



Roj: **AAP M 540/2015 - ECLI:ES:APM:2015:540A**

Id Cendoj: **28079370142015200039**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **27/07/2015**

Nº de Recurso: **78/2015**

Nº de Resolución: **212/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PABLO QUECEDO ARACIL**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

C/ Ferraz, 41 , Planta 4 - 28008

Tfno.: 914933893/28,3828

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0017512

Recurso de Apelación 78/2015

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 05 de Valdemoro

Autos de Pieza de Oposición a la Ejec. Hipotecaria 487/2011

APELANTE: D. Pelayo

PROCURADOR Dña. ELENA GALAN PADILLA

APELADO: BANKIA SA

PROCURADOR D. ANGEL LUIS LOZANO NUÑO

Dña. Montserrat

PROCURADOR D. LUIS EDUARDO RONCERO CONTRERAS

Dña. Paula

A U T O

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D.PABLO QUECEDO ARACIL

D. JUAN UCEDA OJEDA

D. SAGRARIO ARROYO GARCIA

Siendo Magistrado Ponente D. PABLO QUECEDO ARACIL

En Madrid, a veintisiete de julio de dos mil quince.

La Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los presentes autos sobre Oposición a la Ejecución Hipotecaria 487/2011 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Valdemoro, en los que aparece como parte apelante-ejecutada D. Pelayo , representado por la Procuradora Dña. ELENA GALAN PADILLA y defendido por el Letrado D. JOSE MARQUEZ MUGICA, y como parte apelada BANKIA, SA, siendo sucesora procesal de CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLON Y ALICANTE, BANCAJA, representada



por el Procurador D. ANGEL LUIS LOZANO NUÑO y defendida por la Letrada Dña. TERESA JUSTE PICON y Dña. Montserrat representada por el Procurador D. LUIS EDUARDO RONCERO CONTRERAS y defendida por el Letrado D. DIEGO ARRIBAS PEREZ y Dña. Paula que no comparece en esta alzada, todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el mencionado Juzgado, de fecha 25/11/2013 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Valdemoro se dictó Auto de fecha 25/11/2013 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Desestimo el incidente de oposición a la ejecución formulado por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Javier Gotor Invarato, en nombre y representación de Doña Montserrat ; por Doña Isabel López Sánchez, en nombre y representación de Don Pelayo ; y por Don José María Posada Fernández, en nombre y representación de Doña Paula y en su mérito acuerdo alzar la suspensión y continuar la ejecución despachada.

Con expresa condena en costas a los ejecutados".

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada- ejecutada D. Pelayo , al que se opuso la parte apelada-ejecutante BANKIA SA, no presentando escrito de impugnación ni oposición al recurso Dña. Montserrat y no compareciendo ni presentando escrito de impugnación ni oposición al recurso Dña. Paula , y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 15 de julio de 2015.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

Se aceptan los fundamentos jurídicos del auto apelado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La entidad ejecutante había concedido al ejecutado un préstamo hipotecario en fecha 16-11-2006, 210.000€ para la adquisición de una vivienda. Se concertaba a 40 años amortizable mediante cuotas periódicas de vencimiento mensual.

El interés remuneratorio se fijaba en dos periodos. Uno a tipo fijo desde la fecha de la hipoteca hasta el día 5-5-2007, al 4,50%, y otro variable, desde esa fecha hasta el vencimiento, al Euribor mas 1,25%.

Además de las típicas hipotecarias contenía clausula de liquidación y de vencimiento anticipado.

EL recurrente se opuso a la ejecución en suplica de la invalidez por abusivas de las clausulas de vencimiento anticipado, intereses moratorios, y liquidación de la deuda, y falta de claridad en la determinación del tipo de interés variable.

EL auto de instancia, tras examinar las clausulas hipotecarias, desestimo la oposición

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se alza el ejecutado, oponiendo los motivos que reproducimos en esencia.

La sentencia de instancia infringe la doctrina contenida en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, S 9-5-2013 ,

En concreto, al amparo de dicha sentencia, consideramos que la resolución que impugnamos infringe la siguiente doctrina en relación con las cláusulas denunciadas:

A).- 1.- El control imperativo de las cláusulas abusiva (No efectuado)

1.1.- La situación de inferioridad de los **consumidores** , por cuanto: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada 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, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 200").

1.2.- La ineficacia de las cláusulas abusivas , declarando al respecto: "con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, 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**, dispone 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". Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (en este sentido las ya citadas SSTJUE de 26 octubre 2006 , 6 de octubre de 2009 y 15 de marzo de 2012)"

1.3.- La apreciación de oficio de la nulidad imperativa de las cláusulas abusivas. Declarando al respecto:

110. En este contexto, como declaramos en la STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010 , las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los **consumidores**. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013. Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que "de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el **consumidor** no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera" Puedes citar una sentencia en vez de unas conclusiones de abogado general, por ejemplo:

STJUE de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro) , "27 A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el **consumidor** individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los **consumidores** (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28 , y de 21 de noviembre de 2002 , Cofidis, C-473/00, Rec. p. 1-10875, apartado 32

111.. La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. En este sentido ya el 1C 2000 indicaba que "(...) la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva «implica atribuir a las disposiciones de la Directiva el carácter de norma "imperativa", de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales". Lo que ha sido recogido por la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009 , Pannon, apartado 23, según la cual "el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los **consumidores** tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del **consumidor** si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula".

Más aún, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir. Así lo afirma la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009 , Pannon, apartado 32, según la cual "el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva", para lo que debe intervenir cuando sea preciso ya que " el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello" (SST.TUE ya citadas de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 23, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32).

Precisamente, por tratarse de una intervención de oficio, no necesita que el **consumidor** presente una demanda explícita en este sentido, ya que " semejante interpretación excluiría la posibilidad de que el juez nacional apreciara de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco del examen de la admisibilidad de la demanda de la que conoce y sin petición expresa del **consumidor** con tal fin" (STJUE ya citada de 4 de junio de 2009 , Pannon apartado 24).

En definitiva, como ha reiterado el TJUE "el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual" (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 "

Y por todo ello la sentencia del pleno de la Sala 1ª declara expresamente;

" A esta obligación no es ajeno este Tribunal, ya que la efectividad de la Directiva y la tutela de los intereses de los **consumidores** frente a las cláusulas abusivas resulta imperativa para la totalidad de los tribunales de la Unión."

1.4.- La prueba de oficio de la abusividad, declarando: "Este deber no solo comprende el de apreciar la abusividad cuando esta aparezca demostrada de forma clara y contundente, Cuando existan motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva, si es preciso, se debe acordar la práctica de prueba. En este sentido, con referencia a un supuesto de atribución de competencia jurisdiccional territorial exclusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un **consumidor**, el Tribunal de Justicia declaró que "el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva" (SSTJUE citadas de 9 de noviembre de 2010 . vr3 Pénzügyi Lizing, apartado 56, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 44; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 24 y 1.4 marzo 2013 Aziz vs. Catalunya Caixa, apartado 4."

1.5.- En relación al posible equipamiento a la cláusula abusiva, los principios de congruencia y iura novit curia, los límites de autonomía procesal en materia de cláusulas abusivas, a que hace referencia la repetida Sentencia del Tribunal Supremo, esta representación en el OTROSÍ DIGO 13 de nuestro escrito formulando el incidente extraordinario de oposición petitionábamos expresamente: "interesamos respetuosamente del Juzgador el control y examen de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato del que deriva la presente ejecución". Es evidente que el control de oficio por el Juzgador en el presente caso y con el debido respeto brilla por su ausencia. Máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo asume y declara el deber de plantear motivadamente la nulidad de oficio conforme establece la STJUE de 21 de febrero de 2013 , estableciendo la siguiente conclusión:" *Lo expuesto es determinante de que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión en los ,supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas- como abusivas".*

Es evidente que el juzgador de instancia no se ha planteado ni establecido el control de oficio a que viene obligado.

B).- Por otra parte, no analiza la resolución impugnada el desequilibrio, la falta de contraprestación de una parte en relación a la realizada por la otra, en relación a las cláusulas que recoge en su contenido, a la falta de equilibrio en los derechos y obligaciones a consecuencia de la falta de reciprocidad, en conexión con el TRLGDCU, artículos 85 a 90 que contemplan la lista de cláusulas abusivas, en relación ambos preceptos a lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 82, confirma que el control del contenido es de carácter jurídico.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo que invocamos, ha determinado que para analizar la abusividad de una cláusula será por lo tanto necesario examinar los derechos y las facultades de un lado, y las cargas y obligaciones de otro, para comprobar si se atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante, O si se introduce limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades de los **consumidores** adherentes.

En concreto, respecto a la falta de reciprocidad, el control se debe centrar en el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y no en la correspondencia entre el valor de las prestaciones ofrecidas, como se desprende lo establecido en el artículo 87 TRLGDCU. Es evidente que la resolución impugnada no efectuó análisis alguno de este aspecto en relación a las cláusulas que declara no abusivas.

El Tribunal Supremo, en la tantas veces citada sentencia de 9 mayo 2013 , destaca además que la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de créditos como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los **consumidores**, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario. Sobre esta premisa analiza la sentencia la naturaleza y alcance del control de las cláusulas, analizando su validez conforme a los principios de transparencia, protección de los **consumidores** y equilibrio de las prestaciones en los contratos.

En relación a la transparencia y a la comprensibilidad real de la importancia de las cláusulas en el desarrollo del contrato, el Tribunal Supremo señala los aspectos que se han de considerar:

Cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que la gente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para el contrato celebrado, esto es, la onerosidad de su sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere tener,



corno 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.

Es preciso que la información suministrada permita el **consumidor** percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato que incide puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega como puede jugar en la economía del contrato.

No puede estar enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en que los matices que introducen el objeto percibido por el **consumidor** como principal puede verse alterado de forma relevante.

Todas estas consideraciones resultan plenamente aplicables al caso que nos ocupa y no han sido valorados por el auto que se impugna, que podría calificarse en tal sentido de carente de motivación en la forma que admite la validez de las cláusulas impugnadas por abusivas en nuestro escrito de oposición, sin haber analizado los aspectos anteriormente detallados determinantes de la abusividad de las cláusulas, por lo que entendernos, con todos los respetos, vulnerando el principio de motivación de las resoluciones, inherente al derecho a la tutela judicial efectiva constitucional (artículo 24.1 de la Constitución Española) y centro de toda la construcción dogmática que gira en torno a la idea del proceso justo y el principio de sumisión del Juez a la Ley (artículo 117.1 CE ; artículo uno de la LO seis/1985, de uno de julio del e Poder Judicial).

Por otro lado, en relación a las cláusulas que la resolución impugnada declara no abusivas y válidas, no puede afirmarse que en ellas se cumpla con el requisito de la transparencia y buena fe, según los criterios que mantiene la tantas veces citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2013 , pues en ella se aprecia:

Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

Ninguno de estos aspectos ha sido analizado de oficio por el Juzgador de instancia en la resolución impugnada.

Respecto a las consecuencias aplicables tras la apreciación de posibilidad de las cláusulas en cuestión, el Tribunal Supremo se remite a los efectos de la nulidad.

Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos, o de alguna de las cláusulas y el contrato subsiste, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas corno sin hubiese desistido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "lo que es nulo no produce ningún efecto". Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil , a cuyo tenor "declarar la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

En relación con el fundamento jurídico sexto, discrepamos, con los debidos respetos, de las afirmaciones que se realizan en sentencia, ya que nos parece absolutamente incongruente, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa que se declare expresamente que la cláusula sexta bis no cumple con lo dispuesto en el artículo 693 de la LEC , y sin embargo no se declare el efecto jurídico propio del incumplimiento que se declara haber texto de su intrascendencia material, siendo así que la cláusula será o no será nula con independencia de su trascendencia o efectividad.

TERCERO.- El recurso se limita a reproducir la doctrina general sobre clausulas abusivas, y del deber judicial de examen de oficio de las clausulas contractuales, sin decirnos en qué sentido el Juez de Instancia no se atiene a la doctrina establecida por nuestro Tribunal Supremo, ni en que clausula falla su examen.

Hemos revisado las clausulas contractuales y la sentencia y no vemos reproche alguno.

El apelante impugnaba la clausula tercera bis relativa al tipo de interés variable y no vemos que sea oscura. Salvo que el apelante sea analfabeto, cosa que no aparece por ningún sitio, se entiende perfectamente que el variable se fija a través de un mecanismo muy simple: el Euribor mas 1,25%., previendo otros tipos de referencia para el caso de que el Euribor dejase de publicarse; el tipo medio de préstamos hipotecarios, que también es público, y en su defecto el ultimo publicado.



El Euribor es un tipo de referencia que está en el acervo cultural medio de la sociedad, es un dato que publica el Banco de España, que también se inserta en el BOE, y que los medios de comunicación escritos y digitales se encargan de airear cuando sube o baja, haciendo simulaciones de lo que su oscilación puede suponer en una hipoteca media.

Además según las copias de las escrituras aportadas no vemos que haya clausula suelo.

Hemos examinado la clausula sexta, sobre intereses moratorios y no vemos inconveniente alguno. Se fija añadiendo seis puntos (6%) al interés nominal anual vigente en el momento de la mora, lo que nos lleva a examinar dos escenarios Uno, si la mora se produce entre 16-11-2006, fecha de la hipoteca y el 5-5-2007, fecha en que comienza el interés variable, en cuyo caso la mora seria del 10,50% resultado de la suma del interés retributivo fijo del momento; 4,50% mas el 6% de mora, por lo que el tipo total: retributivo mas moratorio no llega ni de lejos al 13% previsto como tope legal.

El otro, el que nos ocupa, en que la mora se produce en periodo de interés variable, en cuyo caso la suma del moratorio mas el retributivo no supera el 8,465€: 2,465% de retributivo mas 6% de moratorio.

CUARTO.- En cuanto al vencimiento anticipado, la Sala tiene formado criterio, y lo mantendremos.

Después de leer la sentencia del TJUE de 14-3-2013 la conclusión es que no declara abusiva la clausula de vencimiento anticipado.

Nos dice:

"66 A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, C 472/10, Rec. p. I 0000, apartado 22 y jurisprudencia citada).

71 Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, 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 (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42). De ello resulta que, en este contexto, 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 la sentencia Freiburger Kommunalbauten, antes citada, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C 76/10, Rec. p. I 11557, apartado 59).

72 Estos criterios son los que debe considerar el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas a las que se refiere la segunda cuestión planteada. 73 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."

Su parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"1) 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 se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula,



adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

2) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que:

El concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del **consumidor** debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al **consumidor** en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho **consumidor** en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas

Para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el **consumidor**, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual."

La validez de la cláusula de vencimiento anticipado es incuestionable y así se pronuncia la S.T.S. 16-12-2009 que proclama: "El motivo se desestima porque, sin necesidad de tener que analizar las diversas eventualidades jurídicas a que se refiere el recurso, sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008."

Como dice la sentencia reproducida más arriba, esa cláusula es de uso corriente en la contratación bancaria, y frecuente en la no bancaria, o lo que es lo mismo no es exclusiva de los préstamos bancarios en general e hipotecarios en particular es de uso generalizado en la contratación.

Para enfocarla debemos partir de la distinción entre tiempo de la obligación y tiempo de la prestación.

El tiempo de la obligación se refiere al término suspensivo o resolutorio que marcan la eficacia de la obligación, en cambio el tiempo de la prestación alude a las prestaciones únicas cuyo cumplimiento puede fraccionarse en el tiempo, o a las prestaciones periódicas y sucesivas.

En esas obligaciones, el plazo está concebido en beneficio de ambos contratantes, y se pierde por las causas legales del Art.1129 C.C. o por causas convencionales hijas de la libertad de pacto del Art.1255 C.C .

En este ámbito no vemos que la cláusula de vencimiento anticipado sea contraria a los límites que impone el Art. 1225 C.C ., ya citado, o a los que se refiere el Art.6 C.C ., ni que el pacto sea contrario al Art.1129 C.C .

Su misión es regular el cumplimiento de contrato endureciendo la mora que se convierte en automática, y sin necesidad de requerimiento. El acreedor no tiene porque soportar la mora mas allá de lo razonable, ni el contrato puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes ex Art.1256 C.C .

Sin las restricciones actuales del Art.693 L.E.C ., coloca al acreedor en una posición dominante de manera que ante el primer impago pueda dar por vencida la obligación y exigir su cumplimiento.

Por el contrario la declaración de abusividad de la cláusula permitiría al deudor abusar de su posición de más débil y convertirse en el más fuerte pagando a su capricho, y obligando al acreedor a soportar las moras sucesivas contrariando el Art.1256 C.C . ya citado. En ambos casos, la única corrección vendría impuesta por los Arts. 6.4 y 7 C.C .

Con o sin cláusula de vencimiento la solución pasa por el Art.1124 C.C . El impago es un acto de incumplimiento, que faculta para pedir la resolución o el cumplimiento y en ambos casos con perjuicios si los hubiera, y aun así con matices porque el mismo Art.1124 C.C . permite que el Juez señale plazo en función de las circunstancias.

Así pues, el problema no es el de la existencia de la cláusula de vencimiento anticipado, que de manera indirecta el legislador considera válida al regular su ejercicio, si no el de valorar si, en este caso, se ha ejercido adecuadamente.

El ejercicio de la cláusula ha sido impecable. Se dio por vencido por el impago de las cuotas de diciembre de dos mil diez hasta abril de 2011 y se presentó la demanda en 8-6-2011.

QUINTO.- Por el pacto de liquidez, el recurso no puede prosperar. Como dice la sentencia de la sección novena de esta audiencia de fecha 30-10-2014 , Sustancialmente, baste señalar que la cantidad adeudada es líquida por estar determinada desde un principio, en que se entregó el principal del préstamo, estando definidos en la



escritura de préstamo hipotecario todos los componentes necesarios para la liquidación de la deuda: cuota a pagar, intereses remuneratorios y de demora, plazos etc.

Se trata de la situación prevista en el artículo 572.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . No obstante, aparece en la escritura el pacto de liquidez, pese a no ser necesario, lo que nos reconduce al artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; no hay, sin embargo, en este caso saldo en el sentido de dicho precepto, solo aplicable a los supuestos en que entre las partes hay una situación de cuenta corriente, con partidas de cargo y abono, lo que determina que al cierre de la cuenta sea precisa una liquidación para determinar la deuda.

De ahí que se trate de conferir carácter ejecutivo a la liquidación unilateral de la entidad acreedora con el reiterado pacto de liquidez, cuya corrección se garantiza con la intervención notarial, no obstante todo lo cual nada impide la oposición del ejecutado. Este puede oponerse alegando la incorrección de la liquidación, debiendo en tal caso demostrar el error, pero la existencia del pacto de liquidez ni confiere valor absoluto a la cantidad liquidada por la entidad prestamista ni impide que el ejecutado se oponga a ella y demuestre su incorrección, lo que impide considerar que semejante pacto cause desequilibrio importante en perjuicio del **consumidor** y que, por ello, sea abusivo.

En el recurso trata de vincularse el carácter abusivo que se predica de esta cláusula con el mismo carácter que se alegó de la cláusula de vencimiento anticipado, diciéndose que, en tal caso, la liquidación efectuada "sería incorrecta". Argumentación rechazable, no sola porque no se ha considerado abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, sino porque la corrección o no de la liquidación nada tiene que ver con la validez y regularidad del pacto de liquidez. Como se dijo, el ejecutado puede demostrar la incorrección de la liquidación (artículo 695.1.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pese al referido pacto y pese a la presentación de documento fehaciente que avale la liquidación presentada por la entidad prestamista.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey, y por la autoridad que el pueblo nos confiere.

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAMOS el recurso de apelación, formulado por la representación procesal de **D. Pelayo** , contra el auto dictado, por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 5 de los de Valdemoro, en sus autos Nº 487/11, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil trece

CONFIRMAMOS dicha resolución, e **IMPONEMOS** las costas de esta alzada al apelante.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos./as. Sres./as. Magistrados arriba reseñados.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

En Madrid, a treinta de julio de dos mil quince.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.