



Roj: **SAP V 5091/2014 - ECLI:ES:APV:2014:5091**

Id Cendoj: **46250370092014100302**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **07/10/2014**

Nº de Recurso: **214/2014**

Nº de Resolución: **275/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5091/2014,**  
**STS 1631/2017**

#### **ROLLO NÚM. 000214/2014**

RF

#### **SENTENCIA NÚM.: 275/14**

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA

D<sup>a</sup> MARIA ANTONIA GAITON REDONDO

D<sup>a</sup> PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a siete de octubre de dos mil catorce.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 000214/2014, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000422/2013, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 1 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a Vicenta , representado por el Procurador de los Tribunales NURIA JUAN MUÑOZ, y asistido del Letrado MARIA DEL CARMEN JUAN MUÑOZ y de otra, como apelados a BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA representado por el Procurador de los Tribunales ALONSO MORENO MARTINEZ, y asistido del Letrado JORGE RUIZ GIMENEZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Vicenta .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 1 DE VALENCIA en fecha 31/10/13 , contiene el siguiente FALLO: "Que desestimando como desestimo la demanda promovida por el Procurador Sra. Juan Muñoz en la representación que ostenta de su mandante Dña. Vicenta debo absolver y absuelvo a la parte demandada BANCO DE SANTANDER S.A. de las pretensiones deducidas en su contra, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales causadas."

**SEGUNDO** .- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por Vicenta , dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

**TERCERO** .- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.



## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO** . Vicenta presentó demanda solicitando del órgano judicial se declarase nula la estipulación 11ª de "Venta extrajudicial" contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario concertada ante Notario con la entidad prestamista Banco Español de Crédito SA (luego Banco de Santander SA) en fecha de 18/1/2006, al amparo de los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998 en relación con los artículos 80, 82 y 83 del TRLGDCU, por constituir una condición general abusiva; se deje sin efecto el requerimiento recibido del Notario en fecha 25/2/2013 y se paralizase el procedimiento de venta extrajudicial.

La entidad bancaria interpelada compareció en autos defendiendo la validez de tal estipulación contractual y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil desestima la demanda sin pronunciamiento en costas.

Se interpone recurso de apelación por la parte demandante alegando que la sentencia es incongruente y está falta de fundamento, solicitando su revocación y se estime la demanda por ser el pacto en cuestión abusivo y por tanto nulo.

**SEGUNDO . Cláusula impugnada; fundamentación de la demanda; oposición de la interpelada y fundamentos de la sentencia recurrida .**

El pacto atacado por la demandante, parte contractual (prestataria), contenido en la escritura pública significativa de un préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria, es el contenido en la cláusula 11 que se enuncia como "Venta extrajudicial" y dice;

*" Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario , los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente:*

*Los valores en que se tasán las fincas hipotecadas para que sirvan de tipo en la subasta serán los mismos que han quedado señalados en la cláusula anterior;*

*El domicilio señalado por las partes prestataria e hipotecante para la práctica de los requerimientos y notificaciones a que haya lugar será el mismo señalado a tales efectos en la cláusula anterior;*

*La parte hipotecante designa a Banco Español de Crédito SA por medio de sus representantes estatutarios o legales, como persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de las fincas hipotecadas en su representación "*

La parte actora basa la nulidad al estimar tratarse de una condición general de contratación abusiva, de la que no ha tenido conocimiento, al pasar inadvertida, no haber sido negociada y estar preredactada e impuesta, de la que no se informó ni se le explicó, ser contraria a la buena fe y causar desequilibrio en perjuicio del consumidor, dada la restricción de defensas que le implica el proceso notarial de venta extrajudicial.

La entidad demandada reconoció que tal pacto era una condición general de contratación, conocida y consentida por la demandante, dadas las operaciones de préstamo hipotecario realizadas en tiempo antes por la Sra. Vicenta y dada la escritura de novación del mismo sin objeción; no poder ser abusivo un pacto que recoge un precepto legal; no ser aplicable los criterios de la sentencia TJUE de 14/3/2014 por no encontrarnos ante un proceso de ejecución y estar en morosidad la prestataria que nada había opuesto en el proceso de venta extrajudicial.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil motiva como razón para desestimar la pretensión actora que nos encontramos ante una condición general de la contratación, no negociada, válidamente incorporada por ser de uso frecuente y habitual en el tráfico jurídico que incorpora una garantía elemental para la entidad demandada; ajustada a los usos de comercio propios del sector y a la normativa procesal.

**TERCERO. Valoración por la Sala de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil.**

El Tribunal conforme al artículo 456-1º de la Ley Pocesal Civil , visto la causa de pedir de la demanda y posición de la demandada, no acepta los razonamientos del Juzgado de lo Mercantil para solucionar el presente litigio, pues los argumentos otorgados por el Juzgador, (la morosidad de la demandante, el uso en el tráfico comercial y cumplimiento de la normativa procesal), no son adecuados, pertinentes ni relevantes para la contestación y solución al litigio tal como ha sido planteado y delimitado. Si bien el Juzgador sienta la cualidad de condición general de tal pacto y su correcta incorporación al contrato, falta el análisis del control de transparencia de contenido (abusividad) dada la no discutida condición de consumidora de la demandante, base de la acción entablada, que conlleva a este Tribunal a efectuar un estudio y análisis de tales parámetros para dar la necesaria congruencia en la vía solutiva (ex artículo 218 Ley Enjuiciamiento Civil ) a los planteamientos de las partes.



**CUARTO. Aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 noviembre .**

No está controvertido que la cláusula atacada es una condición general de contratación (dato no discutido por el Banco demandado y así motivado en la sentencia, decisión además que no es objeto de ataque) y la primera premisa a tener presente es la posible exclusión de la aplicación de Ley 7/98 de 7 de Abril de Condiciones Generales de Contratación y de control de abusividad inmersa en la normativa de protección de consumidores y usuarios -Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 noviembre- por ser una cláusula que recoge una disposición legal, el artículo 129 Ley Hipotecaria , alegato defendido por la entidad demandada para rechazar que pueda tildarse de cláusula abusiva y reiterado en la oposición al recurso de apelación y en cierta forma respaldado por la sentencia recurrida al decir que la cláusula se ajusta a la normativa procesal.

El Tribunal matiza por su relevancia que en esta sentencia no se trata de analizar, apreciar o calificar de abusivo o de la constitucionalidad del procedimiento de venta extrajudicial previsto por el legislador (ampliamente tratado por la parte apela en el ordinal tercero de su oposición) razón por la cual se omite tal tratamiento, sino de concretar si el pacto por el cual se permite al Banco el cobro de su crédito por tal vía de ejecución extrajudicial de la garantía inmobiliaria dispuesta por el consumidor que además es su vivienda familiar, cumple con los requisitos legales de validez de incorporación, comprensión real, buena fe y equilibrio en aras a determinar si el mismo constituye o no una cláusula abusiva. A tal efecto resulta irrelevante el estado de impago de cuotas amortizadoras del préstamo o que la hipoteca constituya una garantía dispuesta al uso en el tráfico inmobiliario de carácter esencial a favor del acreedor.

La Sala establece que tal pacto no está liberado de tal normativa y control judicial de abusividad, pues no nos encontramos en la mera transposición de un precepto legal, sino en una cláusula que regla una cuestión accesoria, cual es la viabilidad para la entidad predisponente para acudir al proceso de venta extrajudicial para la realización de la garantía hipotecaria que expresamente el artículo 129 de la mentada Ley exige. Este precepto en la redacción vigente a la concertación de la operación del préstamo hipotecario (antes de la actual dada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo), sobre tal punto, literalmente decía: " *Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civi , para el caso de falta de incumplimiento de la obligación garantizada .*" Por otro lado, el artículo 234 del Reglamento Hipotecario impone que en la escritura de constitución de la hipoteca se haya estipulado la sujeción de los otorgantes a este procedimiento. Y en su punto 2 2º, fijó. << *La estipulación en virtud de la cual los otorgante hayan pactado la sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura .>>*

Por consiguiente, ni el artículo 129 de la Ley Hipotecaria ni el Reglamento Hipotecario están imponiendo tal vía de ejecución extrajudicial, sino que únicamente es accesible su apertura porque existe un pacto inter partes; es decir, no se trata de una norma imperativa u obligatoria que elimina la exclusión de la aplicación de la Ley 7/98 de 13 de abril ( artículo 4. párrafo segundo inciso final al excluir de tal normativa a la cláusula que regula una disposición legal general y de aplicación obligatoria para los contratantes) o el artículo 2-1 de la Directiva 93/13/ que explicita no estar sometidas a sus disposiciones las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales imperativas.

Clara incidencia en el supuesto que ahora se somete a consideración de esta Sala y sobre esta cuestión, tiene la reciente sentencia del TJUE de 10/09/2014 (Sala Tercera) de 10/09/2014 -C-34/2013- (resolviendo una cuestión prejudicial sobre un pacto de venta extrajudicial de una garantía inmobiliaria ofrecida por el consumidor), sentando la aplicación directa de la citada Directiva 93/13 y falla con que . <<**El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que figura en un contrato concluido por un profesional con un consumidor está excluida del ámbito de aplicación de esa Directiva únicamente si dicha cláusula contractual refleja el contenido de una disposición legal o reglamentaria imperativa, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente**>>.

Por lo expuesto, resulta evidente que en el caso presente no estamos ( artículo 129 Ley Hipotecaria ) en una norma imperativa sino meramente dispositiva y sometida por completo al principio de la autonomía de la voluntad.

Además el control de abusividad de contenido de tal pacto a la vista de la normativa de protección de consumidores y usuarios queda abierto, pues no nos encontramos ante una cláusula referente al objeto esencial del contrato, sino a una cuestión accesoria del mismo.

**QUINTO. Control de incorporación, transparencia y de abusividad (contenido) del pacto de venta extrajudicial.**



Para que una condición general de contratación resulta válidamente incorporada al contrato no debe ser ilegible, ambigua, oscura o incomprensible ( artículo 7, Ley 7/1998 ) y cuando juega en contratos con consumidores, (artículo 8 de tal Ley, en relación con el artículo 80 del TRLGDCU), además de tal control de incorporación, exige, (como así explicitó la sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/2013 ), el control de transparencia de contenido (abusividad) pues el pacto no negociado ha de reportar necesariamente como notas esenciales conforme a tal precepto legal; << **a**) concreción, claridad y sencillez en su redacción con posibilidad de comprensión directa;..... ; **b**) accesibilidad y legibilidad de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido y **c**) buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes.>>

Además de dichas exigencias legales el sometimiento al proceso de venta extrajudicial, debe cumplir con las imperativos legales del sector concreto (hipotecario) y conforme a la normativa legal y reglamentaria descrita supra, exige e impone ; a) un pacto expreso (escrito en la misma escritura de préstamo hipotecario); b) sólo viable para caso de incumplimiento de la obligación garantizada, y por último, c) fijado de forma separada del resto de las estipulaciones del contrato. Estas exigencias singulares y concretas del legislador tienen el evidente fundamento de que el prestatario, consienta y conozca realmente el significado y alcance de esa estipulación, dada la singularidad y especialidad de tal clase de proceso de venta forzosa frente a los procedimientos judiciales. Repárese que para acudir la entidad crediticia a estos procesos judiciales que dispone a su favor (ejecución ordinaria o ejecución hipotecaria) no necesita ni se exige una estipulación en tal sentido.

El Tribunal para este control toma como premisa normativa el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 citada que dispone: *"las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"*. A su vez el artículo 82.1 TRLCU (anterior artículo 10 Bis de la Ley 26/1984 ) dispone que *"se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*.

Analizada tal cláusula, tenemos presente y consideramos la propia operación contractual, significativa de un préstamo hipotecario, de concertación masiva, donde se grava la vivienda familiar del consumidor, dato relevante que exige una especial atención y consideración como ha explicitado la sentencia reciente referida supra del TJUE de 10/09/2014 -C-34/2013 - que motiva;

*<< 62. En lo concerniente al carácter proporcionado de la sanción, es preciso prestar especial atención al hecho de que el bien objeto del procedimiento de ejecución extrajudicial de la garantía discutida en el litigio principal es el inmueble que constituye la vivienda familiar del consumidor.*

*63 En efecto, la pérdida de la vivienda familiar no sólo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores (sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartado 61), sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada (véase en ese sentido el auto del Presidente del Tribunal de Justicia Sánchez Morcillo y Abril García, EU:C:2014:1388, apartado 11).>>*

*64 En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (véanse las sentencias del TEDH, McCann c. Reino Unido, demanda nº 19009/04, apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda nº 27183/04, apartado 137).*

*65 En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13 >>*

Culmina esta sentencia del TJUE, *<< Las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la discutida en el litigio principal, que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor, siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al tribunal remitente>>*.

El pacto en cuestión no cumple con las exigencias legales; pues no se justifica su comprensión real por la demandante y resulta abusivo, por las siguientes consideraciones;



No hay información alguna sobre el significado y alcance efectivo del sometimiento a tal proceso de ejecución, pues así ha sido catalogado la venta extrajudicial por el Tribunal Supremo en la sentencia de 25/09/2009 . Que la demandante hubiese efectuado diez años antes (1996) otra operación semejante con la entidad bancaria demandada donde se incluyó idéntico pacto, en modo alguno excluye la abusividad del ahora tratado y en la escritura de novación efectuada en 2008 del préstamo hipotecario causa del actual reclamación, visto su contenido, no hay mención alguna al pacto de venta extrajudicial.

El pacto no es claro ni sencillo en su dicción y resulta, ciertamente, de difícil comprensión real su efectivo significado, pues su enunciado inicial fija con carácter condicional acudir al proceso de ejecución extrajudicial y luego, en medio del fraseado, se utiliza un término verbal presente para significar su aceptación. Dice la parte apelada (página 6 -apartado ii- que tal cuestión no debe ser tomada en consideración al no ejercitarse una acción de vicio del consentimiento por error pues no se discutió la comprensión o incomprensión de la cláusula. Basta ver el fundamento de la demanda invocando el artículo 80 del TRLGDCU para darse cuenta que la base de la acción está imputando el incumplimiento de tales exigencias legales, propias del control de transparencia, ajenas por completo a los vicios en el consentimiento contractual, en concreto el error-vicio, que no es la acción planteada.

El pacto viene en la sistemática contractual entre las cláusulas del contrato sin especial advertencia ni mención en tal sentido por el Notario autorizante.

A parte de ello, no expresa, como impone el legislador, que ello solo es viable para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, único ámbito al que está restringido la validez del proceso de venta extrajudicial.

Es una estipulación que causa desequilibrio al consumidor y en su perjuicio, porque el procedimiento de venta extrajudicial, como bien apunta el auto de esta Audiencia Provincial (Secc 7ª) de 30/6/2014 " *limita los derechos de los consumidores, puesto que reduce las posibilidades de oposición a la ejecución* ", lo que da sentido y lógica razón a la exigencia legal imperativa para fijar el pleno conocimiento y comprensión por el consumidor de que tal pacto debe estar, como tal, en la escritura de constitución de forma separada e independiente del resto de las cláusulas que la integran. Basta leer el artículo 236 del Reglamento Hipotecario vigente cuando se formaliza la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos para darse cuenta no solo de que el consumidor ejecutado no podía alegar defensa alguna sobre cláusulas abusivas (precisamente, tal razón es la modificación introducida posteriormente por el legislador por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, afectante igualmente a dicho proceso extrajudicial, en aplicación de la doctrina establecida por la sentencia del TJUE de 24/3/2013 ); sino que la posibilidad de oposición es casi inexistente (a diferencia de los procesos judiciales de ejecución ordinaria y de ejecución hipotecaria que si bien limitada si que permite defensas, inviables, por contra, en el de venta extrajudicial). La invocación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo por la parte apelada para defender la inexistencia de esa limitación, no resulta atinente porque el examen de la abusividad de la cláusula hay que efectuarla al momento de su fijación en el contrato (2006) y por otro lado cuando se insta efectivamente tal procedimiento por el Notario (febrero de 2013), es anterior a la publicación de ese texto legal.

Indica la parte apelada que no puede accederse a la pretensión actora por no causar un perjuicio concreto a la demandante y no puede enjuiciarse tal abusividad desde un punto de vista abstracto, cuando, al caso, resulta evidente el desequilibrio que le implica a la demandante tal pacto que se ha llevado a la práctica efectiva al aperturarse y seguirse el proceso de venta extrajudicial.

Por las consideraciones expuestas y en aplicación del artículo 8-2 de la Ley 7/1998 y artículo 82 del TRLGDCU con revocación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, procede estimar la demanda y decretar la nulidad absoluta del pacto de sometimiento a la venta extrajudicial contenido en la estipulación undécima de la escritura de préstamo hipotecario concertado entre las partes litigantes en los términos solicitados por la demandante.

**SEXTO** . En orden a las costas procesales, a pesar de estimarse la demanda no se hace imposición de las causadas en la instancia a la parte demandada por las razones fijadas por el Juzgador en su sentencia y por las dudas de derecho que presentaba el presente caso conforme ala rt 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a las costas causadas en la alzada como se estima el recurso de apelación, no se hace pronunciamiento de acuerdo con el artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO



Estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en representación de Vicenta contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil 1 Valencia en fecha de 31/10/2013 en proceso ordinario 422/2013, revocamos dicha resolución y con estimación de la demanda declaramos:

1º) La nulidad absoluta de la estipulación 11ª bajo la nominación "Venta extrajudicial", contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario concertada ante Notario por la demandante con la entidad prestamista Banco Español de Crédito SA (luego Banco de Santander SA) en fecha de 18/1/2006.

2º) Se deja sin efecto el requerimiento practicado por el Notario de Albal a la demandante efectuado en la fecha de 25 de febrero de 2013 y se acuerda la paralización del procedimiento de venta extrajudicial seguido

3º) No se efectúa pronunciamiento de costas procesales de primera y segunda instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.