

**Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 4
de Blanes
Execució de títols no judicials (hipotecària) 328/10**

Incident d'oposició a l'execució

INTERLOCUTÒRIA nº 164/17

Jutge: Juan Manuel Sánchez Freyre

Blanes, 19 d'octubre de 2017.

Antecedents de fet

Primer. La Procuradora XXXXXXXXX, en representació de XXXXXXXXX, assistit de la lletrada XXXXXXXXX, la Procuradora XXXXXXXXX, en representació de XXXXXXXXX, assistida del lletrat XXXXXXXXX i la Procuradora XXXXXXXXX en representació de XXXXXXXXX, assistida del lletrat XXXXXXXXX, es van presentar escrits en què varen formular oposició a l'execució despatxada mitjançant la interlocutòria de 23 de octubre de 2014 a instància del procurador dels tribunals XXXXXXXXX, en representació de XXXXXXXXX SA, interposada el dia 9 de abril de 2010, assistida del lletrat XXXXXXXXX, contra els esmentats executats, en què varen sol·licitar la declaració judicial de nul·litat de les clàusules que van assenyalar com a abusives en el préstec hipotecari, l'impagament del qual va donar lloc a aquest procediment, i el seu sobreseïment.

Segon. Mitjançant la diligència d'ordenació de 14 de setembre de 2017 es van tenir per formulades les esmentades oposicions a l'execució, es va formar la peça separada que es va traslladar a l'executant per a les al·legacions, sense perjudici de la celebració de la vista, que es va assenyalar pel dia 16 d'octubre de 2017.

Tercer. En aquesta data es va celebrar la vista, a la qual van assistir ambdues parts, amb la postulació processal i l'assistència lletrada requerides, la part executant assistida del lletrat XXXXXXXXX, el lletrat XXXXXXXXX en defensa de XXXXXXXXX, la lletrada XXXXXXXXX en defensa de XXXXXXXXX i el lletrat XXXXXXXXX per XXXXXXXXX.

Un cop fetes les al·legacions corresponents i practicada la prova admesa, les actuacions van quedar per resoldre.

Fonaments de dret

Primer. L'article 695.1 de la LEC preveu l'admissió de l'oposició de l'executat en el procediment establert per a l'execució de béns hipotecats per diversos motius, entre els quals es troba l'esmentat a l'apartat 4t: "El caràcter abusiu d'una clàusula

contractual que constitueixi el fonament de l'execució o que hagi determinat la quantitat exigible”.

L'apartat 2 d'aquest precepte estableix que “*Formulada l'oposició a què es refereix l'apartat anterior, el secretari judicial ha de suspendre l'execució i convocar les parts a una compareixença davant el tribunal que hagi dictat l'ordre general d'execució, i ha de deixar passar quinze dies des de la citació, compareixença en què el tribunal ha d'escoltar les parts, admetre els documents que es presentin i acordar en forma d'interlocutòria el que consideri procedent dins del segon dia.*” I l'apartat 3 preveu el següent: “*La interlocutòria que estimi l'oposició basada en les causes 1a i 3a de l'apartat 1 d'aquest article ha de manar sobreseure l'execució; el que estimi l'oposició basada en la causa 2a ha de fixar la quantitat per la qual s'ha de seguir l'execució. Si s'estima la causa 4a, s'ha d'acordar el sobreseïment de l'execució quan la clàusula contractual fonamenti l'execució. Si no, s'ha de continuar l'execució amb la inaplicació de la clàusula abusiva*”.

Finalment, l'apartat 4 estableix que “*Contra la interlocutòria que ordeni el sobreseïment de l'execució, la inaplicació d'una clàusula abusiva o la desestimació de l'oposició per la causa que preveu l'apartat 1.4t anterior, es pot interposar un recurs d'apel·lació. Fora d'aquests casos, les interlocutòries que decideixin l'oposició a què es refereix aquest article no són susceptibles de cap recurs i els seus efectes se circumscriuen exclusivament al procés d'execució en què es dictin*”.

Segon. La part executada s'alça contra l'execució despatxada i al·lega l'abusivitat de certes clàusules contingudes en el títol que s'executa, ressaltant el deure de valoració d'ofici del jutge i, en concret, la de venciment anticipat, a més de les que fixen els interessos ordinaris i els de demora, a més que estableix la variació del tipus d'interès, per la qual cosa demana que així es declari judicialment, amb el consegüent sobreseïment de tot el procediment executiu.

El primer que s'ha de destacar és que l'execució ha estat determinada per l'impagament del deutor, incompliment contractual que ha de tenir empara legal.

Assentat el que s'ha exposat anteriorment, s'han d'analitzar les al·legacions d'abusivitat contractual denunciades, partint de la base, no discutida, que ens trobem davant un contracte de préstec concertat entre una entitat bancària -un professional a aquests efectes- i un consumidor o usuari, i s'ha de qualificar el contracte com a mercantil, de manera que s'ha d'assumir, a priori, que les condicions no van ser presumptament negociades individualment, sinó imposades pel banc prestador, llevat que hi hagi una prova en contra, que no s'ha practicat, ni tan sols proposat.

En la Sentència del ple del TS, de 22 d'abril de 2015, s'indica que el sector bancari es caracteritza “*perquè la contractació amb consumidors es fa mitjançant clàusules predisposades i imposades per l'entitat bancària i, per tant, no negociades individualment amb el consumidor, el que determina la procedència del control d'abusivitat previst en la Directiva 1993/13/CEE i en el Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, llevat que es provi el supòsit excepcional que el contracte ha estat negociat i el consumidor ha obtingut contrapartides apreciables a la inserció de clàusules beneficioses per al predisponent*”.

Com a motius d'oposició a l'execució de títol no judicial, l'article 695.1 de la LEC vigent assenyala, en el seu apartat 4t, "El caràcter abusiu d'una clàusula contractual que constitueixi el fonament de l'execució o que hagi determinat la quantitat exigible". Tanmateix, en l'apartat 3r de l'article esmentat s'indica que "Si s'estima la causa 4a, s'ha d'acordar el sobreseïment de l'execució quan la clàusula contractual fonamenti l'execució. Si no, s'ha de continuar l'execució amb la inaplicació de la clàusula abusiva". Aquest sistema processal porta a analitzar, en primer lloc, la clàusula de venciment anticipat del préstec hipotecari en qüestió, ja que aquesta es lliga, inexorablement, al propi fonament d'aquesta execució.

Tercer. La part executada denuncia l'abusivitat, entre d'altres, de la clàusula que contenia el venciment anticipat, inclosa en l'escriptura de préstec com a "SEXTA BIS. RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO. 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 en su totalidad, además de por las causas generales previstas en las Leyes, cuando concorra alguna de la siguientes causas: a) La falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula segunda. ... h) Si la parte prestataria no abonara en la fecha que corresponda, la prima del seguro de incendios de la finca hipotecada, cuando corresponda. ... i) El incumplimiento por la parte deudora de cualquiera de las obligaciones establecidas en cualquiera de los pactos de este instrumento público".

Sobre l'abusivitat de la clàusula del venciment anticipat, la interlocutòria del TJUE, de data 11 de juny de 2015 (C-602/2013), ha assenyalat que: "51. No obstant això, cal recordar que, en virtut de l'article 3, apartat 1, de la Directiva 93/13, una clàusula es considerarà abusiva si causa, en detriment del consumidor, un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts que es deriven del contracte celebrat entre el consumidor i un professional". D'altra banda, l'article 4.1, de la mateixa Directiva precisa que el caràcter abusiu d'una clàusula contractual s'ha d'apreciar tenint en compte la naturalesa dels béns o serveis que siguin objecte del contracte i considerar, en el moment de la seva celebració, totes les circumstàncies que hi concorrin, així com totes les altres clàusules del contracte, o d'un altre contracte del qual depengui.

D'això anterior es dedueix, per una banda, que el mer fet que la clàusula de venciment anticipat sobre la qual versa el litigi principal resulti contrària a l'article 693.2 de la LEC no permet per si sol arribar a la conclusió del caràcter abusiu d'aquesta clàusula. D'altra banda, tenint en compte que una clàusula d'un contracte ha de considerar-se "abusiva" si causa en detriment del consumidor un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts que es deriven d'aquest contracte, incumbeix al jutge nacional comprovar si l'estipulació sobre el venciment anticipat, tal com figura en la clàusula del contracte sobre el qual versa el litigi principal, produeix efectivament un desequilibri d'aquest tipus. En aquest sentit, la mera circumstància que la clàusula esmentada no hagi arribat a aplicar-se no exclou per si sola que concorri aquest supòsit.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJEU) va abordar aquesta qüestió en la Sentència de 14 de març de 2013, en què concreten els paràmetres a què el jutge

nacional ha d'atendre: *"En particular, pel que fa, en primer lloc, a la clàusula relativa al venciment anticipat en els contractes de llarga durada per incompliments del deutor en un període limitat, correspon al jutge remitent comprovar especialment, com va assenyalar l'advocat general en els punts 77 i 78 de les seves conclusions, si la facultat del professional de donar per vençuda anticipadament la totalitat del préstec depèn que el consumidor hagi incomplert una obligació que revesteixi caràcter essencial en el marc de la relació contractual que es tracti, si aquesta facultat està prevista per als casos en què l'incompliment té caràcter suficientment greu respecte de la durada i la quantia del préstec, si aquesta facultat constitueix una excepció respecte a les normes aplicables en la matèria i si el dret nacional preveu mitjans adequats i eficaços que permetin al consumidor subjecte a l'aplicació d'aquesta clàusula posar remei als efectes del venciment anticipat del préstec".*

Atès el caràcter de la clàusula de venciment anticipat inserida en el contracte de préstec atorgat entre l'entitat prestadora i la part prestatària s'ha de concloure que aquesta és inaplicable per abusiva.

Quart. Aquesta interpretació porta a concloure que la clàusula és contrària als criteris jurisprudencials anteriorment al·ludits atès que suposa un desequilibri important entre el professional i el consumidor, ja que fixa el venciment anticipat de l'obligació a l'única instància del creditor.

En efecte, la clàusula es fa dependre:

1. Exclusivament de l'incompliment de qualsevol obligació per part del prestatari (en el cas nou, de les quals, la majoria, no guarden una relació directa amb l'obligació principal assumida pel prestatari, que és la de tornar el capital i interessos remuneratoris);
2. L'impagament d'una sola de les quotes previst en la clàusula en qüestió no resulta temperat amb la necessitat que existeixi un incompliment greu, propi de tota resolució contractual, per part del prestatari;
3. La facultat de venciment anticipat per part de l'entitat prestadora davant l'impagament de cap manera es cohonesta ni es troba en absolut proporcionada (o en relació amb) la durada de l'operació (quinze anys), fet que determina que el creditor pugui tancar el compte i declarar-la vençuda a la seva sola voluntat davant l'impagament d'una sola quota i sense ni tan sols haver amortitzat una part del capital prestat, sinó només interessos;
4. El fet que l'entitat financera hagi esperat a un número superior de quotes impagades al número contractualment previst no converteix la clàusula en no abusiva ja que, com reitera la interlocutòria d'11 de juny de 2015 del TJUE "la mera circumstància que la clàusula esmentada no hagi arribat a aplicar-se no exclou per si sola que concorri aquest supòsit", ja que a l'única cosa que ha donat compliment el prestador és a un norma de caràcter processal que l'habilita a iniciar l'execució;
5. En conseqüència amb això anterior, la clàusula és nul·la per si mateixa ja que la facultat de venciment anticipat resulta manifestament desproporcionada i, en

conseqüència, abusiva (article 85.4 del TRLCU i article 3 de la Directiva 93/13), ja que permet una conseqüència (la resolució anticipada del contracte) que en el propi caràcter literal de la clàusula no guarda, de cap manera, la deguda proporció amb l'entitat de l'incompliment de les obligacions de la part prestatària.

Així, el que realment determina l'abusivitat de la clàusula en si mateixa en aquest cas és que no s'hi justifica aquesta facultat resolutiva, ja que no es lliga a l'existència d'un incompliment greu per part del prestatari. En aquest sentit, el fet que el creditor hagi deixat transcórrer un termini superior al fixat en una norma processal (el reformat article 693 de la LEC) no determina per si mateix que la clàusula deixi de ser abusiva, com ha reiterat la interlocutòria esmentada d'11 de juny de 2015 del TJUE.

Cinquè. Això anterior ens porta a analitzar els efectes de la declaració d'abusivitat, partint del que disposa l'article 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, que recull els efectes d'una clàusula abusiva, quan disposa que "Els estats membres establiran que no vincularan al consumidor, en les condicions estipulades pels seus drets nacionals, les clàusules abusives que figurin en un contracte celebrat entre aquest i un professional i disposaran que el contracte segueixi sent obligatori per les parts en els mateixos termes si aquest pot subsistir sense les clàusules abusives".

La jurisprudència del TJUE, en la interpretació de la Directiva, és clara en establir la nul·litat com a efecte de les clàusules abusives utilitzades en els contractes amb consumidors, prohibint la integració del contracte, (STJUE de 14 de juny de 2012, BANESTO), 21 de febrer de 2013 (Banif Plus Banck Zrt i els Srs. Csipai), 14 de març de 2013, 21 de març de 2013 i la de 30 de maig de 2013, que estableix que quan s'hagi declarat abusiva una clàusula el jutge està obligat "a aplicar totes les conseqüències que, segons el dret nacional, se'n derivin perquè el consumidor no resulti vinculat per aquesta clàusula".

La STJUE de 21 de març de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartat 58, afirma que "[...] segons la reiterada jurisprudència, la interpretació que, en l'exercici de la competència que li confereix l'article 267 TFUE, fa el Tribunal de Justícia d'una norma de dret de la Unió aclareix i precisa el significat i el seu abast, tal com ha estat entesa o hauria hagut de ser-ho i aplicada des del moment de la seva entrada en vigor. D'això resulta que la norma així interpretada pot i ha de ser aplicada pel jutge a relacions jurídiques nascudes i constituïdes abans de la sentència que resolgui sobre la petició d'interpretació".

D'altra banda, la recent i esmentada interlocutòria d'1 de juny de 2015 del TJUE [C-602-13] és claríssima respecte d'això en indicar que "36.- De fet, si el jutge nacional tingués la facultat de modificar el contingut de les clàusules abusives, aquesta facultat podria posar en perill la consecució de l'objectiu a llarg termini previst en l'article 7 de la Directiva 93/13. En efecte, la facultat esmentada contribuiria a eliminar l'efecte dissuasiu que exerceix sobre els professionals el fet que, pura i simplement, aquestes clàusules abusives no s'apliquin davant els consumidors, en la mesura en què els professionals es podrien veure temptats a utilitzar les clàusules en saber que, encara que arribés a declarar-se'n la nul·litat, el contracte podria ser integrat pel jutge nacional en el que fora necessari, i garantir d'aquesta manera

l'interès d'aquests professionals".

En definitiva, com afirma la STS de 22 d'abril de 2015, "La conclusió que s'extreu de les sentències del TJUE que interpreten els preceptes de la Directiva sobre clàusules abusives en contractes concertats amb consumidors és que la conseqüència de l'apreciació de l'abusivitat d'una clàusula abusiva és la seva supressió, sense que el jutge pugui aplicar la norma supletòria que el dret nacional prevegi a falta d'estipulació contractual, i sense que pugui integrar-se el contracte mitjançant els criteris establerts, en el dret espanyol, en l'article 1258 del Codi civil, llevat que es tracti d'una clàusula necessària per a la subsistència del contracte, en benefici del consumidor, que no és el cas...".

Les conseqüències de la declaració d'abusivitat de la clàusula han de ser posades en relació amb la reiterada doctrina del TJUE que assenyala que, essent inaplicable la clàusula en qüestió, ha de significar que aquesta circumstància s'ha d'apreciar independentment de l'ús que se'n faci; és a dir, no escau afirmar que la clàusula és nul·la perquè es vincula al venciment anticipat a qualsevol incompliment; i al mateix temps no apreciar la nul·litat perquè el creditor hagi acumulat, en el cas concret, diversos impagats o incompliments, atès que com ha manifestat el TJUE quan una clàusula és nul·la no és procedent temperar o moderar les seves conseqüències sinó, simplement, tenir-la per no posada.

Fonamentada, doncs, aquesta execució de títol no judicial en un venciment anticipat que s'ha de tenir per abusiu, s'ha de rebutjar la demanda d'execució plantejada amb declaració d'improcedència i sobreseïment del procés d'execució hipotecària que es tracta, sense perjudici que s'instin en procés declaratiu posterior les altres qüestions suscitées en aquesta execució (article 564 de la LEC).

Sisè. La STS 79/2016 de 18/2/16, recurs 2211/14 ha reflexionat sobre la inconveniència per al consumidor del sobreseïment del procediment executiu hipotecari per no ser incondicionalment beneficiós per a ell que el prestador acudeixi al procediment declaratiu, ordinari o judici verbal, per perseguir l'impagament del préstec, amb l'argument següent: "6.- *La tutela dels consumidors aconsella evitar interpretacions maximalistes, que sota una aparença de màxima protecció, tinguin com a conseqüència paradoxal la restricció de l'accés al crèdit hipotecari i, derivadament, a l'adquisició d'habitatge en propietat.*

Declarada l'admissibilitat de les clàusules de venciment anticipat en els termes exposats, el mateix principi d'equilibri en les prestacions que ha de presidir la seva interpretació, revela que és inadequat obligar les entitats prestadores, davant comportaments de flagrant morositat, a acudir en exclusiva a la via declarativa per obtenir la resolució contractual (article 1124 del CC), amb tancament de la via executiva especial legalment prevista i correlativa obstaculització de l'efectivitat de la garantia real. Quan, a més, les pròpies estadístiques oficials revelen que la durada mitjana pactada dels préstecs hipotecaris per a l'adquisició d'habitatge es va incrementar entre 1990 i 2005 de 12 a 25 anys, i es van acostar fins i tot entre 2006 i 2010 a una mitjana de 26 anys; el que redunda en la inconveniència d'obligar a l'espera d'un incompliment total en tots els préstecs vigents a llarg termini que continguin clàusules de venciment anticipat abusives.

7.- Hem dit anteriorment que, de conformitat amb la jurisprudència del TJUE, el jutge nacional pot substituir una clàusula abusiva per una disposició supletòria de dret nacional, sempre que aquesta substitució s'ajusti a l'objectiu de l'article 6, apartat 1, de la directiva 93/13 i permeti restablir un equilibri real entre els drets i les obligacions de les parts del contracte; per bé que aquesta possibilitat queda limitada als supòsits en què la declaració de nul·litat de la clàusula abusiva obligui el jutge a anul·lar el contracte en la seva totalitat, i el consumidor queda exposat, d'aquesta manera, a conseqüències d'aquesta índole, que representen per a aquest una penalització. I això és el que, al nostre criteri, com a Tribunal Nacional Superior en l'ordre civil (article 123.1 de la CE), succeiria si la declaració d'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat, per raó de la lleugeresa de l'incompliment previst per a la seva aplicació, tanqués l'accés al procés d'execució hipotecària, fins i tot en els casos en què l'incompliment efectivament produït hagi tingut una gravetat adequada a la conseqüència del venciment anticipat; ja que no es pot considerar que el sobreseïment de la via executiva hipotecària sigui en tot cas més favorable al consumidor.

Així, cal prendre en consideració la possibilitat prevista a l'art. 693.3 de la LEC, en reconèixer que en els casos en què es reclami a causa del venciment anticipat la totalitat del deute, el creditor pot sol·licitar que, sense perjudici que l'execució es despatxi per la totalitat del degut, es comuniqui al deutor que, fins al dia assenyalat per a la celebració de la subhasta, podrà alliberar el bé mitjançant la consignació de la quantitat exacta que per principal i interessos estigués vençuda en la data de presentació de la demanda, incrementada, si escau, amb els venciments del préstec i els interessos de demora que es vagin produint durant el procediment i resultin impagats en tot o en part; i tractant-se d'habitatge habitual, el deutor podrà, fins i tot sense el consentiment del creditor, alliberar el bé mitjançant la consignació de les quantitats abans esmentades. Encara més, en benefici del deutor hipotecari, i segons el mateix art. 693 de la LEC, aquest no tindrà limitada la possibilitat d'alliberar el bé en diverses ocasions sempre que mitjancin almenys tres anys entre la data de l'alliberament i la del requeriment de pagament judicial o extrajudicial efectuat pel creditor. Estem, doncs, davant un remei enervatori de l'execució que permet neutralitzar els efectes de la clàusula de venciment anticipat amb la consegüent rehabilitació del contracte i, per tant, del crèdit hipotecari.

Així mateix, la legislació atorga al deutor hipotecari uns altres avantatges específics en via executiva, com ara el que preveu l'art. 579 de la LEC en relació amb les possibilitats alliberadores de la responsabilitat del deutor per al cas d'adjudicació de l'habitatge habitual hipotecat quan la rematada fora insuficient per aconseguir la satisfacció completa; o la continguda en l'art. 682-2-1a de la LEC, en establir que el valor de taxació a l'efecte de la subhasta no podrà ser inferior al 75 per cent del valor de taxació que va servir per concedir el préstec.

Especialitats previstes a favor del deutor hipotecari quan l'execució es condueix per la via del procediment específic dels articles 681 i següents de la LEC, que no resultarien aplicables en el judici declaratiu. En el qual, ni tan sols és clar que la posició processal del consumidor fos més favorable, atès que els mitjans de defensa pel que fa a possibles clàusules abusives serien els mateixos que en el procés d'execució hipotecària, una vegada que el vigent art. 695.1.4 de la LEC li permet oposar-se per al·legar «el caràcter abusiu d'una clàusula contractual que constitueixi

el fonament de l'execució o que hagués determinat la quantitat exigible» i, mentre se substància, se seguirien produint nous interessos i augmentant el deute.

8.- I és per això que no es pot afirmar incondicionalment que la decisió de prosseguir l'execució sigui més perjudicial per al consumidor. Al contrari, sobreseure el procediment especial d'execució per remetre les parts al judici declaratiu, pot privar a tots els compradors d'habitatges mitjançant préstecs hipotecaris a llarg termini anteriors a la Llei 1/2013, que continguin clàusules abusives de venciment anticipat, d'una regulació que té en compte especials avantatges, com les d'alliberament del bé i rehabilitació del contracte, en els termes expressats”.

Aquesta doctrina jurisprudencial ha estat qüestionada en un vot particular a la Sentència (Sr. ORDUÑA MORENO) esmentada, en què exposa les seves reserves al venciment anticipat basat en l'aplicació de l'article 693.2 de la LEC, pels raonaments següents:

“L'aplicació en aquests casos de l'article 693.2 LEC, constitueix, per tant, una vulneració de la doctrina jurisprudencial del TJUE en l'àmbit de la seva competència i comporta tant una integració de la clàusula ja declarada abusiva, doncs el principal efecte de la nul·litat de ple dret del règim d'ineficàcia no es compleix, atès el no sobreseïment de l'execució instada, com un "buidatge" del seu efecte o funció dissuasiva doncs, com s'ha assenyalat, amb la continuació del procés d'execució hipotecària el missatge que es transmet no és altre que el creditor predisponent pugui tornar a utilitzar aquesta, o unes altres clàusules igualment abusives, sense sanció concloent respecte d'això confiant, en qualsevol cas, que la seva clàusula abusiva serà integrada i, per tant, validada, en consideració als supòsits previstos en l'article 693.2 LEC. En contra de les STJUE de 14 de juny de 2012 i de 30 de maig de 2013, entre d'altres, que només permeten la ponderació d'aquests criteris, i els que esmenta la Sentència al final de l'apartat quart, en el pla estricte de la valoració o qualificació del caràcter abusiu de la clàusula en qüestió, però mai per moderar o integrar els efectes produïts per la clàusula declarada abusiva que resultin perjudicials per al consumidor, això és, el despatx de l'execució instada que necessàriament ha de ser sobreseïda.

QUART.- En virtut de tot el que s'ha raonat anteriorment, la doctrina jurisprudencial d'aquesta sala continguda en el número quart de la "decisió de sala", de l'apartat e) venciment anticipat, corresponent al fonament de dret cinquè de la Sentència (recurs de cassació del BBVA, S.A.) infringeix el principi d'efectivitat de l'article 6.1, en relació amb l'article 7 de la Directiva 93/13, i la seva consideració de norma integrant de l'ordre públic econòmic, i vulnera la doctrina jurisprudencial que el propi TJUE desenvolupa aquest àmbit de la seva competència. Per la qual cosa, l'aplicació de l'article 693.2 LEC, després de la declaració d'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat que figura en la constitució de la garantia hipotecària, resulta frontalment contrària a la Directiva 93/13 esmentada, i s'ha de procedir a la declaració del sobreseïment del procediment d'execució instat amb base a una clàusula declarada abusiva”.

En definitiva, pels raonaments exposats, cal considerar que la clàusula repetida és abusiva i es redueix el debat a la continuació o el sobreseïment d'aquest procediment d'execució hipotecària per ser menys perjudicial per al consumidor

executat que el procediment ordinari que, si escau, hauria de seguir l'entitat creditora per fer-se el pagament del deute.

Setè. En el sentit exposat, no es pot fer res més que subscriure i aplicar la reiterada interpretació donada per l'Audiència Provincial de Barcelona (AP de Barcelona núm. 113/2016, secció 13a, recurs núm. 902/2015, de 31 de març de 2016, (ponent: Sr. CREMADES MORANT), que es manté en l'AP de Barcelona, secció 13a, de 24 de gener de 2017, núm. 23/2017, núm. de recurs 1029/2015, (ponent: Sra. LEDESMA IBÁÑEZ), amb les consideracions jurídiques següents:

“SEGON.- Plantejada la controvèrsia en els termes exposats, encara que són diverses les clàusules del contracte que es denuncien com a abusives, quant constitueix el fonament de l'execució i determina la quantitat exigible, en raó als seus eventuais efectes (sobreseïment de l'execució), s'imposa començar amb la clàusula de venciment anticipat.

Aquesta facultat apareix recollida en la clàusula 6a bis de l'escriptura pública de préstec hipotecari subscrit el dia 27 d'octubre de 2005 que enuncia certes circumstàncies en què es permet el venciment anticipat de l'operació, permetent-ho en particular, entre d'altres,:

'd) La falta de pagament d'una quota d'interessos o amortització o de la prima de l'assegurança, un cop transcorreguts trenta dies des del seu venciment respectiu, en què les parts sol·liciten expressament la constància d'aquest pacte en els llibres del Registre de la Propietat'.

Per efectuar el control del possible caràcter abusiu d'aquesta estipulació, en la mesura en què es tracta d'una clàusula no negociada inclosa en un contracte celebrat amb consumidors, doncs resulta indiscutible que aquesta condició és predicable dels executats, convé partir per enunciar el règim jurídic aplicable, tenint en compte, a més, que es tracta d'un contracte de llarga durada.

Així, partint del dret nacional intern, de conformitat amb el que disposa l'art. 8.2 de la Llei de condicions generals de la contractació i dels articles 82.1 i 83 del Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i de les reformes introduïdes en la LEC per la Llei 1/2013, la doctrina del Tribunal Suprem (TS) ha estat admetent la validesa de les clàusules de venciment anticipat, 'sempre que estigui clarament determinat en el contracte en quins supòsits es podrà donar lloc a aquest venciment, sense que això pugui quedar a l'arbitri del prestador, en contravenció del que disposa l'article 1.256 del Codi civil (sentències de 2 de gener de 2006, 4 de juny de 2008, 12 de desembre de 2008 o 16 de desembre de 2009, entre altres)'. En particular, aquesta última resolució, STS de 16 de desembre de 2009, s'encarregava de precisar que només serà aplicable la clàusula de venciment anticipat quan concorri justa causa, entenent com a tal, l'objectivament manifest i veritable deixament de les obligacions de caràcter essencial, és a dir, la insolvència sobrevinguda del deutor o clar perill que no pugui atendre la prestació principal, com succeeix quan el número de quotes impagades és tan elevat i reiterat en el temps que cal deduir que el deutor no pagarà cap quota més, és a dir, que mai no retornarà el préstec, i respecte d'això es citen les sentències del mateix Tribunal, de 7 de febrer de 2000, 9 de març de 2001, 4 de juliol de 2008 i 12 de desembre de 2008.

En aquest sentit es pronuncien també resolucions més recents de l'alt Tribunal quan reiteren la validesa d'aquest tipus de clàusules "tenint en compte els usos de comerç i vista l'habitualitat d'aquestes clàusules en la pràctica bancària recent, sempre que concorri justa causa per a això, és a dir, quan existeixi un veritable i manifest deixament de les obligacions de caràcter essencial contretes, entre les quals, sens dubte, s'hi troba l'incompliment pel prestatari de l'obligació d'abonament de les quotes d'amortització del préstec "(vid. SSTS de 17 de gener de 2011, o 4 de juliol i 12 de desembre de 2012, entre altres).

Des de la perspectiva del dret de la Unió Europea, cal atènyer-se al que estableixen els articles 6.1 i 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE de 5 abril, sobre clàusules abusives en contractes celebrats amb consumidors.

Entre les resolucions dictades pel TJUE en aquesta matèria concreta és oportú portar a col·lació la Sentència de data 14 de març de 2013 (assumpte C-415/11, cas Aziz). Aquesta resolució facilita als jutges nacionals paràmetres per determinar si una clàusula causa en detriment del consumidor un «desequilibri important» entre els drets i les obligacions de les parts que es deriven del contracte, això és, la seva abusivitat; Així, (1) s'han de tenir en compte, en particular, les normes aplicables en dret nacional quan no existeixi un acord de les parts en aquest sentit; el jutge podrà valorar si -i, si escau, en quina mesura- el contracte deixa el consumidor en una situació jurídica menys favorable que la prevista pel dret nacional vigent. Així mateix, resulta pertinent a aquests efectes examinar la situació jurídica en què es troba aquest consumidor a la vista dels mitjans que disposa conforme a la normativa nacional perquè cessi l'ús de clàusules abusives. (2) s'ha de comprovar si el professional podia estimar raonablement que, tractant de manera lleial i equitativa amb el consumidor, aquest acceptaria una clàusula d'aquest tipus en el marc d'una negociació individual. (3) a més, es tindrà en compte la naturalesa dels béns o serveis que siguin objecte del contracte i considerar, en el moment de la seva celebració, totes les circumstàncies que hi concorrin. D'això resulta que, en aquest context, s'han d'apreciar també les conseqüències que aquesta clàusula pot tenir en el marc del dret aplicable al contracte, fet que implica un examen del sistema jurídic nacional.

En la mateixa resolució, i en respondre a la qüestió prejudicial plantejada amb relació al venciment anticipat en préstecs hipotecaris, en concret, el (FJ 73) raona: 'En particular, pel que fa, en primer lloc, a la clàusula relativa al venciment anticipat en els contractes de llarga durada per incompliments del deutor en un període limitat, correspon al jutge remitent comprovar especialment, com va assenyalar l'advocat general en els punts 77 i 78 de les seves conclusions, si la facultat del professional de donar per vençuda anticipadament la totalitat del préstec depèn que el consumidor hagi incomplert una obligació que revista caràcter essencial en el marc de la relació contractual que es tracti, si aquesta facultat està prevista per als casos en què l'incompliment té caràcter suficientment greu respecte a la durada i a la quantia del préstec, si aquesta facultat constitueix una excepció respecte a les normes aplicables en la matèria i si el dret nacional preveu mitjans adequats i eficaços que permetin al consumidor subjecte a l'aplicació d'aquesta clàusula posar remei als efectes del venciment anticipat del préstec'.

D'altra banda, el TJUE té establert que estan excloses de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 93/13 les disposicions legals i reglamentàries d'un estat membre quan no existeix una clàusula contractual que modifiqui l'abast o l'àmbit d'aplicació d'aquestes disposicions (per totes, STJUE de 30 abril de 2014, assumpte C-280/13).

A partir de la doctrina assentada per aquesta resolució, es constata, en l'àmbit de les resolucions dels tribunals espanyols, la coexistència de dues postures, que és possible sintetitzar de la manera següent:

- a) la que, en cas d'impagament de més de 3 quotes mensuals i independentment de la possible abusivitat de la clàusula en abstracte, si l'ús (exercici) respecta la previsió del 693 en la seva redacció actualment vigent després de la reforma donada per la Llei 1/2013, és a dir, el venciment anticipat o tancament de compte no s'ha produït sinó després de transcorreguts els impagats mínims legalment previstos, no estima la nul·litat. Aquest era el criteri que s'havia anat mantenint en aquesta Audiència Provincial de Barcelona, a partir de la reunió per a la unificació de criteris, de 15 de desembre de 2014,*
- b) la que considera que l'eventual caràcter abusiu de la clàusula de venciment anticipat no pot ser apreciat en funció de l'ús o la pràctica que l'entitat financera ha fet de la previsió contractual, sinó que s'ha d'atendre als termes concrets en què apareix predisposada; és a dir: la nul·litat es predica de la clàusula, no de la seva aplicació, ja que la clàusula nul·la no desplega efectes.*

Resulta significatiu que el propi TS sembla decantar-se per aquesta segona postura quan, en la seva Sentència de 3 de novembre de 2014, expressa que: '[...] D'aquesta manera, el control es projecta d'una manera objectivable tenint per objecte el contrast del marc contractual predisposat sense poder ser confós o estès al control de les conseqüències o hipòtesis a què pugui donar lloc, segons els casos, l'incompliment contractual de les parts; pla estrany a la funció d'aquest control que atén a la qualitat i validesa funcional de la contractació seriada. En aquest sentit, s'ha pronunciat el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en nombroses ocasions, cas de les recents sentències de 21 de febrer de 2013, C-472/11 i 16 de gener de 2014, C-226/12, en destacar que tant l'apreciació del desequilibri important, ateses les normes aplicables en dret nacional, com les circumstàncies del cas concret, atendibles quan s'aplica la clàusula general d'abusivitat, han de valorar-se de conformitat amb la reglamentació contractual predisposada en el moment de la celebració del contracte."

Arribats a aquest punt, per seguir perfilant el règim jurídic aplicable, hem d'esmentar la interlocutòria d'11 de juny de 2015 del TJUE, que donava resposta a una qüestió prejudicial plantejada també per un òrgan jurisdiccional espanyol.

En aquest cas, el jutjat espanyol remitent considerava que la clàusula del contracte de préstec hipotecari relativa al venciment anticipat del préstec en cas d'impagament és abusiva en la mesura en què no estipula que s'ha de produir un retard en el pagament de, almenys, tres quotes mensuals abans que pugui declarar-se el venciment anticipat, contravenint així el que disposa l'article 693, apartat 1, de la LEC (després de la seva reforma per la Llei 1/2013); no obstant això, atès que l'entitat bancària es va atènyer en la pràctica al termini, sense que s'hagi aplicat la clàusula sinó després d'haver-se produït un retard en el pagament superior a aquest

termini, el jutjat, mitjançant la qüestió prejudicial, demana substancialment que es dilucidi si la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que, quan un jutge nacional aprecii l'existència d'una clàusula abusiva sobre el venciment anticipat ha de deduir tenir-la per no posada i extreure'n les conseqüències inherents fins i tot en el cas que el professional hagi esperat el temps mínim previst en la norma nacional.

Amb aquest plantejament el TJUE raona:

'50 Per consegüent, i per tal de garantir l'efecte dissuasiu de l'art. 7 de la Directiva 93/13, les prerrogatives del jutge nacional que constata l'existència d'una «clàusula abusiva», no poden estar supeditades a què la clàusula abusiva s'apliqui o no a la pràctica. [...]

52 D'això anterior es dedueix, per una banda, que el mer fet que la clàusula de venciment anticipat sobre la qual versa el litigi principal resulti contrària a l'art. 693.2 de la LEC, no permet per si sol arribar a la conclusió del caràcter abusiu d'aquesta clàusula.

53 D'altra banda, tenint en compte que una clàusula d'un contracte s'ha de considerar «abusiva» si causa en detriment del consumidor un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts que es deriven d'aquest contracte, incumbeix al jutge nacional comprovar si l'estipulació sobre venciment anticipat produeix, efectivament, un desequilibri d'aquest tipus. En aquest sentit, la mera circumstància que la clàusula esmentada no hagi arribat a aplicar-se, no exclou per si sola que concorri aquest supòsit.

54 Per consegüent, la Directiva 93/13 ha d'interpretar-se en el sentit que, quan el jutge nacional hagi constatat el caràcter «abusiu» en el sentit de l'art.3.1 de la Directiva 93/13 d'una clàusula d'un contracte celebrat entre un consumidor i un professional, la circumstància que aquesta clàusula no hagi arribat a aplicar-se no s'oposa per si sola a que el jutge nacional dedueixi totes les conseqüències oportunes del caràcter abusiu de la clàusula en qüestió.'

Al·ludeix a la STJUE de 14 de març de 2013, de la qual destaca que 'sense declarar-ho de manera expressa, va deixar entendre que una clàusula que preveia el venciment anticipat per manca de pagament d'algun dels terminis, sense ser abusiva per se, podia considerar-se com a tal tenint en compte les circumstàncies del cas', i invocava expressament el FJ 73 d'aquesta resolució, abans transcrit.

Tot això es tradueix en la necessitat de valorar la clàusula, el caràcter abusiu de la qual s'al·lega en el seu contingut abstracte i no en funció de l'aplicació que en pugui haver fet o no l'entitat creditícia.

En últim terme, és necessari, per tal de resoldre la qüestió sotmesa a apel·lació, tenir en consideració el que es resol en la recent Sentència del Tribunal Suprem de 23 de desembre de 2015, i en termes molt similars la STS de 16 de febrer de 2016, resolucions de les quals s'han de destacar les consideracions següents: partint del que disposa l'article 1129 i 1124 del CC i 693.2 de la LEC, el Tribunal Suprem sosté la validesa, en abstracte, de les clàusules de venciment anticipat, que no són per se il·lícites.

Així, en la primera de les resolucions esmentades, raona que 'En termes generals, aquesta sala no ha negat la validesa de les clàusules de venciment anticipat, sempre

que estigui clarament determinat en el contracte en quins supòsits es podrà donar lloc a aquest venciment, sense que això pugui quedar a l'arbitri del prestador, en contravenció del que disposa l'article 1256 del Codi civil (sentències de 2 de gener de 2006, 4 de juny de 2008, 12 de desembre de 2008 o 16 de desembre de 2009). (...). La Sentència 506/2008 esmentada, de 4 de juny, va precisar que, tenint en compte els usos de comerç i vista l'habitualitat d'aquestes clàusules en la pràctica bancària recent, existien arguments per defensar la validesa d'aquestes estipulacions a l'empara del principi d'autonomia de la voluntat (art. 1255 del CC), quan concorri justa causa per a això, és a dir, quan ens trobem davant d'un veritable i manifest deixament de les obligacions de caràcter essencial contretes, entre les quals s'inclou l'impagament de les quotes d'amortització d'un préstec'.

Per a major claredat resulta convenient recordar el caràcter literal de la clàusula concreta de venciment anticipat que examinava el TS en la seva STS de 23 de desembre de 2015 en el marc d'una acció col·lectiva. Era el següent: 'No obstant el termini pactat, el banc podrà exigir anticipadament, totalment o parcialment, la devolució del capital amb els interessos i les despeses fins al dia de la solvència completa, en els següents casos: a) Falta de pagament en els seus venciments d'una part qualsevol del capital del préstec o dels seus interessos'.

El TS manté també que la validesa general de les clàusules de venciment anticipat no exclou la possibilitat que siguin considerades abusives, i, per tant, nul·les, atès que l'eventual abusivitat prové dels termes en què la condició general predisposada el permet.

El Tribunal Suprem, tenint en compte la dicció de l'art. 693.2 de la LEC i a la doctrina del TJUE més amunt transcrita, conclou assenyalant en la resolució que examinem que 'davant el pacte de venciment anticipat en un contracte celebrat amb consumidors i sempre que es compleixin les condicions mínimes establertes en l'art. 693.2 de la LEC, els tribunals han de valorar, a més, en el cas concret, si l'exercici de la facultat de venciment anticipat per part del creditor està justificat, en funció dels criteris abans exposats: essencialitat de l'obligació incomplerta (1), gravetat de l'incompliment en relació amb la quantia i durada del contracte de préstec (2) i possibilitat real del consumidor d'evitar aquesta conseqüència (3); tal com va establir la ja esmentada STJUE de 14 de març de 2013 (cas C-415/11).'

Així doncs, el Tribunal estableix un límit mínim (693.2 LEC) que ha de concórrer en qualsevol cas, que resulta necessari però no suficient, ja que el tribunal haurà de, a més, valorar en cada cas si l'exercici de la facultat de venciment anticipat està justificat, tenint en compte els tres paràmetres: que s'hagi incomplert greument una obligació essencial (no justifica el venciment anticipat l'incompliment d'obligacions accessòries com l'impagament de despeses, comissions o la prima de l'assegurança), i existeixi una possibilitat real del consumidor d'evitar aquesta conseqüència (art. 693.3, introduït per la Llei 1/2013).

Doncs bé, pel que fa a les premisses exposades, en aquest supòsit el TS, en la part vinculant d'aquesta Sentència en el que constitueix la ràtio decidendi, estima que la clàusula enjudiciada ha de reputar-se nul·la i inaplicable, i confirma la decisió del tribunal d'apel·lació que havia declarat l'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat.

En suport d'aquesta decisió, la STS de 23/12/2015 entén que la clàusula de venciment anticipat allà enjudiciada no supera els estàndards marcats pel TJUE, abans enunciats, ja que (i) ni modula la gravetat de l'incompliment en funció de la durada o quantia del préstec, ni (ii) permet al consumidor evitar la seva aplicació amb una conducta de reparació, encara que la possibilitat de rehabilitació s'hagi restablert legalment en els supòsits d'hipoteca sobre l'habitatge habitual.

Per acabar conclou que 'en qualsevol cas, sembla evident que una clàusula de venciment anticipat que permet la resolució amb l'incompliment d'un sol termini, fins i tot parcial i pel que fa a una obligació accessòria, ha de ser reputada com a abusiva, atès que no es vincula a paràmetres quantitativament o temporalment greus'.

Ara bé, immediatament després de confirmar la decisió anul·lativa de l'Audiència, el ple del TS, en la Sentència de constant referència, estableix una sèrie de consideracions obiter dicta en els apartats 5, 6 i 7 d'aquest fonament dedicades a prevenir de les interpretacions maximalistes que, pretenent protegir al consumidor l'acabin perjudicant en provocar la restricció del crèdit hipotecari i, en aquest sentit, titlla d'inadequades la decisions que, davant de supòsits de morositat flagrant, tanquin la via executiva, que estima presenta avantatges gens menyspreables per al consumidor, i deixin únicament obert el declaratiu per obtenir la resolució contractual.

En suma, en els termes en què apareix redactada la Sentència del ple de la sala civil del Tribunal Suprem núm. 705/2015, de 23 de desembre, no queda ja marge perquè el judici d'abusivitat es pugui fer en funció només de l'exercici de la facultat de venciment anticipat, que era el paràmetre que, com hem dit, mantenia aquesta secció seguint el criteri unificat de les seccions civils d'aquesta Audiència Provincial de Barcelona, segons el qual el judici sobre l'eventual caràcter abusiu de la clàusula de venciment anticipat s'havia de dur a terme, sense prendre en consideració la literalitat de la clàusula apreciada en abstracte, sinó en funció de les concretes circumstàncies de cada cas, atenent sobretot l'ús que l'entitat bancària fa de la previsió contractual, entenent-se com pauta general que no podia qualificar-se d'abusiu el comportament de l'entitat prestadora que, per donar per vençut anticipadament el préstec, espera que concorri l'impagament de tres quotes o un superior.

Sinó que, apreciat el caràcter abusiu de la clàusula de venciment anticipat, d'acord amb la doctrina fixada per la interlocutòria, d'11 de juny de 2015, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (assumpte C-602/13), la circumstància que la clàusula no hagi arribat a aplicar-se no s'oposa per si sola a què el jutge nacional dedueixi totes les conseqüències oportunes del caràcter abusiu de la clàusula en qüestió.

Projectant els anteriors criteris al supòsit que analitzem, és clar que la clàusula de venciment anticipat prevista en l'escriptura de préstec que serveix de base a aquesta execució que faculta el venciment anticipat davant la 'falta de pagament d'una quota d'interessos o amortització o de la prima de l'assegurança, un cop transcorreguts trenta dies des del seu venciment respectiu' ha de considerar-se nul·la i inaplicable, per no respectar les condicions mínimes de l'art. 693.2 de la LEC, i per les mateixes raons que porten al TS, en el cas que analitza en la STS de 23 de desembre de

2015, a declarar la nul·litat i inaplicabilitat de la clàusula que allà analitza, això és, per no permetre la modulació de la gravetat de l'incompliment des de cap paràmetre o, utilitzant els propis termes de l'alt Tribunal, per resultar 'evident que una clàusula de venciment anticipat que permet la resolució amb l'incompliment d'un sol termini, fins i tot parcial i pel que fa a una obligació accessòria, ha de ser reputada com abusiva, atès que no es vincula a paràmetres quantitativament o temporalment greus'.

TERCER.- En relació amb les conseqüències de la declaració de nul·litat de la clàusula de venciment anticipat hem d'atenir-nos, necessàriament, a les previstes tant en la llei com en la doctrina jurisprudencial del TJUE aplicable.

Així, un cop reputada abusiva la clàusula de venciment anticipat atesos els termes en què la condició general predisposada permet el mateix, han de deduir-se totes les conseqüències del caràcter abusiú de la clàusula, encara que en el moment de l'exercici de la clàusula de venciment anticipat pogués apreciar-se una situació de morositat dels deutors.

La conseqüència de l'apreciació de la clàusula de venciment anticipat com a abusiva, seguint amb els mateixos termes de la Sentència del ple de la sala civil del Tribunal Suprem núm. 705/2015, de 23 de desembre, en l'apartat 4, primer paràgraf, és que la clàusula de venciment anticipat resulta 'nul·la' i 'inaplicable'.

En aquest sentit, disposa avui dia l'article 83 del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i unes altres lleis complementàries, en la redacció de la Llei 3/2014, de 27 de març, que les clàusules abusives són nul·les de ple dret i es tindran per no posades en el contracte, el qual, no obstant això, seguirà sent obligatori per a les parts en els mateixos termes, sempre que pugui subsistir sense aquestes clàusules, la qual cosa ocorre en aquest cas, en què la resta del contracte de préstec amb garantia hipotecària, no obstant la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat, subsisteix entre les parts contractants.

En el mateix sentit, les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 14 de juny de 2012 i 30 de maig de 2013, ja van declarar que l'article 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb els consumidors, ha d'interpretar-se en el sentit que s'oposa a una normativa d'un estat membre, com l'antic article 83 del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i unes altres lleis complementàries, que atribueix el jutge nacional, quan aquest declara la nul·litat d'una clàusula abusiva continguda en un contracte celebrat entre un professional i un consumidor, la facultat d'integrar aquest contracte, modificant el contingut de la clàusula abusiva.

Per la qual cosa, del caràcter literal de l'apartat 1 de l'article 6 de la Directiva resulta que els jutges nacionals, apreciat el caràcter abusiú de la clàusula, estan obligats únicament a deixar sense aplicació la clàusula contractual abusiva, a fi que aquesta no produeixi efectes vinculants per al consumidor, sense estar facultats per modificar-ne el contingut, de manera que, quan el jutge nacional ha determinat el

caràcter abusiu d'una clàusula en un contracte celebrat entre un professional i un consumidor, queda obligat a excloure purament i simplement l'aplicació d'aquesta clàusula al consumidor.

En aquest cas, segons el que s'exposa, la nul·litat i inaplicabilitat, sense possibilitat d'integració, de la clàusula de venciment anticipat continguda en l'escriptura de préstec hipotecari de les actuacions, significa que l'escriptura de préstec hipotecari manca de conveni vàlid de venciment total en cas de falta de pagament que, en els termes de l'article 693.2 de la Llei d'enjudiciament civil, permeti a l'executant reclamar la totalitat del degut per capital i per interessos.

Per tant, la conseqüència processal de l'apreciació de la clàusula de venciment anticipat com a abusiva, nul·la, i inaplicable, sense possibilitat d'integració, no pot ser sinó el sobreseïment de l'execució, en ser una clàusula que naturalment, en contra del que afirma l'executant en oposar-se al recurs, és fonament de l'acció, ja que no es reclamen només les quotes realment vençudes sinó també les anticipadament vençudes. Tot això segons es troba legalment previst en l'article 695.3, paràgraf segon, de la Llei d'enjudiciament civil el caràcter del qual: " D'estimar-se la causa 4a, s'acordarà el sobreseïment de l'execució quan la clàusula contractual fonamenti l'execució", el qual no admet cap excepció o matisació per raó de la tutela dels consumidors pels especials avantatges del procediment especial d'execució, a què al·ludeixen les consideracions, a més d'això, contingudes en els apartats 5, 6, i 7 del cinquè motiu (e) (venciment anticipat) de la Sentència del pe de la sala civil del Tribunal Suprem núm. 705/2015, de 23 de desembre, que no permeten impedir que hagin d'extreure's totes les conseqüències, substantives i processals, legal i doctrinalment previstes de la declaració, en la mateixa Sentència del ple de la sala civil del Tribunal Suprem, de la clàusula de venciment anticipat com a abusiva, nul·la, i inaplicable.

En conseqüència, sense necessitat d'entrar en els altres motius de l'oposició, és procedent, estimant el recurs i l'incident d'oposició formulat per l'executat, declarar la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat que és fonament de l'execució i, amb això, el sobreseïment i el seu arxivament.

No obstant això hem de fer constar que s'ha de ratificar i mantenir la declaració, que ja ve acordada, de nul·litat de la clàusula tercera de l'escriptura de crèdit amb garantia hipotecària subscripta per les parts en data 27 d'octubre de 2005 relativa a la determinació de l'interès variable (clàusula terra), nul·litat que no ha estat objecte d'impugnació en aquesta alçada encara que sí els seus efectes, i cal precisar que aquests, els efectes, això és, l'extensió de la nul·litat, seran els que es deriven de el que s'ha acordat en la recent Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de data 21 de desembre de 2016'.

Vuitè.- La raonabilitat de la solució donada per la jurisprudència assenyalada ha donat lloc al plantejament d'una qüestió prejudicial davant el TJUE pel Tribunal Suprem (Sala 1a), mitjançant la interlocutòria de 8 de febrer de 2017 (recurs núm. 1752/2014), que corrobora els arguments jurídics formulats per l'Audiència Provincial de Barcelona (secc. 13a) de manera que el Tribunal Europeu dicti resolució que delimiti finalment la qüestió. En aquesta interlocutòria la sala acorda:

“Formular al Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en l'àmbit de l'article 267 TFUE, les següents peticions de decisió prejudicial, en interpretació de l'article 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors:

1r- Ha d'interpretar-se l'art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentit que admet la possibilitat que un tribunal nacional, en enjudiciar l'abusivitat d'una clàusula de venciment anticipat incorporada en un contracte de préstec hipotecari celebrat amb un consumidor que preveu el venciment per impagament d'una quota, a més d'uns altres supòsits d'impagament per més quotes, apreciï l'abusivitat només de l'incís o supòsit de l'impagament d'una quota i mantingui la validesa del pacte de venciment anticipat per impagament de quotes també previst amb caràcter general en la clàusula, independentment del fet que el judici concret de validesa o abusivitat hagi de diferir-se en un moment de l'exercici de la facultat?.

2n- Té facultats un tribunal nacional, de conformitat amb la Directiva 93/13/CEE, per a -una vegada declarada abusiva una clàusula de venciment anticipat d'un contracte de préstec o crèdit amb garantia hipotecària - poder valorar que l'aplicació supletòria d'una norma de dret nacional, encara que determini l'inici o la continuació del procés d'execució contra el consumidor, resulta més favorable per al mateix que sobreseure aquest procés especial d'execució hipotecària i permetre al creditor instar la resolució del contracte de préstec o crèdit, o la reclamació de les quantitats degudes, i la subsegüent execució de la sentència condemnatòria, sense els avantatges que l'execució especial hipotecària reconeix al consumidor?.

D'això anterior es dedueix, per una banda, que el mer fet que la clàusula de venciment anticipat sobre la qual versa el litigi principal resulti contrària a l'article 693.2 de la LEC no permet per si sol arribar a la conclusió del caràcter abusiu d'aquesta clàusula.

Fonamentada, doncs, aquesta execució de títol no judicial en un venciment anticipat que ha de tenir-se per abusiu, s'ha de rebutjar la demanda d'execució plantejada amb sobreseïment del procés d'execució hipotecària que es tracta, sense perjudici que s'instin en procés declaratiu posterior les altres qüestions suscitées en aquesta execució (art. 564 de la LEC).

En resum, ha d'estimar-se l'oposició, amb el conseqüent sobreseïment de l'execució despatxada.

Novè. L'article 561.2 de la LEC estableix el següent: *“Si s'estima l'oposició a l'execució, aquesta s'ha de deixar sense efecte i s'ha de manar alçar els embargaments i les mesures de garantia de l'afecció que s'hagin adoptat, i s'ha de reintegrar l'executat a la situació anterior al despatx de l'execució, de conformitat amb el que disposen els articles 533 i 534. També s'ha de condemnar l'executant a pagar les costes de l'oposició”* i l'apartat 3 determina que *“Quan la resolució objecte de recurs sigui estimatòria de l'oposició, l'executant pot sol·licitar que es mantinguin els embargaments i les mesures de garantia adoptades i que s'adoptin les que siguin procedents d'acord amb el que disposa l'article 697 d'aquesta Llei, i el tribunal així ho ha d'acordar, mitjançant una provisió, sempre que l'executant presti caució suficient,*

que s'ha de fixar en la mateixa resolució, per assegurar la indemnització que pugui correspondre a l'executat en cas que l'estimació de l'oposició es confirmi.”

No obstant això, atès que existeixen manifestos dubtes de dret respecte a l'assumpte plantejat, reflectits en els diversos criteris jurisprudencials assentats pels diferents jutjats i audiències provincials, i fins i tot entre les diferents seccions d'aquestes, que fan innecessàries més explicacions, per ser àmpliament conegudes i de domini públic, ha d'aplicar-se analògicament la prevenció de l'article 394.1 de la LEC, no és procedent la declaració de costes.

Part dispositiva

ESTIMO ÍNTEGRAMENT l'oposició a l'execució formulada per la representació processal de XXXXXXXX, de XXXXXXXX i de XXXXXXXX contra XXXXXXXX SA i DISPOSO el SOBRESÈÏMENT d'aquest procediment d'execució, sense imposició de costes a cap de les parts.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i feu-los saber que en contra cal interposar recurs d'apel·lació en el termini de vint dies a comptar del següent a la seva notificació, davant aquest Jutjat, el qual coneixerà l'Audiència Provincial de Girona.

Així ho dispo, mano i signo.