



Roj: **AAP B 1962/2015 - ECLI:ES:APB:2015:1962A**

Id Cendoj: **08019370012015200245**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2015**

Nº de Recurso: **129/2015**

Nº de Resolución: **417/2015**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **ANTONIO RAMON RECIO CORDOVA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN PRIMERA

ROLLO nº 129/2015

Procedente del procedimiento P.S. oposición ejecución hipotecaria nº 992/12

Tramitado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 Mataró

A U T O nº 417

Barcelona, a veintidós de diciembre de dos mil quince.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Magistrados Doña M^a Dolors PORTELLA LLUCH, Doña Amelia MATEO MARCO y Don Antonio RECIO CORDOVA, actuando la primera de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº 129/2015 interpuesto contra el auto dictado el día 6 de febrero de 2014 en el procedimiento nº 992/2012, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 Mataró en el que es recurrente BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y apelados D^a Genoveva y D. Esteban previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto antes señalado, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: "Estimo la oposición a la ejecución formulada por Esteban y Genoveva contra Banco Popular Español SA y ordeno el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria 992/2012-3 de este Juzgado.

Todo ello con condena a la parte ejecutante al pago de las costas causadas en el presente incidente de oposición."

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Antonio RECIO CORDOVA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión en esta alzada.

I.- En la presente ejecución hipotecaria se suscitó por los ejecutados D. Esteban y D^a Genoveva incidente extraordinario de oposición previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, a fin de denunciar el carácter abusivo de cláusulas contractuales.



Concretamente denunciaban el carácter abusivo de las siguientes cláusulas: (i) cláusula suelo, (ii) cláusula de intereses moratorios, (iii) tasación de la finca, y (iv) afianzamiento personal por constituir sobregarantía.

II.- La resolución de instancia estima tal incidente al considerar abusiva la cláusula suelo con la consecuencia del sobreseimiento de la ejecución despachada, justificando tal decisión en la forma siguiente:

"El despacho de ejecución se basa en el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario de principal e intereses remuneratorios. En base a este vencimiento anticipado, la parte ejecutante determina la cantidad por la que insta el despacho de ejecución, pero esta cantidad no puede reputarse como líquida si una parte de la cantidad reclamada, en concepto de intereses remuneratorios fijados por aplicación de la cláusula suelo, se declara nula por abusividad. La cantidad objeto de demanda deviene así ilíquida, motivo por el cual debe sobreseerse la ejecución conforme al art.693 LEC, sin perjuicio del resto de acciones que le puedan corresponder a la parte ejecutante para hacer valer sus pretensiones sin aplicar la cláusula declarada abusiva, por el procedimiento posterior correspondiente".

III.- Frente a tal resolución se alza la parte ejecutante por los siguientes motivos:

1º La cláusula suelo no puede ser declarada abusiva pues supera el doble control de transparencia establecido por el Tribunal Supremo.

2º En todo caso, el sobreseimiento del procedimiento acordado es totalmente contrario a derecho pues la cláusula suelo no fundamenta la ejecución de modo que, si se entendiera abusiva, procedería su inaplicación con determinación de la cantidad exigible.

SEGUNDO.- Cláusula suelo.

I.- En la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de autos, otorgada el día 28 de mayo de 2009, se convino que el crédito concertado, por la total suma de 67.000 euros, devengaría un tipo de interés variable referenciado al Euribor a un año con un diferencial de 1,75 puntos porcentuales.

Sin embargo, y pese a esta declaración genérica, en el apartado 3.3 de la Cláusula Financiera 3. Intereses, titulado "Limite a la variación del tipo de interés", advertía lo siguiente:

"No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CUATRO POR CIENTO".

II.- Por tanto, indudablemente se introdujo en el contrato una limitación a la variabilidad del interés convenido, en la medida en que la referencia pactada se desactivaba si de su aplicación resultaba un interés inferior al 4%, y conocida la evolución de los tipos en los últimos años, que ha determinado su caída más allá del límite reseñado, los operadores jurídicos han planteado el carácter abusivo de las cláusulas que preveían la mencionada limitación, es decir, la nulidad de la conocida como "cláusula suelo".

III.- En respuesta a la acción colectiva de cesación instada por Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, el Tribunal Supremo dictó la sentencia de 9 de mayo de 2013 en la que concluyó en los siguientes términos:

"Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad".

Y derivado de la anterior declaración, la sentencia acordó condenar a las entidades financieras que reseñaba, "a eliminar dichas cláusulas de los contratos en que se insertan y a cesar en su utilización", si bien con la indicación de no haber lugar a la retroacción de la sentencia "que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia".



IV.- Conviene precisar que la acción que aquí se plantea es distinta de la que fue objeto de enjuiciamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo mencionada, que resolvió una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios frente a determinadas entidades financieras, en tanto que, en nuestro caso, la parte ejecutada en un juicio hipotecario opone la nulidad por abusiva de la cláusula reseñada, aprovechando la oportunidad que le brinda al efecto la Disposición Transitoria Cuarta de la ley 1/2013 de 1 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que concede a las partes ejecutadas el plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7º del artículo 557.1 y 4ª del artículo 695.1 de la LEC.

Sin embargo, y pese a esta diversidad en el objeto litigioso, los argumentos que utiliza la Sentencia del Tribunal Supremo son de utilidad para solventar varias de las cuestiones jurídicas que suscitan las denominadas cláusulas suelo.

V.- Pues bien, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión referida a si las cláusulas suelo deben ser consideradas elemento esencial del contrato y derivado de ello indica el control que sobre ellas les sea permitido a los tribunales.

Así, y respecto a lo primero, entiende que "en el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato" (apartado 189), pero añade que ello "no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo" (apartado 191), si bien el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las contraprestaciones- que identifica el objeto principal del contrato- por lo que no cabe un control de precio (apartado 195).

El control que pueden ejercer los tribunales sobre las expresadas cláusulas se determina en la resolución que comentamos en la necesidad de que primeramente se determine si se cumplen las exigencias legales para su incorporación al contrato (art. 5.1 ley 7/1998 de 13 de abril), extremo que resuelve en sentido afirmativo al considerar que "las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores", en la medida en que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del euríbor" (apartado 202).

Ahora bien, superado el filtro de inclusión en el contrato, "es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores" (apartado 204), puesto que "El control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo" (apartado 210).

El Tribunal Supremo concluye que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores; y señala que, en definitiva, las cláusulas analizadas no son transparentes por cuanto:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.



e) En el caso de las utilizadas por BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

VI.- Aplicando tal doctrina al caso de autos, ya hemos visto que la fijación de la cláusula suelo se hace en el apartado 3.3 de la Cláusula 3 que regula el tipo de interés en 7 paginas con 7 apartados, ubicándose por tanto en un abrumadora cantidad de datos sobre el índice referencial, el índice sustitutivo, el diferencial aplicable sobre el índice de referencia y el modo de aplicarlo, entre los que queda enmascara y diluye la atención del consumidor y sin incluir advertencia especial al respecto.

Dada la importancia de la indicada cláusula, resultaba razonable haber destacado la misma en forma suficiente para que el prestatario tomara conocimiento de su inclusión y lo cierto es que en la forma en que se recoge la cláusula en cuestión queda relegada a un plano secundario, desfigurando el verdadero contenido de la relación contractual, en la medida en que la variabilidad de los tipos puede no ser tal si estos se alteran de modo que desciendan por debajo del 4% que señala la cláusula suelo, y lo que inicialmente se concibió como un préstamo a interés variable se convierte en la práctica en un préstamo a interés fijo.

VII.- La trascendencia de la cláusula requería la prueba por parte de la entidad financiera de que informó suficientemente al consumidor, y ello no ha sido así, pues ni tal información se deriva del propio contrato, por las razones explicadas, ni el Banco ha ofrecido prueba que pudiera acreditar que actuó con la diligencia que el caso precisa para la adecuada protección del cliente, por lo que siguiendo las consideraciones incluidas en la preciada sentencia del Tribunal Supremo, la cláusula suelo del contrato de autos no cumpliría las exigencia de transparencia, entendida como juicio de cognoscibilidad acerca del coste real del crédito.

Como recientemente ha tenido ocasión de señalar la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 8 de septiembre de 2014, a los efectos del principio de transparencia real, la cláusula suelo constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable; y en el presente caso, esto no fue así pues no consta que el alcance de la cláusula suelo formara parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco que resultara destacada y diferenciada, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de la escritura pública del préstamo hipotecario, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula mas amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo.

Y como precisa dicha sentencia, no afecta a tal conclusión que estemos ante un documento intervenido por fedatario público en cuanto cabe señalar, "sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación, que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

A lo dicho debe añadirse que la oferta vinculante que consta unida a la escritura en modo alguno facilita la información sobre esta cuestión al prestatario en la medida en que la cláusula suelo no sólo no resulta destacada sino que más bien cabría indicar que se encuentra oculta

VIII.- Resta por analizar si la cláusula discutida debe ser considerada abusiva por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor por cuanto la constatada falta de transparencia no supone necesariamente que sea desequilibrada.

Tal cuestión deberá ser resuelta afirmativamente porque la falta de transparencia explicada contraviene las exigencias de la buena fe y porque su contenido es contrario al justo equilibrio de las prestaciones (art. 82-1 del vigente RDL 1/2007), en la medida en que el interés pactado para la primera fase era del 4%, de manera que fijar una cláusula suelo en el mismo del 4% suponía bloquear cualquier posible beneficio que la reducción de los tipos pudiera suponer para el prestatario, de modo que convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en variable exclusivamente al alza.

Por consiguiente, admitido que la cláusula es abusiva, procede mantener la declaración de nulidad efectuada en la instancia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la ley 7/1998 antes citada, si bien este efecto queda limitado a la cláusula reseñada sin afectar al resto del contrato que mantiene su eficacia.

IX.- Llegados a este punto, la eficacia de la nulidad acordada ha de interpretarse dentro del marco procesal en el que nos hallamos, y por ello, en el ámbito del juicio hipotecario instado en reclamación de una deuda que se manifiesta impagada, el efecto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo ha de quedar circunscrita



a la cantidad objeto de la reclamación, esto es, a "la cantidad exigible" a que se refiere el artículo 695 LEC, sin extenderse ni afectar a aquellas cuotas que ya fueron objeto de pago porque no constituyen objeto del litigio.

A ello no obsta que la ya tan citada sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusula suelo disponga "que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia"; y ello por cuanto lo ahora resuelto afecta a cuotas impagadas susceptibles, por tanto, de ser revisadas en este proceso de ejecución hipotecaria para determinar la cantidad exigible.

Obsérvese que en la indicada sentencia se viene a dar respuesta en este punto al planteamiento al efecto realizado por el Ministerio Fiscal, y el mismo pretende impedir que la decisión sobre la nulidad de la cláusula suelo pudiera afectar a contratos ya consumados y, en concreto, a la obligación de reintegrar "ingentes cantidades ya cobradas".

X.- De ahí que lo procedente es ordenar a la ejecutante que presente un recalcule de la deuda que contenga la revisión de las cuotas impagadas, aquí reclamadas, a las que por aplicación de la cláusula suelo se ha atribuido un montante superior al que correspondería; por lo que asiste la razón a la recurrente en este punto al considerar que no resulta acertado el pronunciamiento de la instancia que acuerda el sobreseimiento de la ejecución como consecuencia de la nulidad de esta cláusula.

TERCERO.- Cláusula que fija la tasación de la finca para subasta.

I.- La parte ejecutada no limitó su oposición a la ejecución en la instancia a la cláusula suelo sino que también cuestionó, entre otras, la cláusula de tasación de la finca recogida en el apartado 5 de la Cláusula Tercera.- Supuestos de intervención judicial y venta extrajudicial, que presenta el siguiente tenor:

"5.- Tasación.- A los efectos procesales y para que sirva como tipo en la subasta que corresponda, tasan la finca que se hipoteca en el importe de la responsabilidad por principal reflejada en la letra a) del apartado 1 de la Cláusula SEGUNDA de esta escritura".

Por tanto, en la escritura de préstamo hipotecario se tasa la finca para que sirva de tipo a la subasta en la suma de 67.000 euros.

II.- Tal pretensión no fue analizada en la instancia por cuanto se acordó el sobreseimiento del proceso al declarar la nula la cláusula suelo sin analizar el denunciado carácter abusivo de las demás cláusulas contractuales.

Consciente de tal circunstancia, al oponerse al recurso de apelación formulado de contrario, la parte ejecutada insistió en la nulidad de la cláusula relativa a la tasación de la finca para subasta "al ser la tasación de la finca fijada en la escritura totalmente alejada de su valor real"; si bien posteriormente, y a instancia de la parte ejecutante, procedió a impugnar el auto dictado en la instancia "únicamente en cuanto a la omisión de pronunciamiento sobre el resto de cláusulas que entendemos también abusivas y que se encuentran recogidas en nuestro escrito de oposición a la apelación deducida de contrario y a cuyo escrito de oposición nos remitimos".

En la instancia se dio traslado de tal impugnación a la adversa para que manifestase lo que estimase oportuno, apuntando la ejecutante que la cláusula en cuestión -tasación de la finca- era válida por cuanto "no puede ser objeto de análisis relativo en cuanto a su abusividad dado que el artículo 695.4 de la LEC exige que para ello es requisito necesario que la misma constituya el fundamento de la ejecución o que hubiesen determinado la cantidad exigible", y añade que el límite al valor de tasación establecido mediante la modificación del artículo 682.2.1º de la LEC operada por la Ley 1/2013 "no resulta de aplicación al presente procedimiento (en el que el préstamo hipotecario fue otorgado el 28 de mayo de 2009) pues (...) dicha modificación no puede ser aplicada con efectos retroactivos".

Pese a tal inicial planteamiento, lo cierto es que la parte ejecutada no se personó en esta alzada de modo que en fecha 16 de marzo de 2015 se dictó Decreto por la Secretaria Judicial de esta Sala en virtud de cual declara desierta tal impugnación al no haber comparecido la parte impugnante dentro del término del emplazamiento a sostener la impugnación.

III.- Sentado lo anterior, la primera cuestión que debemos analizar es la relativa a si es posible en esta alzada pronunciarnos acerca del carácter abusivo de la cláusula de tasación de la finca.

Pues bien, consideramos que debemos efectuar tal pronunciamiento por dos motivos:

1º En realidad lo que pretende la parte ejecutada es reiterar en segunda instancia el argumento defensivo relativo al carácter abusivo de una cláusula contractual no analizada en la instancia, pero para ello no precisaba impugnar tal resolución sino simplemente efectuar dicha alegación al oponerse al recurso de apelación



formulado de contrario -como efectivamente hizo en un primer momento-, dado que debe recordarse que el recurso de apelación previsto en la vigente legislación procesal se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada, es decir, mantiene la segunda instancia en los mismos términos de la anterior legislación, respecto a los que el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en su sentencia 3/1996, de 15 de enero : "En nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts.862 y 863 LEC), como una "revisio prioris instantiae", en la que el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos ("quaestio facti") como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes ("quaestio iuris"), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la "reformatio in peius", y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación ("tantum devolutum quantum appellatum") (ATC 315/94)."

En definitiva, no podía la parte ejecutada considerar que la resolución de instancia le ha resultado desfavorable en modo alguno por cuanto es del todo acorde a sus pretensiones en la medida en que estima la oposición a la ejecución y acuerda el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, con imposición de costas al ejecutante, de modo que no precisaba impugnar la misma ex art.461.1 LEC .

Cierto es que la Sala 1ª del Tribunal Supremo considera necesaria la impugnación de la sentencia de instancia cuando se ha rechazado una excepción (prescripción) pese a desestimar la demanda (STS, Sala 1ª, 19 septiembre 2013), pero obsérvese que no es este el caso de autos dado que la nulidad por abusiva de la cláusula en cuestión no obtuvo respuesta en la instancia al resultar ya innecesaria, y con relación a estos casos la referida sentencia del la Sala 1ª del Tribunal Supremo indica lo siguiente:

"En el primer caso, esto es, si la demanda hubiera sido desestimada por razones atinentes a la cuestión sustantiva planteada o por estimarse otras excepciones pero el tribunal de primera instancia no hubiera entrado a resolver sobre la excepción de prescripción, es doctrina de esta Sala que la sentencia del tribunal de apelación que estime fundado el recurso del demandante debe entrar a enjuiciar la excepción de prescripción no resuelta en la sentencia de primera instancia, sin necesidad de que la parte que la formuló, el demandado, apele o impugne la sentencia de primera instancia para sostenerla de forma expresa en la segunda instancia y sin necesidad de plantear la cuestión en la oposición al recurso pues está implícita en el ámbito de la apelación y se avoca su conocimiento al tribunal de segunda instancia. Solo así se evita incurrir en incongruencia omisiva. Al no haber sido examinada la excepción por la sentencia de primera instancia, no hay un pronunciamiento desestimatorio desfavorable que legitimara al demandado para impugnar y que quede fuera del debate de la segunda instancia ante la falta de impugnación.

Esta doctrina ha sido mantenida por esta Sala en sentencias como las núm. 87/2009, de 19 de febrero de 2009, recurso núm. 1584/2003 , núm. 432/2010, de 29 de julio, recurso núm. 1421/2006 , núm. 370/2011, de 9 de junio de 2011, recurso núm. 14/2008 y núm. 977/2011, de 12 de enero, recurso núm. 642/2010 " .

2º En todo caso, no puede desconocerse (i) que esta Sala viene obligada a analizar de oficio el posible carácter abusivo de las cláusulas contractuales cuando afectan a consumidores y (ii) que la parte ejecutante ha podido defenderse en esta alzada respecto a la denunciada nulidad de la cláusula en cuestión

Recuérdese ahora la reciente sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, asunto Aegón , cuando declara al respecto lo siguiente:

"La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa calificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva".

IV.- Pasando ya a analizar el carácter abusivo de la cláusula que tasa la finca de autos a efectos de servir de tipo de subasta en la suma de 67.000 euros, conviene comenzar por advertir que contamos en autos con la Certificación del Registro de la Propiedad, emitida ex art.688 LEC , de la que se infiere que la propia ejecutante procedió a tasar la finca en una hipoteca anterior -concretamente en una ampliación de hipoteca de fecha 24 de agosto de 2006- en el importe de la responsabilidad por principal, esto es, en la suma de 160.300 euros y,



asimismo, que en hipoteca posterior concedida por BANCO SANTANDER en fecha 13 de noviembre de 2009 se procedió a tasar la finca para el caso de subasta en la suma de 356.800 euros.

Por tanto, es claro que, como sostiene la parte ejecutada, el valor de la finca es muy superior al señalado en la escritura hipotecaria de autos para que sirva como tipo de subasta, hasta el punto que podríamos valorar la misma en la precitada suma de 356.000 euros, lo que supone que la tasación en cuestión resulta inferior al valor de la finca.

V.- Esta Sala ya ha tenido ocasión de analizar el carácter abusivo de la cláusula en cuestión ex art.82.1 del RDL 1/2007 LGDCU, y así en resolución de fecha 26 septiembre 2014, dictada en el Rollo 780/2013 en que también era parte BANCO POPULAR, apuntábamos lo siguiente:

"TERCERO.- Veamos las concretas razones que nos llevan a estimar el carácter abusivo de la expresada cláusula.

La fijación en la escritura de hipoteca de una concreta cantidad a efectos de subasta responde a la exigencia del artículo 682 -2-1 LEC que al regular las particularidades del procedimiento de ejecución hipotecaria exige "que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo a la subasta".

La razón de la expresada exigencia es doble, pues de una parte agiliza la tramitación del juicio hipotecario al no ser ya preciso el avalúo del bien que se exige en los demás procesos ejecutivos (art. 666 y 637 LEC), y al mismo tiempo, constituye una garantía para el ejecutado puesto que le permite conocer en el momento mismo de la constitución de la hipoteca el valor que en su día va a constituir el precio inicial de subasta, y si bien ha sido discutida la permanencia de la expresada cifra a lo largo de la vida del contrato (véanse en tal sentido la RDGRN de 20 de mayo de 2008 y la STS de 24 de marzo de 1993), en la medida en que las variaciones en el precio del inmueble pueden perjudicar a una u otra parte, lo cierto es que no se ha hecho reforma legislativa alguna que introdujera modificaciones al respecto.

Es indudable, por tanto, la importancia de la determinación de este valor en el momento de constituir la hipoteca puesto que condiciona todo el proceso hipotecario, como así resulta de lo dispuesto en el artículo 670 LEC para el caso de subastas con terceros postores y del artículo 671 LEC para el supuesto de subastas sin ningún postor, siendo así que las últimas reformas legislativas han ratificado la trascendencia del valor de tasación que se fije en la escritura de constitución de la hipoteca. Obsérvese en tal sentido que tras la reforma del artículo 671 LEC operada por la ley 8/2011 de 1 de julio, la cantidad mínima para que el acreedor pudiera pedir la adjudicación del bien hipotecado pasó del 50% al 60% del valor de tasación, y en la más reciente aprobada por la ley 1/2013 de 14 de marzo, tal exigencia mínima puede llegar hasta el 70% en el caso de que el bien hipotecado constituya vivienda habitual y concurren las exigencias que la ley prevé, o al 50% si no se trata de vivienda habitual.

CUARTO.- Otra prueba evidente de la importancia del valor del bien que se consigne en la escritura de constitución de la hipoteca a los efectos de la subasta, lo constituye el hecho de que el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y Otras Normas del Sistema Hipotecario y Financiero, disponga en su artículo 8.2 lo siguiente:

"La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración".

Es cierto que esta norma solo se aplica a los préstamos o créditos que vayan a ser objeto de titulación en el mercado hipotecario, por lo que no puede predicarse que tenga un carácter general y que las partes vinieran normativamente obligadas a valorar el bien a los efectos de subasta de acuerdo con el valor que resultare de la tasación, y también lo es que no resulta de aplicación al caso de autos por ser la escritura de fecha anterior, la reforma del 682 LEC introducida por la ley 1/2013 y que se remite a lo dispuesto en la ley 2/1981 de 25 de marzo para realizar la práctica de la tasación, imponiendo la exigencia de que en ningún caso pueda ser inferior al 75% del valor de tasación.

Ahora bien, el que una actuación no esté expresamente prohibida ni específicamente regulada, no exime a los tribunales de ponderar si puede integrar o no una actuación abusiva con perjuicio para el consumidor, pues el hecho de que en la fecha de la constitución de la hipoteca no existiera una norma que, con carácter general, determinara el modo de fijar el valor del bien hipotecado, no es excusa para que la entidad financiera pueda obrar arbitrariamente sino que debe comportarse de acuerdo a las exigencias de la buena fe contractual y con la mira puesta en la protección a los consumidores a que la ley le obliga.



La cláusula, por tanto, era nula en el momento de su constitución puesto que causaba al deudor un perjuicio evidente en la medida en que el tipo inicial de subasta sería muy inferior al valor real de la finca hipotecada y permitía a la entidad hipotecante que en el caso de que no concurriera ningún postor pudiera solicitar la adjudicación de la finca por el porcentaje legal que en su caso hubiera estado vigente y que siempre se relacionaría con el precio fijado para la subasta, por lo que conseguía hacerse con la titularidad del bien por un precio inferior a su valor real.

En consecuencia, y conforme con lo explicado, procede estimar el recurso y declarar la nulidad de la cláusula de tasación antes reseñada que se tendrá por no puesta, lo que no es obstáculo para la validez de la escritura que puede desplegar, pese a ello, todos sus efectos, pero que impide a la entidad ejecutante la vía privilegiada de la ejecución hipotecaria porque la escritura que presenta no contiene la exigencia a que se refiere el artículo 682 -2-1 LEC, esto es, la mención de precio en que los interesados tasaron la finca hipotecada para servir de tipo a la subasta".

VI.- Por tanto, la nulidad de la cláusula expresada habrá de conllevar la nulidad de todo el procedimiento de ejecución hipotecaria y el consiguiente archivo de la causa, sin perjuicio de las acciones que sin duda ostenta la entidad acreedora para reclamar su crédito en las demás formas que en el derecho regula.

Las consideraciones anteriores hacen innecesario entrar a analizar la procedencia de las demás cláusulas que la ejecutada considera abusivas, en la medida en que la vía del presente litigio se entiende improcedente al apreciar que no concurren las exigencias procedimentales que se precisan para ello.

CUARTO.- Conclusión.

I.- En atención a todo lo expuesto, procede mantener el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria decretada en la instancia, confirmando por tanto dicha resolución bien que por razones distintas.

II.- No ha lugar a hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada dado que la confirmación de la resolución de instancia atiende a razonamientos distintos que los contenidos en la misma (arts.394.1 y 398.1 LEC).

PARTE DISPOSITIVA

El Tribunal acuerda: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA contra el auto de 6 de febrero de 2014 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Mataró, que confirmamos, sin hacer imposición de las costas causadas en esta alzada.

Con pérdida del depósito consignado.

La presente resolución es firme. Devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman este auto los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACIÓN.- En Barcelona, a, en este día, y una vez firmado por todos los Magistrados que lo han dictado, se da al anterior Auto la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.