

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA - UPAD

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

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

Recurso de apelación 2358/2017 - B

O.Judicial origen: Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Donostia - UPAD Civil

Autos de Ejecución hipotecaria 337/2017

Recurrente: KUTXABANK S.A.

Procurador: IÑIGO NAVAJAS SAIZ

Abogado/a : CAROLINA ARIZMENDI MARTINEZ

Recurrido/ XXXXXXXXXXXX

Procurador/a AINHOA KINTANA MARTINEZ,

Abogado/: JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ y MAITE ORTIZ PEREZ

A U T O N.º 92/2019

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO./ILMA. SR./SRA. PRESIDENTE/A: D./D.ª ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

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

MAGISTRADO/A: D./D.ª BEATRIZ HILINGER CUELLAR

LUGAR: DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN

FECHA: veintiocho de junio de dos mil diecinueve

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de San Sebastián se dictó en procedimiento Ejecución Hipotecaria auto de fecha 19 de junio de 2017, cuya parte dispositiva dice así: "Se declara nula por abusiva la cláusula sexta, relativa a los intereses moratorios, en cuanto a la mención "las obligaciones dinerarias dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, y diariamente, un interés nominal anual moratorio de 17,250 puntos porcentuales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 316 y 317 del Código de Comercio, en relación con el artículo 1108 del Código Civil, a cuyo fin se establece esta condición", así como la cláusula sexta bis, en cuanto a la mención "El impago total o parcial de alguna de las cuotas o plazos vencidos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias a cargo de la parte prestataria", procediendo en consecuencia el sobreseimiento de la presente ejecución hipotecaria.

Notifíquese el presente auto a todas las partes personadas en este procedimiento".

Posteriormente se dictó auto aclaratorio de fecha 11 de julio de 2019 conteniendo en su parte dispositiva:

" Se acuerda completar el auto de fecha 19 de junio de 2017 imponiendo a KUTXABANK S.A. y conforme al principio de vencimiento objetivo, las costas de esta ejecución 337/17".

SEGUNDO.- Por la representación procesal de KUTXABANK S.A., se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 19 de junio de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de San Sebastián, solicitándose en el escrito de recurso la suspensión del procedimiento en tanto que no se resolviese la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo ante el TJUE en febrero de 2017. Elevados los autos a esta Audiencia, con fecha 3 de diciembre de 2017 se dictó Auto acordando la suspensión del curso de los autos en tanto que no recayese resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo ante el TJUE.

TERCERO.- Habiéndose ya pronunciado el TJUE en Sentencia de 26 de marzo de 2019 sobre la cuestión prejudicial que le fue planteada, con fecha 9 de abril de 2019 se dictó Providencia acordando alzar la suspensión acordada en su momento y se señaló para Votación y Fallo el día 24 de junio de 2018.

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

QUINTO.- Ha sido Ponente en esta instancia la Ilma Sra Magistrado Dña Beatriz Hilinger Cuéllar, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO-. Como antecedentes del asunto sometido a nuestra consideración procede señalar los siguientes:

1º Por Kutxabank S.A se presentó demanda de ejecución hipotecaria frente a DXXXXX XXXXX XXXXX en reclamación solidaria de 201.535,51 euros de principal más intereses moratorios calculados al tipo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo que se devengasen hasta que se practicase la liquidación definitiva, así como de las costas que se originasen. En la demanda se alegaba que los ejecutados concertaron con la entidad ejecutante un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 240.000 euros, documentado en escritura pública otorgada el 13 de agosto de 2004, en la que se estableció un plazo de 30 años de duración y se dispuso que las cantidades vencidas y no satisfechas devengarían a su vez el interés nominal anual del 17,250%, si bien Kutxabank S.A ha aplicado como tipo de interés moratorio 3 veces el tipo de interés legal del dinero, de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo. Se alegaba también en la demanda ejecutiva que los prestatarios habían incumplido de forma grave y reiterada sus obligaciones de pago, que desde los primeros meses después de su concesión se produjo la primera demora y el préstamo ha tenido un desarrollo totalmente irregular desde su inicio, realizándose el último abono en enero de 2014, que tras las numerosas gestiones realizadas, que han realizado infructuosas, con fecha 10 de febrero de 2016 la entidad bancaria dio por vencido anticipadamente el préstamo, tras 25 meses sin que los deudores realizaran pago alguno ni ofrecieran ninguna solución, habiendo transcurrido otros 15 meses desde el vencimiento hasta la interposición de la demanda.

2º El Juzgador de instancia, apreciando que la cláusula sexta del contrato de 13 de agosto sobre intereses moratorios y que la cláusula sexta bis del mismo contrato, en relación a la mención *“Serán causas de vencimiento anticipado total de la operación convenida, que permitirán a Kutxa reclamar la totalidad de lo que se le adeude por el capital prestado y los intereses devengados cualesquiera de las siguientes: el impago total o parcial de alguna de las cuotas o plazos vencidos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias a cargo de la parte prestataria”*, podrían ser abusivas, acordó dar audiencia a las partes por quince días para que alegaran por escrito lo que estimasen oportuno sobre dicho extremo, presentándose por la parte ejecutante escrito en el que se opuso a la declaración de nulidad de las cláusulas, y por la parte ejecutada se presentó escrito solicitando que se declarase el carácter abusivo de las cláusulas y el sobreseimiento de la ejecución, con condena en costas de la parte ejecutante, dictándose por el Juzgador de instancia Auto en el que, tras apreciar el carácter abusivo de las citadas cláusulas, declaró su nulidad y acordó sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria, dictando posteriormente Auto que complementó el anterior imponiendo a la parte ejecutante las costas de la ejecución.

3º Frente a dicha resolución Kutxabank S.A formuló recurso de apelación, alegando en fundamento de su recurso que las obligaciones de los ejecutados fueron incumplidas de forma grave y esencial, que la ejecutante se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC en su redacción actual, que el procedimiento hipotecario otorga al deudor hipotecario ventajas específicas en vía ejecutiva que no resultan de aplicación en el juicio declarativo, que los intereses de demora cumplen una función disuasoria, que tienen una finalidad compensatoria o retributiva y quedan fuera del control de abusividad por parte de los tribunales, que un tipo

de interés de demora del 17,25% en 2004 no puede calificarse como abusivo, que la declaración de nulidad de la cláusula de interés moratorio no puede justificar que el interés moratorio se convierta en 0% o en un interés inferior al ordinario, que por ministerio de Ley todas las cláusulas de tipos de interés de demora pactadas en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual que contemplen un interés superior al límite establecido en el artículo 114 LH se han modificado, fijándose el nuevo tipo de interés en tres veces el interés legal, y que la condena en costas resulta improcedente, por existir en el asunto serias dudas de derecho y no haber actuado la ejecutante con temeridad.

4º La parte ejecutada se opone al recurso de apelación interpuesto de contrario.

SEGUNDO-. Comenzaremos con el análisis del recurso planteado frente a la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes, debiéndose resolver la cuestión a la luz de la normativa legal y doctrina jurisprudencial aplicable.

Conforme al art. 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicable al caso dada la condición de consumidores de los prestatarios, se consideran cláusulas o estipulaciones abusivas las que "supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", estableciéndose en el art. 82.1 del mismo texto agrega que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, en su párrafo 74, proporcionó los parámetros para acometer el juicio de abusividad de los intereses de demora: "en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, (...), por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos".

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 consideró tolerable que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor, y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio, pero sin que tal indemnización pudiera ser "desproporcionadamente alta", pues en ese caso tendría carácter abusivo. También se estableció en esta Sentencia la siguiente doctrina: "Se fija como doctrina jurisprudencial que

en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado". La STS de 23 de diciembre 2015 aplicó este mismo criterio a los préstamos hipotecarios, y lo reiteró en SSTS de 18 de febrero de 2016 y 3 de junio de 2016. En cuanto a los efectos de la nulidad de la cláusula abusiva, la STS de 3 de junio de 2016, incidiendo en lo ya expuesto en la de 22 de abril de 2015, declaró que el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio, y que la nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, no da lugar a una "reducción conservadora" del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero, pues lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido declarada conforme a la Directiva 93/13 por la STJUE de 7 de agosto de 2018, en los asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, que dio respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo mediante Auto de 22 de febrero de 2017. El Tribunal europeo entiende que "[l]a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato". Asimismo se declara en la STJUE de 7 de agosto de 2018 que "la Directiva 93/13 no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales. En efecto, el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión". Por tanto, una vez apreciada la naturaleza abusiva de la cláusula atinente a los intereses de demora y declarada su nulidad, procede ordenar la exclusión de tal clase de intereses, sin perjuicio de la aplicación de los intereses remuneratorios pactados hasta el íntegro pago de la deuda.

Teniendo en cuenta lo expuesto y aplicando la precedente doctrina jurisprudencial al presente caso, es claro que el tipo de interés de demora del 17,25% establecido en la Clausula Sexta del contrato de préstamo, superior en más de dos puntos al tipo de interés ordinario aplicado durante toda la vida del contrato, tanto durante el periodo en que se aplicó un interés fijo del 3% como durante el periodo de interés variable, resulta ser abusivo. La reducción unilateral que del tipo de interés moratorio ha realizado la entidad bancaria, en concreto aplicando como tipo de interés de demora el interés legal del dinero incrementado en 3 puntos, que en cualquier caso tampoco se ajusta a la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, no

impide el examen de abusividad de la cláusula contractual que nos ocupa, pues constituye doctrina reiterada del TJUE y de nuestros Tribunales que la no aplicación de una cláusula no impide que se examine si la misma es o no abusiva, ya que los efectos de tal nulidad son la exclusión de dicha cláusula del contrato y la imposibilidad de aplicarla ni sustituirla por cualquier otro interés legalmente previsto, o por un interés que se ajuste a los parámetros establecidos por la jurisprudencia. No obstante, la declaración de nulidad del interés de demora no impide, como en su momento estableció la jurisprudencia del Tribunal Supremo y ha refrendado después la citada STJUE de 7 de agosto de 2018, que continúe devengándose el interés remuneratorio u ordinario hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

Procede por tanto desestimar el recurso de apelación en este punto.

TERCERO-. Nos centraremos a continuación en el recurso formulado frente a la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el título ejecutivo y sobre los efectos de esta declaración de nulidad.

En el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que la entidad prestamista apelante y los prestatarios firmaron el día 13 de agosto de 2004 por un principal de 240.000 euros y una duración de 30 años, se incluyó la Clausula Sexta bis “Causas de resolución anticipada”, en la que se establece que será causa de vencimiento anticipado de la operación convenida, que permitirá a Kutxa reclamar la totalidad de lo que se le adeude por el capital prestado y los intereses devengados, entre otras, “El impago total o parcial de alguna de las cuotas o plazos vencidos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias a cargo de la parte prestataria”. El 10 de febrero de 2016 la entidad prestamista declaró vencido el préstamo, tras el impago de 25 cuotas mensuales.

Sentado lo anterior, para la resolución del recurso interpuesto debemos analizar la evolución que ha tenido la doctrina jurisprudencial, tanto nacional como europea, sobre cláusulas como la que nos ocupa. Citaremos en primer lugar el Auto del TJUE de 11 de julio de 2015 que se dictó en el asunto C-602/13, a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, basada en los siguientes extremos: 1º En un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, formalizado en escritura pública entre el BBVA y unos consumidores, la entidad bancaria se reservó la facultad de declarar el vencimiento total anticipado del préstamo y exigir la devolución del capital con los intereses y gastos en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses. 2º A raíz del impago de cuatro cuotas mensuales, el BBVA declaró el vencimiento anticipado del préstamo y procedió al cierre de la cuenta, instando el oportuno procedimiento de ejecución hipotecaria en reclamación del capital prestado, intereses y costas. 3º El Juzgado consideró que la citada cláusula era abusiva, al no prever un número mínimo de plazos mensuales de retraso en el pago antes de que pudiera declararse el vencimiento anticipado, cuando el art. 693.3 LEC, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece un retraso mínimo de tres cuotas. En base a todo ello el órgano judicial preguntó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si, de conformidad con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, cuando un juez nacional aprecie la existencia de

una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado, debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes, incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional. En su Auto de 11 de julio de 2015 el TJUE reconduce la cuestión a dilucidar si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter “abusivo” de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la mencionada cláusula. Centrada así la consulta, el TJUE reitera su doctrina acerca de que, dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su art. 7.1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30), y que, por consiguiente, “a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica” (apartados 49 y 50 de la resolución). Después el TJUE recuerda el concepto de cláusula abusiva previsto en el art. 3.1 de la Directiva 93/13, así como que el art. 4.1 de la misma norma “precisa que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa” (apartado 51), y tras matizar que “el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula” (apartado 52), concluye que “teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse «abusiva» si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en la cláusula 6.^a bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto.” (apartado 53). Tras lo cual el TJUE responde a la consulta planteada y sienta como doctrina que “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Posteriormente el Tribunal Supremo, en su Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015 en la que analizó una cláusula de vencimiento anticipado similar a la que nos ocupa, conforme a la cual bastaba el impago de una cuota del préstamo para que el Banco prestamista pudiera declarar vencida anticipadamente la operación, señaló que la cláusula en cuestión, ni modula la

gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio), y que en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves, confirmando de esta manera el Alto Tribunal la sentencia de la Audiencia que declaró la nulidad de dicha cláusula e indicando también que conforme a la interpretación que el TJUE en Auto de 11 de junio de 2015 ha hecho del artículo 693.2 LEC en su actual redacción, la circunstancia de que la entidad prestamista no haya aplicado la cláusula que le permitía declarar vencido anticipadamente el contrato tras el impago de una única cuota no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, reiterando el Tribunal Supremo esta doctrina en la más reciente STS de 18 de febrero de 2016.

Este criterio se ha reflejado en resoluciones más recientes de Audiencias Provinciales, como en la SAP de 18 de abril de 2016 de esta misma Sala en la que, con cita de la doctrina jurisprudencial del TJUE antes expuesta, se señala que “el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado deberá ser valorado independientemente de la aplicación que pudiera hacer la entidad financiera de la misma puesto que si es nula necesariamente habrá de tenerse por no puesta y ello independientemente de que la citada cláusula no hubiera llegado a ser aplicada”, y en el Auto de AP de Santa Cruz de Tenerife Sección 4ª de 7 de junio de 2016 en el que, en relación a una cláusula de vencimiento anticipado de redacción similar a la que nos ocupa y en un supuesto en que la entidad bancaria ejecutante declaró el vencimiento anticipado de la operación tras el impago de siete cuotas del préstamo, se establece que el hecho de que la entidad bancaria no haya aplicado la cláusula de vencimiento anticipado en sus estrictos términos y haya esperado el impago de varias cuotas antes de declarar vencida anticipadamente la operación de préstamo, no impide la apreciación del carácter abusivo de la cláusula porque en caso contrario estaríamos ante un supuesto de integración contractual encubierta, proscrita en la jurisprudencia del TJUE; en concreto se dice en el citado Auto que “en todas las sentencias emanadas en los últimos años del TJUE en materia de derecho de consumidores, en relación con la aplicación de la Directiva 93/13 , se rechaza tajantemente que el juez nacional pueda integrar el contrato modificando el contenido de una cláusula cuyo carácter abusivo ha declarado, porque contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que tales cláusulas no se apliquen frente a los consumidores, ya que los profesionales estarían tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales. Según la reciente STJUE de 30 de abril de 2014, esa posibilidad de integración solo estaría permitida en una situación en la que, habiendo suprimido una cláusula tras la declaración del carácter abusivo de la misma, no pueda subsistir el contrato, en cuyo caso, el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, puede sustituirla por una disposición supletoria del Derecho nacional. Evidentemente, la supresión de la cláusula que establece la facultad de vencimiento anticipado no afecta a la subsistencia del contrato. Hecha esta precisión, hay que añadir que permitir que pese a que una cláusula de vencimiento anticipado, suprimida y declarada nula por abusiva, no tenga consecuencia alguna debido a la forma en que

el profesional aplicó esa cláusula, constituye una forma de integración encubierta, no solo proscrita por la jurisprudencia del TJUE en los estrictos términos de la prohibición de toda integración, sino que al favorecer los intereses del profesional en detrimento del consumidor, viola también otro axioma de esa jurisprudencia, que es que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información”.

A lo expuesto debemos añadir que, si bien incluso con posterioridad al dictado por el TJUE de su Auto de 11 de junio de 2015, diversas Audiencias Provinciales e incluso el Tribunal Supremo, en las citadas sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, venían siguiendo el criterio de atender a si el ejercicio de la facultad de vencer anticipadamente el préstamo era o no abusivo teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, lo cierto es que el TJUE, confirmando el criterio ya apuntado en su citado Auto de 11 de junio de 2015, determinó en su Sentencia de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14, Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García) 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 ", de lo cual se concluye que, constatado el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, resulta irrelevante y no puede ponderarse el ejercicio, más o menos razonable, que de ese derecho haya hecho uso la entidad bancaria.

CUARTO-. En el presente caso la causa de vencimiento anticipado contenida en la Clausula Sexta bis del contrato de préstamo hipotecario que opera como título ejecutivo, en la que se faculta a la entidad prestamista a resolver anticipadamente el contrato cuando el prestatario haya incurrido en impago total o parcial de alguna de las cuotas o plazos vencidos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias a cargo de la parte prestataria, con independencia por tanto de si el incumplimiento del prestatario afecta a una o a más cuotas, al principal o a los intereses, o si se produce al principio del período contractual o más avanzado el mismo, resulta ser manifiestamente desproporcionada y, en consecuencia, abusiva (art. 85.4 TRLGDCU y art. 3 de la Directiva 93/13), sin que, a tenor de la más reciente jurisprudencia del TJUE a la que hemos hecho referencia y a su carácter vinculante para los Tribunales españoles (art. 4 bis de la LOPJ), podamos ponderar el ejercicio, más o menos razonable, que de ese derecho haya hecho la entidad bancaria. Por tanto no cabe sino confirmar el pronunciamiento del Auto recurrido por el que se declara la nulidad, por su carácter abusivo, de la referida cláusula de vencimiento anticipado contenida en el título ejecutivo.

En cuanto a los efectos de esta declaración de nulidad, conviene recordar que el día 8 de febrero de 2017 la Sala Civil del Tribunal Supremo dictó en su procedimiento 1752/2014 Auto en el que planteaba al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial acerca de si "(d)ebe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la

posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una sola cuota aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad".

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

La respuesta a ambas cuestiones se contiene en la STJUE de 26 de marzo de 2019 (Gran Sala; asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17), en cuya parte dispositiva se dice: "Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales". En el apartado 52 de la misma sentencia señala el TJUE que "incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello" y, si el tribunal que debe resolver el litigio principal llega a la conclusión de que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión puede subsistir sin la cláusula abusiva controvertida en los litigios principales, debe "abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible" (apartado 63).

Por tanto, teniendo en cuenta lo expuesto y partiendo en el presente caso del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, debemos analizar si el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado y si el prestatario consumidor se opone a que la citada cláusula no produzca efectos vinculantes, por considerar que el proceso de ejecución hipotecaria le es más favorable que el de ejecución ordinaria u otro que pudiera promover la entidad prestamista.

En cuanto a la subsistencia del contrato de préstamo tras la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, consideramos que la declaración de nulidad de dicha cláusula no impide que subsista el contrato de préstamo en el que se insertaba la cláusula declarada nula, y que por tanto, a tenor de lo resuelto en la citada STJUE de 26 de marzo de 2019 la cláusula declarada nula debe ser suprimida del contrato sin que proceda integrar éste con el artículo 693.2 LEC. En cualquier caso y puesto que el contrato de préstamo subsiste, subsisten también las obligaciones de las partes, entre ellas la obligación del prestatario de abonar las cuotas del préstamo, tanto las vencidas como las que vengán en el futuro. En este mismo sentido se ha pronunciado, entre otras Audiencias Provinciales, la AP de Castellón Sección 3ª en Auto de 13 de mayo de 2019, en la que señala lo siguiente: “La cuestión acerca de si a la relación jurídica creada por el préstamo de dinero, clásicamente considerado contrato real y unilateral, es aplicable el art. 1124 del Código Civil que, como es sabido, regula la facultad de resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas, ha sido zanjada por la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018 que, siendo Sentencia del Pleno, constituye doctrina jurisprudencial (Acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala Civil TS de 30 de diciembre de 2011). Dice la citada STS que no sería aplicable el art. 1124 del Código Civil si el prestatario solo se comprometiera a la devolución del dinero prestado, pero sí lo es cuando asume otros compromisos. Con esta base, se llega a la conclusión de que en el préstamo con interés existen dos prestaciones recíprocas y es posible aplicar el art 1124 CC en caso de incumplimiento con entidad resolutoria. Siendo de aplicación el art. 1124 CC, la entidad prestamista puede resolver el contrato y exigir el inmediato cumplimiento si el prestatario incumple su obligación gravemente, de suerte que frustre objetivamente el fin del contrato; en suma, siempre que el incumplimiento justifique el ejercicio de la facultad resolutoria, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La STJUE de 26 de marzo de 2019 a la que nos venimos refiriendo admite -con la precisión que se dirá- la integración del contrato con el actual art. 693.2 LEC, que desde su reforma por la Ley 1/2013 considera suficiente el impago de tres cuotas mensuales, o cantidad equivalente, para que la entidad prestamista pueda promover el procedimiento de ejecución hipotecaria, siempre que esté incluido en el contrato e inscrito en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, dicha integración solamente puede llevarse a cabo si el contrato no puede subsistir sin la cláusula controvertida. Pues bien, concluye este Tribunal que la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado no impide la subsistencia del contrato ni, por ende, da lugar a su integración con el texto del art. 693.2 LEC. Suprimida la tan mentada cláusula, subsisten íntegras las obligaciones de las partes. Más concretamente, una vez entregado el dinero, la de devolución de capital e intereses que pesa sobre el prestatario (...)”.

Asimismo concurre en el presente caso el segundo requisito exigido por el TJUE en su sentencia de 26 de marzo de 2019 para que proceda la inaplicación de la cláusula de vencimiento anticipado y el consiguiente sobreseimiento del proceso de ejecución, en tanto que no consta que los prestatarios consumidores se hayan opuesto a que la cláusula de vencimiento anticipado no produzca efectos ni a la inadmisión de la demanda ejecutiva y consiguiente archivo de actuaciones acordado por el juzgador de instancia. Por el contrario, los prestatarios consumidores han manifestado de forma expresa, tanto al evacuar el traslado para alegaciones sobre abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado como en su escrito de oposición al recurso de apelación, que la continuación del proceso de ejecución no les resulta beneficiosa. Por ello, la consecuencia necesaria de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y su consiguiente expulsión del contrato de préstamo hipotecario esgrimido por la entidad apelante como título ejecutivo no puede ser otra que la imposibilidad de despachar la ejecución solicitada, en tanto que estamos ante una cláusula que constituye fundamento de la ejecución, pues en base a la misma la entidad ejecutante declaró vencido el préstamo y procedió al cierre de la cuenta y a la reclamación del saldo deudor, procediendo por tanto confirmar también el pronunciamiento del juzgador de instancia en este concreto aspecto.

QUINTO-. Se recurre también en apelación el pronunciamiento de imposición a la ejecutante de las costas de la ejecución. En concreto se alega por la parte recurrente la existencia de serias dudas de derecho.

Señala el artículo 394 LEC que: "1 En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2006 ha venido a desarrollar la cuestión relativa a la interpretación de las excepciones al principios del vencimiento que fija el anterior art. 394 estableciendo que: "El sistema general, que se recoge en el artículo 523, introducido en aquel Texto Legal de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil, que con ligeras variantes pasó al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 , se basa fundamentalmente en dos principios: el del vencimiento objetivo y el de la distribución, también llamado compensación - aunque no es estrictamente tal-, que tiene carácter complementario para integrar el sistema. El primero, representado en la fórmula latina "victus victori" (SS. 29 de octubre 1992 , 15 de marzo de 1997 y 28 de febrero de 2002), se fundamenta en la regla chiovendana, auténtica "ratio" de la norma legal, de que "la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón", y opera cuando las pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas - vencimiento total-, debiendo entenderse la expresión pretensión, no en sentido técnico, sino en el amplio comprensivo también del planteamiento opositor, lo que implica la exigencia de observar el

precepto en el caso de estimación total de la demanda, que se corresponde con la desestimación total de la oposición. El sistema se completa mediante dos pautas limitativas. La primera afecta al principio del vencimiento, y consiste en la posibilidad de excluir la condena cuando concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (lo que en régimen del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 tiene lugar cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho). En cuanto a las "serias dudas de hecho o de derecho" acogidas por el juzgador de Instancia en este caso, que excluyen la expresa imposición de costas a pesar de producirse el vencimiento previsto en el artículo 394, los requisitos para su apreciación son los dos siguientes: 1º) Que tales dudas sean fundadas, razonables, basadas en una gran dificultad para determinar, precisar o conocer fuera del proceso judicial la realidad de los hechos fundamento de la pretensión deducida, o aun no habiendo dudas sobre los hechos, los efectos jurídicos de los mismos se presenten dudosos por ser la normativa aplicable susceptible de diversas interpretaciones, o bien en el supuesto de las de derecho, porque exista jurisprudencia contradictoria en casos similares. 2º) Ha de concurrir la "seriedad" de la duda, esto es, la importancia de los hechos sobre los que recae la incertidumbre en orden a decidir la razonabilidad de la pretensión, de manera que no todas las pretensiones razonablemente fundadas impedirán la condena en costas en caso de su desestimación, porque la regla de vencimiento objetivo no es sólo una sanción a la conducta arbitraria o caprichosa del que pretende y es vencido, sino también una regla de protección del sujeto contra el que se dirige la pretensión a no padecer perjuicio económico".

Pues bien, en el presente caso no se aprecia que concurra excepción al principio general de vencimiento establecido el artículo 394 LEC. En el momento en que se dictó la resolución de instancia la doctrina jurisprudencial no planteaba serias dudas sobre el carácter abusivo y consiguiente nulidad de cláusulas de vencimiento anticipado de contenido similar a la que es objeto de enjuiciamiento, dada la reiteración de resoluciones dictadas al respecto. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula, gran número de Audiencias Provinciales, entre ellas esta Sala, se había pronunciado señalando que la declaración de nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado en la que se había fundamentado la solicitud de despacho de ejecución no podía producir otro efecto que la denegación del despacho de ejecución y el consiguiente archivo de las actuaciones. Ciertamente el Tribunal Supremo había planteado en febrero de 2017 una cuestión prejudicial al TJUE sobre la posibilidad de que el juzgador valorase la procedencia de iniciar o continuar el proceso de ejecución hipotecaria, a pesar de haber declarado la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, si estimaba que ello pudiera resultar más beneficioso para el consumidor. Sin embargo en el supuesto concreto que nos ocupa no resultaba dudoso para el juzgador de instancia que el efecto de la declaración de nulidad de la cláusula había de ser el sobreseimiento del proceso, dado que la parte ejecutada había ya manifestado de forma expresa, al evacuar el traslado para alegaciones realizado en la instancia sobre la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que la continuación de la ejecución le resultaba más perjudicial que el sobreseimiento del proceso, y había solicitado también expresamente que no se estimara en su nombre que la continuidad del procedimiento ejecutivo le era más beneficiosa que su archivo.

Por otra parte, consideramos que la aplicación del principio de efectividad en los contratos celebrados con consumidores conllevaba en este caso la imposición a la entidad bancaria de las costas generadas en la instancia, con independencia de la existencia o no de dudas de derecho, por ajustarse dicha imposición de costas al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión. En concreto señala el Auto del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2017, siguiendo la línea iniciada con la STS del Pleno de 4 de julio de 2017 que *"esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes: 1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor. 2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas. 3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio»".*

En definitiva procede asimismo confirmar el pronunciamiento sobre costas contenido en la resolución recurrida, con la consiguiente desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto frente la misma.

SEXTO-. De conformidad con el artículo 398.1 LEC procede imponer a la parte apelante las costas de la apelación.

SEPTIMO-. La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A frente al Auto de fecha 19 de junio de 2017 en autos de Ejecución Hipotecaria 337/17, confirmándose la resolución recurrida en todos sus pronunciamientos. Se imponen a la parte apelante las costas del recurso de apelación.

Transfiérase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso. Lo acuerdan y firman Sus Señorías.
Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa

disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

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