

**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

Recurso de apelación XX/2017 - M

O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Servicio Común Procesal-Sección de Ejecución de Gernika / Gernikako Zerbitzu Erkide Prozesala - Betearazpeneko Atala

Autos de Pieza oposición a la ejecución hipotecaria 2/2016(e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: XXXXX ABOGADOS S.L.

Procurador/a / Prokuradorea: JONE MIREN URIBARRI ORTIZ DE BARRON

Abogado/a / Abokatua: MAITE ORTIZ PEREZ

Recurrido/a / Errekurritua: CAIXABANK S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: JOSE IGNACIO OTERMIN GARMENDIA

Abogado/a / Abokatua: IRATXE ABASOLO ANDION

AUTO N° 88/2017

Itmas. Sras.:

PRESIDENTA Dña. MARÍA ELISABETH HUERTA SÁNCHEZ MAGISTRADA Dña. LEONOR CUENCA GARCÍA MAGISTRADA Dña. MAGDALENA GARCÍA LARRAGAN.

En BILBAO, a treinta de junio de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia se sigue rollo de apelación nº71/17 en virtud del recurso interpuesto por IBARRA ABOGADOS, S.L., representada por la Procuradora Sra. Uribarri Ortiz de Barrón y dirigida por la Letrada Sra. Ortiz Pérez, contra el auto de fecha 28 de setiembre de 2016 dictado por el Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Gernika- Lumo en el incidente de oposición nº 2/16, en la ejecución de Título no judicial, ejecución hipotecaria nº 78/16, cuya parte dispositiva literalmente dice:

" Que ESTIMANDO como ESTIMO parcialmente la oposición a la Ejecución n° 78/2016, presentada por la Procuradora de los Tribunales Dña. NAIARA ELORRIETA ELORRIAGA, en nombre y representación de la mercantil XXXX ABOGADOS, S.L., dispongo que:

-Se estima la causa de oposición a la ejecución por existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo (cláusula relativa a los intereses de demora prevista en la Cláusula Sexta del Préstamo Hipotecario de 7 de octubre de 2004).

-Se acuerda continúe adelante la ejecución despachada a instancia de CAIXABANK, S.A. frente a XXXXX ABOGADOS, S.L.

A tal fin se concede un plazo de 10 días al ejecutante para que presente una nueva liquidación, sin incluir los intereses moratorios bajo apercibimiento de tenerle por desistido de la demanda.

-No ha lugar a la imposición de costas. "

Es parte apelada- impugnante, CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador Sr. Otermin Garmendia y dirigida por la Letrada Sra. Abasolo Andion

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 día 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 sendas pretensiones revocatorias, a saber:

I.- el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada, interesa la revocación de la resolución recurrida y que en su lugar se dicte otra por la que se declara el sobreseimiento de la ejecución despachada, dejando sin efecto la misma, ordenándose alzar los embargos y las medidas garantías que se hubiesen adaptado, reintegrándose a la ejecutada a la situación anterior al despacho de ejecución, con imposición de costas a la parte ejecutante.

Y ello por entender que partiendo de la consideración de consumidora de esta parte establecida en la resolución recurrida, el análisis de la cláusula de vencimiento anticipado del contrato, determinante de la fijación de la cantidad reclamada y fundamento de la demanda interesando el despacho de ejecución, debe serlo no desde la perspectiva de

comprobar si existe un incumplimiento esencial, objetivo, y sostenido por parte del ejecutado, como se razona en la resolución recurrida, sino en apreciar si la cláusula faculta al profesional a resolver anticipadamente el contrato por un incumplimiento esencial, objetivo y sostenido, o si, por el contrario, como ocurre en el caso que nos ocupa, por un incumplimiento nimio que no cabe entenderlo como esencial y sostenido, siendo evidente que de hacerlo así la misma es abusiva, tal y como se argumenta fáctica y jurídicamente en el escrito de interposición del recurso de apelación, ya que:

.- su valoración, conforme a la doctrina del TJUE, debe ser tal cual se pactó independientemente del uso que de ella haya realizado la parte ejecutante.

.- la aplicación que se preconiza del art. 693 LECn. ante el impago de tres plazos mensuales es improcedente, pues estamos ante una norma procesal reguladora del procedimiento ejecutivo que establece los requisitos para que este procedimiento se inicie, pero no ante una norma que establezca criterios o parámetros de abusividad.

Es más del tenor del precepto se exige que la posibilidad de resolver anticipadamente el contrato por el incumplimiento de tres cuotas o cantidad equivalente a tres meses, haya sido convenida y recogida en el contrato, circunstancia que no concurra en el caso de autos.

La consecuencia de la declaración de abusividad no puede ser otra que el sobreseimiento de la ejecución, sin aplicación de la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Tribunal Supremo, Sala Primera, pues el carácter más beneficioso de la continuación del procedimiento de ejecución frente al sobreseimiento que en ella se establece ante una cláusula de vencimiento anticipado abusiva no es más que un pronunciamiento obiter dicta y, en todo caso, esta parte considera, por las razones argumentadas en nuestro escrito que no le resulta más beneficioso proseguir con la ejecución.

II.- la impugnación formulada por la parte ejecutante en la instancia, pretende la revocación de la resolución recurrida y que en su lugar se dicte otra por la que se declare que la ejecutada, XXXX abogados, S.L., no tiene la consideración de consumidora y usuaria y, por lo tanto, no puede quedar amparada ni bajo la legislación relativa la defensa de los Consumidores y Usuarios ni bajo su jurisprudencia, debiendo declararse válidas las cláusulas contenidas en la escritura el compraventa y subrogación de hipoteca y, entre ellas, la relativa a los intereses de demora, con imposición de costas a la misma al desestimarse su oposición a la ejecución despachada.

Y ello por entender que, en modo alguno, la entidad ejecutada tiene la consideración de consumidora al momento de la compraventa y subrogación del préstamo con garantía hipotecaria, del que son fiadores personales el Sr.XXXXXX y la Sra. XXXX, en la medida en que siendo a ella a quien le corresponde acreditar dicha condición, pues la presunción es contraria al ser una sociedad mercantil, resulta que el destino del bien adquirido como vivienda de la pareja y su familia, no consta en la escritura pública de 2010, no se acredita se dé hasta el año 2013, fecha de los recibos aportados, pues no se acompaña el certificado de empadronamiento ni la fecha de su ocupación y, por tanto, el carácter ajeno a la actividad mercantil del bien comprado, objeto del préstamo

Si la parte ejecutada no ostenta la condición de consumidora huelga cualquier consideración sobre el carácter abusivo o no de las cláusulas contractuales, al no darse la premisa necesaria para ello.

Subsidiariamente, si se entendiera que sí lo es las consecuencias derivadas de la abusividad de la cláusula de los intereses de demora establecidas en la resolución recurrida, no son acordes a la doctrina jurisprudencial fijada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, tal y como se argumenta en nuestro escrito de impugnación, no pudiendo ser que no se devengue interés alguno ante el impago, debiendo serlo el remuneratorio durante todo el periodo de mora hasta el reintegro de la suma prestada.

SEGUNDO.-La condición de consumidora o no de la deudora hipotecaria-ejecutada.

Delimitado el objeto de la presente resolución en el fundamento de derecho precedente, la respuesta a la primera cuestión suscitada en esta alzada, reiteración de la aducida en la instancia por la parte impugnante al contestar a la oposición formulada por la ejecutada, lo es si la misma ostenta o no la condición de consumidora, pues de la respuesta dada a dicha cuestión dependerá la posibilidad o no, como es conocido, de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Para resolver dicha cuestión debemos fijar las siguientes premisas:

I.- Premisas fácticas

De lo actuado se deduce lo siguiente:

a.- con fecha 7 de octubre de 2004 se firmó escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria (doc. nº 1 demanda de ejecución) en la que la entidad “ La Caixa “ de la que trae causa la hoy ejecutante, Caixabank S.A. ostentaba la condición de prestamista, siendo los prestatarios diversas personas físicas, estando destinado el capital prestado a la edificación de su vivienda familiar constituyendo hipoteca sobre la finca y vivienda edificada posteriormente. Préstamo que fue objeto de sucesivas ampliaciones y novaciones, en escritura de fecha 20 de octubre de 2006 (doc nº 2 demanda de ejecución) y 26 de setiembre de 200, ninguna de las cuales afectó al pacto décimo de la inicial que literalmente dice:

"Pacto décimo: Causas de resolución anticipada.-

1º) Vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos.

"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, intereses y/o cuotas mixtas u otras obligaciones dinerarias derivadas del presente contrato.

2º) Vencimiento anticipado por otras causas.

Igual facultad ostentará "la Caixa", respecto a las fincas hipotecadas, aunque no hubiera transcurrido el total plazo del crédito, en los supuestos siguientes:

Si no se pagase a su debido tiempo las contribuciones, impuestos, arbitrios y tasas que la graven, así como los gastos de la comunidad en régimen de propiedad horizontal, en su caso, y cualesquiera otros que gozasen de preferencia legal de cobro sobre la hipoteca.

Si estuviera afectada por alguna carga o gravamen, no conocido en este momento o formalizado con posterioridad, que tuviera rango registral prioritario a la hipoteca que se constituye en esta escritura, a excepción de las afecciones al pago del Impuesto provocadas por esta misma escritura o por cualquiera otra previa de igual fecha.

Si, por cualquier causa, disminuyera en la cuarta parte o más el valor de la garantía hipotecaria que en esta escritura se constituye, si tal disminución, con relación al valor de tasación pericial hecho constar en esta escritura, resulta de nueva valoración practicada de conformidad con la normativa del Mercado Hipotecario.

Si esta escritura no llegase a inscribirse en el Registro de la Propiedad dentro del plazo de seis meses, a contar desde el día de hoy, por causa imputable a la PARTE ACREDITADA.

Si fuese arrendada por un plazo superior al señalado para el vencimiento final del crédito, o con establecimiento de renta que pudiera disminuir gravemente el valor de la garantía, entendiéndose que concurre dicha última circunstancia cuando no se estipule cláusula de estabilización o cuando, pactándola: I) la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un cincuenta por ciento más, no cubra la responsabilidad total asegurada con la hipoteca; o bien, II) la renta correspondiente a la periodicidad de pago pactada no cubra la cuota periódica correspondiente de amortización de capital y pago de intereses.

Si la PARTE ACREDITADA o cualquiera de sus integrantes o de los fiadores, en su caso, incumpliesen las obligaciones de información económica o no depositaren, estando legalmente obligados a hacerlo, sus cuentas anuales en el Registro Mercantil o incumpliesen cualquier otra obligación líquida y exigible contraída con "la Caixa", no se hallasen al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias, con la Seguridad Social o con sus trabajadores, incurriese en morosidad frente a otros acreedores, padeciesen embargo sobre sus bienes, se alzasen con los mismos o los liquidasen, incurriesen en causa legal de disolución, o si cualquiera de los fiadores fuese declarado en concurso o presentase solicitud de concurso voluntario o fuese admitida a trámite la solicitud de su concurso necesario.

Si las obras de construcción de las fincas hipotecadas no finalizaran por todo el día señalado a tal efecto en la correspondiente licencia municipal de obra.

Si, una vez finalizada la obra, la PARTE ACREDITADA no acreditara, a requerimiento de "la Caixa", la constitución de los seguros exigibles prevenidos en el artículo 19 de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación."

b.- el día 28 de junio de 2010 en escritura pública se produce un doble acto, por un lado, la compraventa de la finca rústica y edificación sobre ella construida, por parte de la entidad XXXXX Abogados, S.L. quien actúa a través de su administradora única la Sra. XXXXX, y por otro lado, la subrogación por la compradora en el préstamo con garantía hipotecaria que con la entidad bancaria de autos sobre los bienes ahora adquiridos tenían los vendedores, estableciéndose de igual modo una fianza personal y solidaria del Sr. XXXXX y de la Sra. XXXXX (doc. nº 4 demanda de ejecución).

c.- la entidad deudora hipotecante, XXXXX Abogados, S.L., es una sociedad constituida en escritura pública del día 31 de diciembre de 2006, por el Sr. XXXXX y la Sra. XXXX, estableciendo en el art. 2 de sus estatutos lo siguiente:

" La sociedad tiene por objeto el asesoramiento de empresas, tanto fiscal como jurídico-financiero, laboral, contable, mercantil o de cualquier otro tipo.

Las actividades enumeradas podrán ser desarrolladas por la sociedad, total o parcialmente, de modo directo o mediante la participación en otras sociedades de objeto análogo.

Queda excluido del objeto social la intermediación en operaciones sobre títulos valores y aquellos negocios atribuidos a entidades sujetas a regulación especial, o que estén regidas por las leyes sobre el Mercado de Valores y de Sociedades de Inversión Colectiva....". (doc. nº 2 del escrito de oposición).

Ello implica que con lo que la misma se busca es el ejercicio de la abogacía en una de las formas establecida en el art. 28 del Decreto 658/2001 del Estatuto General de la Abogacía, en su regulación actual, que al respecto dice:

" 1. Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles.

2. La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo.

3. La forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes, habrá de constituirse por escrito e inscribirse en el Registro Especial correspondiente al Colegio donde tuviese su domicilio. En dicho Registro se inscribirán su composición y las altas y bajas que se produzcan. Los abogados que formen parte de un despacho colectivo estarán obligados personalmente a solicitar las inscripciones correspondientes.

4. Los abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente del colectivo y en las intervenciones profesionales que realicen y en las minutas que emitan deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo. No obstante, las actuaciones correspondientes a la asistencia jurídica gratuita tendrán carácter personal, aunque podrá solicitarse del Colegio su facturación a nombre del despacho colectivo.

5. Los abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados. Las sustituciones que se produzcan se atenderán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia interna. Los honorarios corresponderán al colectivo sin perjuicio del régimen interno de distribución que establezcan las referidas normas.

6. La actuación profesional de los integrantes del despacho colectivo estará sometida a la disciplina colegial del Colegio en cuyo ámbito se efectúa, respondiendo personalmente el abogado que la haya efectuado. No obstante, se extenderán a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional, las incompatibilidades que afecten a cualquiera de sus integrantes y las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.

7. La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado.

8. Para la mejor salvaguarda del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho."

d.- la vivienda hipotecada, sita en XXXXXXXXXXX, integra el domicilio habitual de los Sres XXXX y XXXXX, como lo evidencia, no solo los recibos de consumo de suministros (agua, luz y teléfono) (doc. nº 3 a 5 escrito de oposición) sino también los de enseñanza de los hijos del matrimonio (doc. nº 6 y 7 de escrito de oposición), siendo cierto que tal documentación data de 2013 en adelante.

Es en el referido domicilio, donde tras el intento fallido de notificación de la liquidación y saldo deudor a la sociedad, se entiende el requerimiento judicial de pago y la notificación del auto despacho ejecución, el día 10 de mayo de 2016.

II.- Premisas jurídicas

En el caso de autos, y ello no se cuestiona como tal la prestataria hipotecante lo es una persona jurídica que destina el préstamo obtenido a la adquisición de una vivienda, en la que si bien es cierto que no se dice en el contrato que en ella van a residir los dos socios que la integran y que son fiadores personales del préstamo, lo cierto es que se ha acreditado que tal era la finalidad, evidentemente, al margen de su objeto social, pues se trata como se ha razonado de una sociedad profesional para el ejercicio de la abogacía, profesión la de abogado que ejercen ambos socios, ante tal circunstancia debemos valorar si es posible considerarla como consumidora para lo cual se ha de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial dictada al respecto, sin olvidar que cuando se concierta con ella el contrato de préstamo con garantía hipotecaria en escritura pública de 28 de octubre de 2010 estaba en vigor el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción inicial, dada por Real Decreto Legislativo

1/2007, de 16 de noviembre, en el que se dice “ A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

A tal efecto cabe destacar lo declarado por:

.- El Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 18 de enero de 2017 " Decisión de la Sala:

1.- Ha de advertirse, en primer lugar, que cuando se firmó el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se pretende, el 8 de marzo de 2007, todavía no estaba en vigor el TRLGCU, puesto que se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Por lo que, en todo caso, lo que se habría infringido es el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Los apartados 2 y 3 del citado art. 1 establecían:

«2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Es decir, conforme a la Ley de Consumidores de 1984, tenían tal cualidad quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

El art. 3 del TRLGCU, ha matizado este concepto, al afirmar que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»

Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es

«toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas.

En particular, el art. 2 b) de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define como consumidor a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. A cuyo efecto, resulta de interés la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, que objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco de atención en el destino de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. El TJUE concluye en dicha resolución que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo la Directiva 93/13/ CEE cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

2.- Sobre esta base legal y jurisprudencial, el motivo hace supuesto de la cuestión, porque ignora la base fáctica de la sentencia, que considera acreditado que el local destinado a oficina, para cuya adquisición se pidió el préstamo con garantía hipotecaria, se compró para una actividad profesional. Aparte de que el caso es precisamente el inverso del de la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015 antes citada, puesto que mientras en el caso resuelto por ésta no se hacía mención al destino del crédito, en el que nos ocupa sí se indica claramente en el contrato que su destino es financiar la adquisición de un local comercial que se va a dedicar a oficina.

Por lo que resulta claro que si el local cuyo precio se financiaba con el préstamo y que se ofrecía como garantía hipotecaria iba a ser dedicado a oficina, la intervención de los adquirentes no era como consumidores, puesto que se enmarcaba en una actividad profesional. Sin que ello pueda quedar contradicho por una mera hipótesis, como un incierto y futuro cambio de destino del local, ya que lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato."

Este criterio se reitera en su sentencia de 30 de enero de 2017

" ...En efecto, tanto conforme al art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, bajo cuya vigencia se firmó el primer contrato, como a tenor del art. 3 del TRLGCU, que ya estaba en vigor cuando se firmó el segundo, las personas jurídicas que actúan en su ámbito profesional o empresarial con ánimo de lucro no tienen la cualidad legal de consumidores. Como la finalidad perseguida con la operación sometida a enjuiciamiento, un préstamo mercantil con garantía hipotecaria, era refinanciar la actividad empresarial de una sociedad limitada, de la que se predica legalmente el ánimo de lucro (art. 116 CCom), resulta claro que dicha sociedad, Garaje Santa Inés S.L., no intervino en el contrato como consumidora, por lo que no le resulta aplicable la legislación protectora de dicho tipo de sujetos."

.- y en el ámbito de las Audiencias Provinciales, cabe destacar como resumen del alcance de la cuestión ahora debatida:

a.- la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 15 ª, de fecha 20 de abril de 2017 que al respecto declara:

" CUARTO.- Sobre el concepto de consumidor

9. El art. 1.2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 disponía que son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren,

utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

10. El art. 3 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios , en su redacción inicial, de 16 de noviembre 2007, introdujo un importante cambio en esa regulación al disponer que « son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

No obstante, la Exposición de Motivos del Texto Refundido seguía haciendo referencia al elemento del destino final de los bienes y servicios al expresar en su apartado III que "el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a tercero" .

11. Esa distinción entre consumidor, "destinatario final", frente a quienes emplean los bienes y servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado", había sido interpretado por la jurisprudencia en un sentido similar al que resulta del artículo 3 de la Ley de 2007, coherente con la jurisprudencia comunitaria, concretando la noción "destinatario final" con el consumo en el ámbito personal o doméstico. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 dice al respecto lo siguiente:

" Respecto a la primera cuestión, hay que señalar, en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1 , 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999 , 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000 , y 15 de diciembre de 2005 , nº 963,2005). Todo ello, sin perjuicio de que la ley de Crédito al Consumo aplicable al presente caso, Ley 7/1995, de 23 de marzo, excluía de su aplicación, artículos 6 a 14 y 19, a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, exclusión que se contempla de un modo pleno en su actual regulación dada por la Ley 16/2011, de 24 de junio (artículo 3. a).

12. Finalmente, el texto vigente del art. 3 TRLGDCU, procedente de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, dispone lo siguiente: " Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

13. En nuestra Sentencia de 2 de febrero de 2017 (Rollo 686/2015) analizamos el concepto de consumidor teniendo en cuenta el Derecho Comunitario y la jurisprudencia del TJUE, así como la cuestión relativa al consumidor persona jurídica. De este modo, el artículo 2 de dicha Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define el concepto de «consumidor» como toda persona física que en los contratos regulados en la Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

La jurisprudencia del TJUE, recaída en interpretación del mismo concepto utilizado en otras normas comunitarias, utiliza un criterio de interpretación que puede calificarse como restrictivo, del que es paradigma la sentencia dictada en el caso Gruber (C-464/01 , de 20 de enero de 2005) o también la sentencia recaída en el asunto Di Pinto, de 14.3.1991 , la de 17.3.1998 (asunto Dietzinger) o la sentencia Benincasa, de 3.7.1997 , en las que expresamente se hizo mención a la utilización de un criterio restrictivo en la inteligencia del término "consumidor", en referencia a la exigencia de que el acto se dirigiera a la satisfacción de las necesidades personales o familiares del comerciante, para que éste pudiera considerarse como consumidor, o a la exigencia de que los bienes adquiridos hubieran de destinarse al consumo privado.

No obstante, también tiene establecido la jurisprudencia comunitaria que debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión (véase la sentencia Costea, C-110/14 , EU:C:2015:538 , apartado 21).

14. La legislación española, como hemos señalado, se basaba en el criterio positivo de tratarse el consumidor de un «destinatario final» (art. 1, pfo. 1.º del LGDCU-1984 , complementado o explicado en negativo por el pfo. 2.º, que excluía de tal noción a quienes emplean los bienes o servicios «para integrarlos en procesos» relacionados con el mercado). Consciente de la disparidad de ese concepto con el comunitario establecido en la Directiva de 1993, antes citada, la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación (LCGC, en adelante) en su intento de abrazar ambas perspectivas señala que «de conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional» (párrafo 9.º del preámbulo de la EM de la LCGC).

15. En cuanto a las personas jurídicas, no se puede negar que la legislación nacional contiene una importante particularidad respecto de la legislación comunitaria, que es, no obstante, compatible con la misma como consecuencia del carácter de legislación de mínimos que tiene la Directiva comunitaria. No obstante, nuestra legislación no admite que cualquier persona jurídica pueda ostentar el carácter de consumidor sino que lo restringe a

aquellas que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (art. 3, pfo. 2.º TRLGDCU, en su redacción vigente).

16. Por tanto, una sociedad con forma mercantil es claro que no puede cumplir hoy esos requisitos porque se trata de una sociedad llamada, por concepto, a desarrollar una actividad comercial o empresarial presidida por el ánimo de lucro. Y no es preciso indagar siquiera en la concreta actividad desarrollada por la actora, pues el hecho de que se trate de una sociedad mercantil la excluye, en todo caso, de la protección que se otorga a los consumidores. Con independencia de cuál haya sido la finalidad concreta que haya presidido su actuación en este acto concreto, la finalidad perseguida por cualquier sociedad de capital consiste en el desarrollo de una actividad mercantil, esto es, en una actividad comercial y empresarial, por simple que pueda ser. Y ello no puede ser desconocido por quienes acuden a la intermediación de una sociedad con el objetivo de atender a finalidades puramente privadas.

17. No obstante, la cuestión es si ése es el mismo concepto que se debe aplicar para resolver la cuestión que se plantea en este litigio cuando el régimen legal aplicable por razones temporales era sustancialmente distinto, al menos en apariencia. Y la cuestión no ha recibido una respuesta unánime en la jurisprudencia menor; aunque mayoritariamente se ha seguido la idea de que el mero hecho de perseguir un ánimo de lucro, que es consustancial a la finalidad y objeto social de toda sociedad mercantil, excluye de por sí toda posibilidad de considerar que las sociedades mercantiles puedan ostentar la condición de consumidores, no han faltado resoluciones que han sostenido una idea distinta, atendiendo fundamentalmente al acto de consumo concreto que se trataba de enjuiciar y a si la sociedad podía considerarse como "destinataria final" del mismo."

b.- la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zamora Sec. 1ª en su sentencia de 30 de marzo de 2017, en la que declara lo siguiente:

"TERCERO . - Sobre la condición de consumidor de los prestatarios.

Expuesta la posición que mantienen las partes en la presente alzada y trasladada a esta sede la controversia relativa a la consideración o no del actor como consumidor en el préstamo hipotecario examinado, no puede desconocerse la evolución, que a la vista de la normativa aplicable y del Derecho de la Unión, ha experimentado la noción de consumidor la cual, como ya se venía afirmando desde hace tiempo, no responde a un criterio meramente subjetivo e invariable en función de cuál sea su actividad o ámbito habitual de desenvolvimiento profesional .

Así, del artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, procede el concepto de consumidor que acoge nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , RD-Leg. 1/2007, de 16 de noviembre (LGDCU), conforme al cual lo son las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. El designio de la Directiva lo resume su artículo 6 al establecer que "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas", y a él obedece el art. 83 de la LGDCU .

Como explica la STJUE de 3 de septiembre de 2015, la Directiva define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11 , apartado 30, y C-537/13 , EU: C: 2015:14 , apartado 21). Recuerda igualmente que una misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional, y que el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio. Señala, por último, que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 , tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga. En el mismo sentido, la STS de 3 de junio de 2016 señala que "de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14), para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante".

Por su parte la Ley de Crédito al Consumo de 24/6/2011, no aplicable al supuesto de autos pero cuya referencia al consumidor es perfectamente válida, establece en su artículo 2º, en similares términos que la anterior, que "A efectos de esta Ley , se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional".

Asimismo, puesto que el concepto de consumidor procede del derecho comunitario, resultan de interés las distintas definiciones que encontramos en varias Directivas Comunitarias, de las que señalaremos algunas a título de ejemplo. Así, en la Directiva 85/577/CEE referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, se define al consumidor como "toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúa para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional" (art. 2.1). En la Directiva 87/102/CEE se define al consumidor como "la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión". Y finalmente, en la Directiva 1999/44/CEE referente a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, se señala como tal a "toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional".

Avanzando algo más en la consideración o no de consumidor de la parte apelante, hemos de referirnos a la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo , aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, reforma que puede arrojar algo más de luz sobre la compleja cuestión que abordamos. Así, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con

regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º C.Com .

Así viene declarado por nuestro TS en sus recientes sentencias de fecha 16 de enero de 2017 y de 30 de enero de 2017 , en la que textualmente y en relación con la posible adquisición con finalidad de inversión en todo o en parte, dice lo siguiente: «La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión»...".

Desde esta perspectiva jurídica, y como conclusión de la misma, lo determinante, dado el texto legal vigente cuando se subroga la ejecutada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, para considerarla consumidora, aun siendo una sociedad mercantil que por naturaleza tiene ánimo de lucro, es atender al destino de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante, como establece la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, concluyéndose en ella que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo la Directiva 93/13/ CEE cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado, lo cual esta Sala considera extrapolable, como ha declarado la doctrina jurisprudencial citada, a una persona jurídica que, conforme al art. 3 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción inicial, actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, al adquirir la vivienda como residencia para sus socios.

TERCERO.- La cláusula de vencimiento anticipado.

Establecida la condición de consumidora de la ejecutada, y con ello la consideración de ajustada a derecho de la resolución recurrida en este punto, se ha analizar si como pretende la parte apelante la cláusula de vencimiento anticipado de la que hace uso la parte ejecutante, para sustentar la presente ejecución y fijar la cantidad adeudada, es abusiva o no y de serlo cuáles son sus consecuencias, pues solo si aquella se considerara que no lo es o que aun siéndolo no procede sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria, como establece el art. 695 LECn, es cuando se analizaría el segundo motivo de impugnación aducido por la ejecutante, esto es las consecuencias de la declaración de abusivo del pacto de intereses de demora.

Si ello es así, en relación con la cláusula de vencimiento anticipado esta Sala en sus autos, entre otros, de 16 de noviembre, 8 de junio y 16 de junio de 2016 y 17 de diciembre de 2014, con cita de resoluciones anteriores, 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 dimanaban 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 concurren 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 n° 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 n° 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 en 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 Cajates, 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, por un lado, 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, y por otro, si bien es cierto, que cuando la cláusula cuya

abusividad se pretende reproduce disposiciones legales o reglamentarias imperativas no es posible ejercer sobre la misma el control de las cláusulas abusivas, conforme al art. 1 apartado 2 de la Directiva 93/13 como nos recuerda la sentencia del TJUE de 10 de setiembre de 2014 (asunto C-34/13 Monika Kusionová/ SMART Capital a.s.) recogiendo otra anterior de 30 de abril de 2014; sin embargo, resulta que tal condición no puede predicarse de la cláusula de autos, pues la norma alegada, el art. 693 n° 2 LECn., es de naturaleza potestativa al depender de la voluntad de las partes la existencia o no del vencimiento anticipado del contrato como se infiere de la propia redacción del precepto, tanto de la vigente al momento de celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria (" Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro") como de la que lo estaba al presentarse la demanda (" 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 y en el asiento respectivo"), debiendo existir tal pacto en el contrato y estar debidamente inscrito; mientras que en el art. 10 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos de 13 de julio de 1998, al que se refiere una sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de setiembre de 2015, es el propio legislador, independientemente de la existencia o no de pacto al respecto, quien otorga tal facultad ante ante el incumplimiento del comprador al vendedor ante el incumplimiento del comprador, independientemente de la existencia o no de pacto ("1. Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor, sin perjuicio de lo que dispone el artículo siguiente, podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato.) o al financiador (" 2. La falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente."), de modo que una cláusula que transcriba tal precepto, como es obvio por el propio significado del control de abusividad, queda al margen del mismo."

Si ello es así, desde estas premisas, debemos valorar si la cláusula de vencimiento anticipado pactada en el contrato, es abusiva o no, para lo cual se ha de tener en cuenta su tenor literal, recogido en el fundamento de derecho precedente, y no el uso que de ella se haya realizado, es por lo que 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, al menos, 4 cuotas íntegras y 2 parciales, como se deduce de la documental aportada (doc. n° 5 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 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: 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..., 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.

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 sobreseer la ejecución despachada dejando sin efecto cuantos actos de ejecución, o medidas de garantía se hubieren ejecutado, 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, dadas las referencias de las partes a 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), resulta que aquí no es posible por cuanto la ejecutada solicita el sobreseimiento al formular oposición al despacho de ejecución.

CUARTO.- La declaración de sobreseimiento del proceso de ejecución de conformidad con el art. 695 LECn determina la innecesariedad de responder a las demás pretensiones suscitadas en la alzada en relación con la cláusula de los intereses de demora, pues su declaración como abusiva decae al admitirse ahora tal declaración respecto del vencimiento anticipado, y solo tendría sentido si el proceso de ejecución continuara.

En todo caso, el criterio de la Sala al respecto es el de que declarada la nulidad de la cláusula de los intereses de demora y sin que implique integración alguna, lo que se dará el devengo del interés remuneratorio en tanto en cuanto no se proceda a la devolución del

capital prestado, a tenor de lo razonado por las sentencias del Tribunal Supremo de la Sala Primera de 22 de abril de 2015, cuya doctrina se reitera en ulteriores resoluciones, como las sentencias de 7 y 8 de setiembre de 2015 para préstamos concertados por consumidores sin garantía real, que se ve ratificada por la sentencia de 18 de febrero de 2016 y por la del Pleno de 3 de junio de 2016 en cuanto a su aplicación plena para los supuestos, como el presente, de préstamos con garantía hipotecaria, cuando declaran que: " La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad", por lo que como establece la sentencia del Pleno de 3 de junio de 2016 " La consecuencia lógica es que la liquidación de intereses debía haberse realizado conforme al interés remuneratorio pactado vigente en el momento de su devengo".

QUINTO.- Lo expuesto en los fundamentos de derecho precedentes, conlleva la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la impugnación formulada, revocándose la resolución recurrida, y dictando en su lugar otra por la que se estima la oposición planteada al declararse la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, decretándose con ello el sobreseimiento de ejecución, por lo que en relación a la costas procesales causadas en la instancia procede su imposición a la parte ejecutante (art.(art 394 nº 1 en relación con el art. 561 nº 2 LECn), sin que procede imposición respecto de las de esta alzada, debiendo cada parte soportar las suyas, tanto respecto de las causadas por el recurso de apelación que se estima (art. 398 nº 2 LECn.) como de las derivadas de la impugnación, pues si bien se desestima, existen razones para no proceder a la imposición que establece el art. 398 nº 1 LECn., en la medida en que la cuestión relativa a la carácter de consumidora de una persona jurídica es controvertida, y no constaba pronunciamiento al respecto de la Sala, estando ante una situación de dudas de derecho, como se deduce del tenor de la presente resolución.

SEXTO.- La estimación del recurso de apelación, conlleva de conformidad con lo dispuesto en el apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de LOPJ en la redacción dada por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, la devolución del depósito constituido al efecto, para lo cual se librará por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia el correspondiente mandamiento de devolución.

Por el contrario, la desestimación de la impugnación, conlleva de conformidad con lo dispuesto en el apartado 9 de la norma antes citada, la pérdida del depósito constituido al efecto, el cual será transferido por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Uribarri Ortiz de Barrón, en nombre y representación de XXXXX Abogados, S.L. y desestimar la impugnación formulada por el Procurador Sr. Otermin Garmendia, en nombre y representación de Caixabank, S.A., contra el auto de fecha 28 de setiembre de 2016 dictado por el Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Gernika- Lumo en el incidente de oposición nº 2/16, en la ejecución de Título no judicial, ejecución hipotecaria nº 78/16, a que este rollo se refiere; y en consecuencia, revocar dicha resolución y en su lugar dictar otra por la que se estima, a los solos efectos de esta ejecución, la oposición formulada por la Procuradora Sra. Uribarri Ortiz de Barrón, en nombre y representación de XXXX Abogados, S.L. a la ejecución despachada a instancia por el Procurador Sr. Otermin Garmendia, en nombre y representación de Caixabank, S.A., declarando el carácter abusivo de la cláusula relativa al vencimiento anticipado (pacto décimo) y, en consecuencia, se acuerda sobreseer la presente ejecución, quedando, por ello, sin efecto la misma, con imposición a la parte ejecutante de las costas de la instancia, y sin expresa imposición de las de esta alzada, debiendo cada parte soportar las suyas y las comunes, si las hubiere, por iguales partes.

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

Transfiérase por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia el depósito constituido para impugnar a la cuenta de depósitos de recursos desestimados y devuélvase a Ibarra Abogados, S.L. el depósito constituido para recurrir, para lo cual se librá por la misma 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.