

**AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2**

Avda Pedro San Martin S/N

Santander

Teléfono: 942357123

Fax.: 942357142

Modelo: AP003

Ejecución hipotecaria 0000413/2015 - 00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Laredo

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**Nº: **0000415/2016**

NIG: 3903541120150000947

Resolución: Auto 000224/2016

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	LIBERBANK SA	
Apelado	Afectado PAH	
Apelado	Afectada PAH	

A U T O nº 000224/2016

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Fernández Díez.

D. Javier de la Hoz Escalera.

En la Ciudad de Santander, a quince de noviembre de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Laredo, y en los autos nº 413/2015 de ejecución de títulos no judiciales se dictó auto de 11 de marzo de 2016 con la parte dispositiva siguiente, en lo que ahora interesa:

“PARTE DISPOSITIVA: *Procede declarar la nulidad por abusiva de la cláusula sexta bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes relativa al vencimiento anticipado y acordar el sobreseimiento de la ejecución y archivo del presente procedimiento, con imposición de costas al ejecutante*”.



SEGUNDO: Contra dicha resolución la representación de la parte ejecutante, Liberbank, S.A., interpuso recurso de apelación, y tras los trámites de rito, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día de la fecha.

TERCERO: Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Se admiten los de la resolución de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: Resumen de antecedentes. Planteamiento del recurso.

Se formula recurso de apelación contra el auto de 11 de marzo de 2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Laredo, que acordó el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria (con las particularidades de los arts. 681 y ss. LEC) presentada al entender inaplicable, por abusiva, la cláusula financiera sexta bis, relativa a la declaración de resolución o vencimiento anticipado del contrato de préstamo hipotecario de 30 de abril de 2003 formalizado entre la recurrente y los hoy recurridos. En consecuencia, el sobreseimiento se produjo por la declaración del carácter abusivo de la cláusula sexta bis que permitía el vencimiento anticipado, al considerarla fundamento de la ejecución.

El recurso combate la decisión judicial sobre la base de considerar la legalidad de la cláusula o estipulación que reconoce el vencimiento anticipado, de aceptación jurisprudencial, al tiempo que niega su

utilización abusiva en atención a las circunstancias concretas del caso (34 cuotas impagadas a la fecha del cierre y liquidación de la cuenta).

SEGUNDO: La cláusula financiera sexta bis sobre vencimiento anticipado del contrato de préstamo hipotecario. La cuantía y duración del préstamo.

La cláusula sexta bis, de redacción extensa, reservaba a la hoy recurrente la posibilidad de resolver el contrato de préstamo, relacionando seguidamente de forma amplia las situaciones que permitían su aplicación. En cualquier caso, sobresale, como indica el juez de instancia, en su aplicación al caso la primera de ellas: <<La falta de pago de cualquiera de las cuotas de este préstamo, sean comprensivas de capital, intereses o de ambos a la vez, comisiones si las hubiera, falta de pago de las primas del seguro de incendios o de amortización del préstamo, en su caso, así como también en su caso, de los gastos de comunidad correspondientes al inmueble que se hipoteca y tributos periódicos que afecten al mismo>>.

TERCERO: El carácter abusivo de las cláusulas sobre vencimiento anticipado. Doctrina del TJUE y ordenamiento jurídico español.

La cuestión sometida a la valoración de la Sala ha sido ya resuelta, en idénticos términos a los ahora planteados, entre otros, en los autos de 25 de septiembre y 21 de octubre de 2015 y 5 de septiembre de 2016.

Afirmábamos en nuestro auto de 21 de octubre de 2015 –a los que siguieron otros concordantes– que la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 14 de marzo de 2013 (asunto C-41572011), expresamente indica, en relación con la cuestionada figura que nos ahora nos atañe, que <<corresponde

al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo>>.

Por ello, el juez nacional debe tener en cuenta tres parámetros, que entendemos deben apreciarse de forma combinada: en primer lugar, si el incumplimiento tiene carácter esencial, o, dicho de otro modo, si tiene suficiente gravedad teniendo en cuenta la duración y cuantía total del préstamo; en segundo término, si las normas de derecho interno prevén o no el vencimiento anticipado para el incumplimiento que la cláusula describe; y, en tercer lugar, si el ordenamiento interno cuenta con posibilidades de remediar los efectos del vencimiento anticipado.

Más en concreto:

a) Los parámetros de valoración que indica el TJUE, en lo que se refiere a la dependencia del incumplimiento de una *obligación esencial* y de forma *grave* por relación a la duración y cuantía del préstamo, no son distintos en esencia a la propia doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre la validez general de las cláusulas de vencimiento anticipado (SSTS 4.6.2008 y 17.2.2011), autorizadas por los propios usos del comercio –dada la habitualidad de su incorporación en la práctica bancaria- y al amparo del

principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) cuando concurra *justa causa* para ello, es decir, cuando nos encontremos ante *una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas*, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo. Es más difícil hoy en día sostener, de acuerdo a la STJUE 14.3.2013 y la propia modificación del art. 693.2 LEC, que el incumplimiento de un solo plazo –sobre todo cuando la estipulación se inserta en un contrato de adhesión– produzca válidamente el vencimiento anticipado en contratos como el presente de préstamo con garantía hipotecaria.

b) No es fácil extraer de nuestro ordenamiento, en consideración al caso de autos, lo que la doctrina denomina “modelo normativo” -las normas de derecho interno que prevén o no el vencimiento anticipado para el incumplimiento que se describe en la cláusula cuestionada-, pues no nos encontramos ante una disposición tan clara como la prevista en el art. 10.2 Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, en el que se afirma expresamente que « [l]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 ». Quizás el régimen haya de buscarse en las normas reguladoras generales del vencimiento anticipado de las obligaciones –sin perjuicio de otras normas sobre el pago del precio en la compraventa, como el art. 1467 CC, que aplica el régimen que el art. 1129, o el art. 1504 CC, que por remisión también al art. 1124 CC exige un incumplimiento esencial-, muy especialmente en el art. 1129 CC en cuanto norma de derecho dispositivo que sirve detectar el carácter o no abusivo, pues define los supuestos en que el deudor pierde el beneficio del plazo: bien porque, contraída la deuda, el deudor deviene insolvente y no

garantiza la deuda; bien porque no constituye o conserva la garantía pactada. Pero la oportunidad de declarar el vencimiento anticipado con fundamento en este precepto topa con un escollo: la existencia de la garantía hipotecaria que se constituyó inicialmente, no por imposición sino por aceptación del acreedor, sin que pueda afirmarse que se haya disminuido por actos propios, a los efectos de los supuestos legales de pérdida del plazo (art. 1129. 1º, 2º y 3º CC).

c) La reforma introducida por la Ley 1/2013 modifica, tras conocer la señalada sentencia del TJUE, el art. 693 LEC, para incorporar como condición de la ejecución que el deudor haya dejado de abonar tres plazos mensuales o un plazo equivalente, por un lado (apartado 2), y para dar nueva redacción a la regla que permitía al deudor paralizar, en caso de vivienda habitual, la ejecución por el total de la deuda mediante el pago de lo adeudado en dicho instante (apartado 3). Ciertamente, con ésta última disposición se cumple el parámetro de la STJUE 14.3.2013 en cuanto constituye un remedio de los efectos de la declaración previa del vencimiento anticipado. Y quedaría como cuestión, polémica en su caso que no afecta al presente proceso de ejecución, la valoración relativa a si el legislador español se ha adaptado o no al criterio del TJUE.

CUARTO: El auto del TJUE de 11 de junio de 2015. El carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado pactada.

Seguíamos afirmando en las resoluciones de referencia –criterio que no ha sido modificado- que si el establecimiento de un remedio (art. 693.3 LEC) y la consideración de la existencia de un incumplimiento esencial y grave derivado de la reforma del art. 693.2 LEC –el impago de tres plazos como condición del vencimiento anticipado- permitiría, en su caso, aceptar como suficiente la reforma legal española en esta materia concreta, habrá ahora que preguntarse qué sucede con la cláusulas de vencimiento

anticipado que, como la que ha servido de fundamento a esta ejecución, no ha sido modificada para, en su caso, adaptarse al nuevo requisito legal de validez del vencimiento anticipado, que juega además como condición o requisito procesal para el inicio de la ejecución.

El reciente auto del TJUE de 11 de Junio de 2015, contesta la cuestión prejudicial relativa a << *si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un 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 mencionada cláusula*>>.

Y expone en su motivación dos consideraciones trascendentes: de un lado, (apartados 51 y 52) recuerda los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 –el carácter abusivo de una cláusula se apreciará si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes y para su valoración se tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa-; del otro, (apartado 50) que la necesaria garantía del efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13 permite considerar que 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 misma se aplique o no en la práctica. Es decir, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya

llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto (apartado 53).

Y este último es el efecto fundamental y trascendente de la resolución, hasta el punto de que permite variar el criterio de la Sala sostenido con anterioridad, que obviaba la cláusula para aceptar la práctica acomodada al régimen legal del art. 693.2 LEC.

Como termina indicando la citada resolución (apartado 54) <<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.>>.

Volviendo a la cláusula cuestionada, la Sala considera que ha de reputarse nula por abusiva dado que la facultad concedida al acreedor resulta manifiestamente desproporcionada (arts. 85.2 TRLGDCU y 3 Directiva 93/13), en su consideración o valoración abstracta y con independencia de si se ha aplicado o no, o de si se ha adecuado su aplicación al régimen actual del art. 693.2 (<<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>>) aún conociendo que hasta la reforma introducida por la Ley 1/2013 permitía la reclamación por la

totalidad si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago <<*de alguno de los plazos diferentes (..) >>-.*

Y para llegar a esta conclusión advertimos que no guarda ningún equilibrio y proporción la cláusula cuestionada -atendiendo a todos los parámetros antes indicados, pero esencialmente por el desequilibrio que guarda con la duración y cuantía del préstamo- que deja a la libre voluntad del predisponente la decisión de dar por incumplido -vencido- el contrato con infracción del art. 1256 CC (y el art. 1115 CC), con las consecuencias añadidas de perder el deudor el beneficio del plazo (art. 1129 CC) y provocar la exigibilidad del total del crédito concedido; y aunque, como antes indicábamos, la regla supletoria dispositiva sería el art. 1129 CC no podemos obviar en todo caso, como parámetro para juzgar si el incumplimiento es grave, la doctrina jurisprudencial interpretativa del art. 1124 CC, que modernamente atiende -superada la fase de la <<*voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*>>- a que el incumplimiento, además de no ser excusable, debe ser esencial y de suficiente entidad (STSS 22.10.2013 y 7.12.2013). Y no parece que ello se corresponda con una previsión que considera incumplimiento a los efectos resolutorios la <<*La falta de pago de una cuota cualquiera de amortización incluidos todos los conceptos que la integran (...)*>>.

Y quizá sea por ello que el legislador decidió, a través de la reforma de la Ley 1/2013, reformar el art. 693.2 LEC para exigir que el vencimiento anticipado pactado, como condición para iniciar la ejecución especial hipotecaria, se asentara en el impago, al menos, de tres plazos o cuotas mensuales. No obstante, en atención al supuesto de autos, la cláusula que ha servido para declarar el vencimiento anticipado y la exigencia de la totalidad del crédito, fundamento claro de la ejecución, no se acerca a ese umbral y no parece que se haya buscado su modificación por negociación para

permitir, como se ha dicho, que el vencimiento anticipado no se haga por cualquier incumplimiento de cualquier entidad, materia o circunstancia.

QUINTO: Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado.

Partiendo de las anteriores circunstancias, debe ahora añadirse:

(1) Que podría pensarse que la cláusula puede ser nula pero no la práctica de dar por vencido anticipadamente el préstamo -aunque el control del art. 82.1 TRLGDCU hace referencia tanto a las cláusulas como a las prácticas no consentidas-. El argumento podría ser válido para buscar la aplicación del art. 1124 CC en un juicio de naturaleza declarativa, pero choca con la naturaleza formal y especial del presente procedimiento (ejecutivo especial con la especialidades de los arts. 681 y ss. LE), donde el juicio sobre el carácter abusivo debemos valorarlo sobre la cláusula y no la práctica, de manera que no es aceptable una pretendida integración del propio acreedor obviando que la propia cláusula que es fundamento de la ejecución ha sido declarada nula por abusiva. Debe recordarse, como hace el propio Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, que el efecto de la ineficacia por la declaración del carácter abusivo impide cualquier ejercicio de moderación o integración por el juez, y con más razón por el profesional, pues como se afirmó, entre otras, en la STJUE 14.6.2012 o 21.1.2015, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. Y se explica el motivo o filosofía de tal consecuencia del siguiente modo *<<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 93/2013. En efecto, la*

mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar el saber, 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>>.

(2) Que tampoco es aceptable, a juicio de esta Sala, que el control sobre el carácter abusivo de la cláusula cuestionada no pueda hacerse porque, de acuerdo al art. 1.2. de la Directiva 93/13, refleja una disposición legal o reglamentaria imperativa, coincidente esencialmente con la redacción del art. 693.2 LEC en el instante de incorporación (2. *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.*). Ni consideramos que el precepto incorpore una disposición legal imperativa o de orden público, ni tampoco una norma supletoria –en los términos del preámbulo de la propia Directiva, cuando indica 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>>- de derecho nacional, por lo que la cláusula valorada –que va más allá de la literalidad del art. 693.2 LEC en su primitiva redacción y que sigue introduciendo una mera opción para el acreedor- puede ser juzgada desde los parámetros de la abusividad. Todavía más: el citado precepto de la Directiva supone, como es lógico, que las disposiciones legales o reglamentarias imperativas no incluyen o integran cláusulas abusivas.



(3) Que como afirmábamos en nuestro auto de 17 de marzo de 2016, la anterior conclusión sobre el carácter abusivo de la cláusula examinada es además coherente con la doctrina del Tribunal Supremo en sus recientes sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, en las que declaró - bien que en el marco de procesos declarativos sobre condiciones generales de la contratación-, el carácter abusivo de cláusulas de similar contenido a la que es objeto ahora de estudio. Cuestión distinta es que el TS se cuestione la posibilidad de mantener a pesar de ello la ejecución, mediante lo que es propiamente un "obiter dicta" -que no fundamenta la decisión del Fallo-, al advertir su preocupación en orden a que *"La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad(...)"*, que parte de considerar que la declaración de nulidad -que el propio TS considera procedente-, puede ser perjudicial para el consumidor *"(... si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor"*. Terminado el TS por indicar que *"8.- De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas,*

como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados.”

(4) Ha sostenido este Tribunal que tales consideraciones del Tribunal Supremo obligan desde luego a una seria reflexión, pero sigue siendo criterio de la Sala considerar que no pueden servir para justificar una especie de integración del contrato sustituyendo la cláusula nula por la regulación legal actualmente vigente, pues como ya se ha expuesto esto solo es posible cuando el contrato no pudiera subsistir sin la cláusula abusiva y sea necesario en defensa del consumidor, pues la finalidad de la Directiva es la protección del consumidor y su interpretación no pueden nunca perjudicar a este. Cuestión distinta, como ya hemos dicho, es que el propio consumidor pueda renunciar válidamente a la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva, pues no puede negarse la validez de una renuncia expresa en ese sentido y así ha sido reconocido por el TJUE en sus sentencias de 4 de Junio de 2009 (Caso Pannon) y 21 de febrero de 2013 (Caso Banif Plus Bank). Pero no es el caso de autos, en el que el consumidor no ha expresado su voluntad de la ejecución se inicie o permanezca por ser más beneficio para su interés, manteniendo una actitud pasiva tras conocer la previa advertencia de entenderse que acepta la decisión de archivo al no formular alegaciones contrarias tras otorgarse el trámite de audiencia concedida en segunda instancia con el fin de otorgar eficacia al contenido del art. 552.1 LEC.

Consecuencia de todo lo expuesto es el rechazo del recurso por fundarse en una cláusula nula por abusiva que constituye el fundamento de la ejecución –y esa es la consecuencia prevista por el TJUE cuando explica que *<<el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión>>* con independencia de si ha sido aplicada o no-, pues ha quedado degradado el título formal de la ejecutante, en cuyo



amparo se pretendió ampararse la ejecución.

SEXO: Costas procesales.

Desestimado el recurso se imponen a la parte recurrente las costas procesales de esta alzada (arts. 394 y 398 LEC).

Por cuanto antecede,

LA SALA ACUERDA

1º.- Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la entidad Liberbank, S.A., contra el ya citado auto del juzgado de primera instancia nº 2 de Laredo de 11 de marzo de 2016 que acordó el sobreseimiento de la ejecución.

2º.- Condenamos a la recurrente al pago de las costas de esta segunda instancia.

Esta resolución es firme desde su fecha.

Así por este Auto lo pronunciamos, mandamos y firmamos.