

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN UNDÉCIMA
VALENCIA**

NIG: 46017-41-1-2017-0003299

Procedimiento: **RECURSO DE APELACION (LECN) [RPL] Nº**

Dimana del Ejecución Hipotecaria [EJH] Nº 000

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 5 DE ALZIRA

Apelante: BANKIA SA

Procurador: D.

Letrado: D.

Apelado: DÑA.

Procurador: D.

Letrado: D.

Apelado: DÑA.

Procurador: D.

Letrado: D.

AUTO Nº _____

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:
D.

Magistrados/as:
DÑA.
D.

=====

En Valencia, a dieciocho de septiembre de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 5 DE ALZIRA, en fecha 13 de junio de 2018 en el procedimiento de Ejecución Hipotecaria [EJH] que se tiene dicho, dictó auto conteniendo el siguiente pronunciamiento: "PARTE DISPOSITIVA: DECLARO LA NULIDAD, por abusiva, de la Cláusula del Préstamo Hipotecario suscrito por las partes, relativa al vencimiento anticipado de la obligación de pago, teniéndola por no puesta, y sobreseyendo la presente ejecución; condenando a la parte ejecutante a abonar las costas procesales

causadas. ".

SEGUNDO.-

Contra dicho auto, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de BANKIA SA, y emplazadas las demás partes por término de 10 días, se presentó en tiempo y forma escrito de oposición por la representación procesal de DÑA. . Admitido el recurso de apelación y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, se señaló para deliberación y votación el día 16 de septiembre de 2019.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. .

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-

Planteada demanda de ejecución hipotecaria por Bankia SA contra Dña. y Dña. como prestatarias, en reclamación de noventa y seis mil ciento seis euros con ochenta y cinco céntimos (96.106'85 €) de principal, en base a una escritura de préstamo hipotecario de 31 de mayo de 2019, ampliada por otra de 6 de marzo de 2014, que pactado a treinta y cinco años (420 cuotas mensuales), fue declarado vencido anticipadamente; y dado traslado a la parte ejecutante para que alegara lo que tuviera por conveniente sobre la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado hecha valer por la parte ejecutada como motivo de oposición a la ejecución, el Juzgado "a quo" por auto de 13 de junio de 2018 estimó la oposición formulada, acordando el sobreseimiento de la ejecución, al considerar nula por abusiva la cláusula de vencimiento anticipado.

SEGUNDO.-

Recurrida en apelación la citada resolución por la parte ejecutante, la Sala se ve abocada a la confirmación de dicho auto y a dejar sin efecto la ejecución, al considerarse abusiva la cláusula de vencimiento anticipado de la estipulación contractual 6ª bis de la escritura de 31 de mayo de 2010 y la cláusula 11ª bis de la escritura ampliatoria de 6 de marzo de 2014.

Y a tales efectos, abundando en la doctrina que tiene sentada esta Sección, se debe partir como señala la S.T.S de 9 de mayo de 2013, de la obligación de que

el Juez nacional examine de oficio el carácter abusivo de las cláusulas abusivas de los contratos celebrados por un profesional con los consumidores para el cumplimiento de los derechos que les confiere la Directiva 93/13. Así advierte el informe de la comisión 2000 que la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva implica atribuir a las disposiciones de la directiva el carácter de norma "imperativa", de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales. Ello implica que el Juez debe abstenerse siempre de aplicar la cláusula si es abusiva, salvo que lo sea en contra de la voluntad del consumidor, cuando se opone a que no se le aplique, salvando, incluso los problemas de congruencia y atemperando las rigideces del proceso (así, si se ha solicitado la nulidad por abusividad de las cláusulas, en su análisis no es preciso un ajuste formal a la estructura de los recursos, ni la exactitud del fallo al suplico de la demanda), hasta el punto de que el principio de eficacia exige que el Tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, de modo que de no ser ello posible, dicho Tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, como pueden ser las normas procesales nacionales que recojan la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, esta autonomía tiene como límite que tales normas "no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) con lo que deviene inaplicable el art. 465.5 de la L.E.C., y los principios "tantum devolutum, quantum appellatum", "in appellatione nihil innovetur" y el prohibitivo de la "reformatio in peius". Y, en cuanto a las consecuencias de la nulidad, se descarta la posibilidad de integración del contrato contemplada como un derecho interno, pues resulta contraria al Derecho de la Unión por la S.T.J.U.E. de 14 de junio de 2012, a cuyo tenor 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, que atribuía al Juez Nacional, cuando éste declaraba 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. Pero es que, además señala la

S.T.J.U.E. de 14 de junio de 2012 que el Juez nacional no tiene la facultad sino la obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, debiendo incluso acordar de oficio diligencias de prueba si así resulta preciso. Y asimismo indica que la Directiva 93/13 reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, pero les impone expresamente la obligación de establecer que tales cláusulas no vinculan al consumidor, y que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Por lo tanto, conforme al tenor literal del precepto indicado, resulta que los jueces nacionales están obligados a dejar sólo sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, pero no facultados para modificar el contenido de la misma. Por otro lado, la S.T.J.U.E. de 14 de marzo de 2013 establece los criterios generales que deben servir de orientación imperativa al Juez nacional para apreciar el carácter abusivo de las condiciones generales, entre los que se encuentra, fundamentalmente, el desequilibrio importante en detrimento del consumidor y de la buena fe; con remisión igualmente, de manera indicativa y no exhaustiva, a la lista de cláusulas abusivas de anexo de la Directiva. Criterios éstos que, por su carácter general, su aplicación no lo es solo a todo tipo de procedimientos judiciales, sino también extrajudiciales donde se pretenda vincular a la persona consumidora con una cláusula abusiva.

Resumiendo, quedando afectado el tema litigioso por la abusividad de ciertas cláusulas contractuales se han de tener en cuenta con carácter general las siguientes consideraciones. A) Que la protección a los consumidores contra cláusulas abusivas incluidas en los contratos se ha de hacer a través del art. 10 bis y de la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/84 de 19 de Julio de Defensa de los consumidores y usuarios, y de los arts. 8 b, 29.1 B y 80 a 89 del R.D. Legislativo 1/07 de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, según reforma por Ley 3/14 de 27 Marzo, que en todo caso tratan de evitar que se produzca desequilibrio de las partes en perjuicio del consumidor o que se impongan indemnizaciones desproporcionadas. B) Que las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013, reiteran el sistema de protección de la Directiva

93/13, que se basa en la protección al consumidor que se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, teniendo que adherirse a las condiciones redactadas unilateralmente por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas, como se infiere del art. 6 apartado 1 de la citada Directiva. C) Que esta disposición de carácter imperativo pretende superar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes, estableciéndose a tal efecto en las mencionadas sentencias del T.J.U.E. que el Juez Nacional debe apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la referida Directiva 93/13, para así subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. D) Que a tales efectos el Juez nacional tiene la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. E) Que fruto de ello, la Ley 1/13 de 14 de Mayo modifica el procedimiento ejecutivo, a efectos de que, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de las cláusulas que se consideren abusivas. F) Que en igual sentido se pronuncia el art. 815.4 de la L.E.C. para el juicio monitorio, tras su reforma por Ley 42/15 de 5 de octubre. G) Que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva lleva consigo su total inaplicación, sin que pueda moderarse o integrarse en el cumplimiento del contrato, siempre que tal nulidad no lleve consigo necesariamente la nulidad absoluta del propio contrato. Y H) Que tratándose de cláusulas abusivas, el principio de eficacia exige que el Tribunal interprete las disposiciones nacionales de modo que se garantice la tutela judicial efectiva de los justiciables, y de no ser ello posible, dicho Tribunal deberá dejar inaplicada la disposición nacional contraria, ya que si bien el principio de autonomía procesal atribuye a cada Estado la regulación del proceso, esta autonomía tiene como límite que tales normas hagan imposible e inviable el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad), pero siempre observándose el principio de contradicción.

Pero es que, además, se ha de añadir, como así se infiere de la sentencia del T.J.U.E. de 26 de enero de 2017, y de los Acuerdos adoptados por la Audiencia Provincial de Valencia en Junta de unificación de criterios celebrada el 10 de

noviembre de 2.016, lo siguiente: de un lado, que la abusividad no detectada ni, por tanto, declarada en un momento determinado de un procedimiento, no impide su estimación posterior; de otro lado, que el plazo de un mes para oponer la abusividad de cláusulas que con anterioridad no hubieran sido declaradas como tales, no garantiza la protección del consumidor frente al empresario o profesional; de otro, que el momento en que precluye la posibilidad de alegar o de apreciar de oficio cláusulas abusivas viene determinado con el lanzamiento de la vivienda objeto de ejecución o dejando a salvo los efectos de la cosa juzgada; y finalmente, que cosa juzgada habrá sobre la abusividad de una determinada cláusula contractual, cuando opuesta dicha abusividad por una parte se haya resuelto expresamente sobre ella mediante resolución firme, o cuando apreciada tal cuestión de oficio se declare o se deniegue expresamente tal abusividad, pues del silencio no puede inferirse resolución o consecuencia judicial alguna respecto de cualquier cláusula que haya de ser examinada de oficio por el Tribunal.

TERCERO.-

En consecuencia, siendo imperativo por lo antes expuesto entrar a analizar en el caso concreto la posible existencia de cláusulas abusivas, se impone el examen de la cláusula relativa a la exigibilidad del saldo por vencimiento anticipado, pues de su estimación o no dependerá que se mantenga o se revoque el auto apelado.

En principio, se ha de reseñar que son principios jurisprudenciales sobre la cláusula de vencimiento anticipado, como derivados de la sentencia del T.S. de 18 de febrero de 2016, que recoge otras anteriores, los siguientes:

1º) Que en términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras).

2º) Que en sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, se reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos "*cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial- como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo*".

3º) Que vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo (S.T.S. 4-6-08).

4º) Que la jurisprudencia del T.J.U.E. en sentencia de 14 de marzo de 2013, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso.

5º) Que, 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 accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

6º) Que abundando en lo dicho, ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita.

7º) Que ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores, los tribunales deben valorar, 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 S.T.J.U.E. de 14 de marzo de 2013.

Sentado lo anterior se ha de significar que el contrato de préstamo hipotecario en que la actora apoya su reclamación establece, en la cláusula 6ª bis de la escritura de 31 de mayo de 2010 sobre resolución anticipada, la posibilidad de que la entidad prestamista declare vencido anticipadamente el préstamo "... a) Si la parte deudora no abona a su vencimiento, en todo o en parte, alguna de las amortizaciones de capital o intereses..."; y en la cláusula 11ª bis de la escritura de 6 de marzo de 2014, sobre vencimiento anticipado, que "... Las partes convienen expresamente que será causa de resolución y vencimiento total de la presente operación, pudiendo reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses y demás conceptos

que procedan, en caso de falta de pago de, al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos equivalente a tres meses...".

Y visto el tenor de ambas cláusulas se ha de concluir, siguiendo el criterio mantenido por la Sección Séptima (S. 16-6-14.....) y por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial (Ss. 2-6-14 y 11-11-15 y Aa. 22-4-14, 28-7-14, 24-9-14, 16-3-15, 22-4-15..., entre otras muchas), así como de las Secciones Sexta y Novena, y últimamente también de la Octava, que las mismas son inaplicables por abusivas, ya que son contrarias a los criterios legales anteriormente aludidos, y supone un desequilibrio importante entre el profesional y el consumidor, pues fija el vencimiento anticipado de la obligación a la única instancia del acreedor, y ello porque dicho efecto se hace depender del incumplimiento de cualquier obligación o del impago de cualquiera de las cuotas o de tres de ellas, sin atemperar dicho impago al incumplimiento grave, propio de toda resolución contractual, y a la duración de la operación, sin modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, sin permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, lo que determina que el acreedor pueda cerrar la cuenta y declarar vencida la misma a su voluntad ante el impago de una sola cuota mensual o de tres, cuando el contrato se había convenido con un aplazamiento de 420 meses. Posibilidad ésta que, en principio, solo se presenta como factible en el procedimiento de ejecución hipotecaria si así se hubiere convenido, ante la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales completos o de un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente a dicho periodo de tres meses, con arreglo al criterio contemplado en el art. 693.2 de la L.E.C. en su redacción por Ley 1/13, que sirve de pauta legal, que es lo que se ha pretendido infructuosamente en la escritura de ampliación del préstamo hipotecario de 29 de diciembre de 2014, al socaire de ese precepto, que siendo desequilibrante y perjudicial para el consumidor es abusivo conforme a la doctrina del T.J.U.E., ya que tal precepto, en su dicción reformada por Ley 1/13, en nada protege los derechos del consumidor cuando se trata de un préstamo hipotecario a amortizar en 420 plazos mensuales, dado que tal cláusula permite la resolución contractual con un mero incumplimiento contractual en el pago de un 0'70 % aproximadamente; no siendo, por otro lado, de aplicación el art. 24 de la Ley 5/19 de 15 de marzo,

reguladora de contratos de crédito inmobiliario, pues declarado el vencimiento anticipado con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, esta resulta inaplicable según lo dispuesto en el inciso final de su Disposición transitoria primera, 4. Y no se opone a lo dicho la sentencia del T.S. de 11 de septiembre de 2019 (nº 463/19), por lo que seguidamente se dirá.

En primer lugar, porque, siendo inaplicable la cláusula en cuestión, ha de significarse que dicha circunstancia ha de apreciarse con independencia del uso que de ella se haga; es decir, no cabe afirmar que la cláusula es nula porque se vincula el vencimiento anticipado a cualquier incumplimiento; y al mismo tiempo no apreciar tal nulidad porque el acreedor haya acumulado, en el caso concreto, diversos impagos o incumplimientos, puesto que el T.J.U.E. tiene manifestado: cuando una cláusula es nula no procede atemperar o moderar sus consecuencias sino tenerla por no puesta, como actualmente establece el art. 83 del T.R. de la L.G.D.C. y U., según reforma por Ley 3/14 de 27 de Marzo; y cuando el Juez Nacional haya constatado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el órgano jurisdiccional pueda deducir todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (A. T.J.U.E. 11-6-15).

En segundo lugar, porque fundada, pues, la reclamación de la ejecutante en un vencimiento anticipado que ha de tenerse por inaplicable, se ha de dejar sin efecto el presente proceso de ejecución, acordando su sobreseimiento y archivo, sin perjuicio de que por la entidad de crédito demandante se inste en el proceso declarativo correspondiente la acción de cumplimiento o de resolución contractual por incumplimiento imputable a la acreditada, cuya sentencia podrá servir, bien como propio título de ejecución ordinaria, bien, y en su caso como elemento integrador, en cuando al vencimiento, del préstamo hipotecario a ejecutar en la vía especial de los arts. 681 y siguientes de la L.E.C, que nuestro Tribunal Supremo considera más favorable al deudor.

En tercer lugar, porque las pautas que recoge esa sentencia de 11 de septiembre de 2019 en su fundamento jurídico octavo, apartado 11, no constituyen jurisprudencia "strictu sensu", sino un "obiter dicta", que conforme al principio de jerarquía normativa no se puede tener en cuenta en el caso de que se trata por lo que se dirá a continuación.

En cuarto lugar, porque si bien el Tribunal Supremo afirma en esa resolución, recogiendo doctrina anterior, que la cláusula contractual nula de vencimiento anticipado podría sustituirse con la aplicación del art. 693.2 de la LEC., tras su reforma por Ley 1/13, lo cierto es que, catalogada por el propio Tribunal Supremo dicha norma como de Derecho dispositivo, en el presente caso el proceso de ejecución se ha fundamentado en una cláusula contractual nula, es decir, en un título (contrato) si bien adecuada a la reforma del art. 693.2 LEC, y no precisamente en este título (ley), que por razones de congruencia deviene inaplicable, so pena de incurrir en incongruencia al admitir la ejecución hipotecaria por un título diferente (el legal) del invocado (el contractual); dualidad de títulos que corrobora el Tribunal Supremo cuando niega la existencia de cosa juzgada a lo resuelto en una ejecución por título contractual en otro proceso de ejecución posterior fundado en título legal, sea el art. 693.2 LEC, sea la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

En quinto lugar, porque el Tribunal Supremo al interpretar la gravedad del incumplimiento a efectos de aplicar el art. 693.2 LEC se remite al art. 24 de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario (L.C.C.I.), y este precepto es inaplicable al supuesto enjuiciado, ni siquiera con carácter orientador: de un lado porque la Disposición transitoria primera, 4 de esa Ley, establece que el art. 24 citado será aplicable con carácter retroactivo a los contratos anteriores a su entrada en vigor solo cuando el vencimiento anticipado se hubiera producido con posterioridad a la entrada en vigor de esa L.C.C.I.; y de otro lado, porque en la "interpretato legis" de las normas, sobre todo cuando se ha de aplicar una retroactividad limitada, no se pueden ni se deben forzar argumentos que tiendan a perjudicar a los consumidores, haciendo una interpretación "contra legem" de lo dispuesto en esa Disposición transitoria primera, maxime cuando las normas de ámbito temporal, como las de derecho transitorio, no se deben aplicar a supuestos ni en momentos distintos a los comprendidos expresamente en ellas, como así se infiere de lo dispuesto en el art. 4, párrafo 2º del C.C.

En sexto lugar, porque, siguiendo la línea de lo acabado de exponer, siendo principio general en nuestro ordenamiento jurídico el de la irretroactividad de las normas (art. 2.3 CC), una retroactividad limitada, de primer grado o débil, como la contenida en la Disposición transitoria primera, 4 de la L.C.C.I., ha de interpretarse restrictivamente en su propia literalidad, y no extensivamente, cual si de una retroactividad amplia, de segundo grado o fuerte se tratara, como hace el Tribunal

Supremo, fijando unas pautas que responden a la aplicación, como criterio orientador, del art. 24 de la L.C.C.I. a los préstamos vencidos después de la Ley 1/13 y antes de la entrada en vigor de la Ley 5/19, cuando ello no es lo previsto en dicha Disposición transitoria; lo cual implica una interpretación que, frente a los intereses contrapuestos de una entidad bancaria y de un consumidor, se nos antoja que no responde a la global jurisprudencia que en esta materia ha sentado el T.J.U.E., ni a los principios generales del derecho de que "en la duda no te separes del texto legal y de las reglas del derecho" (Baldo: "in dubio a texto et regulis non recedas"), y de que cuando la ley no distingue, tampoco debemos nosotros distinguir ("ubi lex non distinguit, nei nos distinguere debemus"). Por tanto, siendo de significar que en la Disposición transitoria de que se trata ninguna referencia se hace a la Ley 1/13, esta Sección se inclina por aplicar el criterio expreso, claro, diáfano y patente del legislador, que no el sentado por el Tribunal Supremo, pues si el legislador hubiera querido referir la retroactividad a la Ley 1/13, así lo habría establecido, y no habiéndolo hecho, la orientación de la Superioridad en su labor interpretativa se nos antoja opuesta a la más Superior jurisprudencia del T.J.U.E., maxime cuando en caso de duda, ante la contraposición de intereses entre un profesional y un consumidor, debe primar el criterio hermeneutico más favorable a este último, haciendo aplicación de los principios generales del derecho, reflejados en los axiomas "odiosa sunt restringenda" y "favorabilia sunt amplianda".

Y finalmente, porque sorprende que tan novedoso criterio interpretativo intente sustentarse en la esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo con garantía hipotecaria, de forma que su nulidad llevaría consigo la nulidad total del contrato, cuando contradictoriamente a ello tanto el Tribunal Supremo como el T.J.U.E. han dicho con reiteración que la nulidad por abusividad de tal cláusula no afecta a la existencia del préstamo hipotecario ni supone la extinción de la operación; de ahí que el T.S. haya sentado recientemente con insistencia que en vía declarativa cabe declarar la resolución por incumplimiento del contrato de préstamo hipotecario con pérdida del plazo (art. 1124 y 1129 C.C.), lo cual sería inviable de estimarse nula la operación cuando fuera abusiva la cláusula del vencimiento anticipado, pues sabido es que un contrato nulo no puede ser resuelto, es simplemente nulo.

CUARTO.-

Pero es que, además no se opone a lo expuesto lo dicho por el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Diciembre de 2.015 sobre la abusividad del vencimiento anticipado ello, sin ánimo de exhaustividad, por las siguientes razones, entre otras. En primer lugar, porque la única "ratio-decidenti" de dicha sentencia en el extremo de que se trata que constituye doctrina jurisprudencial vinculante, acorde con la jurisprudencia del T.J.U.E., es la que, con respecto a una cláusula similar a la que es objeto de enjuiciamiento en el presente pleito, dice que se trata de una cláusula abusiva, que resulta nula e inaplicable, como se infiere de los párrafos 1, 2 y 3, y principio del 4 de la decisión sobre el motivo quinto e) (vencimiento anticipado) del fundamento quinto sobre el recurso de casación del B.B.V.A., S.A. de dicha sentencia, confirmatorios así del pronunciamiento 4 del fallo de la sentencia dictada por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en sede de rollo de apelación 161/12. En segundo lugar, porque las consideraciones jurídicas que se exponen en los apartados 4, 5, 6 y 7 de esa decisión, sobre la aplicación integradora del art. 693.2 de la L.E.C. en los procesos de ejecución hipotecaria, cuando se haya declarado la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, ello so pretexto de que ese proceso es más beneficioso para el deudor-consumidor, constituye un "obiter dicta", ajeno al objeto litigioso de ese proceso declarativo, que, asimismo contrario a los principios sentados en esta materia por el T.J.U.E., no puede tomarse como doctrina jurisprudencial que resulte vinculante en sede tanto de un proceso declarativo como de un proceso de ejecución hipotecaria. En tercer lugar, y a mayor abundamiento, porque aún cuando se estuviera en un proceso de ejecución hipotecaria, en que se hubiera declarado abusiva la cláusula de vencimiento anticipado en cuya base se hubiera promovido tal ejecución, resultaría inviable la integración en el mismo del art. 693.2 de la L.E.C., pues el contenido de este precepto está condicionado a que " se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales...", y declarada la abusividad y, por tanto, la nulidad e inaplicabilidad de la cláusula de vencimiento en cuestión, nos hallaríamos ante un supuesto de inexistencia de pacto o convenio al respecto que haría inaplicable el art. 693.2 al no cumplirse la condición de existir previo convenio al respecto. En cuarto lugar, porque la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no lleva consigo la extinción del préstamo, sino que su declaración, cumplimiento y ejecución, o solamente la primera, puede exigirse en la vía ordinaria de los arts. 1.124 y 1.129 del C.C, para luego ejecutarse

en la vía ordinaria o en la vía especial hipotecaria previstas en la L.E.C. y en quinto lugar, y así también en "obiter dicta", porque justificar la aplicación integradora del art. 693.2 de la L.E.C. en base a que, declarada la abusividad del vencimiento anticipado, cabe dicha integración porque es más beneficiosa para el consumidor, aparte de una hipótesis que podría ser contradicha en cada caso, se nos antoja una entelequia, pues la realidad demuestra que las entidades de crédito para ejecutar una hipoteca desde tiempo inveterado han acudido por su propio beneficio, y consiguiente perjuicio para el deudor, al proceso especial de ejecución hipotecaria y no al declarativo, como lo corrobora el hecho de que no haya jurisprudencia del T.S. sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria. Pero es que, además, el obtener una declaración de resolución contractual de un préstamo hipotecario por incumplimiento del deudor (art. 1.124 C.C.) o por pérdida del plazo (art. 1.129 C.C.) en vía declarativa ordinaria, nada obsta a que la ejecución pueda llevarse a cabo "con las ventajas" de la ejecución hipotecaria. Ciertamente es que esta posibilidad puede resultar más gravosa para la entidad de crédito, y, por tanto, más beneficiosa temporalmente para el consumidor, pero justo y proporcionado es que quien ha propiciado unilateralmente la abusividad de una cláusula contractual sea quien sufra las consecuencias procesales negativas de su nulidad e inaplicabilidad; lo cual en absoluto conculca su derecho a la tutela judicial efectiva, sino que simplemente la reconduce a la que se considera vía procesal oportuna.

Y abundando en lo expuesto se ha significado que, como ha interpretado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Auto de 17 de marzo de 2016), la anulación de cláusulas contractuales tales como las que fijan intereses de demora y las condiciones del vencimiento anticipado del préstamo, amén de no quedar limitadas a los criterios que definen los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil --por hallarse los Estados, como se ha expuesto anteriormente, obligados a garantizar la plena efectividad del artículo 6, apartado 1, de la Directiva--, sólo puede determinar la sustitución de la cláusula nula por una disposición supletoria del Derecho nacional cuando dicha sustitución se ajuste al objetivo del dicho apartado 1 del artículo 6, y con ello restablecer el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Queda, pues, relegada la facultad de integración contractual, a aquellos supuestos en que la nulidad de la cláusula obligue al Juez a anular el contrato, quedando con ello expuesto el consumidor a consecuencias que impliquen para él una penalización. Y no a

aquellos casos en que de la anulación no se deriven consecuencias negativas, como en el supuesto de las cláusulas que interpreta dicho Tribunal –intereses moratorios y vencimiento anticipado--, “ya que interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado”. O lo que es lo mismo, y ya en el supuesto que ahora enjuicia la Sala, no cabe la menor duda de que la integración contractual atendido el uso que ha hecho el ejecutante de la cláusula, no favorece ni beneficia los intereses o la posición jurídica del consumidor, pues de la no integración del contrato deriva el sobreseimiento de la ejecución, al dimanar la exigibilidad de la deuda de la facultad de resolución unilateral anticipada dicha, que ha de ser tenida por no puesta. Y sin que a esta declaración sea obstáculo el hecho de que la demanda en principio fuera admitida a trámite y que con posterioridad el Organismo jurisdiccional, previa preceptiva audiencia al ejecutante, proceda a examinar la adecuación de la cláusula sobre vencimiento anticipado a la Legislación vigente, pues los Tribunales vienen obligados, “in limine Litis” y sea cual sea la fase del proceso, a examinar, incluso de oficio, el carácter abusivo de las cláusulas, todo ello conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, para de este modo subsanar el desequilibrio que se ha producido entre el consumidor y el profesional, y ello conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) en Sentencia de 14 de junio de 2012.

Y tampoco se opone a la abusividad de la cláusula en cuestión el hecho de que ésta sea coincidente con la previsión del artículo 693 de la LEC vigente en la fecha de otorgamiento del préstamo o con el tenor del precepto actual, por cuanto en el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, ese Tribunal recalcó que, dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, que se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/2013 en los artículos 3.1 y 4.1 se remite para determinar el carácter abusivo de una cláusula contractual, “a la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, 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” (apartado 51). Por ello, el carácter abusivo de una cláusula no depende de que sea conforme o contraria a la Legislación vigente en la fecha de su otorgamiento, sino “.... si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las

partes que se derivan de dicho contrato...". Por esto, como antes se ha adelantado, "... 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...". De ahí que resulte intrascendente que la vivienda adquirida en el préstamo hipotecario objeto de ejecución, sea habitual o no, pues lo trascendente para aplicar la jurisprudencia al T.J.U.E es que el comprador sea un consumidor, y no un profesional especulador.

QUINTO.-

No obstante la estimación del recurso, dada la naturaleza eminentemente jurídica de la cuestión debatida, fruto de reciente doctrina jurisprudencial sentada por el T.J.U.E., se está en el caso de no hacer especial pronunciamiento de costas, en ambas instancias (art. 394 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, así como jurisprudencia.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.-

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por "Bankia SA" contra el auto dictado el 13 de junio de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcira en proceso de ejecución hipotecaria 418/17.

SEGUNDO.-

SE CONFIRMA la citada resolución.

SE DECRETA el sobreseimiento y archivo de la presente ejecución.

TERCERO.-

NO SE HACE expresa condena de las costas causadas en ambas instancias.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor con testimonio de esta

resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

Respecto al depósito constituido por el recurrente, de conformidad con la L.O. 1/09 de 3 de Noviembre en su Disposición Adicional Decimoquinta, ordinal 9º, procede la pérdida del depósito, quedando éste afectado a los destinos especificados en el ordinal 10º.

Notifíquese la anterior resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación al rollo, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Carátula de comunicación *Cicerone* - LexNET

Remitente:

Órgano: SECCION Nº 11 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
VALENCIA[4625037011]

Tipo de Órgano: Audiencia Provincial

Destinatarios:

FRANCISCO JOSE CARRASCO CASTELLO. [00582] - Ilustre Colegio de Procuradores
de Sevilla.

ANTONIO BARBERO GIMENEZ. [00551] - Ilustre Colegio de Procuradores de Valencia.

Documentos:

AUTO DEFINITIVO/

Datos del mensaje:

Procedimiento: RAP - 713/2018 (RECURSO DE APELACION (LECN) [RPL])

NIG: 46017 - 41 - 1 - 2017 - 0003299

Carátula de comunicación *Cicerone* - LexNET

Remitente:

Órgano: SECCION Nº 11 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
VALENCIA[4625037011]

Tipo de Órgano: Audiencia Provincial

Destinatarios:

FRANCISCO JOSE CARRASCO CASTELLO. [00582] - Ilustre Colegio de Procuradores
de Sevilla.

ANTONIO BARBERO GIMENEZ. [00551] - Ilustre Colegio de Procuradores de Valencia.

Documentos:

AUTO DEFINITIVO/

Datos del mensaje:

Procedimiento: RAP - 713/2018 (RECURSO DE APELACION (LECN) [RPL])

NIG: 46017 - 41 - 1 - 2017 - 0003299