

Sección: cdr

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 94 07

Fax.: 922 34 94 06

Email: s03audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Ejecución hipotecaria Nº proc. origen:

0000041/2017-01

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de

Puerto de la Cruz

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000497/2021

NIG: 3802841120170000674

Resolución: Auto 000257/2022

Intervención:

Apelado

Apelante

Interviniente:

Abogado:

Procurador:

AUTO

Ilmas. Sras.

SALA Presidenta (por sustitución)

Magistradas

En Santa Cruz de Tenerife, a 30 de septiembre de 2022.

Visto, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial integrada por las Ilmas. Sras. antes reseñadas, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Puerto de la Cruz en los autos de Procedimiento Ejecución Hipotecaria número 41/2017 seguidos a instancia de Banco de Santander SA, representada por la Procuradora asistida por la Letrada

representada por la Procuradora Dña. María del Pinar González Casanova Rodríguez y asistida de la Letrada Dña. María Jose Alonso Álvarez y contra

representada por la Procuradora y asistida de la Letrada

, han pronunciado en NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento indicado el Ilmo. Sr. Magistrado Juez

dictó Auto el día diecisiete de mayo de dos mil veintiuno, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa dissociación de los datos de carácter personal que los mismos constituyeran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





"DISPONGO: Se estima parcialmente la oposición formulada por la representación procesal de ejecución por sus trámites, sin tener en cuenta el contenido de las cláusulas abusivas conforme a lo dispuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución, continuándose la ejecución por importe del principal, intereses remuneratorios y gastos extrajudiciales.

Las costas del presente ramo no se imponen a ninguna de las partes.

Notifíquese a las partes esta resolución, haciendo constar que no es firme, y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial, en el plazo y con los requisitos establecidos por la Ley."

SEGUNDO.- Notificado el auto a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección, con emplazamiento de las partes por término de diez días.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial; personándose oportunamente la parte apelante representada por la Procuradora Dña. María del Pinar González Casanova Rodríguez y bajo la dirección de la Letrada Dña. María Jose Alonso Álvarez señalándose para deliberación, votación y fallo, el día 28 de septiembre de 2022.

Ha sido Ponente la Ilma

Magistrada de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto, que resuelve estimando parcialmente la oposición, formulada en la ejecución hipotecaria, basada en la existencia de cláusulas abusivas, es recurrido por una de las ejecutadas, quien mantiene tal carácter en la cláusula sexta bis del préstamo hipotecario, que regula el vencimiento anticipado. La entidad ejecutante se opone al recurso y la otra ejecutada impugna la resolución, facultad que no tiene reconocida la parte coejecutada, pues la impugnación solo cabe frente al apelante principal, sin que pueda ser ni una adhesión al recurso, ni una apelación extemporánea.

SEGUNDO.- Examinadas nuevamente las actuaciones, procede la revocación de la resolución recurrida al apreciarse el efectivo error en que incurre la resolución al no aplicar al supuesto enjuiciado la doctrina jurisprudencial que se recoge en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2761/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2761), que ha venido a determinar los criterios aplicables en la interpretación y aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado, y sus efectos.

I.- La citada sentencia indica: <<1.- Decíamos en las dos sentencias antes indicadas que, en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor "pierde" el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el art. 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente. Con anterioridad a tales





sentencias, la sala no había negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el art. 1256 CC (sentencias 506/2008, de 4 de junio; o 792/2009, de 16 de diciembre). En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (Aziz), sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: "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". Lo que fue confirmado por el posterior Auto del TJUE de 8 de julio de 2015 (asunto C-90/14), que mediante la invocación del art. 4.1 de la Directiva 93/13 (el juicio de abusividad debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurren en su celebración), reiteró la doctrina de la sentencia Aziz. En suma, para que una cláusula de vencimiento anticipado supere los mencionados estándares debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. 2.- En todo caso, ha de tenerse presente que la posible abusividad proviene de los términos en que la condición general predisuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita.>>

En el presente caso, el préstamo hipotecario contiene una cláusula sexta bis, denominada "Resolución Anticipada", referida a la posibilidad de declarar vencida anticipadamente la obligación y exigir el inmediato pago de lo adeudado cuando concurra, entre otras circunstancias, la relativa a la falta de pago por la parte prestataria a la prestamista de "cualquiera de los vencimientos de interés o de cualquiera de las cuotas o pagos de amortización pactados...". Y al igual que el supuesto que examina el alto tribunal en la sentencia que se viene aludiendo, si aplicamos tales consideraciones a la cláusula controvertida, se aprecia que no supera los estándares establecidos, pues ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del mismo, debe





ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Por lo tanto, procede revocar la no estimación de la nulidad de la cláusula.

II.- Consecuencias de la nulidad de la cláusula sexta bis, de vencimiento anticipado, sobre el contrato. La sentencia del Tribunal Supremo antes citada, de 11 de septiembre de 2019, analiza los efectos sobre el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de la supresión de la cláusula, concluyendo que arrastraría la nulidad del contrato y de la garantía, teniendo en cuenta su esencialidad, afectando esta consecuencia de forma negativa al consumidor deudor, y considerando, por ello, que es posible su integración con una disposición legal que facultara al acreedor a dar por vencido el préstamo que estuviera en vigor a la fecha en la cual se dio por vencido anticipadamente este en el concreto caso que fuere examinado.

Dice la sentencia: <<Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario. 9.- Estaríamos, pues, en el supuesto, al que se refiere la Abogada General del asunto Perenicová, en que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas. En tal caso, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria -a las que hicimos referencia en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero- y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 CC - sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016). Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 21 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero.>>

El art. 693.2 LEC, en la redacción vigente tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, establecía: "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo". Indica el alto Tribunal que, "ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en su redacción anterior a la ley 5/2019), los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de





préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11).” Las pautas jurisprudenciales que establece la mencionada sentencia para su aplicación a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente son las siguientes:

“a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite. b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos. c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.”

III.- Análisis del supuesto concreto. El crédito con garantía hipotecaria objeto de este procedimiento deriva de la escritura de 29 de abril de 2007, ampliado y novado el 13 de mayo de 2009 y nuevamente novado el 14 de julio de 2011, tomándose, en definitiva, a préstamo un capital de 99.200 euros a devolver en un periodo máximo de 34 años, mediante cuotas mensuales. El préstamo se garantiza con hipoteca que grava una vivienda. A la demanda se acompaña Acta de fijación del saldo de fecha 29 de diciembre de 2016, de la que se desprende que la entidad crediticia efectúa la liquidación en fecha 31 de marzo de 2016, primera mitad de la vida de préstamo, por impago de 5 cuotas completas noviembre de 2015 a marzo de 2016, que determina una deuda impagada de 1.667 euros de principal (capital e intereses remuneratorios), cantidad que no supera el 3% del capital prestado.

Tratándose de un proceso en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, debe examinarse si el incumplimiento del deudor reúne los requisitos de gravedad y proporcionalidad a que alude el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de septiembre de 2019. A este respecto, indica el alto Tribunal que “*Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor. Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (OTP Bank Nyrt) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda).*” El artículo 24 de la Ley 5/2019, relativo al vencimiento anticipado, establece: <<1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:





- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:
 - i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.
 - ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.
- c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.>>

A la vista de cuanto se expone, ha de concluirse que el incumplimiento del deudor al tiempo en que se dio por vencido por parte de la entidad bancaria anticipadamente el préstamo hipotecario, no reúne los requisitos de gravedad y proporcionalidad, por lo que el procedimiento de Ejecución Hipotecaria debe ser sobreseído.

TERCERO.- Estimado el recurso de apelación, con revocación del auto recurrido, procediendo el sobreseimiento de la ejecución, condenando a la ejecutante por las costas generadas en la primera instancia, sin formular expresa condena en esta alzada (arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

- 1º.- Estimar el recurso de apelación formulado por la Procuradora Doña Pilar González Casanova en nombre y representación de
- 2º.- Desestimar por causa de inadmisión la Impugnación formulada por la Procuradora en nombre y representación de
- 3º.- Revocar parcialmente el Auto dictado el 17 de mayo de 2021 por el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción n.º 2 de Puerto de la Cruz en autos de Ejecución Hipotecaria 128/2017.
- 4º.- Declarar la nulidad de la cláusula sexta bis del préstamo hipotecario fundamento de la ejecución.
- 5º.- Sobreseer la presente ejecución.
- 6º.- Condenar a la ejecutante al pago de las costas generadas en la primera instancia.
- 7º.- No formular expresa condena en costas en esta alzada.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa dissociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Procédase a dar al depósito para recurrir el destino previsto de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Notifíquese la presente resolución a las partes, conforme determina el art. 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y, demás efectos legales.

Así, por este nuestro Auto, que es firme, contra el que no cabe recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

