

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN UNDÉCIMA
VALENCIA**

NIG: 46213-41-2-2014-0003039

Procedimiento: **RECURSO DE APELACION (LECN) [RPL] Nº || /2019- L -**
Dimana del Pieza de oposición a la ejecución hipotecaria [POH] Nº
Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE REQUENA

Apelante: BANKIA S.A.

Procurador: D. JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

Letrado: Dña. MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

Apelado: Dª ||||

Procurador: Dña. SARA ALONSO PUIG

Letrado: **D. PEDRO JESUS LOPEZ CAÑADA**

Apelado: D. ||||||||Y D. ||||||||

AUTO Nº 39/2020

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:

D. JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO

Magistrados/as:

Dª SUSANA CATALAN MUEDRA

D. ALEJANDRO GIMENEZ MURRIA

=====

En Valencia, a diez de febrero de dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE REQUENA, en fecha 14-2-19 en el procedimiento de Pieza de oposición a la ejecución hipotecaria [POH] nº ||| que se tiene dicho, dictó auto conteniendo el siguiente pronunciamiento: *"PARTE DISPOSITIVA: Se estima la oposición presentada por la representación procesal de D.ª xxxxxxxxx y se DECLARA la abusividad de la cláusula del vencimiento anticipado prevista en el pacto sexto bis de la escritura de hipoteca, acordando el sobreseimiento de la presente ejecución hipotecaria, sin expresa imposición de las costas."*

SEGUNDO.-

Contra dicho auto, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de BANKIA S.A., y emplazadas las demás partes por término de 10 días, se presentó en tiempo y forma escrito de oposición por la representación procesal de D^a |||||.

Admitido el recurso de apelación y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, se señaló para deliberación y votación el día 30 de enero de 2020.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ALEJANDRO GIMENEZ MURRIA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Resumen antecedentes y planteamiento del recurso.

1º) Este procedimiento se inició con la demanda de ejecución hipotecaria en reclamación de la cantidad de 134.409,99 € en base al préstamo hipotecario de 31 de enero de 2007, novado posteriormente por escritura de 28 de marzo de 2011.

2º) Oída la parte actora sobre la validez de la cláusula de vencimiento anticipada se dictó auto de 22 de febrero de 2016, que en la parte dispositiva se acordó *“decido no declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado prevista en la escritura de préstamo hipotecario objeto de ejecución en la presente causa debiendo continuar la misma por sus propios trámites”*.

3º) Los ejecutados plantearon oposición a la ejecución despachada solicitando la nulidad de actuaciones por vulneración de la normativa comunitaria, nulidad de la cláusula de variación del tipo de interés, del vencimiento anticipado y de venta extrajudicial.

4º) Después de oír a parte ejecutante se dictó Auto estimando la oposición y declarando la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y acordando el sobreseimiento de las actuaciones.

5º) Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por la parte ejecutante alegando en síntesis que: el Juzgado por auto de 22 de febrero de 2016 ya se había pronunciado sobre control de transparencia de la cláusula de vencimiento anticipado y la había declarado válida, aunque en ese momento no había comparecido el demandado, posteriormente cuando compareció no interpuso

ningún recurso, el Auto recurrido es contradictorio con el anterior que es firme y atenta al principio de cosa juzgada contraviniendo el artículo 207.3 de la LEC.

SEGUNDO. - Sobre la cosa juzgada.

Debe tenerse en cuenta:

1º) Que interpuesta la demanda de ejecución hipotecaria, por providencia, se oyó a la parte actora sobre la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, dictándose Auto de 22 de febrero de 2016, en cuya parte positiva se acordó *“decido no declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado prevista en la escritura de préstamo hipotecario objeto de ejecución en la presente causa debiendo continuar la misma por sus propios trámites”*. Auto que se dictó en virtud al examen de oficio realizado por el Juez “a quo” cuando aún no estaban requeridos ni personados los ejecutados que comparecieron el 4 de abril de 2017, con solicitud de abogado y procurador del turno de oficio.

2º) Habilitada esta defensa, por escrito de 20 de julio de 2017, la ejecutada doña Cristina Ribes se opuso a la ejecución despachada, planteando como causas de oposición: nulidad actuaciones por la vulneración de la norma comunitaria y la nulidad de determinadas cláusulas del contrato concretamente: la de vencimiento anticipado, la de proyección del tipo de interés y la venta extrajudicial.

El motivo de apelación se ha centrado en existencia de cosa juzgada, ya que en este procedimiento se han dictado sobre la misma cuestión, la validez o no de la cláusula de vencimiento anticipado, dos resoluciones diametralmente opuestas, la primera de ellas examinando y declarando expresamente su validez; y la segunda, examinándola y declarando su abusividad.

La Sala parte de que procesalmente, con carácter general y para todo procedimiento de ejecución, el artículo 552 de la LEC, impone al Tribunal la obligación de examinar de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo puede ser calificada como abusiva, en base a este precepto el Juez “a quo” efectuó el control de oficio de la cláusula de vencimiento anticipado. Y al mismo tiempo establece como causa de oposición la nulidad por abusividad de esas cláusulas contractuales (art. 695.1.4ª de la LEC). Esta regulación implica asumir que la Ley procesal no impide, al no prohibirlo, que a pesar del primer examen de oficio por el Juez posteriormente se pueda plantear oposición por los ejecutados sobre la cuestión ya resuelta.

Debe tenerse en cuenta que, a juicio de la Sala, para resolver este motivo de apelación no puede omitirse que el Juez al examinar de oficio la cláusula de vencimiento anticipado únicamente tuvo en cuenta los argumentos vertidos por la parte ejecutante, mientras que por el contrario la Juez que resolvió la oposición atendido a los argumentos tanto del ejecutante como de la ejecutada; es decir, en el primer supuesto no existió contradicción alguna, mientras que en el segundo si que concurrió.

La coordinación de ambas previsiones legales sólo puede hacerse en el sentido de que el auto que resolvió de oficio y validó la cláusula no produce efectos de cosa juzgada, ante el derecho del ejecutado para plantear esa misma cuestión en el trámite de oposición. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha examinado los efectos de la cosa juzgada material en este ámbito, valorando que la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución, que debe tener fuerza de cosa Juzgada. Pero también la Directiva 93/13 se interpreta en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición está obligado a apreciar, a instancia de las partes, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.

La correlación de todos estos elementos obliga a concluir que el auto dictado examinando “ab initio” el carácter abusivo de la cláusula, al no haber oído a la parte ejecutada, carece de fuerza de cosa juzgada a los efectos de prohibir o limitar al ejecutado formular nuevamente esa causa de oposición al amparo del artículo 695 de la LEC. Téngase presente que aunque de punto de vista formal existe identidad subjetiva en ambas resoluciones, exigida en el artículo 222 la LEC, no concurre materialmente, pues la primera resolución fue dictada cuando los ejecutados aún no estaban personados en el procedimiento ejecución.

Concluir en el sentido solicitado por el recurrente supondría: por un lado infringir el principio de contradicción, clave en el proceso civil (STC de 11 de marzo de 2008); y por otro, conculcar el derecho reconocido al ejecutado en el artículo 695 de la LEC.

TERCERO.-

Habiéndose desestimado el recurso de apelación se impone a la parte apelante el pago de las costas devengadas en esta segunda instancia, artículo 398 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.-

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra el Auto número |||| de 14 de febrero, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Requena, en la pieza de oposición a la ejecución hipotecaria tramitado con el número |||||.

SEGUNDO.-

Confirmar la resolución recurrida.

TERCERO.-

Imponer a parte apelante el pago de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

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

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

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