

que pueda restablecer la igualdad entre éstas" (Sentencias Mostaza Claro, Pannon GSM y Asturcom Telecomunicaciones, entre otras Sentencias del TJUE).

El apartado primero del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE señala que se considerarán abusivas las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente "(...) 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".

A continuación el apartado segundo del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE afirma que "Se 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." Y añade dicho precepto que "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión." Asimismo asume la carga de la prueba "El profesional que que firme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente".

En el anexo a la Directiva, al que se remite el artículo 3, apartado 3, se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas, en su número 1, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. No obstante, la lista que contiene el referido anexo sólo sirve como orientación sobre qué tipo de cláusulas pueden ser declaradas abusivas, y no tiene carácter exhaustivo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE "El carácter abusivo de una cláusula contractual ha de apreciarse 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".

Establece el segundo apartado de dicho precepto una limitación al señalar que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Esta limitación, como se expondrá más adelante en la presente resolución, no ha sido transpuesta por el legislador español.

Además, el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE prevé las consecuencias de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula entre consumidor y profesional. Así, dicho precepto impone a los Estados miembros la obligación de establecer que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional no vincularán al consumidor, y prevé "que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

La Sentencia de 30 de mayo de 2.013 dictada en el asunto C-488/11, señala la citada resolución que "el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios a estos efectos, deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional" "...) el papel que el Derecho de la Unión 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".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013, en relación a las cláusulas suelo, ha venido a poner fin a la aparente contradicción existente entre el artículo 4.2 de la Directiva y la falta de transposición de tal limitación al ordenamiento nacional, concluyendo en relación a las cláusulas suelo, que al ser tales cláusulas definitorias de un elemento esencial del contrato, como es el precio, no procede el control judicial de su equilibrio. En consecuencia, el TS veta el control de equilibrio en cláusulas definitorias de elementos esenciales del contrato.

La Directiva 93/13/CEE se transpuso en nuestro ordenamiento jurídico fundamentalmente a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, "Ley 7/1998"), en la que se llevó a cabo la incorporación de la citada Directiva mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera, modificaba el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Actualmente estas disposiciones legales junto con otras normas de transposición de Directivas comunitarias en materia de protección

de los consumidores y usuarios, se hallan refundidas en el 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 (en adelante "RD.L 1/2007"), que derogó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los consumidores y usuarios y entró en vigor el 31 de noviembre de 2007.

Entre sus preceptos, cabe destacar el artículo 82, que afirma que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. 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."

El artículo 83, dispone que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato"(el artículo 83 prevé la posibilidad de que el juez efectúe la integración del contrato).

En relación a tal precepto el TJUE ya declaró en Sentencia de 14 de junio de 2012, dictada en el asunto C-618/2010, que la Directiva 93/13/CEE "se opone al artículo 83, 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. Ello podría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas 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. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor". Esta contradicción ha de ser dirimida a favor de la jurisprudencia del TJUE en base al principio de efecto directo y de primacía del Derecho Comunitario anteriormente aludido.

La Sentencia referenciada de 14 de marzo de 2013 recueta en este punto que "para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido". Y que ha de realizarse "un análisis comparativo" para que "el juez nacional" valore "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".

Además deberá examinarse "la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas."

En cuanto a la las circunstancias en que se causa ese desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, "el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual."

TERCERO.- La protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que fue modificada por la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que adaptó al Derecho interno la Directiva 13/1993, de 5 abril 1993, de Protección

del Consumidor frente a Cláusulas Abusivas en los Contratos. La Ley 26/1984 fue sustituida por el 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. El artículo 82 define el concepto de cláusulas abusivas como "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". El artículo 83 establece las consecuencias de la calificación como abusiva de una cláusula de un contrato celebrado con consumidores, declarándolas nulas de pleno derecho y subsistiendo, no obstante, el contrato entre las partes siempre que ello sea posible. Finalmente, el TRLGDCU regula específicamente las cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art. 85), por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86), por falta de reciprocidad (art. 87), cláusulas abusivas sobre garantías (art. 88), cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89), y cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90).

De la anterior regulación se infiere que su ámbito subjetivo de protección se circunscribe exclusivamente a la figura del consumidor, y por ello el artículo 2 del Texto Refundido dispone que esta norma "será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios", y el actual artículo 3 declara que "son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficina o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

En definitiva, es consumidor o usuario aquel que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, sin incorporarles, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

Además, como recuerda la STS de 9 de mayo de 2013 en su fundamento jurídico 233 c), el control de abusividad únicamente puede referirse a contratos celebrados con consumidores y no puede extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de

abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: "El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios". Y añade: "En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley". Es decir, cuando la Ley se refiere a cláusulas abusivas únicamente está remitiendo a las condiciones generales o a las cláusulas predispuestas que se incluyen en contratos celebrados con consumidores.

En conclusión, solo si nos hallamos ante un contrato de préstamo celebrado con consumidores se puede alegar como motivo de oposición en un procedimiento de ejecución hipotecaria, al amparo del artículo 695.1.4º de la LEC, el carácter abusivo de un cláusula contractual que constituye el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (En este sentido se han pronunciado, entre los más recientes, los autos de la Sec. 1ª de la AP de Córdoba de 26 de junio de 2015 [ROJ: AAP CO 170/2015] y de la Sec. 1ª de la AP de Barcelona de 12 de junio de 2015 [ROJ: AAP B 883/2015]).

Exponesto lo anterior, hemos de analizar si en la presente ejecución hipotecaria nos hallamos ante un contrato, el de préstamo con garantía hipotecaria, celebrado con consumidores.

El artículo 2.b de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, considera consumidor a toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

El artículo 3 del Decreto Legislativo 1/2007 considera consumidores y usuarios a los efectos de dicha norma, a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

La jurisprudencia, como recuerda la STS de 18 de junio de 2012 (ROJ: STS 5966/2012) ha delimitado el acto de consumo haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a

cláusula 6.a bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo”, segundo, que “el metro hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula”, y tercero, que “las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una ‘cláusula abusiva’, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica”, esto es, que “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”.

- La **sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015 (recurso nº 265812013) de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo**, que, tras recordar que el propio tribunal, “en la sentencia 470/2015, de 7 de septiembre, declaró que “no puede ser considerada como cláusula abusiva” la de vencimiento anticipado que se limite a “la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato”, ya que “El TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (por todas, STJUE de 30 abril de 2014, asunto C-280/13)”, llega a la conclusión (en relación a la abusividad de una cláusula de vencimiento sustancialmente igual a la que nos ocupa) de que “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 Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el 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. Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable”.

aunque no por “la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita”, sino por “los términos en que la condición general predispuesta permite” a la predisponente ejercer dicha facultad.

- La **sentencia de 18 de febrero de 2016 (recurso nº 22111/2014) de la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo** que, en relación a la abusividad de una cláusula de vencimiento sustancialmente igual a la que nos ocupa, reitera (de hecho cita transcribe literalmente) los argumentos sentados en la citada sentencia de pleno de 23 de diciembre de 2015.

De este modo, sobre la base de la doctrina jurisprudencial expuesta, dado que la cláusula de vencimiento anticipado que nos ocupa se pronuncia en los mismos términos que la analizada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, no podemos sino llegar a la misma conclusión que nuestro alto tribunal y declarar que la misma: 1) Produce un desequilibrio importante en las obligaciones contractuales en detrimento del consumidor, que ante el menor incumplimiento se ve amenazado con un vencimiento anticipado que le imposibilita absolutamente para cumplir la obligación; y 2) que la misma, por lo gravoso de sus términos, no habría sido aceptada por el consumidor en una negociación entre iguales.

Por todo lo expuesto, procede declarar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato (los contratos) de los cuales trae causa la presente ejecución hipotecaria, en concreto en la condición sexta bis a) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes en fecha de 4 de octubre de 2007, el cual fue objeto de novación, mediante escritura de novación de hipoteca de 5 de diciembre de 2008 y de 28 de octubre de 2010.

Y todo ello con independencia de que la parte ejecutante no hubiese ejercitado la facultad del vencimiento anticipado hasta producidos una pluralidad de incumplimientos por parte de los prestatarios (incluso más de los tres que se prevén como mínimo en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) al tiempo de interposición de la demanda ya que, como se expresa en pacífica jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como del Tribunal Supremo, “las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica”, o lo que es lo mismo, que “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".

QUINTO.- Declarada la nulidad de la cláusula que establece la facultad de vencer anticipadamente el contrato por parte de la entidad predisponente; debemos analizar ahora cuáles son los efectos que se derivan de dicha declaración de nulidad; y esto nos exige nuevamente realizar un estudio de lo dispuesto por la Jurisprudencia más reciente en relación a esta cuestión.

En primer lugar, debemos partir de la constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a los efectos que deben acompañar a la declaración de nulidad de las cláusulas consideradas abusivas; jurisprudencia que puede sintetizarse en los siguientes pronunciamientos:

- **La sentencia de 30 de abril de 2014 de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** que; resolviendo a una cuestión prejudicial por la que "el tribunal remitente pregunta... si en una situación ... en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional", y tras recordar que "El Tribunal de Justicia ha juzgado que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una regla del Derecho nacional que permite al juez nacional, cuando éste constata la nulidad de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, integrar dicho contrato modificando el contenido de dicha cláusula (Sentencia Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 73)", concluye que, "Sin embargo, de ello no se sigue que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponga a que en una situación como la del asunto principal el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suplina la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional.

Por el contrario, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición de esa clase, que se presume no contiene cláusulas abusivas, según expresa el decimotercer considerando de la Directiva 93/13, está plenamente justificada por la finalidad de la Directiva 93/13, ya que consigue el resultado de que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula III/2 y siga

obligando a las partes.

En efecto, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que según constante jurisprudencia esa disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véanse, en este sentido, en especial, las sentencias Perencová y Perenič, C 453/10, EU:C:2012:144, apartado 31, y Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 40 y la jurisprudencia citada).

En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse.

En efecto, tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a éste más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca.

Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional".

- **La sentencia de 21 de enero de 2015 de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** que; tras "...recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, de la redacción del artículo 6, apartado 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 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, ese mantenimiento 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)", establece que, si bien "Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 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", "esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (véase, en este sentido, la sentencia, Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartados 82 a 84)".

- El auto de 15 de junio de 2015 de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que establece que "Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 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. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixaabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 33)".

Y, centrándonos en la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo en relación a este extremo, debemos traer a colación los siguientes pronunciamientos:

-La sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 (recurso núm. 2351/2012) que,

realizando un amplio estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea existente hasta la fecha, recuerda que "El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, que los jueces nacionales están obligados 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. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C- 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixaabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces « para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas 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 ese modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, declaró que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 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, 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.»

2.- En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kasler y Hajnalka Kaslerné Rábal, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y CaixaBank, párrafo 33°.

- La sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2015 (recurso núm. 1687/2015), que reitera que "la consecuencia de la apreciación de la abusividad..." de una cláusula "Es, simplemente, la supresión..." de la misma.

- La sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015 (recurso núm. 2658/2013) de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, partiendo de 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 objeto 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 oblige al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización", concluye que "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 sobreesamiento 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, este 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 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. 682-2-1.a 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.

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”.

- La **sentencia de 18 de febrero de 2016** (recurso núm. 2211/2014) de la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, en relación a la abusividad de una cláusula de vencimiento sustancialmente igual a la que nos ocupa, reitera (de hecho cita transcribe literalmente) los argumentos sentados en la citada sentencia de pleno de 23 de diciembre de 2015 respecto a los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Pues bien, partiendo de la doctrina expuesta, debemos advertir: En primer lugar, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es rotunda al indicar que la facultad del Juez de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional está doblemente condicionada: por un lado a que ello, permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones contractuales de las partes, en beneficio del consumidor; y de otro lado, se impone la condición de que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad (Sentencias de 30 de abril de 2014 y 21 de enero de 2015, así como el auto de 15 de junio de 2015). En este sentido es preciso recalcar lo siguiente: 1) La declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no implicaría en ningún caso, la nulidad de la totalidad del contrato celebrado entre las partes; siendo así que dicho contrato subsistiría en todos sus términos con la sola supresión de la facultad del prestamista de declarar unilateralmente el vencimiento anticipado y de reclamar por vía ejecutiva la devolución de la totalidad del capital prestado con sus respectivos intereses; 2) La solución tomada por la sentencia del Tribunal Supremo no cristalizaría en la restitución del equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes en relación a la subsistencia del plazo de devolución de la cantidad prestada; sino sobre la vivienda habitual del mismo y sólo si el profesional, en su exclusivo beneficio, opta por ejercer la acción hipotecaria y no por utilizar – para dirigirse también frente a fladores y otros obligados por el contrato garantizado – la vía del procedimiento de ejecución dineraria ordinaria o, incluso, la vía del juicio monitorio) de una serie de “privilegios” (véase la “enervación” de la ejecución, la posible liberación mediante la entrega del bien gravado y una mayor valoración del mismo en caso de adjudicación al acreedor en la

subasta); que se han establecido por el legislador español en beneficio de todos los propietarios de determinados inmuebles (vivienda habitual) gravados con hipoteca y en el exclusivo marco del proceso de ejecución hipotecaria. 3) No puede considerarse acreditado que, el mantenimiento del procedimiento de ejecución dineraria constituya en todo caso un beneficio para dicha parte ejecutada.

Debemos pues, concluir, a la vista de estos argumentos expuestos, que la doctrina propuesta por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, no resultaría de aplicación al presente caso.

Así, en los dos votos particulares formulados a las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, tras un pormenorizado estudio crítico tanto de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como del propio Tribunal Supremo (incluyendo aquellos con los que discrepa), concluye el Magistrado, de forma tajante (y muestra este Juzgador convivencia con estos razonamientos), que: *“La aplicación en estos casos del artículo 693.2 LEC, constituye, por tanto, una vulneración de la doctrina jurisprudencial de TJUE en el ámbito de su competencia y comporta tanto una integración de la cláusula ya declarada abusiva, pues el principal efecto de la nulidad de pleno derecho del régimen de ineficacia no se cumple, dado el no sobreesimiento de la ejecución instada, como un vaciamiento de su efecto o función disuasoria pues, como se ha señalado, con la continuación del proceso de ejecución hipotecaria el mensaje que se transmite no es otro que el acreedor predisponente pueda volver a utilizar ésta, u otras cláusulas igualmente abusivas, sin sanción concluyente al respecto confiando, en todo caso, que su cláusula abusiva será integrada y, por tanto, validada, en atención a los supuestos previstos en el artículo 693.2 LEC. En contra de las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 30 de mayo de 2013, entre otras, que solo permiten la ponderación de estos criterios; y los que cita la Sentencia al final del apartado cuarto, en el plano estricto de la valoración o calificación del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, pero nunca para moderar o integrar los efectos producidos por la cláusula declarada abusiva que resulten perjudiciales para el consumidor, esto es, el despacho de la ejecución instada que necesariamente tiene que ser sobreesida”.*

En definitiva, teniendo en cuenta que según lo establecido en la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978 (caso

Simmenthal), el juez nacional está obligado a inaplicar aquella normativa interna que, aunque tenga rango de ley, considere contraria a la normativa comunitaria (integrada por las interpretaciones que de la misma realizan las resoluciones del Tribunal de Justicia); debemos, por esta razón, declarar la inaplicabilidad al presente caso de la solución propuesta por las sentencias del Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016.

Por todo lo expuesto, declarada la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en los términos en que fue predispuesta en el contrato de autos (los contratos), al tratarse de una cláusula cuya aplicación tiene lugar en caso de incumplimiento del prestatario de alguna de las obligaciones derivada del préstamo y demás contratadas en la escritura y siendo un préstamo consistente inicialmente en devolver durante 35 años el mismo en 420 cuotas mensuales, el impago de 9 de dichas cuotas (desde agosto de 2012 a abril de 2013) no puede considerarse como incumplimiento grave ni esencial del contrato que legitime la aplicación de vencimiento anticipado, más aún cuando su aplicación no está prevista para un incumplimiento esencial y grave de las obligaciones de pago; y no considerando aplicable la facultad de mantener la vigencia de la cláusula mediante la sustitución de su contenido con el tenor de lo dispuesto en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede denegar el despacho de la ejecución interesada por la entidad mercantil BBVA S.A., con el consiguiente sobreseimiento y archivo del procedimiento.

En este mismo sentido y a esta misma conclusión (inaplicación de la posible solución apuntada por el Tribunal Supremo y sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria), han llegado, entre otras, la sentencia 28/2016, de 3 de febrero, de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia (recurso núm. 536/2014); el auto 457/2016, de 22 de marzo, de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia (recurso núm. 1107/2015); el auto 107/2016, de 22 de marzo, de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (recurso núm. 659/2015); y el auto 113/2016, de 31 de marzo, de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (recurso núm. 90/2015).

La anterior declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y los efectos que se han anudado a la misma (esto es, la denegación del despacho de ejecución y el consiguiente sobreseimiento y archivo del procedimiento) hacen innecesario el

entrar a conocer y a resolver sobre la posible abusividad de las otras cláusulas previstas en el contrato de garantía hipotecaria del que deriva la presente ejecución.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

QUE DEBO DECLARAR Y DECLARO LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA QUE ESTABLECE LA FACULTAD DE VENCIMIENTO ANTICIPADO en la condición particular **SEXTA BIS** del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha de 4 de octubre de 2007, el cual fue objeto de novación, mediante escritura de novación de hipoteca de 5 de diciembre de 2008 y de 28 de octubre de 2010.

En su consecuencia, **ORDENO EL SOBRESEIMIENTO Y ARCHIVO** del procedimiento de Ejecución Hipotecaria tramitado ante este Juzgado con el número 1263/2013 (Sección 2ª).

Notifíquese a las partes esta sentencia, contra la que podrán preparar **RECURSO DE APELACION** ante la **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA** dentro de los **VEINTE DIAS** siguientes a su notificación con arreglo a lo prevenido en el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

Para la admisión del referido recurso será preceptiva la previa constitución de un depósito de **50 €** en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el modo y forma previstos en la D.A. 15ª de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada a la misma por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de Noviembre.

Así lo acuerda, manda y firma **D. SEBASTIÁN CERESO CANO**, Juez en sustitución del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granollers y su partido. Doy fe.