

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA - UPAD**

SAN MARTIN, 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

TEL.: 943-000712 Fax / Faxes: 943-000701

Recurso de apelación XX/2017: Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Donostia -San Sebastián.

Recurrente / XXXXXXXX

Procurador/a/ Prokuradorea: AMAIA OQUIÑENA UNANUE

Abogada: MAITE ORTIZ PEREZ

Recurrido: CAIXABANK S.A. Procurador: TOMAS SALVADOR PALACIOS

Abogado: FRANCISCO JAVIER FULDAIN GONZALEZ

**A U T O    N.º 89/2019**

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO./ILMA. SR./SRA. PRESIDENTE/A: D./D.ª YOLANDA DOMEÑO NIETO

MAGISTRADO/A: D./D.ª LUIS BLANQUEZ PEREZ

MAGISTRADO/A: D./D.ª FELIPE PEÑALBA OTADUY

FECHA: veintisiete de Junio de dos mil diecinueve

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de San Sebastián se dictó auto de fecha 29 de Diciembre de 2.016, cuya parte dispositiva dice así:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la cuestión incidental extraordinaria promovida por la meritada representación procesal de la parte ejecutada, XXXXXXXX, mandando seguir adelante con la ejecución despachada, en los términos previstos en el Auto de 03/02/2016; con imposición de las costas al ejecutado, XXXXXXXX"

SEGUNDO.- Por la representación procesal de DXXXXXXX se ha interpuesto recurso de apelación contra el auto de fecha 29 de Diciembre de 2.016, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Donostia- San Sebastián. Tras la admisión de dicho recurso, se elevaron los autos a este Tribunal, y, una vez alzada la suspensión acordada en su momento, se señaló día para Votación y Fallo el cuatro de Junio de 2.019.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas en la ley.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. YOLANDA DOMEÑO NIETO.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por parte de Dxxxxxxxxxxxxx se ha interpuesto recurso de apelación contra el auto de fecha 29 de Diciembre de 2.016, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de San Sebastián, en solicitud de que se dicte nueva resolución judicial, por la que, estimando el recurso presentado, revoque la de primera instancia, declarando el sobreseimiento de la ejecución, dejándola sin efecto, y acuerde alzar los embargos y las medidas de garantía de la afeción que se hubieran adoptado, reintegrándosele a él, el ejecutado, a la situación anterior al despacho de la ejecución.

Y alega para fundamentar su recurso, y en relación con el Fundamento de Derecho Primero, que afirma la Juzgadora a quo que en el presente caso se formula un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición, previstas en el apartado 7º del artículo 557.1 y 4º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no nos encontramos ante un incidente extraordinario de oposición, sino ante una oposición formulada a la luz de la nueva posibilidad de invocar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato que constituye el título ejecutivo, posibilidad que desde la publicación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social ofrece nuestro ordenamiento a los demandados en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Añade que incumbe al Juzgador, aplicando la Directiva 93/13/CEE, interpretada en línea con los pronunciamientos del TJUE, apreciar si las cláusulas cuya abusividad se invoca por él resultan abusivas y, en consecuencia, resolver (estimando o desestimando) la presente oposición, con las consecuencias que de ello se derivan, y que la presente oposición se

fundamenta en el artículo 695.1.4 de la LEC., pues ciertamente, la Juzgadora a quo ha tenido especialmente en cuenta, como afirma, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, pero no ha reparado en que la citada Ley incorpora un nuevo apartado al artículo 5 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, concretamente un apartado 9º.

Sostiene que la ejecutante Caixabank, S.A. debió, en cumplimiento de la citada disposición, comunicarle, por escrito y en cuanto se produjo el primer impago, la existencia del Código de Buenas Prácticas, con una descripción concreta de su contenido y la posibilidad de pactar una carencia de cinco años, abonando únicamente un interés de Euribor, más 0,25% puntos porcentuales, obligación que no cumplió, siendo así que, de haber ofertado tal posibilidad, él se podía haber acogido a ella, mantenido en su vivienda, y abonando una cantidad asequible durante cinco años, sin padecer el procedimiento de ejecución hipotecaria que nos ocupa.

Indica, en relación con el Fundamento de Derecho Cuarto, que, según la resolución, de la valoración del conjunto de la prueba practicada a instancia de las partes, al amparo de los artículos 217 y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, se desprende que la parte ejecutante Caixabank, S.A. ha probado íntegramente los hechos constitutivos de su pretensión, ponderando la Juzgadora a quo lo manifestado por esa ejecutante en su escrito de impugnación de la oposición y recogiendo los extremos en que ésta se ha manifestado en el citado escrito de impugnación, sin cuestionamiento de las mismas, sin contrastarlas con las alegaciones recogidas en el escrito de oposición a la ejecución, sin valorar dichas alegaciones y sin aludir siquiera a las mismas, y ha de señalar la inexistencia de escrito alguno de impugnación de la oposición, pues la impugnación fue verbal, como no puede ser de otra manera, y la Juzgadora a quo ha recogido lo manifestado por la parte ejecutante, haciéndolo suyo y sintetizándolo, sin más desarrollo.

Mantiene que ha existido un evidente error en la valoración de la prueba, pues el único hecho al que cabe aludir, y que él no discute, es la existencia de un retraso de siete cuotas en el momento de la resolución del contrato, pero se trata de un hecho que no ha de ser tenido en cuenta si la controvertida cláusula tenía por objeto permitir a la entidad bancaria proceder a la ejecución hipotecaria en caso de impago de una sola mensualidad, que entiende que si la controversia que nos ocupa, con siete cuotas impagadas, fuera resuelta por el TJUE, la consecuencia no sería sino la declaración de abusividad de esa controvertida cláusula de resolución anticipada y, de acuerdo con lo recogido en el artículo 695.3 de la LEC, el sobreseimiento de la ejecución, y que, en cuanto al número de cuotas impagadas, quiere distinguir entre el número de cuotas impagadas en el momento de la resolución del contrato, que fue resuelto de forma unilateral por la entidad financiera para reclamar la totalidad de la deuda vencida y no vencida, y el número de cuotas transcurridas hasta el momento de la vista, o de la resolución por Auto, o de la apelación.

Precisa, en relación a los intereses moratorios, que la única alusión a ellos se pone en boca de Caixabank, S.A., pero lo cierto es que él invocó el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora, fijados en 20,50%, que la ejecutante Caixabank, S.A. los ha modulado, en la liquidación por la que se despacha ejecución, al triple del interés legal del dinero, y que la

Juzgadora a quo señala que la nulidad afecta al exceso respecto del interés remuneratorio pactado, a pesar de que la oposición se desestima, por lo que él duda de si esa cláusula ha sido declarada nula o no y cuáles son sus consecuencias.

Puntualiza, en relación con el fundamento de Derecho Quinto, que comparte el criterio de la Juzgadora a quo, en el sentido de que las costas han de imponerse a la parte cuyas pretensiones resultan totalmente rechazadas, pero cree entender que, en relación con los intereses moratorios, ha existido una estimación parcial, habida cuenta de que la misma considera que la nulidad afecta al exceso respecto del interés remuneratorio, pues la controvertida cláusula impone un interés moratorio de 20.50% y la ejecutante ha aplicado un interés del triple del interés legal del dinero.

Y finaliza señalando, en relación con el carácter abusivo de las cláusulas de resolución anticipada y de intereses moratorios, a los que se refiere el escrito de oposición, que la cláusula relativa a la resolución anticipada del contrato y que fundamenta la ejecución que nos ocupa la reputa abusiva y, en consecuencia, procede el sobreseimiento de la ejecución, sin perjuicio de que la ejecutante ostente un derecho de crédito que puede accionar frente a él, a través de diversos instrumentos que nuestro ordenamiento pone a su disposición, e igualmente entiende que la cláusula de intereses moratorios, cifrados en 20.50%, capitalizables y aplicables incluso una vez resuelto el contrato, resulta igualmente abusiva, por lo que reitera su pretensión de sobreseimiento del procedimiento.

A la vista de los términos en que ha sido formulado el presente recurso por parte de xxxxxxxx, es evidente que se alega por el mismo que se ha producido por parte de la Juzgadora de instancia un error en la valoración de las actuaciones y una incorrecta aplicación de las normas legales vigentes, que le ha conducido al dictado de la resolución controvertida, por la que, aún cuando se acuerda desestimar la que se dice cuestión incidental, se está desestimando la oposición por él formulada y se está resolviendo continuar con la ejecución despachada, sin acceder a su pretensión de que se declaren nulas las cláusulas Sexta, Bis y Sexta del contrato de préstamo hipotecario concertado entre él la entidad bancaria ejecutante Caixabank, S.A., referidas a las causas de vencimiento anticipado y a los intereses moratorios, razón por la cual procede llevar a cabo el examen de las actuaciones, a fin de determinar si las mismas han sido o no correctamente valoradas y si ha sido o no aplicada al caso la normativa pertinente y reguladora de la materia de que se trata, y, por ello, si la resolución dictada ha de ser mantenida o, por el contrario, revocada en los términos que han sido pretendidos.

SEGUNDO.- Pues bien, dado que con fundamento en la nulidad de la cláusula del vencimiento anticipado, solicita xxxxxxxxxxxx que se acuerde el sobreseimiento del presente procedimiento, resulta oportuno analizar en primer lugar el motivo de recurso referido a la cláusula de los intereses moratorios, conforme al cual el mismo sostiene, como ya se ha indicado, que la mencionada cláusula es nula, en base a todos los argumentos que ha expuesto en su escrito, reiterando los indicados en su escrito de oposición a la ejecución despachada por la entidad Caixabank, S.A. y que ha motivado la iniciación del mismo.

Y lo primero que se hace necesario precisar es que, no obstante la naturaleza del préstamo hipotecario solicitado y las características de las cláusulas financieras pactadas, no ha resultado controvertido en este caso que nos ocupa, y a todo lo largo del procedimiento, que el demandante ostenta la condición de consumidor, por lo que ninguna consideración procede hacer a ese respecto en esta instancia, como tampoco lo ha sido la circunstancia de que dicha cláusula es una cláusula predispuesta, no negociada individualmente, por lo que resulta de aplicación la normativa de protección de consumidores, ciñéndose la controversia entre las partes a la calificación como abusivo o no del interés moratorio establecido, y a este respecto ha de indicarse, como ya esta Sala ha mencionado en otras resoluciones previas, que son numerosas las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que abordan la cuestión del control de abusividad de las cláusulas que establecen el interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores (así, SSTS de 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio).

De hecho, y como expone el Tribunal Supremo en su reciente sentencia nº 241 de 24 de abril de 2019, haciendo alusión a las mismas, “En estas sentencias, este tribunal consideró que, ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad ( sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank), el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva”.

TERCERO.- Pero, acaso por todas ellas, resulta oportuno poner de manifiesto lo establecido por el citado Alto Tribunal, en su Sala 1ª, sec. 1ª, en su también reciente sentencia de fecha 11 de Enero de 2.019, en concreto en su Fundamento de Derecho Segundo, epígrafes 5 a 14, ambos inclusive, el cual ha señalado, y se cita textualmente, lo siguiente:

“5. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del art. 85.6 del TRLGDCU , en relación a la jurisprudencia de esta sala (sentencia de Pleno 705/2015, de 23 de septiembre, y la sentencia de Pleno 265/2015, de 22 de abril), relativa al control de abusividad de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios, y justifica el interés casacional por la vulneración de la doctrina contenida en las referidas sentencias.

6. El motivo debe ser estimado. Esta sala recientemente, en su sentencia de Pleno 671/2018, de 28 de noviembre, se ha pronunciado sobre la aplicación del control de abusividad del interés de demora en los préstamos concertados por las entidades financieras y sus clientes, así como sobre los efectos derivados de su declaración de abusividad; todo ello de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.

7. Conforme la citada sentencia de esta sala y con relación a la primera cuestión planteada, esto es, la aplicación del control de abusividad a los intereses de demora establecidos en el contrato de préstamo, debe señalarse que esta sala, en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre, esta sala abordó la cuestión del control de abusividad de las cláusulas que establecían el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores. Las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre (EDJ 2015/253610), 79/2016, de 18 de febrero (EDJ 2016/12331), y 364/2016, de 3 de junio (EDJ 2016/76680), abordaron esta misma cuestión respecto de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores.

En estas sentencias, este tribunal consideró que, ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad (sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank), el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora era fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva.

La adecuación de este criterio jurisprudencial con el Derecho de la Unión Europea, ha sido confirmada por el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, que, en su fallo, y en lo que aquí interesa, declaró:

"[...] 2) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicables, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuanto tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio".

Por lo que en el presente caso, el interés de demora establecido del 18%, al ser manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos, resulta abusivo.

8. Con relación a la segunda cuestión planteada, esto es, las consecuencias o efectos de la declaración de abusividad de la cláusula de interés de demora, debe señalarse que las sentencias de este tribunal 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, resolvieron sobre los efectos que debía tener la declaración de abusividad, y consiguiente nulidad, de la cláusula que fijaba los intereses de demora en un préstamo.

9.-Concluimos en estas sentencias que lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

10.-Debe recordarse que el recargo que supone el interés de demora sobre el interés remuneratorio comienza a devengarse cuando el prestatario incurre en mora porque deja de pagar las cuotas del préstamo en las fechas convenidas, sin necesidad de que el banco dé por vencido el préstamo anticipadamente y proceda a "cerrar la cuenta" del préstamo.

Y carece de lógica que el interés remuneratorio deje de devengarse cuando, transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista de modo que, anulada la cláusula abusiva, el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución.

11.-La sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, que resuelve la cuestión prejudicial planteada en este recurso para despejar cualquier duda sobre la conformidad de la solución adoptada por esta sala con el Derecho de la Unión Europea, ha resuelto:

"La Directiva 93/13) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora , sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato".

12.-La consecuencia de lo expuesto es que procede aplicar la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, 364/2016, de 3 de junio, y 671/2018, de 28 de noviembre, sobre los efectos de la nulidad de la cláusula sobre intereses de demora , cuyo ajuste a las exigencias del Derecho de la Unión ha sido declarado por el Tribunal de Justicia.

13. La solución, conforme a lo dispuesto en las sentencias de esta sala citadas en los párrafos precedentes, es que, declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora , cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

14. De este modo, en el presente caso, el interés de demora pactado del 18% era manifiestamente superior al remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo y así debía haber sido apreciado por la sentencia recurrida. Por lo que debe estimarse el recurso de casación, y dejarse sin efecto la sentencia de apelación. Al asumir la instancia, conforme a lo argumentado, estimamos en parte el recurso de apelación de la demandada, en cuanto que, la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora del 18% tiene como consecuencia que cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.”.

En consecuencia con todo lo expuesto en este y en el anterior Fundamento de Derecho, y teniendo en cuenta que en este caso que nos ocupa el interés de demora pactado en la cláusula Sexta excede sin duda alguna de dos puntos de los intereses ordinarios, e incluso de los variables, igualmente establecidos en la escritura de préstamo hipotecario concertado entre las partes litigantes, es evidente que procede la declaración de abusividad de la mencionada cláusula y también la consiguiente declaración de nulidad de la misma, por lo que el pronunciamiento contenido al respecto en el auto recurrido ha de ser revocado, y desde luego aclarado, dado lo confuso de la exposición que en él se hace sobre este tema, en el sentido indicado de señalar que la mencionada cláusula Sexta del contrato de préstamo hipotecario concertado en fecha 2 de Junio de 2.006 entre la entidad Caixabank, S.A. y xxxxxx xxxxx ha de estimarse nula, por abusiva, debiendo, no obstante, hacerse la precisión de que, una vez que el referido prestatario ha incurrido en mora, el capital pendiente de amortizar ha seguido devengando los intereses fijados en las cláusulas Tercera y Tercera, Bis del citado contrato, conforme a lo por ellos pactado, y, todo lo indicado, con la consiguiente estimación que este pronunciamiento ha de conllevar de este motivo de recurso que ha sido planteado por el apelante y que ha sido analizado.

CUARTO.- Y, por lo que hace referencia al segundo motivo del recurso interpuesto D.xxxxxxxxxxxx, a través del cual el mismo pretende que se declare la nulidad de la cláusula Sexta, Bis del contrato concertado entre él y la entidad ejecutante Caixabank, S.A., la cual hace referencia a las causas de vencimiento anticipado, con las consecuencias que de tal declaración han de derivarse, dicho motivo de recurso ha de ser también estimado, por cuanto que el examen de las actuaciones, y en concreto de la documentación a ellas aportada, pone de manifiesto que dicha cláusula ha de estimarse sin duda alguna nula, por abusiva, y como tal había de ser declarada, lo que ha de conllevar la revocación del pronunciamiento contenido al respecto en el auto recurrido y por el que se acuerda rechazar dicha declaración y continuar con la ejecución despachada.

En efecto, la entidad Caixabank, S.A. ha presentado la demanda de ejecución hipotecaria, iniciadora de este procedimiento, frente a Dxxxxxxx en reclamación, entre otros conceptos, de la suma de 187.910,49 euros, suma correspondiente al saldo de la operación de préstamo que se dice pendiente, computando principal e intereses, a la fecha en que se dio por vencido el crédito, por aplicación de la cláusula Sexta, Bis del contrato préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre ellos, relativa al vencimiento anticipado, y se instó el pago a la parte deudora, sin que se hiciera efectivo, y se da la circunstancia de que la misma establece, en concreto en su



primer párrafo, y en relación al "Vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos", que "la Caixa podrá dar por vencido el crédito aunque no hubiere transcurrido el total plazo del mismo, y reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses, en caso de falta de pago de alguno de los vencimientos de capital, de intereses y/o cuotas mixtas u otras obligaciones dinerarias derivadas del presente contrato", por lo que no puede por menos que apreciarse que la mencionada cláusula resulta desproporcionada y, por ello, ha de estimarse abusiva y, en consecuencia, nula.

QUINTO.- Desde luego, esta Sala ya se ha pronunciado en anteriores resoluciones, entre ellas en su **auto de fecha 8 de Abril de 2.016**, sobre la abusividad de cláusulas de vencimiento anticipado en supuestos similares al presente, con base en la doctrina establecida por las sentencias de nuestro Tribunal Supremo nº 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 y nº 79/2016, de 18 de febrero.

En efecto, en la primera de dichas sentencias del Tribunal Supremo, Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015, el mismo analizó una cláusula de vencimiento anticipado similar a la que nos ocupa, conforme a la cual bastaba el impago de una cuota del préstamo, para que el Banco prestamista pudiera declarar vencida anticipadamente la operación, y señaló que la cláusula en cuestión no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, aun cuando con posterioridad lo haya permitido la legislación, cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual, conforme al art. 693.3, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por Ley 19/2015, de 13 de julio, y que, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Y, más puntualmente, la misma determinaba, y se transcribe textualmente, lo siguiente:

"2.- En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: «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».

3.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación.

4.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que "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 en el asiento respectivo" ; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "[l]a 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.

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC , los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11 ).”.

SEXTO.- Y esa doctrina sentada por el Tribunal Supremo en esa resolución que ha quedado transcrita fue reiterada posteriormente en la segunda de las citadas sentencias, la sentencia de fecha 18 de Febrero de 2.016, que corroboró el mismo criterio, pues en ambos casos se trataba de cláusulas de vencimiento anticipado recogidas en contratos de préstamo hipotecario concertados con una entidad bancaria, en los que se contemplaba la posibilidad de que la misma pudiera exigir anticipadamente, en forma total o parcial, la devolución del capital, con los intereses y gastos devengados, en caso de falta de pago, en sus vencimientos, de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses.

Es evidente, pues, que la declaración de abusividad de la cláusula y, por ello, su consiguiente declaración de nulidad se efectúa con total independencia de que la cláusula haya sido aplicada por la entidad bancaria transcurrido un periodo de impagos o de pagos irregulares por parte de la prestataria, pues la validez de la misma se analiza en abstracto, es decir, desde la perspectiva de la esencialidad de la obligación incumplida, de la gravedad del incumplimiento, en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo, y de la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Y se da la circunstancia de que, en el presente caso, y desde la citada perspectiva, se constata que la cláusula del vencimiento anticipado que antes ha sido reseñada tampoco vincula la facultad resolutoria del contrato de préstamo por parte del banco a parámetros cuantitativa o temporalmente graves, desde el momento en que se faculta a éste para declarar el vencimiento anticipado por impago de tan solo alguno de los vencimientos de capital o de los intereses y/o alguna de las cuotas mixtas del préstamo, préstamo cuyo vencimiento final estaba previsto para el 31 de Mayo de 2.031, y con independencia de que el incumplimiento afecte a una o a más cuotas, o al principal o a los intereses, y, por lo tanto, sin limitar, como ya se ha indicado, el ejercicio de la mencionada facultad a aquellos supuestos en que el incumplimiento tenga un carácter grave con relación a la duración o a la cuantía del mismo, por lo que, en consecuencia, y como ya antes se ha mencionado, no puede por menos que estimarse que la misma resulta de todo punto desproporcionada, y, por ello, abusiva, y había de ser declarada nula, de tal manera que la resolución dictada, la cual, en lo que a ese extremo respecta no resulta correcta, ha de ser revocada en ese sentido indicado de señalar que procede estimar la pretensión formulada por el ejecutado de que se verifique una declaración en ese sentido.

SEPTIMO.- Una vez determinada la nulidad, por abusiva, de la cláusula del vencimiento anticipado, procede declarar las consecuencias de ello derivadas, siendo así que esta Sala ya se ha pronunciado también, en concreto en el antes citado auto de fecha 8 de Abril de 2.016, sobre las referidas consecuencias que han de extraerse de dicha declaración en procedimientos de ejecución hipotecaria, seguido o tramitados con fundamento en la citada cláusula, como sucede en el caso de autos.

Así, en la indicada resolución se exponía lo siguiente:

“Las consecuencias de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria han sido analizada con detalle por el auto de la sección primera de la audiencia provincial de Pontevedra de 30 de octubre de 2015. La citada resolución estima, y esta Sala también lo comparte, que nos encontramos 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; y 4ª 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.

Igualmente, esta Sala comparte las consideraciones que efectúa la indicada resolución para descartar las dos primeras alternativas. Como se ha expuesto, 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 (por lo que atañe a la primera). Y el procedimiento de ejecución no es el cauce adecuado para resolver sobre la concurrencia de los presupuestos del art. 1.124 CC (por lo que atañe a la segunda).

Por último, ante la disyuntiva de las alternativas tercera (continuar la ejecución únicamente por las cuotas efectivamente vencidas y no pagadas, sin perjuicio de ampliar la ejecución a los plazos que vayan venciendo) y cuarta (acordar el sobreseimiento de la ejecución), esta Sala se inclina por esta última posibilidad.

La entidad bancaria ejecutante cuando promovió la demanda de ejecución fundamentó la misma en la aplicación del estipulación 7ª de los contratos que le habilitaba para declarar vencidos los préstamos y proceder al cierre de las cuentas reclamando todo el saldo deudor, por lo que entendemos que, acordar en este momento la continuación de la ejecución exclusivamente por las cantidades vencidas y no satisfechas en el momento de aplicar la cláusula de vencimiento anticipado, supondría incurrir en incongruencia “extra petita” al disponer la continuación del procedimiento por causa distinta a la que motivó la demanda de ejecución”.

Y entendemos, como así lo hemos expuesto en anteriores resoluciones, dictadas por esta Sala, que debemos seguir manteniendo el mismo criterio, tras el dictado de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de Marzo de 2.019 (Gran Sala, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17), que resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo y por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona.

OCTAVO.- En efecto, el día 8 de Febrero de 2.017 la Sala Civil del Tribunal Supremo, en su procedimiento nº 1752/2014, dictó un auto, en el que planteaba al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial acerca de si debe “interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una sola cuota aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad”.

E igualmente formulaba ante el mismo Tribunal la cuestión acerca de si tiene “facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para -una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria - poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor”.

Y la respuesta ofrecida a ambas cuestiones planteadas contiene en la sentencia antes mencionada, de fecha 26 de Marzo de 2.019, emitida por el mencionado Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual en su parte dispositiva establece que "Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".

NOVENO.- Pues bien, en lo que hace referencia a la primera parte del pronunciamiento contenido en su declaración final, la misma sentencia, en su apartado 52, establece que "con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello" y, en su apartado 54, determina que “si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. 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 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”.

Y, tras efectuar las referidas consideraciones, en su apartado 55, concluye finalmente que “En el presente asunto, la mera supresión del motivo de vencimiento anticipado que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el apartado anterior de esta sentencia”, efecto que es precisamente el que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, de tal manera que el mencionado Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en lo que a este punto atañe, zanja la cuestión.

Y, en lo que hace referencia a la segunda parte de ese pronunciamiento igualmente contenido en su declaración final, con respecto del cual el citado Tribunal se ha manifestado más detalladamente, en el apartado 63 de su sentencia, señalando que “si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”, es evidente que del mismo se infiere que para que la actuación del juez nacional, que ponga remedio a la nulidad de la cláusula abusiva, sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal (art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no contravenga los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, deben cumplirse dos requisitos, cuales son: 1.- Que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva; y 2.- Que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

DECIMO.- Entrando, a continuación, en el análisis de esos dos requisitos mencionados, ha de precisarse que esta Sala ya se ha pronunciado en una resolución previa, en la que se ha tratado esta misma cuestión, señalando, y se expone textualmente, lo que sigue:

“Por lo que respecta al primer requisito, el TJUE ya había declarado (así, STJUE de 21 enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, apartado 33, que se remite a la STJUE de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai en sus apartados 82 a 84) que “Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que

esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada 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 (véase, en este sentido, la sentencia, *Kásler y Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, apartados 82 a 84)” (la cursiva es nuestra).

Pues bien, puede definirse la cláusula de vencimiento anticipado como aquella estipulación consignada en un contrato que concede la facultad unilateral a una de las partes contratantes para resolverlo antes de su terminación con base en el incumplimiento de determinadas obligaciones asumidas por la otra parte contratante. En concreto, y por lo que respecta a un contrato de préstamo como el de autos consistiría en la facultad unilateral del prestamista de resolver el contrato una vez se acredite el impago por parte del prestatario de una cuota del mismo comprensiva de capital e intereses. Resulta evidente que el contrato de préstamo puede subsistir sin la referida cláusula y su eliminación supondría simplemente la exclusión de una ventaja de la que goza el prestamista.

También es verdad que la STJUE de 29 de marzo de 2019, entre las consideraciones que hace para fundamentar su decisión, hace referencia al “enfoque objetivo” que se ha de adoptar para determinar si la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado tendrá como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir. En concreto, declara en su apartado 60: “Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 2012, *Pernicová y Perenic*, D-453/10, EU:C:144, apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría que como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir”. A su vez, el apartado 32 de la STJUE de 15 de marzo de 2012, *Pernicová y Perenic*, remite a las conclusiones del Abogado General en sus puntos 66 a 68, señalando el punto 68 como factores decisivos a los efectos de determinar que el contrato objetivamente no puede subsistir: 1.- La posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato; y 2.- Excepcionalmente, podría considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas.

Pues bien, como se ha expuesto, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no obsta a la aplicación del contrato, que sigue subsistiendo. Y, por otra parte, tampoco cabe concluir que la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado determine una modificación de la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato de préstamo mercantil, como es el caso. La subsistencia o no de la cláusula de vencimiento anticipado no altera la esencia del contrato de préstamo dinerario consistente en la entrega por parte del prestamista de una cantidad de dinero al prestatario con la obligación de éste de devolverlo en su caso con determinados intereses en un determinado plazo (arts. 312 y 314 del Código de Comercio). De hecho, como pone de relieve el auto de 15 de mayo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona, la cláusula de vencimiento anticipado no se ha considerado a efectos de aplicación de la Directiva

13/93/CEE como elemento que defina el objeto principal del contrato (art.4.2 de la citada Directiva).

Por tanto, faltando el primer presupuesto exigido por el TJUE no cabe poner remedio a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal (art. 693.2 LEC).

Y, por otra parte, tampoco consideramos que concurra el segundo presupuesto.

La STJUE de 26 de marzo de 2019 hace referencia a que “la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales” (la cursiva es nuestra). Como hemos indicado, la exclusión de la cláusula de vencimiento anticipado no determina la anulación del contrato, por lo que no le puede exponer a consecuencias perjudiciales derivadas de ésta. La exclusión de la facultad del prestamista de dar por vencido el préstamo con carácter anticipado no le expone “per se” a consecuencias perjudiciales al consumidor. El prestatario, se anule o no la cláusula, seguirá adeudando al banco prestamista las cantidades no satisfechas en el momento de interposición del procedimiento de ejecución, incrementadas con las devengadas con posterioridad y sus respectivos intereses; y seguirá expuesto a que éste le reclame la cantidad adeudada. La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, en la medida en que no comporta la anulación del contrato, no determina que sea exigible del prestatario el pago del importe del préstamo pendiente de devolución (riesgo que se apunta en el apartado 58 de la de STJUE de 29 de marzo de 2019). Es cierto que la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado puede dar lugar a que la entidad prestamista opte por instar la resolución del contrato de préstamo al amparo del art. 1.124 CC, como admite la STS de Pleno nº 432 de 11 de julio de 2018, pero ello no es una consecuencia de la exclusión del contrato de la cláusula declarada abusiva, sino una opción a la que puede acudir o no el banco prestamista, sin que pueda afirmarse a priori que ello va a exponer al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, porque, ni se puede anticipar que la demanda del banco prestamista vaya a ser estimada (deberá valorarse si el incumplimiento del prestatario puede calificarse como esencial y, como tal, justificativo de la resolución pretendida), ni puede concluirse que sea más beneficioso para el prestatario que continúe la ejecución ya iniciada con el riesgo cierto de perder en un futuro inmediato la finca hipotecada o disfrutar de la misma durante un plazo más prolongado (duración del nuevo proceso declarativo y posterior ejecución) y verse privado de unos privilegios procesales (posibilidad de que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida y posibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda) de los que no ha hecho uso hasta el momento presente.

Y, por último, no se olvide que el juez nacional viene obligado a abstenerse de aplicar una cláusula cuando considere que la misma es abusiva “salvo si el consumidor se opone” (STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, apartado 35), no constando en el presente caso dicha oposición.”.



Y la misma conclusión ha de alcanzarse en este caso que nos ocupa, en el que nos encontramos ante un contrato de préstamo hipotecario, en el que se recoge, con la inclusión en él de la cláusula del vencimiento anticipado, la facultad unilateral de la parte prestamista de resolver el mismo, una vez quede acreditado el impago por la parte prestataria de alguno de los vencimientos de capital o de intereses o de alguna de las cuotas mixtas devengadas, por cuanto que resulta evidente que dicho contrato puede subsistir sin la referida cláusula, dado que su declaración de nulidad tan solo conlleva que la entidad bancaria no podrá declarar vencido anticipadamente el crédito, pero quedan subsistentes las obligaciones de las partes contratantes, entre ellas la obligación de la parte prestataria de abonar los mencionados vencimientos y los que sigan devengándose en el futuro, habiendo solicitado la referida parte de forma expresa la inaplicación de dicha cláusula, por su eliminación, ante su declaración de nulidad, que por ella ha sido solicitada.

En consecuencia con todo lo expuesto, y dado que la cláusula Sexta, Bis, relativa al vencimiento anticipado y contenida en el contrato de préstamo suscrito entre las partes litigantes, ha de ser declarada nula y ha de ser eliminada y suprimida del referido contrato, siendo así que la ejecución que se pretende del mismo se encuentra basada en esa cláusula, que constituye su fundamento, dado que conforme a ella la entidad Caixabank, S.A. declaró vencido el crédito y procedió a la reclamación del saldo que señalaba como deudor, no puede por menos que concluirse que procede estimar la oposición formulada por D. Mikel Rey Merino a la ejecución despachada por la referida entidad bancaria, con la consiguiente revocación que ello ha de conllevar del auto que acuerda el mencionado despacho, dejando sin efecto el mismo y cuantas medidas hayan podido ser adoptadas al respecto, y que procede igualmente acordar el sobreseimiento del presente procedimiento, con la lógica estimación que ello ha de conllevar del recurso de apelación interpuesto en su contra.

UNDECIMO.- Dado que ha sido estimado el motivo de oposición formulado por Dxxxxxxx a la ejecución despachada por la entidad Caixabank, S.A., con el sobreseimiento del procedimiento ejecutivo que ello conlleva, deberá la mencionada entidad ejecutante abonar el importe de las costas devengadas en el curso de la primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 561 del mismo cuerpo legal, por lo que también este pronunciamiento de la resolución recurrida ha de ser revocado en el sentido indicado.

DUODECIMO.- Y, puesto que ha sido estimado el recurso de apelación interpuesto por Dxxxxxxx, no procede verificar consideración alguna con respecto del importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia y con motivo de su tramitación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que remite el art. 398 del mismo cuerpo legal, por lo que cada parte deberá abonar las por ella ocasionadas y las comunes por mitad.

En atención a todo lo expuesto,

### **PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA ACUERDA: Que procede estimar el recurso de apelación interpuesto por DXXXXXXXXX contra el auto de fecha 29 de Diciembre de 2.016, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Donostia/San Sebastián, y en consecuencia procede revocar la mencionada resolución, en el sentido de señalar que la cláusula Sexta del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el citado apelante y la entidad CAIXABANK, S.A. y relativa a los intereses moratorios ha de estimarse nula, por abusiva, debiendo, no obstante, hacerse la precisión de que, una vez que el referido prestatario ha incurrido en mora, el capital pendiente de amortizar ha seguido devengando los intereses fijados en las cláusulas Tercera y Tercera, Bis del citado contrato, conforme a lo por ellos pactado, en el sentido de señalar que la cláusula Sexta, Bis, relativa al vencimiento anticipado y contenida en el mismo contrato de préstamo ha de ser también declarada nula y ha de ser eliminada y suprimida de él, por lo que procede estimar la oposición formulada por el referido apelante a la ejecución despachada por la mencionada entidad bancaria, con la consiguiente revocación que ello ha de conllevar del auto que acuerda ese despacho, dejando sin efecto el mismo y cuantas medidas hayan podido ser adoptadas al respecto, y en el sentido de señalar que procede igualmente acordar el sobreseimiento del presente procedimiento, imponiendo a la citada entidad la condena al abono del importe de las costas devengadas en el curso de la primera instancia, y, todo ello, sin verificar consideración alguna con respecto del importe de las costas devengadas en la presente instancia y con motivo de la tramitación del recurso interpuesto, por lo que cada parte deberá abonar las por ella ocasionadas y las comunes por mitad.

Así, por este auto, lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.