



Roj: **AAP IB 22/2015 - ECLI:ES:APIB:2015:22A**

Id Cendoj: **07040370032015200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **24/11/2015**

Nº de Recurso: **242/2015**

Nº de Resolución: **175/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS GOMEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AJPI, Manacor, núm. 2, 20-02-2015,
AAP IB 22/2015**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00175/2015

N10300

-

Tfno.: Fax:

N.I.G. 07033 42 1 2012 0204900

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000242 /2015

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INSTANCIA N.2 de MANACOR

Procedimiento de origen: EJECUCION HIPOTECARIA 0000720 /2012

Recurrente: Marta

Procurador: PILAR MARINA PACHECO BERNABE

Abogado: MIGUEL FIOL OLIVER

Recurrido: CAJAMAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

Procurador: MATILDE TERESA SEGURA SEGUI

Abogado: CONCEPCION VILLALONGA TRUJILLO

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARS

Rollo núm. 242/15 de la Sección 3ª

Presidente: Ilmo. Sr. Don Diego Jesús Gómez Reino Delgado

Magistrados:

Ilmo. Sr. Don Carlos Gómez Martínez (ponente)

Ilmo. Sr. Don Álvaro Latorre López

Ilma. Sra. Doña Catalina Moragues Vidal

Ilma. Sra. Doña María del Pilar Fernández Alonso



Ilmo. Sr. Don Álvaro Miguel Artola Fernández
Ilma. Sra. Doña Juana María Gelabert Ferragut
Ilma. Sra. Doña María Covadonga Sola Ruiz
Ilmo. Sr. Don Gabriel Agustín Oliver Koppen
Ilma. Sra. Doña María Arantzazu Ortiz González

EL PLENO JURISDICCIONAL DE MAGISTRADOS DEL ORDEN CIVIL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES HA DICTADO EL SIGUIENTE:

AUTO Nº 175

En Palma de Mallorca a 24 de Noviembre de 2015.

VISTOS inicialmente por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, posteriormente abocados al Pleno, los presentes autos de ejecución hipotecaria, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Manacor, bajo el número 720/12, **Rollo de Sala núm. 242/2015**, entre partes, de una como ejecutada apelante doña Marta , representada en esta alzada por la procuradora de los tribunales doña Marina Pacheco Bernabé, dirigida por el letrado don Miquel Fiol Oliver y de otra, como ejecutante apelada, la entidad Cajamar Caja Rural Sociedad Cooperativa de Crédito, representada en este segundo grado jurisdiccional por la procuradora de los tribunales doña Matilde Segura Seguí, dirigida por la letrada doña Concepción Villalonga Trujillo.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Presidente de la Sección 3ª don Carlos Gómez Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Sra. Jueza del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Manacor, se dictó resolución en fecha 20 de febrero de 2014 en los referidos autos, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se acuerda estimar parcialmente la oposición a la ejecución interpuesta por la representación procesal de doña Marta , acordando: 1- estimar la causa de oposición consistente en declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora establecida en la cláusula sexta del contrato respectivamente, por lo que la cantidad por la que debe seguir la ejecución es la de 131.766,34 euros, sin que haya lugar a seguir la ejecución por la cantidad de 170,34 euros por intereses moratorios, ni a que durante la tramitación de esa ejecución se devenguen intereses por este concepto, más la cantidad de 38.580 euros previstos para costas sin perjuicio de su posterior liquidación".

SEGUNDO .- Contra la expresada resolución, y por la representación de la parte ejecutada se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites, y conforme a las previsiones del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se solicitó del Presidente de la Audiencia Provincial la convocatoria de pleno jurisdiccional de los magistrados del orden civil, que se fijó para el día 23 de noviembre de 2015.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Planteamiento del recurso

La parte ejecutada reitera mediante su recurso las dos causas de oposición que ya esgrimiera en primera instancia y que fueron rechazadas, a saber, la nulidad, por abusiva, de la cláusula relativa al pacto de liquidez (pacto decimoquinto bis de la escritura de préstamo hipotecario de 30 de junio de 2006), y la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (cláusula sexta bis).

SEGUNDO.- El pacto de liquidez

Las distintas secciones de esta Audiencia Provincial han venido desestimando las pretensiones de nulidad, por su supuesto carácter abusivo, del pacto de liquidez incorporado a una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, rechazo que se funda, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) El pacto de liquidación faculta a la entidad crediticia a determinar el saldo pero con sujeción a las cláusulas convenidas por las partes. Las operaciones liquidatorias son verificadas después por el fedatario público, y sometidas, por tanto, a un primer control de validez formal.
- b) El pacto de liquidez resulta difícil de obviar habida cuenta de que es la entidad bancaria la que tiene en su poder la documentación necesaria para justificar la cuantificación de lo adeudado.



c) La STJUE de 14 de marzo de 2013 en su apartado 75, señala:

" ..., en lo que atañe a la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, procede señalar que, teniendo en cuenta el número 1, letra q), del anexo de la Directiva y los criterios establecidos en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de ésta, el juez remitente deberá determinar si -y, en su caso, en qué medida- la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa" .

Pues bien, el pacto de liquidación es una mera acreditación inicial del importe de la deuda que puede ser contradicha por la parte ejecutada ya que está a su alcance oponerse conforme a la causa 2ª del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y provocar un examen pericial de la liquidación (artículo 558.2 de la misma ley).

d) El préstamo, es, por su propia naturaleza de contrato real, una deuda líquida desde el momento de su nacimiento. El prestatario, desde el inicio, tiene conocimiento del importe de la cantidad prestada, de los intereses retributivos y de los intereses moratorios, por lo que el cálculo de lo adeudado es de fácil obtención mediante las correspondientes operaciones aritméticas.

e) El pacto de liquidez resulta amparado por la previsión legal del artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -citado expresamente en la escritura de autos-, de modo que la cláusula no puede considerarse abusiva.

TERCERO.- El análisis en abstracto del posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado tras el auto del TJUE de 11 de junio de 2015 -11-17

Las tres secciones de esta Audiencia Provincial habían venido rechazando el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado cuando, pese a contemplarse en ella la pérdida del beneficio del plazo por incumplimiento de una sola cuota del préstamo, el ejecutante había dejado vencer tres o más mensualidades hasta interponer la demanda ejecutiva. Las bases de esta solución eran las siguientes:

a) El Tribunal Supremo había establecido, con base en el artículo 1255 del Código Civil , la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurriera 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 2000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero), 9 de marzo de 2001, 4 de julio de 2008, 12 de diciembre de 2008 y 16 de diciembre de 2009.

b) El artículo 695. 1 .4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la oponer en el proceso de ejecución hipotecaria " El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible ". Pues bien, si el propio ejecutante ha obviado la aplicación de la cláusula, esta no constituye el fundamento de la ejecución y, por tanto, no puede oponerse su eventual carácter abusivo.

Ahora bien, esta posición ha quedado privada de sustento por el Auto del TJUE (Sala Sexta), de 11 de junio de 2015 que establece 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" .

Por ello el criterio utilizado hasta la fecha, que implicaba valorar la cláusula cuyo carácter abusivo se alega no en su contenido abstracto sino en la aplicación que de ella hacía la entidad crediticia, ha de ser revisado.

Es por ello por lo que el conocimiento de este asunto se ha abocado al Pleno de la Audiencia Provincial del orden jurisdiccional civil, con la finalidad de que el cambio de criterio se adopte de manera uniforme por las tres secciones civiles, en cumplimiento de las previsiones del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

CUARTO.- Criterios para el examen del eventual carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado

El auto del TJUE de 11 de junio de 2015 , además de establecer la necesidad de que el control del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato de consumidor se haga en abstracto recoge los parámetros con base en los cuales ha de hacerse dicho examen. Así, en su apartado 43 señala que:

En este contexto, procede recordar que, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 , el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que



sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, EU:C:2015:21, apartado 37) .

Por su parte, la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 , y en relación con la cláusula de vencimiento anticipado, había señalado en su apartado 73 que:

" 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".

En igual sentido, el auto del Tribunal Superior de Justicia Europeo de 14 de noviembre de 2013, había indicado que:

"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 los litigios principales, que no permite al juez que conoce de la ejecución, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, ni examinar, ya sea de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, ni adoptar medidas cautelares, en particular la suspensión de la ejecución, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del correspondiente proceso declarativo, quien es competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula.

El artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva 93/13 y los puntos 1, letras e) y g) y 2 letra a), de su anexo deben interpretarse en el sentido de que, con el fin de examinar el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario, como la controvertida en el litigio principal, reviste en particular una importancia esencial:

- *La cuestión de si la facultad del profesional de resolver unilateralmente el contrato depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate;*
- *La cuestión de si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo;*
- *La cuestión de si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que resulte más difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa, y*
- *La cuestión de 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 de la resolución unilateral del contrato de préstamo.*

En consecuencia, los parámetros a tener en cuenta en el examen, en abstracto, del posible carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado son los siguientes:

- a) Naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato.
- b) Carácter esencial o no del incumplimiento tomando en cuenta la duración y cuantía del préstamo
- c) Legislación nacional para determinar si el consumidor sujeto a la aplicación de esta cláusula puede evitar los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

QUINTO.- Naturaleza de bienes y servicios objeto del contrato

En el caso de autos el préstamo está garantizado con hipoteca que recae sobre la vivienda habitual. En tales supuestos algunas resoluciones judiciales -sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña (Sección 4ª), de 28 de julio de 2015-, toman en consideración la importancia de dicho bien en la valoración del carácter abusivo



de la cláusula de vencimiento anticipado, incluso con cita de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre protección del domicilio como ámbito en el que se desarrolla la vida personal y familiar. Sin embargo, y aún teniendo en cuenta tales consideraciones, entiende este tribunal que la circunstancia de que en un proceso de ejecución hipotecaria como el de autos pueda finalizar con la pérdida de su vivienda habitual por parte del consumidor, no permite concluir en el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, por las siguientes razones:

- a) El préstamo en el que se incluye la cláusula de vencimiento anticipado tiene por objeto dinero que es entregado al prestatario con obligación de restituirlo al prestamista en los plazos y con los intereses pactados. En consecuencia, no existe una diferencia entre las prestaciones determinante de un desequilibrio por su distinta naturaleza.
- b) Aún cuando se entienda que el préstamo y la constitución de la hipoteca son contratos vinculados que, junto a la compraventa, integran un negocio jurídico complejo cuya finalidad es la adquisición de la vivienda habitual, la circunstancia de que ese bien sea el objeto del contrato no puede traducirse en una merma de derechos para el acreedor a la hora de ejercitar las correspondientes acciones para exigir el cumplimiento del contrato. Así, cuando la vivienda habitual constituye el objeto de un contrato de arrendamiento urbano, es doctrina jurisprudencial consolidada que basta el incumplimiento de la obligación de pago de una sola mensualidad para que el arrendador pueda ejercitar con éxito la acción de desahucio (SSTS de 10 de noviembre de 2010 y 18 de marzo de 2014).

SEXTO.- El carácter esencial del incumplimiento

El carácter esencial o no del incumplimiento es un parámetro a tener en cuenta cuando se trata de contratos generadores de obligaciones sinalagmáticas o recíprocas (artículo 1124 del Código Civil), pero no cuando nos hallamos ante un contrato de préstamo, real y unilateral en cuanto que en él solo se crean obligaciones para el prestatario.

Algunos autos como el de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), de 30 de julio de 2015 o Madrid (Sección 14) de 5 de septiembre de 2015 entra en este análisis, y calculan la relación porcentual entre el importe del préstamo y el de la cuota impagada, para llegar a la conclusión de que el incumplimiento es mínimo con relación a la totalidad de la prestación, lo que conllevaría la calificación de la cláusula como abusiva.

Pero aun así, aun entendiendo que ha de entrarse en el examen de si el impago de una sola cuota es incumplimiento esencial o no, han de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) El impago de una sola cuota hace que el acreedor pueda representarse, con fundamento, la inminencia de la frustración del fin del contrato. Las máximas de experiencia evidencian que cuando se produce ese primer impago suelen seguir los demás porque lo que ocurre es que la situación económica del deudor le hace difícil o imposible atender sus obligaciones, situación que se asemeja a la contemplada en el artículo 1129. 1º del Código Civil , esto es, la insolvencia del deudor que produce la pérdida del beneficio del plazo.
- b) Cualitativamente, el incumplimiento es esencial puesto que afecta a una obligación principal del contrato, esto es, la devolución del capital con sus intereses a cargo del prestatario. De incumplimiento esencial había calificado el Tribunal Supremo el impago de una cuota del préstamo en su sentencia de 16 de diciembre de 2009 .
- c) Cuantitativamente, para determinar la entidad del incumplimiento no parece admisible comparar la cuota impagada con el importe del préstamo cuando el contrato es generador de obligaciones unilaterales. La situación inicial del prestamista es de deudor de todo el capital del préstamo (en el caso de autos, 138.000 €), y el impago de una cuota (en el caso de autos la cuota mensual era 653,09 €) no hace sino incrementar dicha deuda. No cabe comparar la prestación de una parte con la de otra a efectos de determinar la entidad cuantitativa del incumplimiento ya que solamente una de ellas, el prestatario, tiene obligación de pago derivada del contrato.
- d) En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado por la falta de abono de una sola cuota o de "cualquiera de los pagos", como reza la estipulación de autos, si se declara su carácter abusivo con imposibilidad de reintegrarla (artículo 83 de la Ley General Para la Defensa de Consumidores y Usuarios), el efecto será que el acreedor habrá de instar la ejecución hipotecaria por el impago de cada una de las cuotas, lo que incluso puede perjudicarle por el incremento de costas, porque mientras tanto, al no darse por vencida la deuda, se irían devengando los intereses remuneratorios y también porque corre el riesgo de adjudicación de su vivienda habitual al ejecutante por una cantidad mínima con relación al valor de esta.

SÉPTIMO.- Análisis de la legislación nacional para determinar si el deudor puede evitar los efectos del vencimiento anticipado.



Si, vencido el préstamo, el deudor puede rehabilitar el contrato mediante el pago de las cuotas impagadas y no de la totalidad de lo que queda por devolver con sus intereses, la cláusula de vencimiento anticipado no puede producir desequilibrio alguno.

Pues bien, el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado 3 dispone:

"...el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

La ley prevé un supuesto especial de desaparición sobrevenida del objeto del proceso de ejecución que guarda semejanza con la enervación en los juicios de desahucio, aunque es más amplio dado que la permite en número ilimitado de veces con un intervalo de tres años. En cualquier caso, y por lo aquí interesa, el precepto transcrito permite al deudor evitar las consecuencias del vencimiento anticipado cuando la ejecución hipotecaria tiene por objeto la vivienda habitual, abonando tan solo las cuotas vencidas y no la totalidad del préstamo, lo que excluye toda sombra de abusividad de la cláusula.

OCTAVO.- La exigencia legal de un mínimo de tres impagos para que se produzca el vencimiento anticipado

No escapa a este tribunal que uno de los argumentos de más peso de los que se han venido utilizando para declarar el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por un solo impago es que el propio legislador, a partir de la reforma operada en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, ha establecido que el vencimiento anticipado solo puede producirse por el impago de, al menos, tres mensualidades.

Pero entiende este pleno jurisdiccional que el control del carácter abusivo de una cláusula ha de ejercerse con independencia de las concretas previsiones legales que delimitan su contenido, tal como ha señalado el propio TJUE en su sentencia de 21 de enero de 2015, que establece que la Disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que permite el recálculo de intereses para adecuarlos al límite legal no es contraria a la directiva, pero siempre que quede a salvo la facultad del juez de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas (apartado 36 y fallo de la sentencia). Aplicando a las cláusulas de vencimiento anticipado el mismo principio de independencia entre el canon legal y el control del carácter abusivo de una cláusula contractual, habremos de concluir que si la escritura establece un vencimiento anticipado por tres meses o más, ello no impide el control de abusividad, por lo que, en sentido contrario, no puede entenderse que cualquier cláusula que establece un plazo menor sea abusiva.

NOVENO.- Costas

Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales don Bartolomé Quetglas Mesquida, en nombre y representación de doña Marta, contra el auto dictado el día 20 de febrero de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Manacor en el proceso de ejecución hipotecaria del que el presente rollo dimana.

En consecuencia, se confirma en todos sus extremos dicha resolución, con expresa imposición al apelante de las costas de esta alzada.



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

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula la Ilma. Sra. Magistrada doña Catalina Moragues Vidal.

PRIMERO.- Debo señalar, ya de inicio, que el voto particular que formulo, cuyo objeto es la consideración por la mayoría de los Magistrado/as de las secciones civiles de esta Audiencia Provincial de que la cláusula de vencimiento anticipado inserta en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por una consumidora, hoy demandada, para la adquisición de su vivienda habitual no es abusiva, es formulado con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de dichos Magistrado/as, y aunque mi voto es discrepante con dicha decisión, se realiza desde la finalidad primordial de que resulte útil o sirva para el mejor estudio y análisis de las consecuencias jurídicas derivadas del control de abusividad de las cláusulas predispuestas en lo contratos suscritos por los consumidores cuyo objeto es la vivienda habitual, objeto, por tanto, de una especial protección como resulta de la STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13) en la que se dice: " *la pérdida de la vivienda familiar no sólo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores (sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartado 61), sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada (véase en ese sentido el auto del Presidente del Tribunal de Justicia Sánchez Morcillo y Abril García, EU:C:2014:1388, apartado 11).*

64 En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (véanse las sentencias del TEDH, McCann c. Reino Unido, demanda nº 19009/04, apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda nº 27183/04, apartado 137).

65 En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13 " .

SEGUNDO.- Conforme al art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias : " *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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 " .*

Según el apartado 3 de tal precepto: " *El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa " .*

Por su parte, el art. 85.4 de la mentada Disposición General establece que son abusivas: " *Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculden a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable " .*

En el caso que nos ocupa no se discute que el préstamo está garantizado con hipoteca que recae sobre la vivienda habitual de la prestataria, cuya condición es la de consumidora. En la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por las partes se pacta la resolución anticipada por la entidad de crédito, sin necesidad de requerimiento previo, por la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que las integran. Cláusula prevista sólo en beneficio del Banco y para el caso de incumplimiento de una sola cuota o de una sola amortización, o de una obligación accesorio como el impago de una liquidación de intereses o ajuste en su caso, en un contrato de larga duración. Tales circunstancias se admiten en el Auto de la mayoría, así como que se trata de una cláusula no negociada individualmente, por lo que nos hallamos en el ámbito del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo , de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que establece que " *[L]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato " . Y, de manera análoga, el art. 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone: " *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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 " .**



Sobre lo que haya de entenderse por cláusula "no negociada individualmente", el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, aclara que " [s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión ".

El presupuesto determinante de la aplicación de ambas normas es, pues, la existencia de una cláusula o estipulación no negociada individualmente, debiendo recordar a tales efectos que tanto la regla general establecida en el art. 281.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (cfr. SSTs de 2 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2009, 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y en el art. 82.2 párrafo 2º del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual " [E]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba ".

Tal como se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª) de 30 de octubre de 2015, " De entrada, la lectura de las tres estipulaciones evidencia que estamos ante cláusulas que no solo se incorporan en un contrato, sino que han sido redactadas de antemano por la entidad financiera, sin que el cliente haya podido influir en su contenido, por más que la haya podido conocer y, consciente o no de la naturaleza y consecuencias de la cláusula, la acepte en lo que constituye la expresión de un consentimiento voluntario y libre, pero no por ello debidamente formado. Una cosa es conocer la existencia de la estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipo de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto y, por ende, la aceptación del contrato, normalmente determinada por la ausencia de alternativas suficientemente fundadas, bien porque no existan, bien porque el cliente se encuentra en una posición de inferioridad tanto en lo que se refiere al nivel de información como a la capacidad de negociación propiamente dicha.

La redacción literal de dichas cláusulas no recoge concesión alguna a la posición del prestatario. Es, pues, inverosímil que, atendido el tenor literal de las mismas, hubiera no ya negociación alguna, sino la más mínima oportunidad de negociación real."

TERCERO.- Sentado que estamos ante cláusulas contractuales no negociadas individualmente, procede analizar si dichas cláusulas han ocasionado, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato, atendiendo a lo dispuesto en el art. 4 de la citada 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, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa ".

Como regla general en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, cumple recordar que la jurisprudencia más reciente sólo admite la validez de dichas cláusulas cuando "concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes "(cfr. SSTs 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, y 16 de diciembre de 2009). Línea jurisprudencial que ha sido confirmada por la STJUE de 14 de marzo de 2013 (apartado 73).

Por lo que se refiere en particular al vencimiento anticipado por la falta de pago de cualquiera de los plazos de intereses o cuotas de amortización, la jurisprudencia se ha inclinado tradicionalmente, con base en el art. 1255 CC, por considerar válidas las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, 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 SSTs de 7 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008 y la de 17 de febrero de 2011).

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Aziz, después de apuntar los criterios que el Juez nacional debe ponderar en abstracto para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual inserta en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, recordó con relación a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en este tipo de contratos: " 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 ."

Precisamente, con el fin de tratar de incorporar esta doctrina a nuestro ordenamiento positivo en materia de ejecución hipotecaria, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dio nueva redacción al art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuyo apartado 2º dice: " *Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución .*"

El apartado 3º del mismo precepto añade que, en este caso, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor " *que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte ;* y el párrafo segundo del mismo apartado aclara que, *si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, " el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades " expresadas.*

Tal como se afirma en el Auto anteriormente citado de la A.P. de Pontevedra, con la meritada reforma el legislador remite el concepto de "obligación de carácter esencial" al puntual pago de las cuotas del préstamo, estableciendo un mínimo de incumplimiento (tres cuotas pendientes) susceptible de generar el presupuesto fáctico que faculte al prestamista para resolver anticipadamente el contrato y apunta un posible remedio para el ejercicio de esta facultad a través de la consignación del importe debido. " *No obstante, se dice en la meritada resolución, conviene destacar que la reforma legal no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, por debajo del cual se impide ex lege el vencimiento anticipado, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad. Únicamente así cabría entender que la norma respeta la exigencia jurisprudencial de que el cumplimiento" tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo .*"

Pues bien, el Auto del que hoy se discrepa, alude a la reforma del artículo 693 LEC , poniendo de manifiesto que la misma supone uno de los argumentos de mas peso para declarar el carácter abusivo de la concreta cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola de las cuotas del préstamo, y, para obviar tal evidencia recurre a la doctrina del TJUE relativa a que "el control del carácter abusivo de una cláusula ha de realizarse con independencia de las concretas previsiones legales que delimitan su contenido" (razonamiento jurídico OCTAVO del auto del que se discrepa), para aplicar al vencimiento anticipado el mismo principio de independencia entre el canon legal y el control del carácter abusivo de una cláusula contractual, para concluir que en base a dicho control de abusividad y, "en sentido contrario, no puede entenderse que cualquier cláusula que establece un plazo menor sea abusiva". La antedicha conclusión supone, a juicio de la magistrada abajo firmante, vaciar de contenido la doctrina emanada no sólo del TJEU, en aplicación de la Directiva 93/13, sino también su aplicación por los Tribunales españoles, que se fundamenta en la naturaleza e importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, finalidad que sustenta, entre otros, el control jurisdiccional de las cláusulas abusivas y que es utilizada en el presente caso para "rebajar" en contra del consumidor, el mínimo de tres cuotas establecido en el artículo 693.3 LEC , tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, concreta reforma cuya justificación no es otra que eludir la calificación de ser abusiva la concreta cláusula, como la de autos, de vencimiento anticipado de cualquier impago de las cuotas revistas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

En conclusión, y haciendo míos los razonamientos contenidos en el Auto nº 201/2015, de la Sala General de Magistrados del orden civil de la A.P. de Pontevedra, constituida en Pleno Jurisdiccional, de 30 de octubre del corriente, a los que me remito y doy por reproducidos a los efectos de evitar inútiles reiteraciones, estimo que la cláusula de vencimiento anticipado de autos al hallarse prevista para cualquier clase de impago de una cuota, amortización, liquidación de intereses o ajuste, con independencia a si el incumplimiento afecta a una o más cuotas, si es total o parcial, si afecta al principal o a los intereses, si se produce al principio del periodo contractual o más avanzado en el tiempo, es abusiva por vulnerar los preceptos anteriormente citados del RDL 1/2007, cuando, además, se reitera, el art. 693.2 de la LEC , al exigir el impago, al menos, de tres cuotas, refrenda tal calificación jurídica al darnos un criterio de determinación de la abusividad.

CUARTO.- En lo que se refiere a los efectos jurídicos de la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, deberán tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:



1ª) El TJUE ha declarado reiteradamente que, del tenor literal del art. 6.1 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate 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 (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28).

2ª) En particular, el TJUE ha señalado que el mencionado art. 6.1 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 59, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 29), ya que, de hecho, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13, puesto que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31).

3ª) A la luz de estas consideraciones, el TJUE estableció que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 " se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva " (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 32).

4ª) En el presente litigio, la anulación de la cláusula del contrato, relativa al vencimiento anticipado, no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, antes al contrario, al desaparecer la cláusula, desaparece la facultad que se reservaba la entidad bancaria de dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, para el caso de impago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización. Y si la posible reclamación, al menos en vía ejecutiva, queda circunscrita a las cantidades efectivamente adeudadas, no hay duda de que la expulsión de la cláusula es beneficiosa para el consumidor y debe tenerse por no puesta, sin posibilidad alguna de integrar el contrato.

5ª) En el caso de autos, la entidad ejecutante invocó como fundamento de pretensión no solo la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y el impago de varias cuotas mensuales, sino que, de conformidad con la cláusula de vencimiento anticipado, había declarado vencido el préstamo y procedido al cierre, reclamando el saldo deudor que arrojaba. De manera que, la cláusula de vencimiento anticipado, en relación con el impago y el cierre de la cuenta, aparecen como elementos sobre los que se articula la pretensión concreta y que configuran la causa de pedir, por lo que, si la citada estipulación se anula y expulsa del contrato, varía la causa de pedir. No se trata de que el tribunal conceda menos de lo que se pide, sino que se da algo distinto, incurriendo en un vicio de incongruencia extra petita .

En consecuencia, se estima que la cláusula de vencimiento anticipado es una cláusula que constituye fundamento de la ejecución y, por tanto, su nulidad comporta el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, con independencia de que el acreedor pueda acudir a un procedimiento de ejecución ordinaria en reclamación de las cuotas vencidas, al amparo de la póliza, o a un proceso declarativo ordinario en reclamación del total capital prestado, con la preferencia, por supuesto, derivada de la hipoteca inscrita.

QUINTO.- Pese a declarar la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado y el correlativo sobreseimiento de la ejecución, estimando así el recurso y la oposición a la ejecución, se estima que la cláusula de constante referencia suscita dudas de derecho en cuanto a su calificación y consecuencias tanto sustantivas como procesales, que justifican que no se haga expreso pronunciamiento de condena en materia de costas a la parte vencida (arts. 394 y 398 LEC).



Consecuencia de todo ello es que considero que la PARTE DISPOSITIVA de la resolución del presente recurso de apelación contra el auto de 20 de febrero de 2015 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Manacor , debería acordar la ESTIMACION del mismo, DECLARANDO la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por doña Marta , ordenando el sobreseimiento de la ejecución despachada. Todo ello sin expresa imposición de costas tanto en la primera como en esta segunda instancia.

Firmado y Rubricado

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ