

AUTO

En Barcelona a 22 de mayo de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 28 de marzo de 2019 se dicta providencia dando traslado a los ejecutados, en conformidad a las actuaciones del expediente, a los efectos que efectúen alegaciones sobre las eventuales cláusulas abusivas.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 15 de abril de 2019 Dña. __, Procuradora de los Tribunales y de D __, bajo la defensa jurídica de __ solicita que se acuerde:

A.- Declarar por parte del Juzgador abusivas de la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 29 de junio de 2007 efectuada ante el Notario D. __ bajo su número de protocolo 1095:

1.- La cláusula sexta bis -causas de resolución anticipada-, nula de pleno derecho y como no puesta en la escritura de crédito hipotecaria objeto y en la que se ha basado el presente procedimiento

Resolución anticipada

“No obstante el plazo convenido para la duración del presente contrato, la caja podrá declarar vencida la obligación y proceder contra las fincas hipotecadas y simultáneamente contra los prestatarios si se incumplieran por los mismos cualquiera de las obligaciones contraídas en este documento y especialmente en los siguientes casos:.....

b)

1.- La falta de pago a su vencimiento de un recibo de intereses, en periodo de carencia, solicitando, expresamente, las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad.

2.- La falta de pago a su vencimiento de una cuota comprensiva de capital e intereses, solicitando, expresamente, las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad.

2.- Cláusula Tercera. Intereses, y su cálculo sobre la fórmula $365/360$ días al no tenerse por puesta y anularse todo su contenido al no poderse integrar ni sustituirla por otra lo cual infiere en el despacho de la ejecución, al deber desaparecer la precitada cláusula.

3.- Cláusula octava relativa a la responsabilidad universal

4.- Cláusula Tercera BIS cláusula suelo.

5.- Abusividad y nulidad de la cláusula quinta en relación a los gastos a cargo del prestatario

6.- Nulidad del pacto de liquidez

B.- Como consecuencia del primer suplico, el sobreseimiento del procedimiento, procediéndose al archivo de la respectiva ejecución, previa anulación de todos aquellos actos judiciales efectuados.

C.- Con la expresa imposición de costas a la ejecutante.

También efectúa alegaciones la otra ejecutada, la Procuradora D^a.__ en nombre de D.__ por medio de su defensa jurídica, la letrada Sra.__, solicitando que se declare nula la cláusula de vencimiento anticipado y se deje sin efecto la ejecución despachada, reintegrándose a los ejecutados a la situación anterior al despacho de ejecución y con expresa imposición de costas a la ejecutante.

TERCERO.- Realizadas las alegaciones por las ejecutadas se dio traslado al ejecutante, __, Procurador de los Tribunales y de la mercantil __, ejerciendo su defensa, D. __ mediante escrito de fecha 9 de mayo de 2019 y en el que solicitaba; que se tenga por impugnadas las alegaciones de contrario en cuanto a la posible existencia de cláusulas abusivas, se acuerde desestimar íntegramente las pretensiones realizadas de adverso, y se continué la ejecución hipotecaria por sus cauces habituales, señalando a tal efecto fecha para llevar a cabo la diligencia de lanzamiento y posesión pendiente.

CUARTO.- Si bien únicamente se ha pedido vista por la representación procesal del señor __, no se acuerda en tanto en cuanto se trata de un trámite de oficio, distinto del incidente de oposición, que ya se ha producido por la ejecutada con vista, y la cuestión es estrictamente jurídica, conforme a los argumentos vertidos en todos los escritos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- El incidente se acuerda y la resolución se dicta, de oficio, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, STJUE 27-06-2000, caso Océano, C-290/98, STJUE de fecha 4 de junio de 2009, caso Pannon, C-243/08, Caso Asturcom, STJUE de 06-10-2009, C-40/08 y caso Banesto, STJUE de 14-06-2012, C-618/10.

Y lo es a consecuencia de alegarse cláusulas abusivas que no han sido objeto de examen y encontrarnos en un procedimiento de ejecución hipotecaria que aún no ha finalizado, **en tanto en cuanto no se ha tomado la posesión por el adjudicatario de la finca**, conforme a la disposición 3ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora

de los contratos de crédito inmobiliario y al fundamento jurídico séptimo, párrafo séptimo, de la STC 31/2019, de 28 de febrero de 2019.

Y, en todo caso, **el auto dictado en este expediente de 3 junio de 2014 no vincula a este juzgador**, en tanto en cuanto solo se hace un examen genérico de las cláusulas abusivas, o dicho de otro modo y aplicable a la resolución, el silencio no implica motivación, STC 31/2019, de 28 de febrero de 2019, y, además, se deben valorar la existencia de elementos de derecho nuevos y significativos que no han sido tenidos en cuenta en este procedimiento vivo, por lo que debería reexaminarse, ya que en caso contrario conllevaría la aplicación de cláusulas abusivas antes del cierre definitivo de esta ejecución. En este sentido, se dictó por el juzgador, resolución relativa a las cláusulas abusivas en sentido genérico el 3 de junio de 2014, si bien con posterioridad han acontecido elementos de derecho nuevos y significativos, que no abarcan aquella respuesta, sino que la condicionan, como pudieran ser tanto la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015 o las resoluciones del TJUE; auto de fecha 11 de junio de 2015 y sentencia de 26 de enero de 2017. Este argumento es más acorde con el principio de derecho de tutela judicial efectiva a favor del consumidor recogido en distintas sentencias por el Tribunal de Luxemburgo, STJUE de 29 de octubre de 2015 y STJUE de 3 de abril de 2019, asunto C 266/18, que implica una respuesta conforme a derecho evitando la aplicación de las cláusulas abusivas cuando se dispongan de todos los elementos de hecho y de derecho para su resolución, STJUE de fecha 4 de junio de 2009, caso Pannon, C-243/08.

PRIMERO.- Se alega con carácter principal, y por ambas ejecutadas, la nulidad y consiguiente sobreseimiento de la ejecución relacionada con la **cláusula del vencimiento anticipado**, esto es, la cláusula 6ª BIS, en la que se dispone que se tendrá por vencido el préstamo por:

1.- La falta de pago a su vencimiento de un recibo de intereses, en periodo de carencia, solicitando, expresamente, las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad

2.- La falta de pago a su vencimiento de una cuota comprensiva de capital e intereses, solicitando, expresamente, las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad.

La ejecutante no discute el carácter abusivo de dicha cláusula sino que se centra en sus consecuencias, entendiendo que es aplicable supletoriamente el art. 693.2 de la LEC.

En todo caso, el criterio de abusividad con carácter genérico lo expone la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015, nº 705/2015.

(i) Y de la referida sentencia se extrae que la cláusula de vencimiento anticipado con carácter abstracto no puede ser sino entendida como abusiva, ya que supedita el vencimiento de la totalidad del préstamo al impago de cualquiera de las cantidades contempladas en la escritura, ya sea por principal o intereses, y ello utilizando el criterio sostenido por el TS;

*“Sobre estas bases, 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.**”*

(ii) Y **descendiendo al caso concreto**, tampoco parece que sobrepase el control que en síntesis se dispone en la sentencia del Tribunal Supremo:

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

Ya que en este supuesto, según los datos proporcionados y no discutidos o evidenciados, se trata de un préstamo a 40 años y se procedió al vencimiento del préstamo a la novena cuota cuando se estaba abonando por la amortización producida unilateralmente por la entidad bancaria (299.832,71 euros y se reclama por todos los conceptos 161.099,82 euros a fecha de vencimiento) y que irrogó un perjuicio en la adjudicación en beneficio de la entidad bancaria al adjudicársela por el 60 % y no por el 70%, siendo por otra parte meramente formal la resolución y el requerimiento de pago efectuado por la entidad bancaria, a los efectos de regularizar su situación, es decir, **se le requiere al deudor para que pague en 10 días, la suma de 161.099,82 euros, a los efectos de evitar la ejecución hipotecaria.**

Y es por lo que si bien efectivamente se produce un incumplimiento esencial por parte del deudor, cual es, el impago de 9 cuotas del préstamo hipotecario tanto del principal como de los intereses, debiéndose fijar el criterio de abusividad en el momento de la ejecución de la cláusula, no se aprecia la gravedad que conlleve su resolución inmediata, ni tampoco por parte de la entidad bancaria se propone regularizar la situación de pago, sino que se requiere por la totalidad de lo adeudado

y su impago deriva en el fundamento de esta ejecución y que el consumidor no pueda evitar la ejecución hipotecaria.

(iii) Una vez declarada la abusividad de la cláusula referente al vencimiento anticipado debemos determinar cuáles son las consecuencias en este procedimiento hipotecario. Siendo trascendente a estos fines la STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

Es aquí donde la ejecutante centra sus argumentaciones alegando que; no se trata de una cláusula esencial, en tanto en cuanto en los contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria de larga duración mediante la cláusula de vencimiento anticipado se genera el nacimiento de una nueva obligación que conllevaría la restitución de la totalidad de la suma prestada, una vez deducida las cantidades ya amortizadas en plazos previamente ya pagados. Es decir, con el nacimiento de la nueva obligación del deber de pago de la totalidad de lo prestado, se extinguen los diferentes plazos de amortización, transformándose en una obligación de pago único. Por tanto, nos encontramos ante una modificación del objeto esencial del préstamo, y en consecuencia, dicha cláusula constituye un elemento esencial del préstamo y sobre todo la esencia del contrato de garantía hipotecaria. Por todo lo anterior, y aplicando lo sentado por la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 (caso Pereničová y Perenič) debe concluirse que el préstamo hipotecario no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, ya que el mismo, sin esta cláusula, quedaría desnaturalizado. Además, sin esta cláusula no sería posible que el acreedor acudiera al procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando el mismo es claramente favorable al deudor, tal y como señaló el Tribunal Supremo – Sentencias 705/2015, de 23 de diciembre y 79/2016, de 18 de febrero – como por el TJUE – Sentencia de 26 de marzo de 2019 – (arts. 241.1.7º, 575.1. bis, 579 LEC, 682.2.1 y 693.3 LEC). Y, en consecuencia, debe proseguirse con la ejecución hipotecaria aplicando supletoriamente el art. 693.2 LEC.

Entiende también este juzgador que lo trascendente es determinar si dicha cláusula del vencimiento anticipado es esencial para la pervivencia del préstamo hipotecario, su respuesta condiciona la continuación de la ejecución o su archivo.

STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, conclusión:

“Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.”

Desechada la posibilidad de aplicar la cláusula extrayendo exclusivamente la parte abusiva de la misma, la relativa al vencimiento anticipado por impago de una cuota, ya que el TJUE no aplica la doctrina blue pencil test a esta situación, (&55 y primera parte de la conclusión transcrita) **el TJUE no se opone aplicar el artículo 693.2 de la LEC., siempre que:**

(i) sea aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, cuestión que no se produce en tanto en cuanto nadie duda que se trata de una condición general, no pactada, que es impuesta en la garantía hipotecaria por la entidad bancaria,

ii) siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva, aun faltando el primer presupuesto, parece lógico que dicho contrato puede subsistir, ya que no afecta en nada a la obligación principal que es el pago del préstamo recibido. De otra parte, se trata de un beneficio reconocido, a modo de condición general, a favor de la entidad, no es una condición regulada por el derecho y, además, no se puede tratar de un elemento esencial en tanto en cuanto no se le aplica en ningún caso por los tribunales el control de transparencia, el de información clara y comprensible, (art. 4.2 de la Directiva 93/13), sino un control de contenido, de desequilibrio entre las partes, al ser una condición general insertada en el préstamo y, en último término,

iii) que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. Este requisito se cumpliría ya que si anulamos el préstamo el consumidor debería devolver íntegramente el capital recibido y los intereses. No obstante, no trasciende al no cumplirse los anteriores dos presupuestos.

Si esto es así, es fundamental para la continuación del procedimiento, al no poderse sustituir la cláusula abusiva del vencimiento anticipado por el artículo 693.2 de la LEC., el consentimiento del consumidor con renuncia a los derechos de esta ejecución hipotecaria, que son los expuestos en la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015, nº 705/2015, a saber; "la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC, (la enervación de la acción hipotecaria).... La legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el art. 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el art. 682-2-1ª LEC, al establecer que el valor de tasación a efectos de

la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.... que no resultarían aplicables en el juicio declarativo”.

Trayendo entonces a colación lo dispuesto en el párrafo 63 de la STJUE:

*“Por el contrario, con arreglo a la jurisprudencia citada en el apartado 56 de la presente sentencia, si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, **deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria.** En efecto, ese 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 71).”*

Y, en este caso, se entiende más perjudicial por el consumidor, los ejecutados, la continuación de la ejecución hipotecaria, siendo conscientes de los beneficios que otorga la misma, en concordancia a la interpretación otorgada por el TS por aplicación del Derecho de la Unión, que da plena significación a la asunción de las consecuencias por parte del consumidor. En este sentido se recoge, si se quiere a sensu contrario, en la STS de 9 de mayo de 2013;

“...la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 33, afirma que “el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”, de tal forma que “[c]uando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone”, y la de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 27, que “[s]in embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la

aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartados 33 y 35)". Lo que reitera en el apartado 35 que, al referirse a la articulación de mecanismos de contradicción de la posible estimación de oficio de la abusividad de una cláusula, al razonar que "[e]sta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula".

Dimensión subjetiva, en cuanto al alcance del consentimiento del consumidor a los efectos de aplicar las consecuencias, que incluso supuestamente le pudieran ser más perjudiciales, que fue recordada en las conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 14 de enero de 2015;

*En lo atinente a la dimensión individual de los derechos de los consumidores, procede señalar, en particular, en lo que respecta a la obligación de examinar de oficio la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, que, sin embargo, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva 93/13, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula. Sentencia Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), apartado 33. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando tras el examen de oficio de la cláusula contractual el juez nacional considera que ésta es abusiva, «se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone». **Esta dimensión individual, según la cual «el derecho a la tutela judicial efectiva también implica la potestad de no ejercitar los derechos propios»**, Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto Duarte Hueros (C-32/12, EU:C:2013:128), punto 53.*

Y Sentencia Banif Plus Bank (C 472/11, EU:C:2013:88), apartado 35.

Se plasma en la posibilidad de que dispone el consumidor de expresar su opinión y la obligación que incumbe al juez nacional «de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula».

En definitiva, si la cláusula es abusiva, y no puede ser sustituida por la redacción del artículo 693.2 de la LEC., y encontrándonos en una ejecución hipotecaria que se fundamenta en la misma, consecuentemente con lo declarado y con el consentimiento del consumidor, se procede al archivo y sobreseimiento de la ejecución hipotecaria.

TERCERO.- En cuanto a las costas, conforme al criterio genérico del vencimiento recogido en el artículo 394 de la L.E.C., y el específico del art. 561.2 de la LEC, se impondrán a la ejecutante.

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

PARTE DISPOSITIVA

Dispongo, y conforme a lo antedicho, y por aplicación de la **cláusula abusiva de vencimiento anticipado por la ejecutante**, al **ARCHIVO Y SOBRESEIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO**. Consecuentemente, se deja sin efecto la presente ejecución y todas sus resoluciones, y, firme, expidiéndose los oportunos mandamientos de cancelación al Registro de la Propiedad.

Con expresa imposición de las costas causadas a la parte ejecutante.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, al ser una resolución definitiva.

Así lo acuerda manda y firma, Francisco González de Audicana Zorraquino
Magistrado titular del Juzgado de 1^a Instancia número 38 de Barcelona. Doy fe.



descargado en www.asufin.com