

AUTO N.º: 1280/16

Ilustrísimos Sres.:
MAGISTRADOS

En Valencia a doce de
septiembre de dos mil
dieciséis.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA** , el presente rollo de apelación número 001557/2016, dimanante de los autos de Ejecución Hipotecaria - 001291/2015, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 4 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a CATALUNYA BANC S.A, representado por el Procurador de los Tribunales , y asistido del Letrado y de otra, como apelados a representado por el Procurador de los Tribunales AMPARO GARCIA ORTS, y asistido del Letrado FERRAN GONZÁLEZ MARTÍNEZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por CATALUNYA BANC S.A.

HECHOS

PRIMERO.- El auto apelado pronunciado por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 4 DE VALENCIA, en fecha 29/02/16, contiene la siguiente Parte dispositiva: "Denegar el despacho de ejecución solicitado por el Procurador D. en representación de CATALUNYA BANC S.A. frente a D^a al ser nula la cláusula de vencimiento anticipado en que se fundamenta la ejecución interesada, sin hacer imposición de costas, dada la jurisprudencia contradictoria. Una vez firme la presente archívense los autos."

SEGUNDO.- Que contra el mismo se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por CATALUNYA BANC S.A., 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.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Planteamiento

La representación de Catalunya Banc, S.A. formula recurso de apelación contra el auto de 29 de febrero de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia recaído en procedimiento de Ejecución Hipotecaria 1291/2015, que, en virtud del control de oficio previo a la admisión a trámite de la demanda ejecutiva, declaraba la nulidad por abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y acordaba no haber lugar a despachar ejecución, sin condena en costas.

El recurso de apelación formulado hace alegaciones de fondo sobre la nulidad por abusividad, declarada de oficio, de la cláusula contractual del vencimiento anticipado.

Expone que se trata de la aplicación del art. 693.2 LEC; que es improcedente el examen abstracto de la cláusula porque hay que valorar el uso hecho por el ejecutante y lo contrario supone la aplicación retroactiva del art. 693.2 LEC nuevo.

Añade que nunca ha hecho aplicación abusiva de la cláusula declarada nula porque resultan impagadas más de 3 cuotas a la fecha del vencimiento, lo que resulta conforme al tenor del art. 693.2 LEC, pues supone un incumplimiento grave y reiterado de la obligación esencial de pago; sin perjuicio que, además, es una cláusula válida reconocida legal y jurisprudencialmente, pues la facultad resolutoria está amparada en el ordenamiento jurídico. También argumenta que es un pacto válido entre las partes y que no causa desequilibrio porque es más ventajoso que el tenor del art. 693.2 LEC. Insiste en que no cabe la aplicación retroactiva del art. 693.2 LEC vigente después de la Ley 1/2013 y también alega que el ejecutado tiene a su alcance la enervación prevista en el art. 693.3 LEC.

Cita numerosa jurisprudencia y las SSTS de 7 de septiembre y 23 de diciembre de 2015.

En conclusión, solicita la estimación del recurso, la revocación de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y la continuación del procedimiento, en todo caso, de acuerdo con la STS de 23 de diciembre de 2015.

En todo caso se debe entender solicitado el despacho de la ejecución y la continuación del procedimiento.

La parte ejecutada, está personada en el procedimiento, ha sido notificada, tratándose, aparentemente, de consumidores, y se ha opuesto al recurso de apelación por los propios fundamentos del auto impugnado.

En este procedimiento se ejecuta una “línea de crédito hipotecario” concertado entre la Caixa d’Estalvis de Catalunya –ahora Catalunya Banc, S.A.- y D^a _____, siendo fiador solidario D. _____, el 18 de noviembre 2005, posteriormente modificado mediante novaciones modificativas de 4 de septiembre de 2008 y 27 de abril de 2009, para ampliación de capital y plazo.

Se concede un capital de 183.400 euros, posteriormente ampliado en dos ocasiones a 211.679,39 euros- destinado a compra de vivienda que será su domicilio habitual a devolver en un plazo inicial de 30 años (360 cuotas) que fue ampliado a 42 años (31 de marzo de 2047). Se constituye hipoteca sobre la vivienda sita en Camino de Moncada núm. 111, 4º, 11º, de Valencia. Aparece como domicilio de las prestatarias en el mismo título, se adquiere el mismo día y se constituye en domicilio para notificaciones y requerimientos.

Se fundamenta la demanda en la cláusula de vencimiento anticipado, como consta en la demanda con base en el Pacto Sexto Bis de la escritura pública de crédito hipotecario.

Se ha requerido de pago a las ejecutadas en el domicilio habitual (doc. 6, folios 133 a 137).

La entidad venció anticipadamente el préstamo el 10 de julio de 2014 por impago de

7 cuotas (desde el 31 de diciembre de 2013), presentándose la demanda en fecha 1 de julio de 2015, estando pendientes 19 cuotas. Si bien son ciertas estas apreciaciones en el acta de liquidación (folio 143, doc. 11) no consta adeudado capital hasta el 30 de abril de 2014.

No ha llegado a despacharse ejecución por la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, la parte ejecutada ha llegado a ser parte del procedimiento, aparentemente se trata de consumidor y se está ejecutando la hipoteca que grava su vivienda habitual.

Hay que indicar que con carácter previo a despachar ejecución, mediante providencia de 14 de julio de 2015, se acordó el traslado por la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, siendo notificada la parte ejecutada, que se opuso. Posteriormente, por providencia de 23 de diciembre de 2015, se dio nuevo traslado por la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, contestando la entidad ejecutante que presentó alegaciones en sentido desestimatorio.

SEGUNDO.- Nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado

En los procedimientos ejecutivos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, es posible un control de oficio sobre la existencia de cláusulas abusivas y su validez o nulidad con carácter previo al despacho de la ejecución, de acuerdo con el art. 552 LEC; y, después de dictar auto despachando ejecución, cabe un segundo control a instancia de parte mediante el oportuno incidente de oposición a la ejecución en virtud del art. 695.1.4º LEC. En este procedimiento el juez a quo ha llevado a cabo el citado control de oficio, previo traslado a las partes, y ha dictado la resolución impugnada, estimando esta cláusula por abusiva.

Los hechos del procedimiento son los siguientes:

- Se interpone demanda de ejecución hipotecaria de la escritura pública de crédito hipotecario firmada entre las partes el 18 de noviembre 2005 que concede un capital de 183.400 euros - a devolver en el plazo de 30 años (360 cuotas). Las mismas partes concertaron dos novaciones modificativas de dicho crédito hipotecario en fechas 4 de septiembre de 2008 y 27 de abril de 2009 de forma que se amplió el capital prestado a un total de 211.679,39 euros y se amplió el plazo de devolución hasta 42 años (31 de marzo de 2047).
- La garantía del préstamo concertado recayó sobre la vivienda adquirida el mismo día y que fijó como su domicilio y lugar a efectos de notificaciones y requerimientos, ubicada en Camino de Moncada núm. 111, 4º, 11º, de Valencia;
- Dicha vivienda constituye el domicilio habitual de la parte contra la que se dirige la demanda, como expresamente afirma la escritura, pues la finalidad es la adquisición de dicha finca, y ahí se han llevado a cabo las notificaciones. No ha sido un hecho controvertido el carácter de consumidor de las prestatarias D^a.
- La presente ejecución se sustenta en la declaración de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario efectuado por la parte ejecutante en fecha 10 de julio de 2014, como afirma la demanda, una vez producido el impago de 7 cuotas por las prestatarias.

La Cláusula Sexta Bis de la escritura pública de crédito hipotecario contiene el pacto de vencimiento anticipado aplicable a esta escritura, por, entre otras causas, *“d) La falta de pago de una cuota de intereses o amortización o de la prima del seguro, una vez transcurridos 30 días desde su respectivo vencimiento, solicitando expresamente las partes*

la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad (...)”.

Para examinar la posible abusividad de la cláusula reproducida habrá que considerar la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, R-D 1/2007, así como la jurisprudencia emanada en su aplicación. Así lo ha hecho el Juez de primera instancia en la resolución impugnada y en este sentido ya se ha pronunciado esta Sala, así en el **Auto de 2 de marzo de 2016** (rollo 1043/2015). Esta resolución firma:

“Conforme al artículo 4.1 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, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

La sentencia del TJUE de 14/3/2013 que trata sobre este tipo de pacto en contratos de préstamos hipotecarios con la garantía inmobiliaria que es la vivienda de los prestatarios-consumidores, fija los criterios que desde tal punto de vista y en aplicación e interpretación de la Directiva 93/13 son indicadores para poder llegar a concluir con la abusividad de la cláusula y tales directrices son directamente vinculante y de preminente consideración y aplicación por ser Derecho de la Unión para los órganos judiciales nacionales (igualmente comunitarios).

En concreto para la cláusula de vencimiento anticipado en contrato de préstamo con garantía hipotecaria establece: <<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 periodo limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló el 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.>>

Pues bien, examinadas las circunstancias al momento de contratar, resulta evidente que ese pacto no fue negociado con los prestatarios, sino que claramente por su redacción general, sistemática y colocación (siempre en orden idéntico en esta clase de operación es en el pacto sexto bis) es una cláusula no negociada y predispuesta por la entidad bancaria; razón, ya de entrada, por la cual resulta inaplicable el artículo 1255 del Código Civil, invocado por la recurrente pues no estamos en una contratación negociada, sino seriada con entramado comercial predispuesto por la entidad bancaria”.

Por tanto, hay que valorar si la cláusula pactada se sustenta en un “incumplimiento esencial y de carácter grave”, considerando la cuantía del capital prestado y el plazo concedido, en relación al tenor de la cláusula trascrita.

Conforme el título ejecutado el capital prestado asciende a 211.679,39 a devolver en 42 años (31 de marzo de 2047). Visto que el vencimiento anticipado se puede decretar por “*La falta de pago de una cuota de intereses o amortización (...)*”, el tenor de esta cláusula resulta absolutamente desproporcionado con el número de cuotas y capital pendiente.

Y esta misma conclusión se alcanza considerando la circunstancias del caso concreto, pues la entidad procedió a dar por vencido anticipadamente el préstamo por el

impago de 7 cuotas en fecha 10 de julio de 2014 –y a la fecha de la presentación de la demanda se habían impagado 12 cuotas más-, ascendiendo el capital impagado a 773,91 euros, quedando pendiente el resto (doc. 11, folio 143 y ss., acta de liquidación de saldo de 17 de julio de 2014). No consta que adeudara capital sino desde el 30 de abril de 2014. Frente dichos impagos, el prestatario había cumplido puntualmente sus obligaciones durante más de ocho años y medio consecutivos.

Idéntica conclusión en similares circunstancias sienta el ya mencionado Auto de 2 de marzo de 2016, expresando:

“(...) y ello resulta en claro perjuicio del consumidor pues no puede venir sustentada tal facultad en esos parámetros de exigua cantidad y tiempo, representando por ese mero impago puntual, parcial e irrelevante en comparación con el total adeudado. Se hace mención a la sentencia del Tribunal Supremo de 23712/2015 que afirma que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”.

Y ello con más razón aún se puede predicar cuando es suficiente el incumplimiento por *“La falta de pago de una cuota de intereses o amortización (...)”*, es decir, basta el impago de cualquier cantidad o de los meros intereses de una de las cuotas a su fecha de vencimiento para exigir el total de lo adeudado.

Por tanto, esta cláusula de vencimiento anticipado, por su ambigüedad y por dejar al mero arbitrio de la ejecutante la facultad de privar al demandado del beneficio del plazo, es nula por abusiva, y tal declaración de nulidad conlleva el sobreseimiento del proceso conforme al tenor del apartado 3 del artículo 695 de la LEC.

Nos remitimos a la posición que hemos venido manteniendo desde el **Auto de 14 de julio de 2015** (Rollo 343/15), que supuso un cambio de criterio respecto del que veníamos aplicando con anterioridad, con causa en el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del pasado 129 de febrero de 2016, en el que el TJUE indicaba que: *“... la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— 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 juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”* Y la consecuencia no es otra que la expulsión del contrato, lo que determina el sobreseimiento del proceso de ejecución puesto que la ejecución tiene su fundamento en la aplicación de una estipulación nula por abusiva, al estar inserta en una relación contractual entre un profesional y un consumidor, a lo que se añade el hecho de afectar la ejecución hipotecaria a la vivienda habitual del demandado.

Procede ahora pronunciarse sobre los concretos motivos de apelación esgrimidos por la entidad recurrente.

Sobre el cumplimiento del requisito previsto en el art. 693.3 LEC respecto el impago de tres cuotas en relación al art. 693.2 LEC y que se había cumplido esa previsión al tiempo del vencimiento y el carácter imperativo de la norma, ese argumento ya fue descartado en el Auto mencionado, exponiendo:

“porque el artículo 693-2 de la Ley Enjuiciamiento Civil no resultaba en la redacción vigente a fecha de contrato, (no es) un precepto imperativo sino meramente dispositivo y la posición jurisprudencial del TJUE excluye de tal abusividad la cláusula que es reproducción de un precepto legal imperativo (véase la sentencia de 30/4/2014 C-280/13) y la de 10/09/2014 C-34/2013) sentando la aplicación 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 esta Directiva únicamente si dicha cláusula contractual refleja el contenido de una disposición legal o reglamentariamente imperativa, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente>>. En segundo lugar porque el artículo 693 de la Ley Enjuiciamiento Civil, sólo recoge de forma genérica un requisito procesal de procedibilidad para la acción ejecutiva por tal vía, no de calificación de abusividad o no de un pacto entre profesional y consumidor. En tercer lugar porque tampoco la redacción del pacto ahora enjuiciado es un reflejo literal del precepto que hablaba de “falta de pago de algunos de los plazos diferentes”.

En cuanto al argumento del número de cuotas impagadas y las circunstancias existentes en el caso concreto –ninguna otra se indica-, que deban ser consideradas para valorar la abusividad de la cláusula, no puede tener acogida. Menciona el Auto citado “no es acertado enjuiciar tal carácter abusivo, tal como pretende la apelante, desde la fase del cumplimiento del contrato o de cómo la aplica de forma unilateral, pues no tiene apoyo tal tesis en la Directiva 93/13 tal como se ha expuesto supra ni en la jurisprudencia interpretativa de la misma por el TJUE, al contrario está totalmente desautorizada por dicho Tribunal con el Auto de 11/6/2015 del TJUE (Sala Secta) (asunto C-602/2013, que tiene como base un supuesto semejante al presente donde la acción ejecutiva se plantea no conforme a la literalidad del pacto) al dejar sentado que la abusividad debe configurarse sobre la cláusula, haya sido o no, ejercitada. (...)”

53. Por otro lado, teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse “abusiva” si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en la cláusula 6ª. bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto.”

Lo mismo sucede con el argumento relativo a la posibilidad de enervación del prestatario, desestimado porque “una vez entablada y ya despachada la ejecución, abonando el importe de la deuda pendiente, en toda esa tesitura, no resulta adecuada, eficaz y suficiente para validar esa cláusula abusiva y desproporcionada. El artículo 693-3 de la Ley Enjuiciamiento Civil no está pensando en el remedio del consumidor para eliminar de forma accesible la declaración de vencimiento anticipado (...) sino en la posibilidad de sobreeser un procedimiento de ejecución ya despachado con el abono de todo lo adeudado más las costas procesales”.

Valora, como en el caso concreto, que el burofax remitido a las prestatarias (folios 133 a 137) comunica la decisión de la entidad de dar por vencido el préstamo y proceder de inmediato a su reclamación judicial; y requiere formalmente de pago el capital total adeudado más los intereses de demora. Es decir, no se reclaman las cuotas impagadas y no se informa de la posibilidad de enervar tal decisión y ello aunque la notificación se intentó en julio de 2014.

Esta misma línea continúa el TJUE a la hora de determinar los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula, pues el **Auto del Tribunal de Justicia de fecha 129 de febrero de 2016** (asunto C-613/15, Ibercaja/José Cortés, ECLI:EU:C:2016:195) así lo

afirma y así nos hemos pronunciado, entre otros, en el **Auto de esta Sala de 4 de mayo de 2016** (rollo 1425/2015):

“En lo que nos interesa, vencimiento anticipado, concluye que los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que determina las condiciones del vencimiento anticipado del préstamo quede limitada al criterio definido en el art. 693 LEC.

La resolución es reiterativa de la dictada en junio de 2015 en orden a los efectos de la nulidad en orden a la inoperatividad para producir efecto alguno” 37. En consecuencia, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Unicaja Banco y Catalunya Banc, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartados 28 y 41).”

En este sentido, añade que el juez nacional sólo puede sustituir una cláusula declarada abusiva por una disposición legal supletoria, cuando la declaración de nulidad afectara a la propia validez del contrato en el que se incardina penalizando al consumidor. “38. Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Catalunya Banc, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartado 33).”

Sobre el perjuicio que podría suponer para el consumidor no aplicar una norma legal supletoria que llene la nulidad declarada de la estipulación de vencimiento anticipado, el Tribunal aclara su parecer: “39 No obstante, en el litigio principal, y sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el órgano jurisdiccional remitente, la anulación de las cláusulas contractuales en cuestión no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que, ..., interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado (véase, en este sentido, la sentencia Unicaja Banco y Catalunya Banc, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartado 34).”

En suma, respuesta del Tribunal de Justicia:

“La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que:

–sus artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional, y

–sus artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, exigen que el Derecho nacional no impida que el juez deje sin aplicación tal cláusula en caso de que aprecie que es «abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.”

Esta conclusión no se ve alterada por el contenido de la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015**, como ya hemos declarado en **Auto de**

esta Sala de 29 de febrero de 2016 (rollo 1034/2015). Exponíamos “*Dicha resolución – y esto es lo esencial – declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipada sometida a su consideración, y por tanto inaplicable. Las apreciaciones incluidas en la fundamentación jurídica (motivo quinto (apartados 4, 5,6 y 7) sobre la aplicación integradora del art. 693.2 de la LEC no dejan de ser meras reflexiones dirigidas a las entidades bancarias respecto a las alternativas para la canalización de sus reclamaciones frente a un eventual incumplimiento del deudor, y constituyen, por ello, un mero “óbiter dicta”, sin fuerza vinculante. No cabe perder de vista, y en ello insistimos, que el pronunciamiento que resulta de la Sentencia del Pleno, es la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que permite el vencimiento anticipado de la obligación por falta de pago, a su vencimiento, de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses.*”

En relación a ello, y a pesar de no ser vinculantes, hay que tener en cuenta las conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar (presentadas el 2 de febrero de 2016) relativas a la Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Santander en el Asunto C-421/14 (Banco Primus) relativas a esta misma materia, que siguen la misma línea ya sentada por el TJUE y que han sido valoradas en el **Auto de esta Sala de fecha 8 de marzo de 2016** dictado en el rollo 1034/2015.

“Aun cuando tales conclusiones no son vinculantes para el TJUE, y deben valorarse ahora con la necesaria prudencia, no puede obviarse su sentido en tanto en cuanto se sustentan en la doctrina emitida por el propio Tribunal destinatario de ellas y se ocupan, entre otras aspectos del artículo 693.2 de la LEC, (...).

Es de nuestro interés resaltar, a los efectos de nuestra decisión, que el Abogado General tiene en cuenta extremos tales como:

a) *La eventual consideración de la incidencia de circunstancias posteriores a la celebración del contrato – y en concreto un incumplimiento grave del deudor – a la hora de valorar el carácter o no abusivo de una cláusula contractual, atendido el hecho de que la Directiva 93/13 CEE se refiere a las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato;*

b) *En el marco del examen de la cuarta cuestión prejudicial del Juzgado de Primera Instancia 2 de Santander y en referencia a la eventual aplicación del artículo 693.2, cuando se ha declarado nula por abusiva la cláusula de vencimiento anticipado y el prestamista ha respetado la previsión legal contenida en la norma, el abogado general destaca que la norma no refleja una disposición legislativa o reglamentaria “imperativa”, y a tenor de las “observaciones del Gobierno español y de la Comisión se desprende que ese artículo tampoco es una disposición de carácter supletorio, por cuanto no puede aplicarse a falta de acuerdo entre el profesional y el consumidor”. Y añade: “por el contrario dicho artículo indica que, para producir sus efectos, es necesario un acuerdo explícito entre las partes.”*

Por otra parte, dice en el párrafo 85: “... el hecho de que la entidad bancaria no diera inicio al procedimiento de ejecución hipotecaria hasta el impago de siete mensualidades consecutivas es un elemento fáctico que no ha de tenerse en cuenta en la apreciación de una cláusula contractual que tenía en realidad por objeto permitir a la entidad bancaria proceder a la ejecución hipotecaria en caso de impago de una sola mensualidad. Cabe observar a este respecto, que, en el ámbito de la protección de los consumidores, un comportamiento razonable en un marco contractual abusivo no priva a una cláusula de su carácter abusivo”. Y amplía en el 86: “Además, de una reiterada jurisprudencia se desprende 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. El Tribunal de Justicia únicamente ha aceptado esa posibilidad en el caso de anulación de un contrato en su totalidad, para evitar consecuencias especialmente perjudiciales a las que el consumidor podría quedar expuesto, circunstancia que no se da en el asunto principal, dado que la cláusula controvertida es accesoria y separable del resto del contrato de préstamo.”

Por todo lo expuesto, desestimamos el recurso de apelación y confirmamos el auto de 29 de febrero de 2016 acordando el no despacho de la ejecución.

TERCERO.- Costas

Desestimado íntegramente el recurso de apelación, deberían imponerse las costas de la alzada a la parte apelante en virtud del art. 398 LEC en relación con el art. 394 LEC.

Sin embargo, visto que sobre la cláusula de vencimiento anticipado existe una jurisprudencia contradictoria, incluso entre las distintas Secciones de las mismas Audiencias, estimamos que concurren dudas de derecho que impiden hacer un pronunciamiento condenatorio por las costas.

Todo ello con la pérdida del depósito constituido para recurrir, de acuerdo con la DA 15ª de la LOPJ.

VISTOS los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

DESESTIMAMOS ÍNTEGRAMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de Catalunya Banc, S.A. contra el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia de fecha 29 de febrero de 2016 dictado en la Ejecución Hipotecaria 1291/2015, y CONFIRMAMOS dicha resolución.

Todo ello sin condena en costas en esta alzada y con la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos Sres. Magistrados de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia.

PUBLICACIÓN.- Que el anterior auto ha sido leído y publicado por el Ilmo. Sr. Magistrado que lo dictó, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy Fe.