



Roj: **AAP O 532/2019 - ECLI: ES:APO:2019:532A**

Id Cendoj: **33044370062019200037**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **10/05/2019**

Nº de Recurso: **1/2018**

Nº de Resolución: **59/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA

OVIEDO

AUTO: 00059/2019

Modelo: N10300

C/ CONCEPCION ARENAL, 3 - 4ª PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33073 41 1 2016 0000703

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000001 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de TINEO

Procedimiento de origen: EJH EJECUCION HIPOTECARIA 0000082 /2016

Recurrente: BANCO SABADELL

Procurador: JORGE AVELLO OTERO

Abogado: JESUS BELTRAN RODRIGUEZ

Recurrido: Purificacion , Amadeo , Andrés

Procurador: ROSA MARIA GARCIA GONZALEZ, ROSA MARIA GARCIA GONZALEZ , ROSA MARIA GARCIA GONZALEZ

Abogado: SUSANA DOLORES BREA SARIOGO, SUSANA DOLORES BREA SARIOGO , SUSANA DOLORES BREA SARIOGO

En OVIEDO, a diez de Mayo de dos mil diecinueve. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. Dª María Elena Rodríguez Vígil Rubio, Presidenta, D. Jaime Rianza García y Dª Marta Mª Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

AUTO N°59/19

En el Rollo de apelación núm. 1/18 , dimanante de los autos de juicio civil Ejecución Hipotecaria, que con el número 82/16 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Tineo, siendo apelante **BANCO SABADELL S.A.** , Ejecutante en primera instancia, representado por el Procurador DON JORGE AVELLO OTERO y asistido por el Letrado DON JESUS BELTRAN RODRIGUEZ; y como parte apelada DOÑA Purificacion , DON Amadeo Y DON Andrés , Ejecutado en primera instancia, representados por la Procuradora DOÑA ROSA MARIA GARCIA GONZALEZ y asistidos por la Letrada DOÑA SUSANA DOLORES BREA SARIOGO; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Presidenta María Elena Rodríguez Vígil Rubio.**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tineo dictó Auto en fecha 28 de Marzo de 2017 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" ACUERDO

*Apreciar el carácter abusivo de la **cláusula** de vencimiento anticipado (**cláusula 6 bis**) de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 29-04-2010, y posterior escritura de novación de fecha 28-04-2015, debiendo en consecuencia decretarse el sobreseimiento de la presente ejecución."*

SEGUNDO .- Contra el anterior Auto se interpuso recurso de apelación por la parte Ejecutante, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes personadas conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 08.05.2019.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en esta alzada, el auto que, acogiendo la oposición formalizada por la parte ejecutada a la ejecución inicialmente despachada, tras declarar nula por abusiva la **cláusula** seis bis de la escritura de préstamo hipotecario de 29 de abril de 2010, mantenida en la ulterior novación de 28 de abril de 2015, en la que se establecía la posibilidad de vencimiento anticipado cuando concurriera una falta de pago de "...alguna de las cuotas de intereses o de amortización establecidas en esta escritura, una vez transcurridos 15 días desde su vencimiento", **cláusula** en base a la cual se reclamaba el total importe de la liquidación final de la deuda que resultaba pendiente de pago a la fecha de cierre de la cuenta del citado préstamo objeto de ejecución de fecha 27 de octubre de 2016, se acordó el sobreseimiento y archivo de este procedimiento.

Recorre tal pronunciamiento la entidad financiera ejecutante, en cuyo escrito de interposición centra la impugnación en invocar, en síntesis, que no podría fundarse la abusividad en la literalidad de la citada **cláusula** de vencimiento anticipado, cuando como en este caso sucede la misma no fue aplicada tras un único incumplimiento de una amortización del préstamo, sino cuando ya existía un impago de más de 6 cuotas de amortización del mismo, cumpliéndose así las exigencias del art. 693 de la L.E.Civil , tras la reforma introducida en el mismo por la Ley 1/2013, al ser el incumplimiento superior al mínimo legal establecido en el citado artículo. Se concluye así la validez del vencimiento anticipado y se invoca en su apoyo la STS de 23 de diciembre de 2015 que concluye que el remedio enervatorio del art. 693.3 de la L.E.Civil , permitiría en este caso neutralizar los efectos perjudiciales para el consumidor que derivarían de la nulidad de la citada **cláusula**. Finalmente se invoca que esa declaración de nulidad de la citada **cláusula** no puede comportar el sobreseimiento de la ejecución, en cuanto el fundamento de la ejecución hipotecaria no sería la citada **cláusula** contractual sino la facultad resolutoria general fundada en el incumplimiento contractual del art. 1124 del Código Civil e incluso la pérdida del beneficio del plazo prevista en el CCivil para situaciones de incumplimiento generalizado o incapacidad de pago (insolvencia).

SEGUNDO.- Dado que esta Sala acordó levantar la suspensión inicialmente acordada del presente recurso, una vez dictada sentencia el TJUE resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS que la habían determinado, en virtud de Providencia de fecha 4 de abril próximo pasado, en la que ya se apuntaba que según la citada sentencia del TJUE, la cuestión había quedado limitada, a la conformidad del consumidor con la posibilidad de novación del contrato incorporando al mismo nueva **cláusula** que sustituya a la anterior de vencimiento anticipado, en este caso al oponerse los ejecutados en quienes no se discute concurre tal cualidad de consumidores, a la citada novación, la consecuencia que de ello deriva no es otra que la procedencia del mantenimiento del pronunciamiento del auto recurrido acordado el sobreseimiento del presente proceso de ejecución.

Ello es así porque la **cláusula** de vencimiento anticipado transcrita en el precedente fundamento, es indiscutiblemente nula por abusiva, en los términos literales en que ha sido pactada, a los que ha de estarse a este respecto y no a los de su aplicación en la práctica, que carecen de toda relevancia, según la doctrina del TJUE, de la que, por la primacía del derecho comunitario es necesariamente tributaria esta Sala y que ha de modificar por ello el criterio contrario precedente que venía manteniendo.

En definitiva, si según la doctrina establecida por el TJUE, contenida tanto en la sentencia dictada por la Sala Primera, de 26 Ene. 2017, C-421/2014, como en la más reciente dictada por la Gran Sala del mismo Tribunal, en la de 26 Mar. 2019, C-70/2017 , en criterio que ya venía recogiendo la jurisprudencia del TS en sus sentencias de fecha 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 , la abusividad ha de ser apreciada en cada



caso en abstracto esto es en los términos literales en que está pactada la **cláusula**, al margen por ello y con independencia de la forma en que la misma haya podido ser aplicada por la entidad financiera en cada caso, es evidente que desde ese punto de vista de su propio tenor literal, **cláusulas** de vencimiento anticipado como la aquí contenida en la Escritura de Préstamo hipotecario, claramente no superan los criterios de esencialidad de la obligación y gravedad del incumplimiento atendiendo a la cuantía y duración del contrato, que vienen siendo exigidos por la normativa del consumo para su validez, en cuanto como se razona en las precitadas sentencias del TS "... aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, 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 un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves".

Dado ese carácter indubitadamente abusivo es evidente que habiendo condicionado el propio TJUE en la última de las citadas sentencias, de 26 de marzo de 2019, concretamente en el apartado 62 y parte dispositiva, la posibilidad de aplicación analógica de su doctrina, contenida en el apartado 56, según la cual el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/2013, no se opone "...en una situación en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una **cláusula** abusiva, ... el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la **cláusula** abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la **cláusula** abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización", a que exista expreso acuerdo del consumidor con esa novación, al razonar en el mismo, que " Por el contrario, con arreglo a la jurisprudencia citada en el apartado 56 de la presente sentencia, si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las **cláusulas abusivas** controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas **cláusulas**, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal **cláusula** le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria", en este caso, al haberse opuesto la parte ejecutada, a la citada novación, la consecuencia no puede ser otra que el sobreseimiento acordado en la recurrida, al ser la citada **cláusula** de vencimiento anticipado la que ha constituido el fundamento de la ejecución, una vez que la misma ha de ser expulsada del contrato sin posibilidad alguna de integración, lo que supone que no pueda hacerse uso en este procedimiento de la facultad de vencimiento anticipado pactado en la misma, y sin que sea posible, como se solicita, fundar ahora ex novo el vencimiento anticipado, en la facultad resolutoria general del art. 1124 del CCivil, dado que no es este proceso de ejecución, por su naturaleza sumaria y con causas de oposición y prueba tasadas, cauce adecuado para su enjuiciamiento que habrá por ello de diferirse el proceso declarativo ordinario correspondiente, esto es a otras vías de reclamación que no impliquen necesariamente, como es el caso, la aplicación de la citada **cláusula** de vencimiento anticipado, declarada nula por abusiva y cuya expulsión sin más y sin posibilidad alguna de integración procede en este caso.

TERCERO.- El recurso por ello se desestima, bien que ello no obstante, no proceda hacer expresa imposición de costas, dadas las evidentes dudas de derecho que en la fecha de su interposición existían al respecto y que resultan evidenciadas por los pronunciamientos contradictorios de los tribunales recaídos al efecto, no en vano el planteamiento de las cuestiones prejudiciales tenían como objeto resolver las dudas y discrepancias en la práctica de los tribunales, acerca no tanto del carácter o no abusivo de **cláusulas** de vencimiento anticipado pactadas en base al impago de una sola cuota, sino sobre los efectos de la declaración de abusividad en cada caso, esto es si procede sin más acordar el sobreseimiento o por el contrario puede analizarse la gravedad del incumplimiento en el caso concreto.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente **ACUERDO**

PARTE DISPOSITIVA

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por **BANCO SABADELLS.A.** contra el Auto dictado en autos de juicio civil Ejecución Hipotecaria que con el número 82/16 se siguieron ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Tineo. Auto que se confirma sin imposición de costas a la parte apelante.

Así por este auto, que es firme, al no ser susceptible de recurso ordinario o extraordinario alguno, lo pronuncia, manda y firma el tribunal.