

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA
SECCION SEXTA**

**Rollo de apelación nº 574/2.018
Procedimiento Ejecución Hipotecaria nº 1534/2.017
Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Valencia**

AUTO Nº 294

ILUSTRISIMOS

PRESIDENTE

D. JOSE ANTONIO LAHOZ RODRIGO

MAGISTRADOS

DOÑA M. EUGENIA FERRAGUT PÉREZ

D. JOSE FRANCISCO LARA ROMERO

En la ciudad de Valencia, a ocho de noviembre de dos mil dieciocho.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Magistrados anotados al margen, ha visto el presente **recurso de apelación** que se ha interpuesto contra **el autode fecha 18 de Mayo de 2.018**, que ha recaído en los autos cuya referencia se ha hecho constar.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la parte demandante en la ejecución [redacted], representada por el Procurador [redacted] y asistida por el Letrado D. [redacted], y, como apelada, la demandada en la ejecución [redacted], representada por la Procuradora [redacted], asistida por la Letrado D^a [redacted].

Es Ponente Dña. [redacted] quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la resolución impugnada, dice:

“Se declaran nulas por abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses de demora contenidas en el contrato celebrado entre las partes que ha dado lugar a la presente demanda de ejecución.

Se deniega el despacho de la ejecución interesado por S.A.” con base en una escritura de préstamo de 19 de noviembre de 2008.”

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la parte demandante que, tras alegar los motivos y fundamento de su recurso, pidió que se estime el recurso y se estime su demanda.

La apelada presentó escrito por el que se opuso al recurso y pidió su desestimación.

TERCERO.- El recurso se tramitó por escrito en el Juzgado de procedencia, en la forma prevista en los artículos 457 y siguientes de la LEC, después de lo cual se remitieron los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación y se señaló para **deliberación y votación el 29 de Octubre de 2.018** en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución apelada declaró abusiva y nula la cláusula de vencimiento anticipado sexta bis de la escritura de préstamo hipotecario que había dado lugar a la ejecución.

La referida cláusula 6ª bis del contrato (folio 37) previó la resolución anticipada por:

“b) la falta de pago a su vencimiento de una cuota comprensiva de capital e intereses.”

Dicha cláusula en la forma en que está redactada es nula.

La Ley 3/2.014 de 27 de marzo, en su exposición de motivos dice que se da cumplimiento a la sentencia de 14 de Junio de 2.012 y por ello se modifica la redacción del artículo 83 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios para la correcta transposición de la Directiva 93/12/CEE de 5 de Abril de 1.993, por ello en su artículo 27 modifica dicho artículo 83 sobre Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato y dice:

“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

Como dice la STS de 23 de septiembre de 2010 *“No se trata de aplicar disposiciones posteriores a la fecha de celebración del contrato, sino de interpretar y aplicar la norma vigente, de 1984, a la luz de la legislación posterior adaptada a la realidad social, conforme al artículo 3.1 del Código Civil.”* En este caso además, se trata de aplicar la directiva 93/12/CEE.

SEGUNDO.- La Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 14 de marzo de 2013, dice que *“corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”.*

Consideramos, pues, que el hecho de que la posibilidad del vencimiento anticipado se reconozca con base a cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, resulta manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, abusivo, de manera que nos hallamos ante una cláusula que impone al consumidor, o al menos permite imponerle, una sanción que resulta absolutamente desproporcionada, que provoca la pérdida del plazo por la sola voluntad de la entidad financiera .

Hemos dicho reiteradamente que:

“Aunque el vencimiento anticipado de una obligación puede responder a lo pactado por las partes (artículo 1255 CC), es importante tener en cuenta que para que pueda ser considerada lícita, debe responder a intereses legítimos. De ahí que, cuando se predisponga en las condiciones generales de la contratación, deba acreditarse que responde a una justa causa; y cuando ésta sea el incumplimiento contractual, sólo puede configurarse como una respuesta adecuada y proporcionada ante una manifiesta dejación de obligaciones de carácter esencial, sin que baste ni la infracción de obligaciones accesorias ni incumplimientos todavía irrelevantes. Además, dentro de la lógica de las actuaciones humanas, es razonable pensar que en el marco de una negociación individual, que se debe tomar como referencia según la sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013 - C-415-11, un cliente no hubiera aceptado tal cláusula que posibilitaba al banco a dar por vencida la operación y reclamarle anticipadamente todo el préstamo, con sus intereses, por la circunstancia puntual de que en un momento determinado sólo hubiera podido pagar una parte de una de las cuotas mensuales (la de intereses o la de amortización).

Ahora bien, con frecuencia se empieza hablando de la nulidad de la cláusula y, sin reparar en la contradicción que encierra, se termina diciendo que su aplicación por el banco no fue abusiva, por el abultado número de cuotas impagadas por el ejecutado –

aquí, seis meses-. Pero, si la cuestión de la que tratamos es la de apreciar la existencia, o no, de la posición de igualdad y equilibrio entre las partes, resultante de la celebración del contrato en el momento de concertar el préstamo, la abusividad, o no, debe predicarse de la propia cláusula tal como fue redactada por la entidad prestamista, y no de la aplicación que de ésta haga durante la vida del contrato, y singularmente cuando decida ejercer la acción ejecutiva contra el prestatario moroso. De ahí resulta que deja de ser relevante cuál sea el número de cuotas del préstamo que adeude en ese momento, pues si inicialmente la redacción de la cláusula desequilibró de manera desproporcionada, en beneficio del banco y en perjuicio del consumidor, la posición de las partes en el contrato, tal cláusula será abusiva y, por tanto, nula desde el primer momento, de manera que no podrá ser aplicada después, por cuanto esa nulidad radical no permite la producción de efecto ninguno, lo que significa que no cabrá el vencimiento anticipado de la deuda que se pretenda apoyar en esa cláusula.

Desde esa perspectiva, la cláusula aquí estudiada es abusiva porque, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (artículo 82.1 del TRLGDCU), que supone la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido por el banco (artículo 88.1 del TRLGDCU) e implicaría falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor (artículo 87 del TRLGDCU).

La abusividad de esa cláusula de vencimiento anticipado implica la degradación del título ejecutivo aportado por la demandante, pues fue determinante para el inicio del presente procedimiento de ejecución, por lo que debe declararse la improcedencia del mismo y su sobreseimiento.”

También el TJUE en el auto de 11 de Junio de 2.015 dictado en resolución de una cuestión prejudicial planteada por el juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander en una ejecución hipotecaria seguida a instancias del BBVA, analizó una cláusula del contrato de préstamo hipotecario, también idéntica a la que ahora nos ocupa, dice en su apartado 52 que *“el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria artículo 693 apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no permite por si solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula”*, pero añade en el apartado 53, que una cláusula debe declararse abusiva *“si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se deriven de dicho contrato.”*

Añade que *“la circunstancia de tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por si sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”*

Esta es la misma situación que se da en el caso que analizamos, pues, con independencia del número de cuotas impagadas y de que la entidad financiera haya esperado desde abril de 2.016 en que la prestataria dejó de pagar las cuotas para ejecutar la hipoteca, el hecho de que en el contrato se haya previsto, en perjuicio evidente de los demandados que son consumidores, que la falta de pago de una sola cuota o de los intereses, le permitía dar por vencido anticipadamente el préstamo no sólo supone un evidente perjuicio para éste, sino un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes y una garantía desproporcionada al riesgo que asumía el banco.

TERCERO.-Consecuencias procesales.

Sobre las consecuencias procesales de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, debemos partir de la evidencia de que, en este caso, esa cláusula fue determinante para instar el procedimiento de ejecución hipotecaria, y la

abusividad de ella implica la degradación de ese título, que ya no reúne los requisitos que la ley exige para el despacho de ejecución, en el artículo 685 en relación con los artículos 550, 573 y 574 LEC, por lo que debemos declarar la improcedencia de acordar el despacho de ejecución.

Es verdad que la STS, Civil del 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618), que sin ambages “declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable”, a renglón seguido, apunta la posibilidad de que en algún caso proceda continuar el proceso de ejecución conforme a la aplicación del artículo 693.2 LEC, hipótesis que no cabe en el caso que hoy estudiamos, donde solo perjuicios se derivarían para la prestataria, que, de inmediato, vería ejecutada la finca hipotecada, y el propio Tribunal Supremo recuerda que, entre otras, ha dicho en la STS, Civil sección 1 del 07 de septiembre de 2015 (ROJ: STS 3828/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3828):

"La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor... [C]omo se ha dicho, tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE".

En consecuencia, conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y del TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai y OTP Jelzálogbank Zrt, que sólo autoriza que pueda operarse excepcionalmente la integración de la cláusula abusiva, por una disposición supletoria de Derecho nacional cuando dicha integración, conforme a la finalidad y al efecto disuasorio perseguidos por la Directiva 93/13, y afectante a un elemento esencial del contrato principal, permita la subsistencia de éste en beneficio de los intereses del consumidor adherente, procede confirmar la resolución apelada, pues la integración de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado no beneficiaría al consumidor.

CUARTO.-El archivo del procedimiento haría innecesario analizar la cláusula de intereses moratorios cuya nulidad declara la resolución apelada y cuya argumentación y conclusiones compartimos plenamente, sin que sea posible su moderación ni posibilidad de recálculo.

Las Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10), la de 30 de mayo de 2013 (asunto C-397/11); y la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11), ya advirtieron la imposibilidad de integrar los contratos celebrados con consumidores que contuvieran una cláusula nula.

Así, dijo en la primera de las sentencia citadas:

«del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin

de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión 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», lo que, a su juicio, halla confirmación, además, en la sistemática y finalidad de la Directiva (ap. 69): «si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad (...) contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (...), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales».

Estas consideraciones condujeron al TJUE a concluir (ap. 71) que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor», y, por tanto (ap. 73), que este precepto «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 atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».

En la segunda de las resoluciones mencionadas, el TJUE dijo que:

«el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que constate el carácter abusivo de una cláusula contractual está obligado, sin esperar a que el consumidor formule una solicitud a ese efecto, a deducir todas las consecuencias que según el Derecho nacional nacen de esa constatación, para cerciorarse de que el consumidor no quede vinculado por esa cláusula, por un lado, y por otro debe apreciar, en principio según criterios objetivos, si el contrato afectado puede subsistir sin esa cláusula».

En el tercero de los asuntos, el TJUE reiteró la doctrina cuando dijo:

«el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula» y, por tanto, que (ap. 60) ese precepto «debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor».

Y la STJUE de 7 de Agosto de 2.018 (Asuntos C-96 y C-97) en relación a la STS ya citada de 3 de Junio de 2.016, ha dicho que:

“es preciso hacer constar que, si bien resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales que se presumirá abusiva toda cláusula que responda al criterio expuesto en el apartado 18 de la presente sentencia, no parece, en cambio, que dicha jurisprudencia prive al juez nacional de la posibilidad de declarar, al examinar una cláusula de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que no

responda a ese criterio, a saber, una cláusula que establezca un tipo de interés de demora que no suponga un incremento de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado en el contrato, que tal cláusula es no obstante abusiva y, en su caso, de dejar de aplicarla, extremo que incumbe verificar a los órganos jurisdiccionales remitentes.”

QUINTO.- Razones que nos llevan a desestimar el recurso y conforme a los artículos 394 Y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de esta alzada se imponen al apelante.

SEXTO.- La desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

PARTE DISPOSITIVA:

- 1. Desestimamos el recurso interpuesto por**
- 2. Confirmamos el auto impugnado.**
- 3. Imponemos al apelante las costas de esta alzada.**
- 4. Con pérdida del depósito constituido para recurrir.**

Esta resolución es firme.

A su tiempo, devuélvanse al Juzgado de procedencia los autos originales, con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así, por este nuestro auto, lo acordamos y firmamos.