación al caso de autos porque aquí no nos encontramos ante la transcripción de un precepto legal o reglamentario de naturaleza imperativa, sino ante una estipulación que plasma el convenio que una norma legal admite, en principio, como válido a los efectos de facultar al acreedor a reclamar la parte no vencida.

Más concretamente, el art. 693.2 LEC no contiene una disposición imperativa, sino que se trata de una norma procesal orientada a aclarar la admisibilidad de un pacto extraprocesal por el que las partes acuerdan conceder al acreedor el derecho a declarar vencido el préstamo en determinadas condiciones. No se impone nada, sino que se recoge una mera posibilidad o facultad.

Y, por otra parte, una cosa es que el art. 693.2 LEC exija que las partes hayan pactado expresamente en la escritura el reconocimiento de tal facultad a favor del acreedor y que el pacto acceda al Registro de la Propiedad, como requisitos *sine qua non* para el acreedor pueda reclamar el importe total a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, y otra cosa muy distinta que semejante previsión implique, primero, que el ejercicio de dicha facultad es un trasunto de una disposición legal (tan no es así que, si no se recoge expresamente en la escritura, el acreedor no puede dar por vencida la totalidad del préstamo), y, segundo, que se legitima o ampara legalmente, siempre y en todo caso, el vencimiento anticipado.

No es que el precepto de por bueno o valide el pacto que recoge la facultad de vencimiento anticipado, con independencia de las concretas condiciones en que se materialice, sino que, partiendo de que la estipulación sea válida desde el punto de vista de su contenido, exige que conste y se recoja en la escritura y en el Registro para que desencadene los efectos pretendidos.

De otra manera no se entenderían las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo en las que exige que "nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas", como tampoco la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2013, que establece los parámetros con arreglo a los cuales examinar si la cláusula es abusiva.

En definitiva, al contrario de lo que sucede con el supuesto analizado en la STS de 7 de septiembre de 2015, en que la cláusula se limitaba a copiar una norma contenida en la Ley 28/1998, de 13 de julio, en el caso discutido no se trata de la transcripción de un precepto, sino de la plasmación de un pacto al que, si es materialmente válido (cuestión en la que la Ley de Enjuiciamiento Civil no entra), la Ley atribuye unas consecuencias jurídicas determinadas.

Y así se desprende de la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-280/13, caso Barclays Bank, a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Palma de Mallorca, y en la que, tras sentar que las disposiciones nacionales que son objeto de la remisión prejudicial tienen carácter legal o reglamentario y no se reproducen en el contrato sobre el que versa el litigio principal, aclaró que "las disposiciones de ese tipo no están comprendidas en el ámbito de aplicación la Directiva 93/13, que tiene por objeto prohibir las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores" (apartado 40).

A continuación, la misma sentencia razonaba: "A diferencia del asunto que dio lugar a la sentencia RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 25), en el cual, según los apartados 29 a 38 de dicha sentencia, las partes se pusieron de acuerdo sobre la extensión del ámbito de aplicación de un régimen previsto por el legislador nacional, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales sobre las que versan las cuestiones prejudiciales resultan aplicables sin que su ámbito de aplicación o su alcance hayan sido modificados en virtud de una cláusula contractual. Así pues, es legítimo presumir que no se ha alterado el equilibrio contractual establecido por el legislador nacional (véase, en este sentido, la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, apartado 28). El legislador de la Unión decidió expresamente preservar dicho equilibrio, tal como se deduce de los términos del considerando decimotercero y del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13" (apartado 41).

En el presente caso, la cláusula empleada por la entidad bancaria ejecutante no se limita a recoger la posibilidad de que las partes "convengan la facultad a favor del acreedor", sino que materializa el pacto y define su aplicación, concretando el presupuesto exigido para su aplicación en términos que la ley no especifica ni legitima.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación la sentencia del TJUE de fecha 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank/xxx y otros, EU:C:2015:21), que enjuicia la conformidad de la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, por la que se extiende el límite de los intereses de demora previsto en el nuevo art. 114 LH (tres veces el interés legal) a los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, en relación con los intereses que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

La sentencia razona que *"la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora"* (apartado 36).

Y después de aseverar que *"es preciso considerar que, en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional"* (apartado 39), concluye:

"40 Ello implica en particular, por una parte, que cuando el juez nacional debe examinar una cláusula de un contrato relativa a intereses de demora calculados a partir de un tipo inferior al previsto por la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, la fijación por ley de ese límite máximo no impide a dicho juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13. De este modo, no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva.

41 Por otra parte, en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula."

De donde podemos deducir que una disposición nacional, como es el art. 693.2 LEC, con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria debe despachar ejecución por el total de la

deuda, incluida la parte no vencida, cuando el acreedor se haya reservado tal facultad en el contrato y la estipulación figure en el Registro, no se opone a la Directiva 93/13 siempre que la aplicación del artículo no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es "abusiva" en el sentido del art. 3.1 de la citada Directiva.

QUINTO.- La apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado: al tiempo de celebrar el contrato o en el momento en que el acreedor aplica la cláusula.

La constatación de que una cláusula determinada (intereses remuneratorios, intereses de demora, vencimiento anticipado, pago de comisiones...) es susceptible de ser calificada como abusiva, puede llevar al ejecutante a tratar de obviar los potenciales efectos perturbadores que podrían derivarse de la declaración de nulidad intrajudicial obviando su aplicación o acomodando sus efectos dentro de márgenes presumiblemente admisibles.

Desde el instante en que la consecuencia que se deriva de la apreciación del carácter abusivo es la nulidad de la cláusula, de manera que se tiene por no puesta, es evidente que el ejecutante puede (y debe) excluir su aplicación en la pretensión que ejercita.

El problema nace cuando el ejecutante no obvia la cláusula, sino que trata de atemperar sus efectos con el propósito de no verse íntegramente privado de las ventajas derivadas de su aplicación, o, simplemente, adecúa su aplicación a las sucesivas modificaciones normativas con el mismo objetivo.

La doctrina y los mismos jueces están divididos. Un sector considera que el ejecutante no tiene por qué reclamar el pago de la total cantidad adeudada según lo acordado en el título, antes al contrario, puede renunciar a lo que considere oportuno en beneficio del deudor, de manera que, si los conceptos o sumas reclamados no resultan abusivos o desproporcionados, en sí mismos considerados y con independencia de lo que pudiera resultar de la valoración de la cláusula en abstracto, la pretensión ha de ser acogida.

Por el contrario, una segunda postura atiende a la literalidad del art. 6 de la Directiva 93/13 y del art. 82 del texto refundido LGDCU (tras la reforma de la Ley 3/2014, de 27 de marzo), que declaran la nulidad sin más de la cláusula abusiva, por entender, de un lado, el art. 4.1 de la Directiva obliga a atender a las circunstancias que concurran en el momento de la celebración del contrato y a las demás cláusulas del mismo o de otro contrato del que dependa; de otro lado, si la cláusula es nula lo es a todos

los efectos y no puede ser utilizada "en parte"; y, finalmente, si se dejara a la voluntad del ejecutante la decisión de hacer valer o no una cláusula, en función de las circunstancias de tiempo, lugar, nivel de vida, parámetros económicos y cualesquiera otros condicionantes que pudieran incidir en la valoración del equilibrio o desproporción existente entre las partes, disminuiría el efecto disuasorio que implica la sanción de nulidad de la cláusula, afectando negativamente al nivel de protección que pretende alcanzar la Directiva, puesto que el profesional podría sentirse tentado de incluir cláusulas abusivas en el contrato a la espera de ver la posibilidad de invocarlas en función de cómo evolucionen los acontecimientos.

El tema es discutible. El art. 573.3 LEC, al facultar al acreedor que tuviera dudas sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía para *"pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución"*, podría servir para apuntalar la primera tesis, si bien las conclusiones del Abogado General en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena, publicadas el pasado 16 de octubre, y la propia sentencia del TJUE de fecha 21 de enero de 2015, anteriormente citada, parecían apuntar -no de manera clara, todo hay que decirlo- en la segunda dirección.

De otro lado, la posibilidad siempre abierta del art. 1124 del Código Civil que, aunque recoge la facultad de resolución de las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe -y no la pérdida del plazo, que es lo que realmente entraña la cláusula de vencimiento anticipado-, tiene los mismos efectos de permitir la reclamación del total importe, parecía afianzar la primera postura en la medida que, si el impago comprende un número significativo de plazos o cuotas, es claro que supone un incumplimiento grave que, por la vía del citado art. 1124 CC, abriría la puerta a la reclamación de la suma objeto del préstamo, de forma que, al ser el resultado idéntico, razones de economía procesal podían aconsejar seguir adelante con la ejecución despachada, en un procedimiento que, por otra parte, contempla determinadas cautelas orientadas a la protección del consumidor que no existen o no aparecen expresamente previstas en un procedimiento ordinario.

Hasta ahora, las Secciones civiles de esta Audiencia Provincial, en línea con la mayoría de Audiencias, veníamos entendiendo que los criterios expuestos en la STJUE de 13 de marzo de 2013 habían de apreciarse en atención al caso concreto -según se aprobó en la reunión de unificación de criterios celebrada por los Magistrados de esta Audiencia Provincial en fecha 7 de junio de 2013-, lo que incluía la necesidad de ponderar el modo en que el empresario/entidad financiera había aplicado o hecho uso de la cláusula, a

saber, la cuantía impagada en relación con la cuantía total y con la satisfecha, el número de cuotas o plazos desatendidos en conexión con los debidamente cumplidos y la duración total del contrato, el porcentaje que suponían unos y otros en proporción con el resto..., pues no es lo mismo dejar de pagar 10 mensualidades al inicio del préstamo, en lo que puede constituir un incumplimiento flagrante, que desatender esas mismas 10 cuotas cuando el prestatario ha venido satisfaciendo sus obligaciones durante veinte años, por ejemplo.

Es más, en esta misma línea interpretativa, las sentencias sopesaban incluso no solo el plazo que la entidad de crédito concedió tácita o expresamente al deudor antes de proceder al cierre de la cuenta, sino también el tiempo transcurrido hasta la presentación de la demanda de ejecución o, incluso, el hecho de que el prestatario no abonase total o parcialmente ninguna cuota durante la tramitación del procedimiento, como expresión de la conducta objetivamente renuente al cumplimiento.

En suma, más allá de la literalidad de la cláusula en cuestión, se atendía a las circunstancias concomitantes con el desarrollo de la relación contractual a fin de valorar si la aplicación de la cláusula podía considerarse cuantitativa o cualitativamente abusiva, afirmando tal carácter cuando el incumplimiento no era sustancial en relación con las consecuencias que lleva aparejadas la resolución y vencimiento anticipado del préstamo, al estar en porcentajes relativamente bajos en relación con el capital y el plazo de duración estipulados.

Sin embargo, el reciente auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de fecha 11 de junio de 2015, dictado en el asunto C-602/13, a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, introduce elementos que llevan a esta Sala General a reconsiderar su posición y variar el criterio adoptado en su día.

La consulta formulada se basaba en los siguientes extremos:

1º En un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, formalizado en escritura pública entre el BBVA y unos consumidores, la entidad bancaria se reservó la facultad de declarar el vencimiento total anticipado del préstamo y exigir la devolución del capital con los intereses y gastos en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses.

2º A raíz del impago de cuatro cuotas mensuales, el BBVA declaró el vencimiento anticipado del préstamo y procedió al cierre de la cuenta, instando el oportuno procedimiento de ejecución hipotecaria en reclamación del capital prestado, intereses y costas.

3º El Juzgado consideró que la citada cláusula era abusiva, al no prever un número mínimo de plazos mensuales de retraso en el pago antes de que pudiera declararse el vencimiento anticipado, cuando el art. 693.3 LEC, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece un retraso mínimo de tres cuotas.

Con esta base, el órgano judicial pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de si, de conformidad con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, 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.

El TJUE reconduce la cuestión a dilucidar si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" 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 mencionada cláusula.

Centrada así la consulta, el TJUE proclama por enésima vez su doctrina acerca de que, dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su art. 7.1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30), y que, por consiguiente, *"a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica"* (apartados 49 y 50 de la resolución).

Acto seguido, el TJUE recuerda el concepto de cláusula abusiva previsto en el art. 3.1 de la Directiva 93/13, así como que el art. 4.1 de la misma norma *"precisa que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa"* (apartado 51).

Y después de matizar que "el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula" (apartado 52), el Tribunal concluye que "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 el vencimiento anticipado, tal como figura en la cláusula 6.ª bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, 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." (apartado 53).

Con estas premisas, el TJUE responde a la consulta planteada y sienta como doctrina que "la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia 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".

Doctrina jurisprudencial que, de acuerdo con el art. 4 bis apartado 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vincula a los jueces españoles en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea, y de la que se desprende que la aplicación que pudiera hacer la entidad financiera de la cláusula de vencimiento anticipado en absoluto purifica el eventual carácter abusivo de la cláusula, el cual habrá de examinarse atendiendo a la naturaleza y contenido del contrato, al conjunto de circunstancias que concurran en el momento de su celebración y a las demás cláusulas del mismo contrato.

Si a la vista del concreto negocio jurídico celebrado, del plazo de duración y la cuantía del préstamo, así como del conjunto de obligaciones asumidas por las partes, se constata que la facultad de declarar el vencimiento anticipado se prevé en términos exorbitantes o desproporcionados, procederá declarar la nulidad por abusiva de la referida cláusula con independencia de que haya sido o no aplicada o del modo en que se hubiera aplicado por el acreedor.

Es más, esta interpretación cuenta a su favor con otro argumento poderoso: si el consumidor demanda la nulidad de la cláusula por abusiva o ejercita una acción de nulidad prevista en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en un proceso declarativo, o si una asociación de consumidores deduce una acción colectiva de cesación

preventiva en un juicio ordinario, el juez valorará su eventual carácter abusivo exclusivamente en función de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración (art. 4.1 de la Directiva), sin que pueda sopesar el modo en qué pudiera aplicarse o dejar de aplicarse ya que la pretensión se plantea antes de que el acreedor haya ejercitado la facultad, y, en consecuencia, resultaría absurdo que, si en lugar de invocarse vía acción en un juicio ordinario, se alega como motivo de oposición o excepción en un procedimiento de ejecución hipotecaria, los criterios a tener en cuenta sean distintos.

Téngase en cuenta que una hipotética interpretación que afirmara ese distinto trato del consumidor en función del tipo de procedimiento es factible, tropezaría igualmente con la pacífica doctrina del TJUE, que en la sentencia de fecha 17 de julio de 2014 (asunto asunto C-169/14, BBVA vs Sánchez Morcillo), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial suscitada por un órgano español acerca de la compatibilidad con la Directiva 93/13 del art. 695.4 LEC, por el diferente trato al acreedor y al deudor a la hora de interponer recurso de apelación contra el auto que resuelve la oposición a la ejecución, puso de relieve que el *"sistema procesal controvertido en el litigio principal pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13. En efecto, este desequilibrio entre los medios procesales de que disponen, por un lado, el consumidor y, por otro, el profesional, no hace sino acentuar el desequilibrio que existe entre las partes contratantes, que ya se ha puesto de relieve en el apartado 22 de la presente sentencia, y que, por lo demás, se reproduce en el marco de un recurso individual que afecte a un consumidor y a un profesional en su calidad de otra parte contratante (véase, en este sentido y mutatis mutandis, la sentencia Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, EU:C:2013:800, apartado 50)"* (cfr. el apartado 46).

Y la misma sentencia de 17 de julio de 2014 insiste en su apartado 47: *"Por otro lado, procede declarar que un sistema procesal de este tipo resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no constituyen un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartado 62)."*

Si entendiéramos que, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, el acreedor puede alegar en su favor que la cláusula contractual, aunque en abstracto sea abusiva, por el modo en que la aplica ya no lo es, cuando carece de esa posibilidad en el proceso declarativo, es obvio que tal previsión resultaría contrario al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal, que forma parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva de los

derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, tal como se garantiza en el artículo 47 de la Carta (véanse, en este sentido, las sentencias Otis y otros, C-199/11, EU:C:2012:684, apartado 48, y Banif Plus Bank, EU:C:2013:88, apartado 29).

Las consideraciones que se dejan apuntadas llevan a sentar el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado utilizada en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrita entre ejecutante y ejecutado.

Efectivamente, la cláusula 6º bis de la escritura, bajo el título de "RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO", dispone: "(...) *la Caja, sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos: a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad...*"

Es verdad que el pago de las cuotas constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de préstamo, como también que el pacto que autoriza la resolución anticipada del contrato a instancia de una de las partes por incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas estipuladas es, en abstracto, admisible dentro del ámbito de autonomía de las partes al contratar (art. 1255 CC).

Mas en el caso que nos ocupa, esta facultad no está prevista exclusivamente para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

El tenor literal de la cláusula es terminante: la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de las cuotas, incluyendo todos los conceptos que las integran, es suficiente para desencadenar, a voluntad del prestamista, el vencimiento anticipado. Y ello con independencia de si el incumplimiento afecta a una o a más cuotas, si es total o parcial, si afecta al principal o a los intereses, si se produce al principio del período contractual o más avanzado el mismo...

No es que la facultad se reconozca únicamente al empresario (lo que de por sí justificaría la apreciación de una desproporción entre las partes), sino que se reconoce con base en cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, lo que resulta manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, abusivo (cfr. el art. 85.4 TRLGDCU y art. 3 de la Directiva 93/13).

Esta conclusión no queda desvirtuada ni por el hecho de que el art. 693.2 LEC, en su actual redacción, exija un mínimo de gravedad al incumplimiento, ni porque la entidad financiera haya aguantado, en el caso concreto, a que el deudor dejara de abonar cuatro cuotas mensuales.

La reforma de la Ley 1/2013, al exigir unos requisitos mínimos, hace patente que la cláusula era abusiva, y, en todo caso, no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad.

En estas condiciones la Sala concluye que nos hallamos ante una cláusula que impone al consumidor prestatario, o al menos permite imponerle, una sanción que resulta absolutamente desproporcionada en relación con la entidad del incumplimiento, que ciertamente existe, pero que se estima insuficiente para provocar la pérdida del plazo y determinar el vencimiento anticipado por la sola voluntad de la entidad prestamista.

A tenor del art. 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: "*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*". Procedo, pues, declarar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado incluida en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la entidad financiera y la parte ejecutada.

SEXTO.- Consecuencias de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado.

Afirmada la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, el debate se traslada a determinar cuáles son los efectos jurídicos de tal declaración.

En lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, el TJUE ha declarado reiteradamente que, del tenor literal del art. 6.1 de la Directiva 93/13 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. En efecto, el contrato de que se trate 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 (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28).

En particular, el TJUE ha señalado que el mencionado art. 6.1 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 59, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 29), ya que, de hecho, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13, puesto que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas 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 (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31).

A la luz de estas consideraciones, el TJUE estableció que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 *"se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva"* (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 32).

Y aunque es verdad que el Tribunal ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, también se ha preocupado de señalar que esta posibilidad se limita a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 33).

En el presente litigio, la anulación de la cláusula 6º bis del contrato, relativa al vencimiento anticipado, no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, antes al contrario, al desaparecer la cláusula, desaparece la facultad que se reservaba la entidad bancaria de dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, para el caso de impago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización.

Si la posible reclamación, al menos en vía ejecutiva, queda circunscrita a las cantidades efectivamente adeudadas, no hay duda de que la expulsión de la cláusula es beneficiosa para el consumidor y debe tenerse por no puesta, sin posibilidad alguna de integrar el contrato.

Ahora bien, la exclusión de la cláusula de vencimiento anticipado de la escritura pública que se invoca como título ejecutivo en un procedimiento de ejecución hipotecaria nos obliga a profundizar en las consecuencias procesales de dicha decisión.

Mientras que la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa en el marco de un proceso declarativo no suscita dudas, ya que la sentencia se limitará a anular la cláusula y expulsarla del contrato, impidiendo que pueda invocarse como fundamento para reclamar el importe total del préstamo, haya o no vencido (sin perjuicio de la posibilidad de acudir al art. 1124 CC), no sucede lo mismo con el procedimiento de ejecución hipotecaria, regulado en los arts. 681 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Efectivamente, en una primera aproximación, la Sala se encuentra ante cuatro posibilidades:

1ª Sustituir la cláusula 6ª bis por el art. 693.2 LEC, de forma que, si el vencimiento anticipado se declara cuando hay al menos tres plazos mensuales insatisfechos, procedería seguir adelante la ejecución despachada por el principal reclamado.

2ª Entender que es de aplicación en el propio procedimiento de ejecución la facultad resolutoria prevista en el art. 1124 CC, lo que supone que, si el juez o tribunal valora que estamos ante un incumplimiento grave, pueda dar por resuelto el contrato y mandar seguir adelante la ejecución por el total.

3ª Considerar que, al anular la cláusula, únicamente pueden reclamarse las cuotas efectivamente vencidas y no pagadas, por lo que la ejecución debería continuar tan solo por dicha suma, sin perjuicio de ampliar la ejecución a los plazos que vayan venciendo.

4º Estimar que la cláusula de vencimiento anticipado es una cláusula que constituye fundamento de la ejecución

y, por tanto, su nulidad comporta el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, con independencia de que el acreedor pueda acudir a un procedimiento de ejecución ordinaria en reclamación de las cuotas vencidas, al amparo de la póliza, o a un proceso declarativo ordinario en reclamación del total capital prestado con invocación del art. 1124 CC.

De entrada, la Sala descarta de plano las dos primeras alternativas: la primera, porque ya se ha estudiado que el TJUE circunscribe la aplicación supletoria de una norma legal al caso de que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligue a anular el contrato en perjuicio del consumidor, lo que aquí no sucede; y la segunda porque aun cuando a priori podría pensarse que, si el impago afecta a un número considerable de cuotas, realmente nos encontramos ante el supuesto de hecho previsto en el art. 1124 CC y razones de economía procesal pueden llevar a considerar que no tiene sentido dilatar los trámites y el cobro de la deuda, lo cierto es que, por una parte, dadas las singulares características del procedimiento de ejecución, con alteración de la posición procesal de las partes y una *cognitio* y unos medios de alegación, oposición y prueba muy limitados y basados en causas tasadas, no parece que sea el cauce oportuno para alegar, contradecir y resolver sobre la concurrencia de los presupuestos del art. 1124 CC, y, por otra parte, el procedimiento de ejecución tiene un carácter eminentemente formal y se fundamenta en la certeza de la deuda reclamada -deuda vencida, líquida y exigible-, lo que resulta contradictorio con el debate de fondo que exige la aplicación de la facultad resolutoria (obsérvese que el art. 698.1 LEC reenvía cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, al juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria).

La discusión se contrae, pues, a optar entre las alternativas tercera y cuarta.

A favor de seguir la ejecución por las cuotas vencidas e impagadas, y por las que vayan venciendo, podemos citar los siguientes argumentos:

1º El art. 693.1 LEC contempla expresamente esta posibilidad de ejecución parcial al señalar que "[L]o dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses (...). Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros

plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha."

Y el art. 127 de Ley Hipotecaria aborda igualmente la enajenación de la finca hipotecada para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses.

Es decir, el mismo legislador admite que, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, puedan reclamarse exclusivamente las cuotas vencidas, siempre y cuando sean tres o más, aclarando que la finca se transferirá con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito insatisfecha.

2º El art. 573.3 LEC prevé que "[S]i el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución", en tanto que el art. 575.2 de la misma norma recoge que "el tribunal no podrá denegar el despacho de la ejecución porque entienda que la cantidad debida es distinta de la fijada por el ejecutante en la demanda ejecutiva".

De donde cabe extraer la viabilidad de despachar ejecución por las cantidades efectivamente vencidas frente al principal reclamado, ya que, conforme al principio dispositivo, el órgano judicial no puede conceder más, pero sí menos de lo reclamado.

3º La cláusula de vencimiento anticipado no constituye fundamento de la ejecución, sino que tiene por objeto facultar al prestamista para dar por vencido la totalidad del préstamo con anterioridad al plazo establecido, en el momento en que el deudor incumple su obligación de pago de parte del capital o de los intereses del préstamo, es decir, permite a la entidad financiera reclamar por vía ejecutiva el capital no vencido, pero como mera facultad, no obligación, de manera que puede demandar el total o solo la parte vencida.

Al no ser fundamento de la ejecución, el procedimiento puede seguir mediante una simple operación de liquidación, en la que se excluya la parte no vencida.

Como argumentos en contra de las tesis expuesta y, consecuentemente, a favor del sobreseimiento del procedimiento de ejecución, cabe alegar:

1º La inclusión de la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo con garantía

hipotecaria parte de la idea de que el vencimiento anticipado del crédito lleva aparejado el de la hipoteca que garantiza el mismo. De ahí que el art. 693.1 LEC exija que el pacto de vencimiento anticipado se haga constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente, ya que afecta de forma inmediata a la garantía real: cuando se rescinda la operación, el consumidor pasa a adeudar la totalidad del principal pendiente y el prestamista podrá cobrarse la deuda a través de la garantía real, normalmente la finca hipotecada.

Dicho de otra manera, la cláusula de vencimiento anticipado no opera igual en una ejecución ordinaria que en una ejecución hipotecaria, ya que en esta última se actúa la garantía misma. Es verdad que también puede ejecutarse la hipoteca únicamente por las cuotas vencidas, pero no es ése el sentido primigenio de la hipoteca.

2º En esta línea, cabe destacar que, así como el art. 561.1.3ª LEC prevé que, cuando se aprecie el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte *"determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas"*, omitiendo cualquier mención a que constituyan o no fundamento de la ejecución, sin embargo, en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, el art. 695.1.4ª LEC habla de cláusula contractual que *"constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible"*, y el apartado 3º del mismo precepto ordena que, en caso de estimarse la oposición por apreciar el carácter abusivo de una cláusula, *"se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva"*.

El hecho de que se no mencione en el art. 561.1.3ª y sí en el art. 695.1.4ª y 3 párrafo 2º, apunta a que, en el procedimiento ejecución hipotecaria, la cláusula de vencimiento anticipado sí constituye el fundamento de la ejecución. Obsérvese que, junto con la cláusula que recoge el pacto de liquidación, es la única que podría afectar directamente a la procedencia de la ejecución.

3º La hipoteca se define como un derecho real de garantía, por el que uno o más bienes quedan afectos al cumplimiento de una determinada obligación; es un derecho de realización de valor, que autoriza al acreedor que no ha cobrado al vencimiento a embargar y vender el inmueble para pagarse con el precio obtenido.

Por su parte, la acción hipotecaria puede ejercitarse, directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V, o mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado (art. 129.1 LH). En el primer caso, el procedimiento parte de una tasación preexistente y de la inmediata convocatoria de subasta, que tiene por objeto de la venta y adjudicación del bien, para con su importe hacer frente a la deuda garantizada.

Aunque legalmente está prevista la ejecución solo por la parte impagada de la deuda, el presupuesto de partida del procedimiento especial es la reclamación del todo, lo que explica la inclusión de la cláusula de vencimiento anticipado en las escrituras de préstamo como práctica bancaria inveterada.

La reclamación de parte de la deuda a través de este cauce, aunque viable, tropieza con la razón de ser de la institución, que atiende a la venta del bien como fórmula de pago de la deuda en su totalidad.

4º Desde el punto de vista práctico, no parece factible una sucesión de procedimientos de ejecución hipotecaria para el cobro de las cantidades que van venciendo, y, en todo caso, el postor que participe deberá ofrecer una suma que supere el 50 por ciento del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, ya que, en otro caso, el Secretario judicial puede no aprobar el remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor (cfr. arts. 670 y 671 LEC).

Lógicamente, si el principal pendiente de pago es elevado y se mantiene la carga hipotecaria, las posibilidades reales de adjudicación van a ser escasas o nulas y probablemente obligarán al acreedor a cesiones no previstas, degradando su posición.

5º En el ámbito estrictamente procesal, el proceso de ejecución hipotecaria exige una pretensión, como afirmación de un interés jurídico frente a otro, al que se pretende imponer el cumplimiento de la obligación garantizada, mediante la venta del bien hipotecado y pago del precio de remate a cuenta de la cantidad por las que se hubiera despacho la ejecución. La causa o razón de esta pretensión consiste en los presupuestos fácticos de la norma jurídica cuya

actuación es impetrada para obtener los efectos jurídicos postulados.

En el caso de autos, la entidad ejecutante invocó como fundamento de pretensión no solo la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y el impago de cinco cuotas mensuales, sino que, de conformidad con la cláusula de vencimiento anticipado, había declarado vencido el préstamo y procedido al cierre, reclamando el saldo deudor que arrojaba.

La cláusula de vencimiento anticipado, en relación con el impago y el cierre de la cuenta, aparecen como elementos sobre los que se articula la pretensión concreta y que configuran la causa de pedir, por lo que, si la citada estipulación se anula y expulsa del contrato, varía la causa de pedir. No se trata de que el tribunal conceda menos de lo que se pide, sino que se da algo distinto, incurriendo en un vicio de incongruencia *extra petita*.

En estas condiciones, aun reconociendo que estamos ante una cuestión discutida y llena de matices, la Sala considera que la ponderada valoración crítica de los razonamientos expuestos conduce a estimar que, al menos en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la cláusula de vencimiento anticipado forma parte de la causa de pedir y constituye presupuesto, y, en consecuencia, fundamento de la ejecución, a modo de condición de procedibilidad impropia, por lo que la declaración de nulidad determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria y, lógicamente, el sobreseimiento de la ejecución instada al amparo de la cláusula que se declara nula.

Decisión de sobreseer que no impide un ulterior procedimiento de ejecución ordinaria, al existir un título que lleva aparejada fuerza ejecutiva (art. 517.2.5º LEC), como tampoco obsta al proceso declarativo que pudiera instarse en reclamación de las cantidades vencidas o, en su caso, del total importe del préstamo al socaire de los arts. 1124 y 1129 CC, en cuyo caso la sentencia estimatoria podría ejecutarse manteniendo la preferencia derivada del derecho real de hipoteca, el cual lógicamente sigue subsistente.

Profundizando en este último punto, cumple resaltar que el hecho de que la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado determine el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria en absoluto afecta al derecho de hipoteca, que se mantiene. La doctrina es unánime al insistir en que *"la hipoteca es y derecho real que tiene por regla general relación con los créditos, pero también puede vivir completamente alejado de ellos"* (Jerónimo González) o en que *"la hipoteca es siempre causal, sin que será su causa la existencia de un crédito asegurable, sino únicamente el ánimo solvendi. Con esta concepción, cuando el crédito asegurado es pagado al*

titular de la hipoteca, la extinción ipso iure del derecho real no se produce por un fenómeno de accesoriedad, sino por la desaparición de su única y necesaria causa. En las demás causas de extinción del crédito (prescripción, concurso, etc) que no son de pago, queda intacta la hipoteca, precisamente por subsistir su causa: asegurar el pago" (Chamorro).

De ahí que el acreedor tenga abierta la puerta de la ejecución ordinaria o el proceso declarativo que corresponda, con la preferencia derivada de la hipoteca inscrita.

Al acordar el sobreseimiento de la ejecución no procede entrar a analizar las demás cláusulas cuestionadas.

SÉPTIMO.- Costas procesales.

No obstante declarar la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado y el correlativo sobreseimiento de la ejecución, estimando así el recurso y la oposición a la ejecución, la Sala considera que la problemática expuesta con relación a la naturaleza y efectos de la referida cláusula suscita dudas de derecho, apuntadas igualmente en la presente resolución, que justifican que no se haga expreso pronunciamiento de condena en materia de costas a la parte vencida (arts. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Duque Sierra, en nombre de D. xxx, contra el auto dictado el 11 de febrero de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Tui, y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de:

1º Declarar la nulidad por abusiva de la cláusula 6ª bis letra "a", de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, otorgada en fecha 22 de junio de 2005, ante el notario de Vigo Sr. Rodríguez González (número 1723 de protocolo), del siguiente tenor:

6ª. bis. RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO.

Además de lo dispuesto en el párrafo segundo de la cláusula 1ª bis, la Caja, sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir

judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos:

a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad...

2° Ordenar el sobreseimiento de la ejecución despachada.

Cada parte deberá abonar las costas causadas en ambas instancias, siendo las comunes por mitad.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen. Doy fe.