



Roj: **SAP B 1571/2016 - ECLI:ES:APB:2016:1571**

Id Cendoj: **08019370152016100039**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **25/02/2016**

Nº de Recurso: **403/2014**

Nº de Resolución: **42/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA BOET SERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM B 85/2014,**
SAP B 1571/2016,
STS 9/2020

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 403/2014-2ª

Juicio Ordinario núm. 725/2013

Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona

SENTENCIA núm. 42/2016

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

D. JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

Dª. ELENA BOET SERRA

En la ciudad de Barcelona, a veinticinco de febrero de dos mil dieciséis.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 3 de esta localidad, por virtud de demanda de Dña. Sofía contra la entidad BANKIA, S.A. pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 5 de mayo de 2014.

Han comparecido en esta alzada la apelante BANKIA, S.A., representada por el procurador de los tribunales Sr. Ángel Joaniquet Tamburini y defendido por el letrado Sr. Javier Casas Martínez, así como la demandante, en calidad de apelada, representada por el procurador Sra. Ana Salinas Parra y defendida por el letrado Sra. Montserrat Jansana Ferrer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: <<FALLO: *Estimando la demanda interpuesta por la representación en autos de doña Sofía se condena a la mercantil BANKIA S.A. y se declara la nulidad por abusiva de la condición general establecida en la cláusula sexta bis, vencimiento anticipado, de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de agosto de 2004, otorgada ante el notario de Gavá doña Ana Díez Arranz, protocolo 1871, entre la mercantil Caixa D'Estalvis Laietana (actualmente Bankia S.A.) y doña Sofía . Se declara nula por abusiva la cláusula sexta de la referida escritura de préstamo hipotecario referida al interés de demora por estipularse la capitalización de los intereses moratorios vencidos al capital*



pendiente. Se declara la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria 811/2011E, seguido ante el juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gavá, a instancia de Bankia S.A. contra doña Sofía , al haber constituido el fundamento de dicha ejecución la referida cláusula sexta bis de vencimiento anticipado del préstamo; en consecuencia se declara el derecho de doña Sofía a recuperar la propiedad y la posesión del inmueble que fue objeto de subasta, sito en Gavá, CALLE000 nº NUM000 , NUM001 - NUM002 . Todo ello con expresa condena en costas a la demandada >>.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada. Admitido a trámite se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito de oposición al recurso, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 16 de julio de 2015.

Actúa como ponente la magistrada ELENA BOET SERRA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- 1. La demandante, Doña Sofía , invocando su condición de consumidora, pretendió en su demanda la declaración de nulidad de dos condiciones generales de la contratación, la cláusula sexta de capitalización de los intereses moratorios vencidos al capital pendiente (pacto de anatocismo) y la cláusula sexta bis de vencimiento anticipado, contenidas en un contrato de préstamo hipotecario, concertado en escritura pública de fecha 2 de agosto de 2004, por considerarlas abusivas de conformidad con los artículos 82 y sigs. 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 - en adelante, LCU-, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC- y el art. 114 de la Ley Hipotecaria . La demanda también interesa la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra la Sra. Sofía a instancia de la entidad bancaria Bankia S.A., al haber constituido el fundamento de dicha ejecución la cláusula sexta bis de vencimiento anticipado.

2. La sentencia de primera instancia concluye (i) el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, por otorgar a la entidad prestataria de modo unilateral el derecho a resolver el contrato frente a cualquier incumplimiento sin ponderar la gravedad o alcance del mismo y ello sin perjuicio de que la entidad bancaria no diera por vencido el contrato hasta que no se hubieran impagado cinco cuotas; (ii) el carácter abusivo de la cláusula de capitalización de intereses moratorios, por ser desproporcionada de conformidad con la pauta interpretativa para apreciar la abusividad que ofrece el art. 114.3 LH ; (iii) la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

3. La sentencia es recurrida por la demandada que aduce la validez de las cláusulas generales y, en consecuencia, del procedimiento de ejecución hipotecario. Con relación a las cláusulas hipotecarias formula las siguientes alegaciones:

1ª) Validez de la cláusula sexta bis de vencimiento anticipado. La cláusula prevé la posibilidad de declarar vencido el préstamo por impago de las obligaciones del prestatario, pero su declaración de abusiva no debe de atender a la cláusula en abstracto sino que han valorarse las circunstancias del caso. En el presente caso se han constatado cinco impagos previos al vencimiento del contrato, superando el umbral establecido en el art. 693 LEC . Es por ello que, alega el recurso, no puede apreciarse el carácter abusivo de la cláusula sexta bis.

2º) Legalidad de la cláusula sexta del interés de demora. El anatocismo preprocesal en cuanto al devengo de intereses moratorios está permitido mediante pacto expreso en el ámbito de las obligaciones mercantiles (art. 317 Código de Comercio) y el art. 114.3 LH no resulta de aplicación por haber entrado en vigor con posterioridad a la constitución de la hipoteca y al procedimiento hipotecario de los que traen causa estas actuaciones.

SEGUNDO.- 4. Son hechos incontrovertidos en esta segunda instancia la condición de consumidora de la demandante, el carácter de vivienda habitual de la finca hipotecada y la consideración de condición general de la contratación de las cláusulas Sexta y Sexta Bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad prestamista-demandada con fecha 2 de agosto de 2004.

5. La cláusula Sexta , con el título *Intereses de demora*, tiene el siguiente tenor literal:

" Caso de no satisfacerse a su vencimiento cualquiera de las cuotas convenidas, comprensivas de capital e intereses, que en este caso se capitalizarán, y en concepto de penalización, la Caja, sin perjuicio de la facultad de dar por vencida el préstamo, podrá cobrar **intereses de demora al tipo que se venía devengando, según el presente contrato, más CINCO (5'00) puntos.** Este tipo de interés de demora se devengará hasta el momento del efectivo pago de la cuota no satisfecha, aún cuando el mismo se verificará dentro de un periodo de intereses diferente al del vencimiento previsto.



Este interés de demora se devengará día a día, desde el siguiente al vencimiento previsto y hasta su efectivo cobro.

En el caso de vencimiento anticipado del préstamo, el interés de demora se aplicará sobre el importe total adeudado en aquel momento, capitalizándose los intereses vencidos al capital pendiente.

Para el cálculo del importe absoluto de los intereses que se devenguen en aplicación de este tipo de demora, se utilizará la fórmula que se indica a continuación, con igual sistema de devengo y liquidación, que se indica en la cláusula segunda.

$C \times i \times d : 36.500$

C = cuota impagada

i = interés de demora

d = días transcurridos desde la fecha prevista para el pago de la cuota, hasta el día de su pago efectivo.

6. Constituye el objeto de la controversia que se traslada a esta alzada el carácter abusivo del pacto de capitalización del interés moratorios o pacto de anatocismo, sin que haya formado parte del debate en ninguna de las dos instancias el carácter abusivo del tipo de interés moratorio estipulado por la referida cláusula sexta.

Por ello, no obstante la imperatividad del control de oficio de las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores y el deber de atemperar las rigideces del proceso en los supuestos de cláusulas abusivas en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión (como tiene declarado el Tribunal Supremo en auto de 6 de noviembre de 2013 - *Roj* ATS 10482/2013 - y la reciente STS nº 705/2015, de 23 de diciembre de 2015), el respeto a los principios de audiencia y contradicción nos impiden examinar el carácter abusivo de toda la cláusula sexta, esto es, el tipo de interés moratorio estipulado y el pacto de anatocismo, y nos obliga a limitar nuestra revisión al pacto de anatocismo, por cuanto, como ya hemos dicho, el carácter abusivo o validez del tipo de interés fijado por la cláusula no ha sido objeto de debate alguno y no ha habido contradicción sobre la misma y, de forma esencial, porque no fue solicitado en la demanda.

7.- En nuestro ordenamiento jurídico se prevé la posibilidad de que se capitalicen los intereses moratorios y, por tanto, en términos generales no cabe negar la validez del pacto de anatocismo. Así resulta tanto de nuestro derecho positivo como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el ámbito del derecho civil, el artículo 1.109 CC admite el anatocismo al disponer que los intereses vencidos, tras ser reclamados judicialmente, devengarán, a su vez, nuevos intereses, *aunque la obligación haya guardado silencio en este punto* . En cambio, en el ámbito del préstamo mercantil, el artículo 317 Cco parte del principio general prohibitivo de la capitalización de los intereses (*" Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses"*, primer inciso del art. 317 CCo), salvo que las partes contratantes lo acuerden (*" Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos "*, segundo inciso del art. 317 Cco). En ese sentido, la STS de 12 de enero de 2015 (*Roj*: STS 462/2015) afirma que: *" el anatocismo pactado expresamente en el contrato de préstamo hipotecario se admite, como se deduce, a sensu contrario, del artículo 1109, primer párrafo segundo inciso, del Código Civil y se desprende del principio de la autonomía de la voluntad, básico en el derecho privado y proclamado en el artículo 1255 del Código Civil y reconocido en el artículo 317, primer inciso, del Código de Comercio* .

En fecha más cercana al otorgamiento de la escritura de préstamo que nos ocupa dicho pacto fue reconocido explícitamente por la sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 1994 que, al celebrarse un contrato de préstamo mercantil con intereses, declaró que podía estipularse expresamente que los intereses vencidos y no satisfechos se acumulasen al capital para seguir produciendo los intereses pactados, lo que doctrinalmente se conoce como pacto de anatocismo".

De lo expuesto se sigue que para el préstamo mercantil la norma es la prohibición de la capitalización de los intereses moratorios. De lo que cabe colegir que la validez del pacto de anatocismo no puede pasar desapercibido al consumidor, sino que éste debe ser advertido e informado del mismo para que pueda, en su caso, aceptarlo expresamente. Sólo el anatocismo pactado expresamente es válido en el contrato de préstamo mercantil.

Además, en la actualidad y para los préstamos con garantía hipotecaria sobre la vivienda, el art. 114 LH , tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*, contiene una prohibición expresa del pacto de anatocismo (*" Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés*



legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil " (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, esa norma no estaba en vigor al tiempo de suscribirse el contrato de préstamo que nos ocupa y, por ello, consideramos que no cabe apoyar en esa norma prohibitiva la declaración de nulidad por abusividad del pacto de anatocismo contenido en la cláusula sexta.

8. No obstante, la validez de una condición general que contiene el pacto de anatocismo en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con un consumidor, además de ser aceptado expresamente por éste, debe cumplir los presupuestos de validez de las condiciones generales en contratos con consumidores que establece el derecho positivo y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

El artículo 5 de la LCGC sujeta la validez de las condiciones generales a que su redacción se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. El artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...), aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...); b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido (...)". Y la Directiva 1993/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores también dispone en su art. 5 que " en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible" y el vigésimo considerando de la directiva puntualiza que el consumidor real debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas.

Así, sobre la interpretación de qué debe entenderse en los contratos con los consumidores para cumplir con ese requisito de redacción clara y comprensible, la STJUE 30 de abril de 2014 (as. C-26/13) declara:

(70) *Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, apartado 44).*

(71) *Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical.*

(72) *Por el contrario, como ya se ha recordado en el apartado 39 de la presente sentencia, toda vez que el sistema de protección establecido por 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, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva.*

La Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015 (as. C-143/13), reitera la citada doctrina sobre el requisito de la transparencia de las condiciones generales en los contratos con consumidores:

(73) *A este respecto, debe recordarse que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en los artículos 4, apartado 2 , y 5 de la Directiva 93/13 -los cuales tienen, por lo demás, un alcance idéntico- no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartados 69 y 71).*

(74) *De los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73).*

El Tribunal Supremo también ha sentado, con base en ello, su doctrina sobre el alcance del presupuesto de la transparencia de las cláusulas generales en contratos con consumidores (sobre cláusulas que definen el objeto principal, en particular, la cláusula suelo: STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 , con cita de las anteriores sentencias 241/2013, de 9 de mayo ; 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo y 222/2015, de 29 de abril ; y con cita a las siguientes sentencias dictadas con anterioridad sobre la procedencia del control de transparencia: STS 834/2009, de 22 de diciembre ; 375/2010, de 17 de junio ; 401/2010, de 1 de julio ; 842/2011, de 25 de noviembre ; 406/2012, de 18 de junio ; 827/2012,



de 15 de enero de 2013 ; 820/2012, de 17 de enero de 2013 ; 822/2012, de 18 de enero de 2013 ; 221/2013, de 11 de abril ; 638/2013, de 18 de noviembre y 33/2014, de 30 de junio), declarando recientemente que a efectos de control de transparencia, lo determinante es que la cláusula en cuestión se ha acreditado que fuera negociada individualmente, sino que fue impuesta y predispuesta por la entidad prestamista. Como dijimos en la Sentencia del Pleno nº 241/2013, de 9 de mayo , "[e]l cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente". Así como que "[l]a transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos con suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato" (STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015).

9. En el supuesto de autos, el pacto de capitalización de los intereses moratorios se encuentra inserto en la cláusula de intereses moratorios sin destacarlo de modo alguno, -sin título ni caracteres tipográficos distintos- y en la que sólo se destaca el tipo de interés aplicable, y, además, sin que se le ofreciera a la demandante información alguna que le permitiera comprender los efectos de ese pacto en el cálculo de la cantidad a pagar en el supuesto de retraso en el cumplimiento de la obligación de devolución del préstamo, con la trascendencia que implica la capitalización de los intereses moratorios en la determinación de la suma que deberá pagar el consumidor-demandante dado que los intereses devengados pasan a incrementar el capital que, a su vez, generara nuevos intereses, lo que perjudica al consumidor por comportar un incremento considerable de la deuda.

No ha sido acreditado, por tanto, que la demandada facilitara información alguna sobre el contrato de préstamo suscrito, a pesar de haber sido requerida por auto de fecha 10 de febrero de 2014, y a propuesta de la actora en la audiencia previa y acordada como diligencia final, la documentación consistente en la oferta vinculante y demás documentos informativos relativos al préstamo hipotecario suscrito, ya que la demandada manifestó que se había extraviado el expediente financiero interesado. Además, la demandante Sra. Sofía declaró, en el interrogatorio de parte, que no recibió información ni explicación alguna sobre el contenido y alcance de la cláusula sexta referente al interés de demora.

De lo que debe concluirse que la referida cláusula general de capitalización de intereses no supera el control de transparencia exigido y esa falta de transparencia impide la validez del pacto de anatocismo, máxime cuando, como se ha dicho, la validez del anatocismo requiere su aceptación expresa por el consumidor; y como ya afirmábamos en nuestra sentencia de Como ya afirmábamos en nuestra sentencia de 25 de noviembre de 2015 (ROJ: SAP B 10768/2015) «... no es admisible que el devengo de intereses se produzca por el simple hecho del vencimiento, como resulta del pacto. En esto sí que creemos que el pacto es nulo porque viene a establecer una forma de interés compuesto que impide al consumidor conocer con facilidad cuál es el tipo pactado como interés moratorio. Sólo en el caso de que se hubiera pactado un concreto procedimiento de liquidación que permitiera al consumidor conocer de forma efectiva el devengo y la capitalización el pacto podría ser admisible ».

10. Por tanto, debemos concluir la nulidad de la condición general relativa al anatocismo o capitalización de los intereses moratorios y, en consecuencia, debemos confirmar el pronunciamiento de primera instancia que declara su nulidad.

TERCERO.- 11. La cláusula Sexta bis, bajo el título *Resolución anticipada por la Entidad de Crédito*, tiene el siguiente tenor literal:

" No obstante el plazo estipulado de duración del presente contrato, la Caja acreedora podrá dar por vencido este préstamo considerándolo resuelto y anticipadamente vencida la deuda, además de por las causas generales previstas en las Leyes, cuando concurra cualquiera de las siguientes causas:

La falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula segunda.

.."

12. El prestatario demandado incumplió el pago de cinco cuotas, de las 360 cuotas mensuales en las que se obligó a amortizar el préstamo por importe de 100.000 euros de principal y con una duración de 30 años, y la entidad prestamista, con base en la transcrita cláusula, declaró el vencimiento del préstamo por incumplimiento y formuló demanda de ejecución hipotecaria, habiéndose producido la ejecución de la hipoteca y, tras declararse desierta la subasta, la finca fue adjudicada a la entidad demandada Bankia, S.L.

13. Como recuerda la reciente Sentencia nº 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 , en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor 'pierde' el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A



su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC , siempre y cuando se haya pactado expresamente."

También en anteriores sentencias nuestras hemos señalado que a la fecha de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, 2 de agosto de 2004, la legislación vigente partía de la validez de tales cláusulas. Así, el artículo 693.1º de la LEC establecía lo siguiente: " *Lo dispuesto en este Capítulo (relativo a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados), será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro* " .

El Tribunal Supremo también había declarado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estén claramente determinados en el contrato los supuestos en que se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista. Así, en sentencia de 16 de diciembre de 2009 , al tratar sobre la validez de la cláusula de vencimiento anticipado " *cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo* " concluyó que " *la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el artículo 1255 del Código civil la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra 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* " , citando al respecto las sentencias del mismo Tribunal de 7 de febrero de 2000 , 9 de marzo de 2001 , 4 de junio de 2008 y 12 de diciembre de 2008 . También la STS de 17 de febrero de 2011 señala: " *Esta Sala tiene declarado en sentencia número 506/2008, de 4 de junio , que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente (en la sentencia que cita la parte recurrente de 7 de marzo de 1999) por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil , no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas; por ejemplo, en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000*". Y la citada sentencia nº 506/2008, de 4 de junio , precisó que " *atendiendo a los usos de Comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones, como la convenida, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), en el caso de autos, cuando concorra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo*" .

14. Ahora bien, la STJUE de 14 marzo 2013 (as. C-415/2011) aborda la cuestión, concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas, en los siguientes términos: " *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*" (ap. 73).

La doctrina establecida en esa sentencia ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modifica el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.

15. En el presente caso, a diferencia del incidente de oposición a la ejecución del artículo 695 de la LEC , en el que se pueden valorar las circunstancias concretas del incumplimiento y la forma en que se ha ejercitado la resolución, el carácter abusivo de la cláusula lo hemos de analizar en abstracto.

Así lo declara la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 , que haciendo referencia a la citada STJUE de 14 de mayo de 2013 , declara:

" *la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente*



de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución por incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante este tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la validez de la cláusula y nbo sobre su aplicación.

(...)

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC , los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).

16. Pues bien, la cláusula impugnada permite a la entidad de crédito dar por vencido el préstamo a partir de un incumplimiento que en ningún caso podríamos considerar grave o esencial, en atención a la cuantía y duración del préstamo, como es el impago de una sola cuota. La respuesta al incumplimiento -el vencimiento anticipado y la pérdida del plazo- es desproporcionada y, en consecuencia, la cláusula es abusiva conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1 ° y 85.4° del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios .

17. En consecuencia, procede confirmar el pronunciamiento a quo declarativo de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por abusiva.

CUARTO.- 18. Declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado procede enjuiciar si ello conlleva la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, como ha declarado la sentencia recurrida y frente a cuyo pronunciamiento se alza el recurso de apelación.

19. Para la mejor resolución de la controversia suscitada debemos acudir a la reciente conclusión que en buena hermenéutica jurídica ofrece la citada Sentencia del Tribunal Supremo del pasado 23 de diciembre de 2015 y que reproducimos a continuación:

"5. La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restitución del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad.

Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 Cc), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una medida de 26 años; lo que redundaría en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.

6.-Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor.



Así ha de tomarse en consideración la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC , al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de 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 tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Aun más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo art.693 LEC , éste no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario.

Asimismo, la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el art. 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el art. 682-2-1ª LEC , al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes LEC , que no resultarían aplicables en el juicio declarativo.

7.-De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreeser el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados."

20.- Aplicado lo anterior al supuesto de autos, debemos concluir que la nulidad de la cláusula sexta bis de vencimiento anticipado no conlleva la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria y, por tanto, procede revocar el pronunciamiento a quo que declara su nulidad.

En efecto, la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no impide despachar la ejecución y, en consecuencia, no obliga a la entidad demandada-parte ejecutante acudir a un proceso declarativo para obtener la resolución contractual, con base en un incumplimiento que justifique su vencimiento anticipado con arreglo al art. 1.124 CC .

La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no veda el acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria y ello porque cabe sustituir esa cláusula para evitar una laguna contractual en perjuicio del consumidor, como argumenta la citada STS.

Es menester significar que en el supuesto de autos no se ha vulnerado el derecho de la demandante-parte ejecutada a liberar el bien hipotecado con arreglo a lo dispuesto en el art. 693.3 LEC . Pues, si bien es cierto, como afirma en su escrito de demanda, que la parte ejecutante no le comunicó la posibilidad de liberar el bien con arreglo a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC ("... el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de 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), es asimismo cierto que, como resulta del tenor literal del referido precepto, no se impone esa obligación a la parte ejecutante sino que se le faculta para ello y que, además, el referido precepto otorga a la parte ejecutada el derecho a liberar el bien, aun sin el consentimiento del deudor, cuando el bien hipotecado fuese su vivienda, como ocurre en el supuesto de autos. Pues bien, no consta en autos que la parte ejecutada pretendiera en ningún momento el ejercicio del referido derecho, por lo que no estimamos vulnerado el derecho a enervar la ejecución y rehabilitar el préstamo hipotecario que confiere el art. 693.3 LEC .

CUARTO.- 21. La estimación parcial del recurso de apelación conlleva que no se haga especial imposición de las costas causadas en esta segunda instancia, conforme a los artículos 398.2 LEC . Por lo que se refiere a las costas causadas en la primera instancia se mantiene el pronunciamiento de condena en costas a la demandada por estimación sustancial de la demanda.



FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad BANKIA, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 5 de mayo de 2014, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que modificamos en el sentido de revocar la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria 811/2011E, seguido ante el juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gavá, a instancia de BANKIA S.A. contra Dña Sofía, y con confirmación de los restantes pronunciamientos; todo ello sin expresa imposición de las costas procesales causadas por el recurso. Con devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.