

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN QUINTA **BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BOSGARREN SEKZIOA**

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

TEL.: 94-4016666 Fax / Faxes: 94-4016992

NIG P.V. / IZO EAE: 48.04.2-17/028711
NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2017/0028711

Recurso de apelación 334/2018 - J

O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 9 zk.ko Epaitegia

Autos de Ejecución hipotecaria 912/2017(e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: KUTXABANK SA,

Procurador/a / Prokuradorea: IRATXE PEREZ SARACHAGA, VIRGINIA TEJERINA BADIOLA, VIRGINIA TEJERINA BADIOLA y VIRGINIA TEJERINA BADIOLA

Abogado/a / Abokatua: MIREN USUE MERINO ARRESE, JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ, JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ y JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ

Recurrido/a / Errekurritua:

Procurador/a / Prokuradorea:

Abogado/a / Abokatua:

AUTO N.º 43/2019

Iltnas. Sras.:

PRESIDENTA Dña. **MARÍA ELISABETH HUERTA SÁNCHEZ**

MAGISTRADA Dña. **LEONOR CUENCA GARCÍA**

MAGISTRADA Dña. **MAGDALENA GARCÍA LARRAGAN.**

En BILBAO, a trece de marzo de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia se sigue rollo de apelación nº 334/18 en virtud de los recursos interpuestos por **KUTXABANK, S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Pérez Sarachaga y dirigida por la Letrada Sra. Merino Arrese, y por

representados por la Procuradora Sra. Tejerrina Badiola y dirigidos por el Letrado Sr. Erasquin Vázquez, contra el auto de fecha 31 de mayo de 2018 dictado por la Ilma.

Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao en la ejecución de Título no judicial, ejecución hipotecaria nº 912/17 cuya parte dispositiva literalmente dice:

" SE DECLARA el carácter abusivo de la cláusula relativa al vencimiento anticipado del préstamo (cláusula financiera sexta bis del contrato) y en consecuencia, se acuerda SOBRESER la presente ejecución.

Todo ello sin expresa imposición de las costas de este procedimiento a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Tras la tramitación del recurso en la instancia, se remitieron los autos a esta Audiencia, en la que seguido aquél por sus trámites, se señaló el día 12 de marzo de 2018 para su votación y fallo.

TERCERO.- Es Ponente en esta alzada la Ilma. Sra. Magistrada Doña Leonor Cuenca García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la resolución de instancia convergen sendos recursos de apelación:

I.- El formulado por Kutxabank, S.A., ejecutante en la instancia, interesa la revocación de la resolución recurrida y que en su lugar se dicte otra por la que se decrete el despacho de ejecución de la ejecución hipotecaria contra los ejecutados o en su caso, y de forma subsidiaria, se proceda a suspender el presente procedimiento a la espera de conocer la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la cuestión prejudicial que le ha sido formulada por el Tribunal Supremo en auto de 8 de febrero de 2017, sin imposición de costas.

Y ello por entender que estamos ante una cláusula de vencimiento anticipado válida en atención a la consideración de las siguientes cuestiones previas:

.- la parte ejecutada ha incumplido reiteradamente sus obligaciones de pago, siendo infructuosas cuantas gestiones se han llevado a cabo para intentar regularizar la deuda.

Se da, por tanto, el incumplimiento de la obligación principal consistente en el pago puntual de las cuotas comprensivas de capital e intereses, dándose la primera demora en agosto de 2007, 15 meses después de la concesión del préstamo, demoras y pagos parciales que se sucedieron desde entonces, hasta en marzo de 2015 momento en el que se realizó el último pago parcial, dándose esta parte por vencido el contrato el día

20 de abril de 2017 ante 25 meses de impagos que en la actualidad se han incrementado en otros 15 meses.

Incumplimiento que se daría también conforme al proyecto de Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, como se argumenta en nuestro escrito.

.- para valorar la posible abusividad de una cláusula contractual, habrá de estarse a lo regulado en el momento de la contratación.

En este caso el art. 693 nº 2 LEcn., en su redacción anterior a mayo de 2013, que establecía la posibilidad de reclamar 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, lo cual ha sido respetado escrupulosamente por esta parte, aunque se haya esperado más tiempo y con ello a un mayor impago para la presentación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Debiendo por ello valorarse la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en la materia ante la gravedad del incumplimiento, permitiéndose la continuación de la ejecución y su aplicación de tal por las Audiencias Provinciales, como se argumenta en nuestro escrito de interposición del recurso de apelación.

Finalmente, no parece justo ni conforme al principio de tutela judicial efectiva que habiéndose declarado abusiva la cláusula recogida en el título ejecutivo que regula la posibilidad de dar por vencido el mismo tan solo por el impago de una cuota (clausulado conforme a la ley en el momento de su formalización), independientemente de que dicha cláusula no se haya aplicado y se haya dado por vencida la deuda después de un impago continuado superior a las 3 cuotas impagadas que indica la ley, el procedimiento se inadmita cuando existe una consulta al TJUE sobre el alcance y consecuencias de esta declaración de abusividad.

Resulta paradójico que si la escritura recogiera la posibilidad de vencimiento anticipado por el impago de tres cuotas y el acreedor lo reclamara inmediatamente después de producido ese tercer impago, jurídicamente sería viable su reclamación a través de la ejecución hipotecaria, mientras que ello no puede ser así, decretándose el sobreseimiento de la misma porque la escritura recoge la necesidad de un único impago y esta parte ha declarado el vencimiento anticipado después de un plazo de 401 meses sin que se regularizara por completo la deuda.

Subsidiariamente, se interesa se proceda a suspender el presente procedimiento a la espera de conocer la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la cuestión prejudicial que le ha sido formulada por el Tribunal Supremo en auto de 8 de febrero de 2017.

Y ello por entender, como se argumenta en el escrito de interposición del recurso de apelación, que la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo tras

la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, solicitando que se pronuncie sobre si en el pacto de vencimiento anticipado cabe apreciar la abusividad solo del inciso referido al impago de una cuota, manteniendo la validez en sí del pacto de vencimiento por impago, así como sobre sí, una vez declarado, el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, un tribunal nacional tiene facultad para decidir la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria al ser ello más beneficioso para el consumidor que remitir a las partes a un juicio declarativo, trata de obtener una solución clara y una jurisprudencia estable sin riesgo de ser declarada por el TJUE incompatible con el Derecho de la Unión, así lo aconseja ya que tal consulta trata de unificar criterios evitando pronunciamientos contradictorios.

En cualquier caso, no procede la condena en costas dado que se plantean serias dudas, en la forma considerada en nuestro escrito, ante las diversas resoluciones judiciales en asuntos similares.

II.- El formulado por Jhimy Gregorio y Wilber Rodrigo León Armijos y Eladio Rodrigo León Ullagauri, ejecutados en la instancia, pretende la revocación parcial de la resolución recurrida y que, en su lugar se dicte otra por la que se imponga las costas de la instancia a la parte ejecutante, manteniéndose el resto de los pronunciamientos en ella contenidos. Imposición de costas que se extenderá a las de esta alzada.

Y ello por entender que, como se argumenta en el escrito de interposición del recurso de apelación, que procede la imposición de las costas causadas en la instancia a la parte ejecutante que solicita el despacho de ejecución en base a una cláusula de vencimiento anticipado que se considera abusiva, todo ello en atención al principio de efectividad del Derecho de la Unión, pues conforme al art. 6.1 de la Directiva ningún coste puede conllevar para el consumidor la eliminación de las cláusulas abusivas así como protegerse de sus efectos.

Principio que se ha acogido por el Tribunal Supremo en sus resoluciones, citadas en nuestro escrito y ello aun cuando la razón por la que se ha declarado la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado traiga causa, no de la oposición al despacho de ejecución de esta parte, sino del control de oficio por el Tribunal antes de la admisión de la demanda de solicitud del despacho de ejecución.

De igual modo, por aplicación de tal principio la parte ejecutante no puede aducir dudas de hecho y de derecho, para defender la imposición de costas.

La estimación del recurso de apelación si bien conforme al art 398 nº 2 LECn. determinaría la no imposición de costas, el referido principio de efectividad del Derecho de la Unión determina su imposición a la entidad bancaria.

SEGUNDO.- El recurso de apelación de la parte ejecutante, Kutxabank, S.A.

Dos son las cuestiones planteadas:

I.- La validez de la cláusula de vencimiento anticipado.

El análisis de lo ajustado a derecho o no de la resolución recurrida exige una reflexión previa cual es que la fase en la que el proceso de ejecución se encuentra, en la instancia, no es otra que la de presentación de la demanda interesando el despacho de ejecución y correspondiente decisión sobre su admisión o no por el Tribunal, de manera que al estar ante un proceso de ejecución, en este caso dineraria, del art. 549 y ss LECn. con las especialidades derivadas de la ejecución de bienes hipotecados (art. 681 y ss LECn.), antes de decidir sobre su admisión o no cabe la posibilidad de que el Juzgador de oficio valore si en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria se contienen cláusulas abusivas, como le permite el art. 552 nº 1 LECn. lo cual debe entenderse referido, a tenor del art. 695 nº 1º 4 LECn., a aquellas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiesen determinado la cantidad exigible, no a cualquier otra.

Si ello es así, en el caso de autos, la Juzgadora de instancia en su providencia de fecha 27 de octubre de 2017 confirió el trámite de audiencia por quince días que previene el art 552 nº 1 a las partes, respecto de la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado (sexta bis) y de intereses moratorios (sexta), alegando la parte ejecutante lo que a su derecho convino y los ejecutados, tras personarse en las actuaciones, adujeron su conformidad con tal declaración de abusividad, además de otros motivos de oposición (f. 96 y ss)..

Así la decisión en la instancia, en primer lugar, lo fue sobre el carácter abusivo o no de la cláusula de vencimiento anticipado, pues si tal lo era no se despacha la ejecución al denegarse la misma archivándose el procedimiento, siendo procedente el sobreseimiento cuando como tal aquélla se admite y solo cuando tal cláusula no fuera abusiva, es cuando debería haberse analizado la de los intereses moratorios, para determinar si la cantidad reclamada es correcta o no.

Es un hecho no controvertido como tal que con fecha 26 de mayo de 2006 entre la entidad BBK de la que trae causa la ejecutante Kutxabank, S.A. (doc. nº 1 demanda) y los ejecutados se celebró en escritura pública un contrato de préstamo con garantía hipotecaria que recaía sobre la vivienda que habían adquirido ese mismo día, y quienes, por tal motivo, ostentan la condición de consumidores, en la que como estipulación financiera sexta bis bajo la denominación de resolución anticipada se establece lo siguiente: “ *Quedará vencido el préstamo, y exigible la deuda por las siguientes causa:*

a) Por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la escritura, y en especial por el impago de cualesquiera de las amortizaciones pactadas por principal, intereses ordinarios o intereses de demora.

b) Por el impago de cualquiera de las amortizaciones pactadas por principal, intereses ordinarios o intereses demora (...)” (doc. nº 2 demanda).

Si ello es así, en relación con la cláusula de vencimiento anticipado esta Sala en sus autos, entre otros, 22 de marzo y 6 de junio y 21 de noviembre de 2018, 30 de junio de 2017, con cita de anteriores resoluciones, como las de 16 de noviembre, 8 de junio y 16 de junio de 2016 y 17 de diciembre de 2014 declara lo siguiente:

" PRIMERO.- *La resolución de primera instancia ha denegado el despacho de ejecución hipotecaria pretendido por CAIXABANK S.A. al estimar (Fundamento de Derecho Tercero) que la cláusula de vencimiento anticipado establecida en la escritura de préstamo hipotecario no se ajusta a la legislación procesal vigente, no reuniendo en consecuencia el título los presupuestos y requisitos legalmente previstos para despachar ejecución.*

Pronunciamiento frente al que se alza la parte recurrente en un alegato impugnatorio en que, en síntesis, sostiene que se han resuelto incorrectamente las cuestiones de derecho transitorio que deben evaluarse en virtud de la existencia de títulos ejecutivos hipotecarios constituidos e inscritos en forma totalmente legal y válida antes de la promulgación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que es a la a que se atiende en la resolución apelada y norma que resulta evidente que en su espíritu y finalidad no está la nulidad sobrevenida de todos los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso y la privación de carácter ejecutivo a todas las hipotecas ya constituidas e inscritas, desprendiéndose todo lo contrario de su interpretación sistemática; no pretendiendo la finalidad de la modificación introducida al artículo 693.2 LEC si no únicamente ampliar a tres meses el plazo de impago por la hipoteca para que pueda iniciarse la ejecución y no que se prive de validez a un título correctamente constituido e inscrito antes de su entrada en vigor. Entiende que la ejecución de este título no puede discutirse en base a la redacción de la cláusula de vencimiento anticipado cuanto el procedimiento se ha iniciado tras catorce impagos, y que, en todo caso, cualquier debate sobre el mismo deberá circunscribirse a su posible carácter abusivo. Solicita por todo ello que se dicte resolución mediante la que se estime íntegramente el presente recurso de apelación y se revoque el Auto dictado en la primera instancia ordenando seguir adelante con la ejecución solicitada en el escrito de demanda.

SEGUNDO.- *Pero no obstante las antedichas alegaciones el recurso no va aquí a ser estimado en cuanto lo que subyace en la resolución objeto del mismo - y a lo expuesto en su Fundamento de Derecho Segundo, aun cuando lo haya sido desde la textual literalidad de otras resoluciones, nos remitimos - es la consideración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado; no existiendo en la actualidad, discusión sobre la posibilidad de apreciación de oficio del carácter abusivo para el consumidor de una cláusula contractual a la luz de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 199 e interpretación de la misma por diversas resoluciones del TJUE (SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23).*

La cuestión no es si las cláusulas de vencimiento anticipado son abstractamente lícitas, licitud que se ha venido admitiendo en la doctrina, así y por citar a modo de ejemplo la STS de 16 de diciembre de 2009, en atención a lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil siempre que dicho vencimiento no quede al arbitrio de una de las partes y, concurra justa causa, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo, pues ésta es una obligación esencial del deudor en dicho contrato. La cuestión es que esta licitud general no implica que la entidad bancaria pueda establecer una cláusula de vencimiento anticipado que resulte absolutamente desproporcionada para el consumidor. Lo que se trata es de atender las exigencias que dimanar de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y su incorporación a nuestro derecho interno, en la actualidad contenido en el RDL 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.

En este sentido la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11) concreta los parámetros a los que el Juez nacional ha de atender para determinar si la sanción resulta o no desproporcionada y en consecuencia abusiva con respecto a los contratos de larga duración cual el que aquí nos ocupa señalando: " 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, respecto a este tipo de cláusulas el art. 693 LEC, en su nueva redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo - que aunque no sea aplicable a la póliza del presente proceso sí puede servir como criterio interpretativo - condiciona la facultad de instar la ejecución del préstamo hipotecario al impago de al menos tres plazos mensuales: " 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 ."

Pues bien, lo que aquí ocurre es que la cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario que nos ocupa (Sexta-bis) otorga esta facultad al profesional ante cualquier incumplimiento del consumidor, sea de obligación principal

o accesoria, o ante cualquier mero retraso, sin atemperar dicho impago al incumplimiento grave, propio de toda resolución, y a la duración del préstamo, permitiéndolo entre otros supuestos, algunos de ellos de carácter excesivamente genérico cual el contenido en el nº 7: incumplimiento en general de cualquiera de las obligaciones derivadas del presente contrato, por la falta de pago al día de su respectivo vencimiento no solo de cualquiera de las cuotas de amortización sino de cualquiera de las comisiones o gastos, lo que supone a efectos prácticos que es factible el vencimiento por impago o retraso de una sola cuota o por impago o retraso de una sola comisión o un solo gasto, por lo que no cabe sino concluir con que tal cláusula resulta absolutamente desproporcionada y por ende abusiva causando un grave desequilibrio en contra del consumidor y en beneficio de la contraparte que contraría la buena fe contractual, siendo la consecuencia de esta declaración de abusividad la de su nulidad con la consecuencia de exclusión de aplicación de la cláusula, a la que debemos estar con independencia del uso que la recurrente haya hecho de la misma habiendo iniciado el procedimiento tras catorce impagos, puesto que como ha manifestado el TJUE, cuando una cláusula es nula no procede atemperar o moderar sus consecuencias.

Así la STJUE de 14 de junio de 2012 , asunto C-618/10 (Banco Español de Crédito, SA/Joaquín Calderón Camino), ha declarado que el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , "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 ", es contrario al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE (Apdo. 73) pues "si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos , dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en 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 cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales" (Apdo. 69). Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas (Apdo. 70).

Y la STJUE de 30 de mayo 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse , en su apartado § 57: "El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados 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 el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: " Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos , dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo

plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría 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". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: " De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 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 contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula ".

Por ello, y cuando la cláusula contractual declarada nula constituye el fundamento de esta ejecución, no procede sino la íntegra confirmación del pronunciamiento en la resolución impugnada."

Este criterio de la Sala reiterado en sus autos de 13 de febrero, 12 de mayo y 3 de julio de 2015, es cierto no es compartido por otras Audiencias Provinciales que acuden al criterio interpretativo del actual art. 693 nº 1 y 2 LECn, de modo que, aunque no fuera lo pactado, si la entidad bancaria ejecutante ha esperado, antes de declarar vencido el contrato de préstamo, al impago de tres cuotas, no estiman el carácter abusivo de la cláusula aun cuando la misma objetivamente lo fuere, mas sí lo es por la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 11ª en sus autos de 28 de julio y 15 de octubre de 2014 y Sec. 7ª en su auto de 16 de junio de 2014.

Por otro lado, no se ha de olvidar que recientemente el TJUE, Sala Primera, en su sentencia de 25 de enero de 2015 al resolver diversas cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales españoles en relación con la modificación la D.T. Primera y Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, para aquellas ejecuciones hipotecarias anteriores a su vigencia no concluidas, respecto del límite de los intereses de demora previsto en el nuevo art. 114 LH y su recálculo, concluye:

" En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

- 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 artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.", argumentando para ello lo siguiente:

" Sobre las cuestiones prejudiciales

26 Mediante sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija unos intereses de demora calculados a un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, mediante la aplicación de un tipo de interés de demora que no rebase ese límite máximo.

27 A este respecto, es preciso comenzar señalando que el órgano jurisdiccional remitente considera que las cláusulas relativas a los intereses de demora de los contratos de préstamo hipotecario cuya ejecución se le solicita son «abusivas» en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13.

28 En este contexto, procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, de la redacción del artículo 6, apartado 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 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, ese mantenimiento 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).

29 En particular, la citada disposición 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 (sentencia Asbeek Brusse y de Man Garabito, EU:C:2013:341, apartado 59).

30 Asimismo, habida cuenta de 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 artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto 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 (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 68, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

31 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 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 (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 79).

32 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 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, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 77).

33 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).

34 No obstante, en los litigios principales, y sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el órgano jurisdiccional remitente, la anulación de las cláusulas contractuales en cuestión no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

35 Una vez recordados estos principios, debe señalarse que de las resoluciones de remisión resulta que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 establece una limitación de los intereses de demora respecto de los préstamos o los créditos destinados a la adquisición de la vivienda habitual y garantizados mediante hipotecas constituidas sobre la vivienda en cuestión. De este modo, se prevé que en los

procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de dicha Ley —esto es, el 15 de mayo de 2013—, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, tal cantidad deberá ser recalculada aplicando un interés de demora calculado a partir de un tipo no superior a tres veces el interés legal del dinero cuando el tipo de interés de demora fijado en el contrato de préstamo hipotecario exceda de ese límite.

36 Tal como señalaron tanto el Gobierno español en sus escritos y en la vista, como el Abogado General en los puntos 38 y 39 de sus conclusiones, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue 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.

37 En este contexto, debe recordarse que, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, 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. De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase el auto Sebestyén, C-342/13, EU:C:2014:1857, apartado 29 y jurisprudencia citada).

38 En este sentido hay que recordar, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 64).

39 Por lo tanto, 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.

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. "

Esto es la declaración de abusividad de la cláusula lo es independientemente de la aplicación que de la misma haya hecho la entidad crediticia, pues se valoran los términos en que dicha facultad de vencimiento anticipado venga redactada, de suerte incluso que pudiera darse el caso de que respetando la misma la redacción actual del art. 693 nº 2 LECn., el Tribunal valorando los criterios señalados por el TJUE, llegue a declarar la misma abusiva en atención a las circunstancias concretas del caso.

Ello nos lo recuerda la Sección Décima del TJUE en su auto de 17 de marzo de 2016 al decidir una cuestión prejudicial en un procedimiento de ejecución hipotecaria en relación con la cláusula de vencimiento anticipado, en la que el Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas (Madrid) “ 20.- *que conoce del procedimiento de ejecución, desea conocer el alcance de sus obligaciones y facultades en circunstancias como las que concurren en el litigio principal. En particular, solicita orientación acerca de los elementos que debe tomar en consideración para apreciar el carácter abusivo, en el sentido de la Directiva 93/13, de las cláusulas controvertidas en el litigio principal, habida cuenta de lo dispuesto enen el artículo 693 de la LEC, por lo que respecta a la declaración del vencimiento anticipado*”., obteniendo la siguiente respuesta:

" 27 Por otra parte, el artículo 693 de la LEC permite al acreedor reclamar anticipadamente, a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, la totalidad de un préstamo garantizado mediante hipoteca cuando el deudor incumple su obligación de pagar, al menos, tres plazos mensuales, siempre que esta facultad de declarar el vencimiento anticipado haya sido convenida en la escritura de constitución del préstamo.

28 Según el órgano jurisdiccional remitente, de lo anterior se sigue que, en aplicación de una normativa nacional de esa naturaleza, el juez, cuando deba apreciar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, como el que constituye el objeto del litigio principal, relativa al tipo de los intereses de demora, sólo podrá comprobar si el tipo de intereses pactado por las partes es superior a tres veces el interés legal del dinero, sin que tenga la posibilidad de tomar en consideración a este respecto otros elementos. Asimismo, tal normativa impide que ese juez, cuando deba pronunciarse acerca del carácter abusivo de una cláusula de un contrato de ese tipo

relativa al vencimiento anticipado del mismo, tenga en cuenta cualquier otra circunstancia que no consista en la falta de pago de tres mensualidades.

29 Ahora bien, debe recordarse a este respecto que, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, una cláusula se considerará «abusiva» si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato celebrado entre ese consumidor y un profesional.

30 De lo anterior se deriva que corresponde al juez nacional comprobar si cláusulas como las que constituyen el objeto del litigio principal provocan efectivamente tal desequilibrio en detrimento del consumidor.

31 Asimismo, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 precisa que el carácter abusivo de una cláusula contractual deberá apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y tomando en consideración, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración.

32 El Tribunal de Justicia ha deducido de las anteriores consideraciones que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 37, y auto Banco Grupo Cajajres, C-90/14, EU:C:2015:465, apartado 27).

33 Así pues, los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora y de una cláusula del mismo contrato que determina las condiciones del vencimiento anticipado del préstamo quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 693 de la LEC.”.

En este sentido, aunque obviamente sin carácter vinculante, se expresa, reiterando la doctrina expuesta, en sus conclusiones el Abogado General Sr. Maciej Szpunar (presentadas el día 2 de febrero de 2016) relativas a la Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander en el Asunto C-421/14 (Banco Primus) relativas a esta materia. Cuestión hoy día resuelta en la sentencia de la Sala Primera del TJUE de 26 de enero de 2017, en la que tras analizar aquellos criterios que el Juez nacional debe valorar para declarar la abusividad de una cláusula contractual como la del vencimiento anticipado desde la perspectiva de la Directiva 93/13 a la luz de su interpretación por el TJUE, cuya aplicación de oficio por los tribunales nos la recuerda el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de diciembre de 2015, declara:

" Mediante las cuestiones prejudiciales sexta y séptima, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

69 Con carácter preliminar debe recordarse que, si bien, con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, «las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la presente Directiva», la cláusula 6 *bis* del contrato controvertido en el litigio principal, por la que se fijan las condiciones del vencimiento anticipado, a la que se refieren las cuestiones prejudiciales sexta y séptima, no refleja las disposiciones del artículo 693, apartado 2, de la LEC. En efecto, dicha cláusula prevé que el prestamista podrá declarar el vencimiento anticipado y exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos en caso de que se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco, y no, como establece el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en caso de incumplimiento de la obligación de pago por un período de tres meses. Asimismo, figuran en dicha cláusula los términos «en los siguientes casos, además de los legales». De esta formulación se deduce que, mediante esa cláusula, las partes manifestaron su voluntad de no limitar las causas de vencimiento anticipado a la causa prevista en el artículo 693, apartado 2, de la LEC.

70 En consecuencia, la citada cláusula 6 *bis* está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (véase, *a sensu contrario*, la sentencia de 30 de abril de 2014, Barclays Bank, C-280/13, EU:C:2014:279, apartado 41) y el juez nacional está obligado a apreciar de oficio su eventual carácter abusivo (véase, en particular, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 46 y jurisprudencia citada).

71 Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65; de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13,

EU:C:2015:21, apartado 28).

72 Asimismo, habida cuenta de 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 resulta de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 68, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

73 Por consiguiente, y 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 depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado 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 esa Directiva— 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 (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54).

74 En estas condiciones, tal como señaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, la circunstancia de que, en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula.

75 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales sexta y séptima que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional."

En conclusión, desde esta perspectiva jurídica, es indiferente cuál haya sido el uso que de la cláusula haya realizado la parte ejecutante y por ello el número de cuotas cuyo impago haya determinado la declaración de vencimiento anticipado del contrato y la demanda de ejecución, por lo que visto el tenor literal de la cláusula de autos de conformidad con el criterio de la Sala y aunque sea cierto que la entidad bancaria no decide declarar vencido el contrato de préstamo con garantía hipotecaria hasta que se ha dado el incumplimiento de más de 25 cuotas mensuales y retraso en las demoras, como se deduce de la documental aportada (doc. nº 4 demanda despachando ejecución), sin embargo, la cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario que nos ocupa otorga esta facultad al profesional ante cualquier incumplimiento del consumidor, sea de obligación principal o accesorio, o ante cualquier mero retraso, sin atemperar dicho impago al incumplimiento grave, propio de toda resolución, y a la duración del préstamo, permitiéndolo, entre otros supuestos, algunos de ellos de carácter excesivamente genérico: incumplimiento en general de cualquiera de las obligaciones de pago establecidas en la presente escritura que no son a su respectivo vencimiento de las cuotas de amortización de capital y de los intereses correspondientes sino incluso de las cantidades que conforme al contrato asume la parte prestataria (tributos, primas de seguro, gastos de comunidad...); el inicio de cualquier procedimiento contra el prestatario en reclamación de cantidad..., lo que supone a efectos prácticos que es factible el vencimiento por impago o retraso de una sola cuota o por impago o retraso de una sola comisión o un solo gasto o por actuaciones al margen del contrato..., es por lo que no cabe sino concluir que tal cláusula resulta absolutamente desproporcionada y por ende, abusiva, causando un grave desequilibrio en contra del consumidor y en beneficio de la contraparte que contraría la buena fe contractual, siendo la consecuencia de esta declaración de abusividad la de su nulidad y por ello su no aplicación, a la que debemos estar con independencia del uso que la recurrente haya hecho de la misma, iniciando meses después sin pago alguno el procedimiento, puesto que como ha manifestado el TJUE, cuando una cláusula es nula no procede atemperar o moderar sus consecuencias, si es que como en el presente caso así lo considera el Tribunal sin que ello prejuzgue en nuestro Derecho la licitud del pacto de vencimiento anticipado, pues lo que, ahora, se debate es si una cláusula es abusiva o no desde la perspectiva que nos da la jurisprudencia del TJUE, no pudiendo valorarse las modificaciones legislativas en la materia producidas con posterioridad.

Por ello, y cuando una cláusula contractual como la presente constituye el fundamento de la ejecución, en la medida en que si la misma no existe no es posible declarar por la prestamista el vencimiento del contrato, lo procedente es denegar el despacho de ejecución ya que la misma no se ha despachado aún, y archivar el procedimiento debiendo acudir la ejecutante a los Tribunales para tal declaración en un proceso declarativo, sin poder acudir directamente a la ejecución de un título no judicial como la escritura de préstamo hipotecaria de la que se excluye por su abusividad la cláusula referida.

Finalmente, si bien es cierto que tras la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015, reiterada en otra posterior de la Sección Primera de 18 de febrero de 2016, cuya aplicación por esta Sala en los autos de

25 de mayo de 2016 (RPL 110/16) y 7 de junio de 2016 (RPL143/16) ha determinado el voto particular discrepante de esta Ponente ante la decisión mayoritaria de la Sala en relación con la posibilidad, a pesar del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, de despachar o de continuar la ejecución hipotecaria despachada si es que en relación con el art. 693 nº2 LECn. o con el art. 557 nº 7 LEC se aprecia un incumplimiento grave y el deudor hipotecante, consumidor, valora, según sus circunstancias económicas, la conveniencia de seguir con el procedimiento de ejecución (en el caso de los citados autos no hay respuesta expresa de la ejecutada al traslado ante el planteamiento de oficio de la posible carácter abusivo de esta cláusula), sin embargo, también lo es que se ha considerado por esta Sección que la aplicación de esta doctrina que llevaría, en este caso, a la admisión de la demanda con despacho de la ejecución no es posible cuando la parte ejecutada solicita la denegación del despacho de ejecución, siendo conocedora por ello, de las posibles consecuencias de tal decisión, contando con el debido asesoramiento legal, como es el presente caso (auto de 20 de julio de 2016, entre otros), o cuando la parte ejecutada ha sido citada por edictos y no comparece (auto, entre otros, de 22 y 15 de marzo de 2018), o no se le localiza ni se decide por el Juzgado su citación por edictos, sin posibilidad de alegación o no sobre la cuestión.

II.-Suspensión del procedimiento: Cuestión de prejudicial del Tribunal Supremo, Sala Primera, ante el TJUE, auto de 8 de febrero de 2017.

La respuesta a tal pretensión, ejercitada de manera subsidiaria, ha de ser desestimatoria por cuanto que:

- a.- la regulación del procedimiento de ejecución no lo permite.

Esta Sala en su auto de 17 de octubre de 2014 declaraba lo siguiente:

" Si ello es así, debemos, entonces, cuestionarnos si encontrándonos ante un título judicial o no que se está ejecutando, existe o no la posibilidad de suspender la ejecución, lo cual tradicionalmente se ha considerado por la Jurisprudencia como algo excepcional, infiriéndose ello igualmente de la LECn. cuyo art. 565 LECn. establece que sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la ley lo ordene de modo expreso o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución. Partimos, por lo tanto, de la base de que el proceso de ejecución tiene un régimen específico y propio de suspensión al que, en consecuencia, hay que atenerse.

En este punto, merece recordar lo ya declarado por esta Sala en su auto de 3 de octubre de 2012, en el que por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sec. 6ª en su auto de 16 de enero de 2012, en el que con reiteración de lo expuesto en otro anterior de 10 de mayo de 2011 dice:

"...hay dos categorías o tipos de causas de suspensión de la ejecución: las que obedecen al acuerdo de las partes y los supuestos de expresa disposición legal. Las primeras encuentran su referencia legal en los arts. 19.4 y 179.2. Los demás supuestos

son aquellos en que hay una previsión legal, pero entiéndase, referida al proceso de ejecución específicamente; estos casos de concreta previsión legal son los regulados en los arts. siguientes: 530.2 (ejecución provisional de condenas no dinerarias), 531 (ejecución provisional de condenas dinerarias), 541.3 (disolución de sociedad de gananciales), 556.3 (suspensión por oposición en auto de cuantía máxima), 557.3 (suspensión en caso de oposición por pluspetición), 563.2 (suspensión previa caución en recursos por infracción del título ejecutivo), 598.1 (por tercería de dominio), 621 - 633 (garantías de la traba), 695.2 (oposición a la ejecución hipotecaria o pignoraticia) y 696.2 (tercería de dominio en ejecución hipotecaria o pignoraticia).

Además de estos casos concretos de suspensión de ejecución previstos a lo largo de la LECn., los arts. 566 a 569 añaden otros más que completan el cuadro de los supuestos posibles y únicos de suspensión de una ejecución; estos son los de rescisión y revisión de sentencia firme (art. 566), interposición de recursos ordinarios (art. 567), situaciones concursales (art. 568) y prejudicialidad penal (art. 569 y art. 697). Es llamativo que la LECn contemple expresamente la prejudicialidad penal ".

Ello quiere decir que no estando ante un supuesto excepcional ni ante una solicitud de ambas partes y sí ante una ejecución dineraria de una resolución procesal (art. 5 en relación con el art. 35 y art. 517 nº 2, 9º LECn.), la norma aplicable lo es el art. 569 LECn. cuyo tenor literal es el siguiente:

"1. La presentación de denuncia o la interposición de querrela en que se expongan hechos de apariencia delictiva relacionados con el título ejecutivo o con el despacho de la ejecución forzosa no determinarán, por sí solas, que se decrete la suspensión de ésta.

Sin embargo, si se encontrase pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva que, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, el Tribunal que la autorizó, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, acordará la suspensión de la ejecución.

2. Si la causa penal a que se refiere el apartado anterior finalizare por resolución en que se declare la inexistencia del hecho o no ser éste delictivo, el ejecutante podrá pedir indemnización de daños y perjuicios, en los términos del apartado séptimo del art. 40.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado primero de este artículo, la ejecución podrá seguir adelante si el ejecutante presta, en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 529, caución suficiente, a juicio del Tribunal que la despachó, para responder de lo que perciba y de los daños y perjuicios que la ejecución produzca al ejecutado."."

De la mera lectura del precepto resulta que ante la falta de acuerdo de las partes en cuanto a la suspensión, desde el punto de vista de las normas reguladoras de la ejecución en general y de las específicas de la ejecución hipotecaria, no está previsto

legalmente como causa de suspensión el hecho de que exista una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE , pues:

.- no estamos ante un supuesto de prejudicialidad penal, único en el que, en el presente caso, sería factible la suspensión al no estar prevista para la prejudicialidad civil (A.P. Madrid, Sec. 25ª auto de 1 de febrero de 2013 y Sec. 9ª en su auto de 11 de marzo de 2010, A.P. de Castellón, Sec. 3ª en su auto de 15 de diciembre de 2008, A.P. Cantabria, Sec. 4ª en su auto de 6 de abril de 2012, entre otras).

.- ni ante una tercería de dominio (art. 696 LEcn.).

.- y la suspensión de la ejecución hipotecaria en sí misma únicamente es factible con el planteamiento de la oposición a la ejecución en la forma y manera determinada en el art. 695 n° 2 LECn " *Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución...*" hasta que se decida sobre tal y se adopte alguna de las resoluciones a las que se refiere el apartado 3º del citado precepto y en el incidente extraordinario previsto en la Disposición transitoria Cuarta (régimen transitorio en los procesos de ejecución) 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, que tras indicar (1) que las modificaciones que introduce la LEC "serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar", establece una excepción para las ejecuciones ya en curso y en las que hubiera transcurrido (o se hubiera iniciado) el plazo de oposición del art 556, en cuyo caso "las partes ejecutadas (salvo que el procedimiento ejecutivo ya hubiera culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme al art 675) dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7.ª del artículo 557.1 y 4.ª del artículo 695.1" (esto es, el motivo de oposición a la ejecución consistente en "que el título contenga cláusulas abusivas", y, para el caso de la ejecución sobre bienes hipotecados, la oposición basada en "el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible"). La formulación del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta su resolución. "

Finalmente, no puede decirse que estamos ante un supuesto de prejudicialidad civil del art, 43 LECn. ya que no concurren los requisitos previstos para la suspensión pues en el citado precepto se dispone: "Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuera posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial".

De lo hasta ahora considerado se colige que la pretensión de la parte apelante

no encuentra su apoyo en las normas de suspensión propias del derecho interno.

Esta fue la respuesta de la Sala en un supuesto como el de autos y con la misma entidad apelante, en nuestros autos de 22 de marzo y 6 de junio de 2018.

b.- el planteamiento de una cuestión prejudicial por la Sala.

Es cierto que el ordenamiento jurídico confiere a los tribunales en cualquiera de sus instancias la posibilidad, independientemente de que exista o no petición de parte, de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE cuando consideren que al resolver la cuestión sujeta a su jurisdicción, debería aplicar, en este caso, una doctrina jurisprudencial o una norma que pudiera oponerse al Derecho Comunitario, en concreto en este caso, a la Directiva 93/13/CEE, como consecuencia de la primacía del derecho comunitario (art. 4 bis nº1 de la LOPJ "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.") entendiéndose por esta Sala, como ya se ha declarado para un supuesto como el de autos, entre otras resoluciones, en sus autos de 7 de diciembre de 2017 y 22 de marzo y 6 y 27 de junio y 21 de noviembre de 2018 que tal no es pertinente al no encontrar razón jurídica para su planteamiento ni aunque así lo fuera para la suspensión en evitación de acumulación de cuestiones ante el TJUE, al considerar lo siguiente:

" ..Sentados en la forma antedicha los términos del debate en esta alzada comenzaremos por indicar que el planteamiento por el Tribunal Supremo de una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la materia que ahora nos ocupa no conlleva necesariamente la suspensión del presente proceso, la que no estimamos procedente ante la eventualidad de un futuro pronunciamiento que se ignora absolutamente cuándo ha de dictarse siendo que una suspensión sine die como la postulada no determinará sino dilaciones excesivas en un procedimiento que ha sido iniciado en el mes de enero de 2016.

Lo expuesto conlleva la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución recurrida, con las matizaciones en la presente realizadas, sin que proceda considerar la improcedencia de la condena en costas, pues como tal no se ha producido en la instancia (fundamento de derecho segundo y parte dispositiva), sin perjuicio de que se atienda a sus alegaciones al resolver el recurso de apelación de la parte ejecutada que versa sobre la no imposición de costas.

TERCERO.- El recurso de apelación de la parte ejecutada

La parte apelante interesa que se proceda a la condena en costas a la parte ejecutante, lo cual esta Sala estima procedente, por cuanto que es criterio expuesto, entre otras resoluciones, en sus autos de 24 de enero y 7 de marzo y 7 de noviembre de 2018 que aun cuando la razón por la que se deniegue el despacho de ejecución lo sea la apreciación de oficio por la Juzgadora de una cláusula abusiva en el contrato de

préstamo con garantía hipotecaria que constituye el fundamento de la ejecución como lo es la del vencimiento anticipado, para lo cual es necesario el traslado previo para alegaciones a la parte ejecutada (art. 552 nº1 LECn.), quien, en este caso, se persona y se manifiesta conforme con la consideración de abusiva de la misma y con ello con la denegación del despacho de ejecución, ello no exonera a la parte ejecutante de la condena en costas al haber instado una ejecución que se deniega.

Y se deniega porque se basa en una cláusula, como la del vencimiento anticipado, cuyo carácter abusivo es criterio reiterado de esta Audiencia Provincial, incluso después de las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, para un supuesto como el de autos, en el que se permite declarar aquél por el incumplimiento de cualquier cuota de amortización de capital y/ o intereses y a tal declaración ha mostrado su conformidad la parte ejecutada, por lo que ni siquiera se está en el supuesto en el que esta Sala, con voto particular en contra de quien ahora es Magistrada Ponente, entiende que si se aprecia un incumplimiento esencial se continúa con el despacho de ejecución, condicionado ello siempre a la no oposición de los ejecutados, por lo que no se dan en el ámbito de esta Audiencia en recursos que concluyen en la mismas al no ser susceptibles de ulterior recurso, las serias dudas de derecho que justificarían un pronunciamiento diverso.

Lo expuesto implica la modificación del auto recurrido en el único sentido de imponer a la parte ejecutante las costas causadas en la instancia por los ejecutados.

CUARTO.- En relación a las costas procesales de esta alzada, dada la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la ejecutante Kutxabank, S.A. procede su imposición a la misma al no existir razones para un pronunciamiento diverso, (art. 398 nº1 LECn.); mientras que respecto de las causadas por el recurso que se estima, el formulado por los ejecutados, no procede su imposición, debiendo cada parte soportar las suyas y las comunes y las comunes, si las hubiere, por iguales partes no siendo aplicable el principio de efectividad del Derecho Comunitario, pues ello no lo realiza el Tribunal Supremo, cuando estima el recurso de casación del consumidor respecto de las costas del recurso (STS 5 de febrero de 2019, 11 de octubre y 8 de noviembre de 2018, entre otras) aplicando el art. 398 nº 2 LECn., siendo esta Sala última instancia como el referido Tribunal.

QUINTO.- La desestimación del recurso de apelación de Kutxabank, S.A., conlleva de conformidad con lo dispuesto en el apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de LOPJ en la redacción dada por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, la pérdida del depósito constituido al efecto, el cual será transferido por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

Por el contrario, la estimación del recurso apelación de _____ implica de conformidad con lo dispuesto en el apartado 8 de la Disposición citada la devolución del depósito constituido al efecto, para lo cual se librará por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia el correspondiente mandamiento de devolución.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Pérez Sarachaga, en nombre y representación de Kutxabank, S.A. y estimar el formulado por la Procuradora Sra. Tejerina Badiola, en nombre y representación de _____ o _____, contra el auto de fecha 31 de mayo de 2018 dictado por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao en los autos de ejecución hipotecaria nº 912/17, a que este rollo se refiere; y en consecuencia, revocar parcialmente dicha resolución en el único sentido de imponer las costas de la instancia a la parte ejecutante, sin expresa imposición a la parte apelante _____ de las costas de esta alzada, y con imposición a la parte apelante Kutxabank, S.A. de las derivadas de su recurso.

Devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta resolución para su cumplimiento.

Transfiérase por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia el depósito constituido para recurrir por la entidad Kutxabank, S.A. a la cuenta de depósitos de recursos desestimados y devuélvase a _____ el constituido igualmente para recurrir, para lo cual se libraré el correspondiente mandamiento de devolución.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así por este Auto lo acuerdan, mandan y firman las Ilmas. Sras. Magistradas que lo encabezan.

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.
