



Roj: **AJPII 18/2014 - ECLI:ES:JPII:2014:18A**

Id Cendoj: **46094410012014200001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción**

Sede: **Catarroja**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2014**

Nº de Recurso: **157/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ORTIZ ROMANI**

Tipo de Resolución: **Auto**

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN 1

CATARROJA

Plaça de les Corts Valencianes, s/n

AUTO

En Catarroja, a 28 de octubre de 2014.

JUEZ: Manuel Ortiz Romani

PROCEDIMIENTO: Ejecución título no judicial 157/14

EJECUTANTE: Bankia SAU

Procurador: Juan Carlos Millán Zapater

Abogado: Luis Masiá Sastrón

EJECUTADOS: Coro , Mateo , Modesta , Adoracion y Juan Ignacio

OBJETO DEL JUICIO: Impago de préstamo hipotecario

HECHOS

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Bankia SAU presentó, el día 17 de febrero de 2014, demanda de ejecución dineraria hipotecaria derivada de la póliza de préstamo otorgada con fecha 17 de diciembre de 2007, ante el Notario de Valencia, D. Javier Oliver Villuendas, número 1.109 de su protocolo, actuando como prestamista la entidad Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, posteriormente modificada en 2008 y 2009.

La demanda iba dirigida contra Coro , Mateo , Modesta , Adoracion y Juan Ignacio , y se reclamaban las sumas de 71.729'13 euros de principal, 2.336'73 de intereses ordinarios, 79'33 de intereses de demora, más intereses correspondientes y las costas.

SEGUNDO.- El día 27 de febrero de 2014 se acordó mediante providencia la celebración de una comparecencia previa al despacho de la ejecución, de manera que pudiera discutirse y resolverse sobre el posible carácter abusivo de dos cláusulas contractuales, las relativas a los intereses de demora y al vencimiento anticipado, incluyendo indebidamente una referencia a la cláusula suelo, inexistente en el contrato examinado.

En la vista, celebrada finalmente el día 15 de julio de 2014, la parte ejecutante se opuso a la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de las citadas cláusulas. Así, en relación con los intereses, manifestó que no se incumplía el artículo 114.3 LH , y que nunca se había superado el triple del interés legal ni capitalizado los intereses de demora. Y, en relación con el vencimiento anticipado, mantuvo su validez y expuso que no había nulidad porque se habían dejado de pagar dieciséis cuotas, que cabía la posibilidad de rehabilitar el



préstamo vía artículo 693 LEC , y que no había habido un ejercicio abusivo del derecho, existiendo alternativas a disposición del prestatario.

Incorporada la prueba documental que había sido solicitada a la parte ejecutante, se recibió declaración testifical a Gustavo , empleado de la oficina bancaria hasta el año 2008 en que se tramitó el préstamo hipotecario.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Cláusulas susceptibles de ser declaradas abusivas

La comparecencia celebrada el día 15 de julio, con carácter previo al despacho de la ejecución, tuvo como finalidad esencial dilucidar el posible carácter abusiva de dos cláusulas de distinta importancia y trascendencia: el vencimiento anticipado y los intereses de demora.

La primera cláusula tenía el siguiente contenido:

"6ª bis.- Resolución anticipada por la entidad de crédito

La Caja podrá declarar vencida anticipadamente la obligación y exigir el inmediato pago de cuanto se le adeude por capital e intereses, incluso de demora, por cualquiera de los procedimientos indicados en las siguientes estipulaciones no financieras 7ª y 8ª, perdiendo consecuentemente la parte prestataria el beneficio del plazo convenido para la devolución del préstamo, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si la parte deudora no abona a su vencimiento, en todo o en parte, alguna de las amortizaciones de capital o intereses de conformidad con lo pactado en esta escritura. (...)"

La segunda, por su parte, fijaba (cláusula 6º) un interés de demora al tipo resultante de incrementar en seis puntos porcentuales el tipo nominal anual vigente en cada momento, durante todo el tiempo que dure la situación de impago.

Por razones sistemáticas, voy a analizar en primer lugar la cláusula de vencimiento anticipado, pues, tal vez, la conclusión que alcance haría innecesario el examen de la segunda.

SEGUNDO.- Vencimiento anticipado

En relación con el vencimiento anticipado, ha tenido innumerables ocasiones de pronunciarse tanto la llamada jurisprudencia menor como el propio Tribunal Supremo.

Centrándonos en el Alto Tribunal, señalaba en Sentencia 792/2009 de 17 de noviembre, Recurso 2114/2005 , ponente D. Jesús Eugenio Corbal Fernández, con ocasión de una cláusula que contemplaba el vencimiento anticipado por el impago de una sola de las cuotas del préstamo, que "El motivo se desestima porque, sin necesidad de tener que analizar las diversas eventualidades jurídicas a que se refiere el recurso, sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra 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-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008."

En este sentido, el mismo Tribunal Supremo, Sala de la Civil, en Sentencia 506/2008, de 4 de junio, Recurso 731/2001 , Ponente D. José Almagro Nosete, ya había señalado que "Pues bien, si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo aboga? inicialmente, en la Sentencia en que el recurrente sustenta este motivo de casación, la antes referida, por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil , no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió? "obiter dicta", en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas, por ejemplo en Sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000.

En efecto, como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de Comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones, como la convenida, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), en el caso de autos, cuando concorra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos



ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo. Y en el presente caso tuvo por cierto el Juzgado (y después confirmó? la Audiencia) que, transcurrido el periodo de carencia convenido, "desde el mes de septiembre de 1995 nunca existió? saldo suficiente para abonar las amortizaciones del préstamo hasta abril del 96".

Por otra parte, la tesis expuesta sobre la validez de las citadas cláusulas de vencimiento anticipado ha venido a ser respaldada, a nivel legislativo, por la dicción literal del artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o del citado por la Sentencia recurrida, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, expresamente referido a la ejecución hipotecaria.

Lo hasta ahora expuesto no obsta a que, en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, como así? ocurrió? en el supuesto resuelto por la Sentencia de 2 de noviembre de 2000, también invocada por el recurrente, y que, por lo dicho hasta ahora, no sirve como exponente jurisprudencial de sustento a este motivo."

En esta segunda sentencia, el Tribunal Supremo ya dejaba la puerta abierta a que, en determinados supuestos, la cláusula de vencimiento anticipado, no obstante ser lícita en abstracto, pudiera ser declarada, en el caso concreto, en función de su contenido, abusiva.

Y esto es lo que ha ido sucediendo recientemente en diferentes resoluciones de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 9ª, en el Auto 159/2014, de 24 de marzo de 2014, o en el Auto 21/2014 de 20 de enero de 2014.

TERCERO.- Examen de la cuestión a la vista de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11)

Las citadas resoluciones de la Audiencia Provincial tienen como claro punto de partida la indicada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, unida a la dictada en el llamado caso Banesto (Asunto C-618/10) supuso un punto de inflexión en la forma en que los órganos jurisdiccionales abordaban el análisis de las posibles cláusulas contractuales abusivas, y que conlleva necesariamente, en mi opinión, que la jurisprudencia del TS, que obviamente ha de ser observada por los demás órganos jurisdiccionales, deba ser examinada con arreglo a parámetros y criterios que el Alto Tribunal no tuvo en consideración en su momento.

La citada Sentencia del TJUE señaló que "A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, Rec. p.I-0000, apartado 22 y jurisprudencia citada).

67 Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del **consumidor** entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, Rec. p.I- 3403, apartado 19, y Pannon GSM, antes citada, apartado 37).

68 Pues bien, tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del **consumidor** un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, *deben tenerse en cuenta*, en particular, *las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido*. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al **consumidor** en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, *resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas*.

69 En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó



en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, *el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el **consumidor**, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual . (...)*

71 Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia *Freiburger Kommunalbauten*, antes citada, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, *Pohovost*, C-76/10 , Rec. p.I-11557, apartado 59). (...)

73 En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, *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 ."*

CUARTO .- Caso concreto

Centrándome ya en el caso de autos, de la documentación presentada por la parte ejecutante se desprende que se concedió inicialmente un préstamo de 26.000 euros, destinado a la refinanciación de deudas, posteriormente ampliado en 42.000 euros y 4.343'69 euros, que debía ser devuelto mediante el pago de cuotas mensuales durante un plazo de 480 meses. Se fijó una comisión en concepto de reclamación de recibos vencidos de 30 euros por recibo, además de los intereses de demora a los que he hecho referencia anteriormente.

Para garantizar el dinero prestado se hipotecó la finca sita en Alfafar, AVENIDA000 , NUM000 - NUM001 , con un valor de tasación de 153.804 euros (documento 4 de los aportados a requerimiento judicial).

Según se reflejó en el documento 6 de demanda, el deudor no atendió los pagos entre agosto de 2012 y noviembre de 2013, que conllevó en fecha 14 de ese último mes el cierre anticipado de la cuenta del préstamo, momento en que se adeudaban 71.729'13 euros de principal, 2.336'73 de intereses remuneratorios y 79'33 euros de intereses de demora.

Partiendo de esa situación fáctica, y a la vista del estado de la jurisprudencia ya expuesto, tanto nacional como europea, debo dilucidar si las condiciones en que fue pactada la cláusula de vencimiento anticipado determinan que la misma haya de ser calificada como abusiva.

El análisis de la cláusula de vencimiento anticipado con arreglo a la nueva jurisprudencia del TJUE no deja de ser consecuencia lógica de la evolución que ha tenido lugar en materia de protección de los derechos de los **consumidores** y usuarios, tanto a nivel de jueces y magistrados (con el nuevo trámite de análisis de cláusulas abusivas de oficio y a instancia del ejecutado) como notarial (alertando de la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de venta extrajudicial) o registral (en este sentido cabe destacar la nueva doctrina de la DGRN, véase la resolución de 13 de septiembre de 2013, que sólo ahora permite lo que antes les prohibía tajantemente a los Registradores de la Propiedad, como es rechazar la inscripción de aquellas estipulaciones que el propio registrador califique como abusivas). La jurisprudencia del TS al respecto también puede consecuentemente, ser examinada desde otros puntos de vista.

A este respecto, hay que dejar sentado ya de entrada que la cláusula no fue objeto de ningún tipo de negociación, sino que fue impuesta por la entidad bancaria.

En este sentido, la testigo expuso que concretamente el vencimiento anticipado no se explicaba con demasiado detalle, pues si bien se les decía que se podía ir al Juzgado por el impago de una cuota, también se les tranquilizaba diciéndoles que por costumbre no se iba. Eso sí, afirmó, de manera muy clara, que las condiciones del vencimiento anticipado no se negociaban, y que personalmente dudaría del cliente si intentara negociarlo.



La oferta vinculante de poco sirve a efectos de acreditar la negociación habida y/o la información recibida por los prestatarios, puesto que aparece fechada sólo tres días antes de la firma de la primera operación de préstamo (documento 1 de los presentados a requerimiento judicial), y no aparece firmada por todos los intervinientes.

De esta manera, puede dudarse de la información que los deudores recibieron y del conocimiento que tenían acerca de lo que realmente podía llegar a suceder si dejaban de pagar una sola cuota del préstamo, ya fuera capital o intereses.

Todo ello refleja, a mi juicio, partiendo además de la dicción del artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero de la Directiva 93/13 (veáse STJUE de 16 de enero de 2014, Asunto C-226/12, punto 19) que la cláusula vino impuesta por la entidad bancaria, y como he señalado las consideraciones anteriores hacen que pueda dudarse razonablemente acerca del conocimiento que el prestatario o los prestatarios tenían acerca de lo que podía suceder en el supuesto de impago tal y como se recogió en la escritura posterior.

En todo caso, además de lo anterior, lo fundamental a la vista de la normativa europea, contenida en la Directiva 93/13, y española, recogida en el Texto Refundido de la Ley de **Consumidores** y Usuarios de 2007, es determinar si la fijación de esa cláusula supuso un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, contrario a las exigencias de la buena fe, tal y como prevé la legislación aplicable al respecto, artículos 82 y siguientes fundamentalmente del citado TRLCU.

Para ello hemos de acudir a los criterios que el TJUE ha ido fijando, no con carácter exhaustivo sino a modo de guía.

Así, deberíamos plantearnos qué sucedería si no se existiera contractualmente dicha cláusula, o dicho de otro modo, ¿ la misma deriva de una práctica convencional o legal?. El examen de la normativa aplicable al caso, fundamentalmente el Código Civil y la Ley Hipotecaria, evidencia que nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de dar por vencido anticipadamente el contrato de hipoteca por el impago de una cuota, sino que como expuso el Tribunal Supremo se trata de una práctica bancaria que se ha ido generalizando, con fundamento en la libertad de pacto que contempla el artículo 1.255 del Código Civil. En definitiva, no es una cláusula imprescindible para la vigencia y existencia del contrato de préstamo ni del contrato de hipoteca, tal y como están configurados legalmente, sino que es algo completamente accesorio.

Ello determina que, en el caso de autos, de no haberse pactado la cláusula de vencimiento anticipado en las condiciones expuestas, el acreedor hipotecario para intentar satisfacer su crédito debería haber utilizado otros procedimientos pero no el presente.

Ante ello, suele alegarse el artículo 693 LEC que, en la redacción vigente en el momento de la suscripción del préstamo, hablaba de la falta de pago de alguno de los plazos, pero no hay que olvidar que se trata de una norma de alcance estrictamente procesal, y que no se discute la validez de la cláusula en abstracto, sino en el caso concreto.

En este sentido, no está de más apuntar que existen serias dudas acerca de la compatibilidad de dicho precepto (tanto en su redacción actual como en la anterior) con la normativa comunitaria, al tratarse de una norma absolutamente general, que no permite tener en consideración las circunstancias de cada caso particular, contraviniendo por ello probablemente la jurisprudencia del TJUE.

No sería, por lo demás, la primera ocasión en que el ordenamiento español queda en entredicho por no ajustarse correctamente a los mandatos de la Directiva 93/13. De ahí que no pueda sostenerse la validez de la cláusula del vencimiento anticipado por el mero hecho de que se tratara del mero reflejo de un precepto legal, pues como ya he expuesto y la realidad nos demuestra cada día nuestra legislación procesal distaba y dista mucho de ser conforme con la legislación de la Unión en materia de protección de los **consumidores**.

Esa norma puede ser válida en abstracto, pero lógicamente ha de ser moderada y modulada para adaptarla al caso concreto, pues el legislador no puede contemplar todas las situaciones posibles. De ahí que no sea obviamente lo mismo pactarla en un contrato con una cuantía de 10.000 euros y un plazo de cinco años, que en otro de una cuantía cercana a los 200.000 euros y un plazo de cuarenta años, como en el caso de autos.

Siguiendo con los argumentos para defender la validez de la cláusula en cuestión, se suele alegar que dicho precepto de la LEC contempla mecanismos de corrección, pues permite al ejecutado enervar, por así decirlo, el procedimiento, abonando lo adeudado hasta ese momento, poniendo así fin al procedimiento de ejecución entablado.

Ahora bien, y partiendo de la paradoja que supone que para solucionar el impago el ordenamiento jurídico sólo le ofrezca la opción de pagar (lo cual distaría mucho de poder ser considerado un mecanismo de corrección),



no hay que olvidar que para ello deberá, en primer lugar, contratar los servicios de un abogado y un procurador, y disponiendo de un inmueble en propiedad corre el serio riesgo de no obtener el beneficio de justicia gratuita.

Pero no acabarían ahí las complicaciones, pues aun disponiendo de dichos profesionales, como ya he señalado, debería abonar todo lo reclamado en su momento, partiendo claro está de la indudable dificultad que conlleva determinar el saldo realmente adeudado, hasta el punto que su fijación viene derivada por ley a un Notario. Y teniendo en cuenta el estado de la doctrina y la jurisprudencia cuando se suscribió el préstamo, ello representaba una indudable ventaja para la entidad bancaria pues podía con total tranquilidad reclamar cantidades desproporcionadas por intereses de demora que el ejecutado hubiera tenido que abonar, so pena de perder su vivienda, pues la legislación procesal, reforzada por la jurisprudencia y la doctrina, le impedía radicalmente cuestionar cualquier aspecto del contrato que excediera de los estrechos márgenes de oposición que contemplaba en aquellos momentos la legislación procesal civil. Y no sólo eso, sino que se limitaban enormemente las causas de suspensión de ese procedimiento, obligando a los ejecutados a iniciar un procedimiento declarativo para poder defender adecuadamente sus derechos.

Y no debemos olvidar que conforme a la indicada normativa procesal, las costas de la ejecución son siempre de cargo del ejecutado (y en ese momento se calculaba con respecto no sólo al capital sino también con referencia a los intereses, adquiriendo de nuevo relevancia los intereses de demora que sólo desde tiempos recientes se están entrando a enjuiciar por los órganos jurisdiccionales), lo que caso de acudir al procedimiento ejecutivo supondría necesariamente un mayor coste económico, agravando así la más que presumible débil situación financiera del deudor.

Sin lugar a dudas ello representaba una indudable ventaja para la entidad bancaria, que se beneficiaba así, mediante la fijación de una cláusula de contenido tan severo, de una legislación procesal claramente favorable a sus intereses. Por ello, no puede considerarse que existiera un remedio adecuado y eficaz para el **consumidor**, por utilizar la terminología del TJUE.

En este sentido, llama poderosamente la atención que la respuesta que el ordenamiento procesal proporciona para las ejecuciones hipotecarias, sea el mismo que el permite en el caso de los arrendamientos. Es decir, por el impago de una mensualidad de renta se puede desahuciar al inquilino, que podrá enervar la acción abonando lo adeudado, y lo mismo sucede, pese a las evidentes diferencias entre una situación jurídica y otra, en el caso de una compraventa de vivienda habitual. Es evidente, y no requiere demasiada argumentación, la diferencia que se da entre una situación y otra, y la enorme trascendencia que tiene adquirir una vivienda habitual frente a habitar una vivienda en régimen de alquiler.

Y no debemos olvidar que, según la legislación vigente en el momento de la suscripción del préstamo, de haber "rehabilitado" el préstamo hipotecario después de la iniciación del procedimiento ejecutivo, esa posibilidad le estaba vedada durante los próximos cinco años, lo que sin lugar a dudas subraya la importancia y trascendencia de acudir por primera vez ante los órganos jurisdiccionales.

Otro aspecto que no debemos dejar de lado es el hecho de saber si realmente la cláusula (con la posibilidad de dar por vencido el contrato por el impago de una cantidad mínima) suponía una mayor garantía para la entidad bancaria.

Para contestar a esta cuestión, del examen del contrato resulta que se hipotecó una finca, tasada a instancia de la propia entidad bancaria en una suma bastante superior al importe por la que se concedió el préstamo inicial; que se pactaron primero comisiones por impago de recibos vencidos; después intereses de demora, y finalmente el vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota. Es decir, que por dejar de pagar una parte cualquiera (determinada unilateralmente por la entidad bancaria dado el carácter indeterminado de los términos empleados) de una sola de las cuotas a lo largo de los 40 años de vida del préstamo el deudor se veía constreñido a soportar las tres consecuencias al mismo tiempo: comisión por impago, intereses de demora y vencimiento anticipado. Así expuesto no parece que exista demasiada proporción entre las partes.

Pero, en todo caso, siendo así las cosas, hay que considerar que el riesgo para la entidad bancaria no era demasiado elevado, sin dejar de existir evidentemente, pero en ello consiste precisamente parte de las actividades de las entidades bancarias. Dicha entidad consideró, en definitiva, que en primer término los deudores y los fiadores podrían hacer frente a las cuotas del préstamo (para la cual se supone que se analizó minuciosamente la capacidad económica de los mismos) y que además la vivienda podría responder del capital prestado, y, por esa razón dio el visto bueno a la operación.

Otro aspecto que no debemos olvidar es que cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, una sola cuota seguramente representaba un porcentaje ínfimo de la suma concedida inicialmente y del capital no vencido. Debo indicar que, a este respecto, el documento 3 de los presentados tras la demanda ejecutiva no



sirve de mucho, pues viene referido al porcentaje que representaban las cuotas impagadas en el momento de la emisión del mismo, y no del primer impago, que es lo realmente relevante.

Se suele alegar de contrario, y así lo hizo también la parte ejecutante en el caso de autos, que nunca se ejecuta por el impago de una sola cuota, sino que las entidades bancarias suelen esperar un tiempo más.

Ahora bien, no debemos confundir las cosas. Una cosa es que la cláusula sea abusiva o no, y otra muy distinta es la utilización que se haga la misma. Por el mero hecho de que no se lleve a cabo literalmente lo pactado en la póliza no quiere decir que lo que se impuso en su día al **consumidor** en cuestión no revistiera dicho carácter abusivo. Era una posibilidad de la que gozaba la entidad bancaria, y aquí no se está discutiendo si se comportó o no de manera abusiva, sino si lo hizo al imponerla al **consumidor**. En todo caso, queda la duda de saber porqué sino se pensaba ejercitar se pactó expresamente con ese contenido.

A este respecto, no está de más recordar que constituye un principio general del derecho, recogido en el artículo 1256 del Código Civil, que el cumplimiento del contrato no puede dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes. Y ello sería lo que sucedería en el caso de autos, si se estimara que el hecho de haber esperado más tiempo del fijado contractualmente supone la rehabilitación de una cláusula abusiva cuando se pactó en el momento inicial de vigencia de la relación negocial.

Del mismo modo, no se trata de si el vencimiento anticipado es válido o no. Claro que lo es, como pacto amparado por el principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil. De lo que se trata es de saber si, en este caso concreto, el hecho de pactar que se podía dar por vencido anticipadamente el préstamo por el impago de una cuota comprensiva de capital e intereses fue o no abusivo por parte de la entidad bancaria.

Siguiendo con el Código Civil, cabe destacar que la posibilidad de dar por vencido anticipadamente el préstamo supone una excepción a las reglas generales de las obligaciones sujetas a plazo contenidas en los artículos 1.125 y siguientes del Código Civil, de ahí que para atribuir plena eficacia a la misma en el caso concreto es preciso, a mi juicio, que no se fije de manera absolutamente indiscriminada y generalizada, sino en atención a las circunstancias particulares de cada caso concreto. No hay que olvidar que el artículo 1.127 del citado cuerpo legal fija como presunción iuris tantum que el plazo se presume establecido en beneficio de ambos, y así hay que considerarlo en un préstamo hipotecario de larga duración, en el que el deudor tendrá tiempo suficiente para devolver el dinero, una vez transcurrido el plazo pactado, y el prestamista obtendrá ganancias vía intereses durante el período fijado contractualmente, y además gozará de dos notables garantías, la real vinculada al bien hipotecado, y la personal derivada de la regla general contenida en el artículo 1.911 del Código Civil. De este modo, para introducir una causa más de pérdida del beneficio del plazo además de las contenidas en el artículo 1.129 del Código Civil, debe exigirse rigurosidad y proporcionalidad.

Al hilo de lo resuelto por el Tribunal Supremo hay que destacar que, efectivamente, la obligación de pago por parte del deudor es una obligación esencial, por no decir la más esencial, del deudor, pero considero que el análisis no debe situarse en ese punto, sino en el estadio de determinar si el impago de una cuota de capital supone un incumplimiento manifiesto y relevante.

La respuesta, claramente, a la vista de los parámetros económicos que he expuesto, es negativa, en mi opinión.

Se trata en definitiva de la confusión, bastante frecuente por lo demás, entre incumplimiento contractual y carácter abusivo. El primero, teniendo en cuenta la realidad del impago por parte del prestatario, puede considerarse hasta cierto punto evidente y fundamenta que el acreedor hipotecario reclame, si lo estima pertinente, la satisfacción de lo adeudado a través de las vías procesales correspondientes, correspondiendo dicha elección al citado acreedor, mientras que el segundo afecta a un momento anterior, al de la negociación de las cláusulas contractuales y al cumplimiento de las prerrogativas de protección de los **consumidores** y usuarios.

Como ya he expuesto, la cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago se incorpora al contrato de préstamo hipotecario por la voluntad de una de las partes: la entidad de crédito. No se trata de un elemento esencial, ni siquiera natural del contrato, sino accesorio. Su inclusión en el mismo, y especialmente su redacción -vinculado al impago de una sola cuota-, es consecuencia del desequilibrio existente entre el acreedor-entidad de crédito y el deudor-**consumidor**, y no de las características del contrato. En efecto, la facultad del acreedor de declarar el vencimiento anticipado por el incumplimiento del deudor no por frecuente es menos excepcional ya que para derogar la normativa ordinaria se requiere pacto, mientras que si no hay pacto lo normal es el vencimiento anticipado sólo en los casos contemplados en el art. 1129 CC, entre los que no se cuenta el incumplimiento de la obligación de pagar las amortizaciones por el deudor en los plazos pactados.



No se trata de valorar el ejercicio de los derechos de la entidad de crédito con arreglo al artículo 7 Cc (buena fe) ni con fundamento en el incumplimiento resolutorio; si no de enjuiciar la abusividad de la cláusula contractual prevista en el préstamo hipotecario.

Por ello, si nos situamos en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, en mi opinión, la inclusión de la cláusula de vencimiento anticipado, con el contenido que he examinado, debe calificarse como abusiva por parte de la entidad bancaria.

Una vez alcanzada la conclusión anterior, como ya he anticipado, resulta baladí el examen del carácter de los intereses de demora, a la vista de lo que expongo a continuación.

QUINTO.- Consecuencias de la declaración de abusividad

Al amparo de lo previsto en los artículos 552, 561.1.3 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la declaración contenida en el párrafo anterior conlleva que deba acordar el archivo de la ejecución, al tratarse obviamente de la cláusula que fundamentaba la ejecución.

En este punto, debo destacar que, a la vista de lo expuesto en la demanda de ejecución, fue precisamente el haber pactado que por el impago de una cuota de intereses o de amortización podría darse por vencido anticipadamente el préstamo lo que permitió que la entidad bancaria acudiera al presente procedimiento de ejecución, reclamando la totalidad de lo adeudado.

No cabe, por lo demás, al amparo de lo resuelto de manera reiterada por el TJUE (Casos Banesto y Aziz, entre otros muchos) integrar la cláusula, sino que la consecuencia ha de ser la nulidad radical de la misma, y con ello la improcedencia del despacho de la ejecución, pues precisamente la aplicación de dicha cláusula fue la que permitió a la entidad bancaria resolver anticipadamente el contrato y acudir al presente procedimiento reclamando, no sólo las sumas no abonadas, sino la totalidad de la cantidad adeudada.

Actuar de otra forma, por lo demás, sería contrario tanto a la jurisprudencia citada como a la actual normativa española, pues tras la reforma operada en el Texto Refundido de la Ley de **Consumidores** y Usuarios por la Ley 3/2014, el artículo 83 recoge finalmente lo que venía siendo ya de aplicación reiterada por parte de los órganos jurisdiccionales, al establecer que "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.

Es llamativo que se haya finalmente asumido, merced a la jurisprudencia del TJUE y a las diferentes resoluciones adoptadas por la gran mayoría de órganos jurisdiccionales españoles, que si la cláusula de intereses de demora es declarada abusiva deba ser totalmente desechada de la relación jurídica, sin que se le permita a la entidad bancaria presentar una nueva liquidación aplicando un interés diferente, pues ello conllevaría que se le estaría permitiendo que siguiera aplicando dicha cláusula, y, tratándose del vencimiento anticipado se pueda llegar a entender que, como no la aplicó a rajatabla y esperó un poco más (el tiempo que dicha entidad estimó conveniente, de forma absolutamente unilateral), aun siendo abusiva la cláusula, puede ampararse en ella para iniciar un procedimiento de consecuencias tan graves como el presente.

En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, mediante auto número 118 de veinticinco de junio de dos mil catorce dictado en el rollo de apelación 219/2014, con cita de otras resoluciones, tanto de dicha Sección como de la Sección 11ª.

No obstante, en materia de costas, atendidas las circunstancias concurrentes en el presente caso, obviamente, no procede su imposición a la parte ejecutante.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO el archivo de la ejecución instada por la representación procesal de la entidad Bankia SAU, por estimar abusiva y por ello nula de pleno derecho la cláusula 6ª bis a) del contrato de préstamo hipotecario celebrado el día 17 de diciembre de 2007, ante el Notario de Valencia, D. Javier Oliver Villuendas, con el número 1.109 de su protocolo, entre la entidad Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, y Coro, Mateo, Modesta, Adoracion y Juan Ignacio, sin que proceda la imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Contra este Auto podrá interponerse RECURSO DE APELACIÓN, que se preparará ante este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS, de acuerdo con el art. 458 LEC.



Así lo pronuncia, manda y firma Manuel Ortiz Romani, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 1 de Catarroja, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ