



Roj: **AAP S 89/2021 - ECLI:ES:APS:2021:89A**

Id Cendoj: **39075370042021200052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **4**

Fecha: **26/04/2021**

Nº de Recurso: **91/2021**

Nº de Resolución: **93/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOAQUIN TAFUR LOPEZ DE LEMUS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO nº 000093/2021

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Joaquín Tafur López de Lemus

D. Bruno Arias Berrioategortúa D^a. M^a del Mar Hernández Rodríguez

En Santander, a 26 de abril del 2021.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de fecha 27 de noviembre de 2020, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santander acordó lo siguiente: (1) declarar abusivas y por tanto nulas las cláusulas sexta (interés de demora) y sexta bis a) (vencimiento anticipado del contrato por incumplimiento total o parcial de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización); (2) sobreseer de la presente ejecución, dejando sin efecto el despacho de ella, como consecuencia de la nulidad de inaplicación de la cláusula que establece el vencimiento anticipado; (3) imponer a la ejecutante las costas de la ejecución.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución, la representación de la ejecutante, CAJA RURAL DE BURGOS, FUENTEPELAYO, SEGOVIA Y CASTELLDANS, S.C.C., interpuso en tiempo y forma recurso de apelación.

TERCERO.- También presentó recurso de apelación contra el auto de 27 de noviembre de 2020 la entidad RURAL HIPOTECARIO VII FONDO DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS, adjudicataria del inmueble en subasta por cesión de remate que le hizo la ejecutante.

CUARTO.- De dichos recursos se dio traslado a la parte contraria, la ejecutada doña Enriqueta, quien se opuso a ellos. Remitidos los autos a la Audiencia Provincial de Cantabria, fueron turnados a la Sección Cuarta.

QUINTO.- Es Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto de 27 de noviembre de 2020 es apelado tanto por la ejecutante como por la adjudicataria del bien. Por razones de método comenzaremos resolviendo el recurso de la ejecutante, que se compone de cinco motivos de apelación, ninguno de los cuales, ya lo adelantamos, puede prosperar. El primero sostiene que no es posible examinar la posible abusividad de cláusulas del préstamo una vez la vivienda ha sido adquirida por tercero, porque ello vulneraría el artículo 674 de la LEC, y los arts. 38 y 134 LH. El motivo debe decaer por las siguientes razones. (1) Considera este Tribunal que no es el decreto de adjudicación el último hito procesal a partir del cual no es posible ya declarar abusiva una cláusula, sino que dicho momento es la puesta en posesión del inmueble al adquirente, que es cuando concluye la ejecución hipotecaria. (2) Como dice el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2004, "si es nulo el procedimiento judicial sumario, el adjudicatario de la subasta no es tercero protegido por el artículo 34 LH, ya que la inscripción no convalida el acto nulo", de manera que "no solo no es tercero hipotecario al que protege el artículo 34, sino que sí le



alcanza el artículo 33 LH". (3) Si al adjudicatario le afecta la nulidad. (3) Del mismo modo que la nulidad del procedimiento hipotecario afecta al adjudicatario, también debe afectarle el sobreseimiento de la ejecución por causa de haberse despachado con fundamento en una cláusula abusiva. (4) No puede invocar la ejecutante el artículo 38 LH, porque la presunción de titularidad del derecho real inscrito es incompatible con lo dispuesto en el artículo 33 LH ("la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes").

SEGUNDO.- El segundo motivo de recurso que plantea la ejecutante sostiene que "con el decreto de adjudicación en favor de tercero se produce la transmisión de la propiedad y precluye la posibilidad de esgrimir a abusividad de cláusulas". El motivo debe decaer por las siguientes razones. (1) Como consecuencia del sobreseimiento de la ejecución, el decreto de adjudicación deviene ineficaz, pues sin ejecución no puede haber adjudicación. (2) Por el hecho de la adjudicación, el adjudicatario no está blindado frente a nulidades procedimentales o sobreseimientos, pues el sobreseimiento de la ejecución determina necesariamente que la adjudicación carezca de causa. (3) Si la adjudicación carece de causa, solo sería posible mantener al adjudicatario en su derecho si una norma concreta lo dispusiese. (4) Esa norma no puede ser el artículo 34 de la LH, como hemos razonado.

TERCERO.- El tercer motivo de recurso que plantea la ejecutante sostiene que "la cosa juzgada alcanza a todo lo que fue o pudo ser discutido". El motivo debe decaer, porque el examen del posible carácter abusivo de una cláusula no queda impedido por el hecho de que el juzgado no lo abordase al tiempo de despachar ejecución, o no lo plantera el ejecutado, pues en materia de defensa de consumidores la cosa juzgada solo actúa cuando el juicio acerca del carácter abusivo de una cláusula fue sido expresamente emitido (esto es, cuando el juzgado declara expresamente que la cláusula no es nula).

CUARTO.- El cuarto motivo del recurso de la ejecutante viene sostiene que comoquiera que el artículo 552.1 LEC impone al Tribunal la obligación de examinar de oficio, al tiempo de despachar ejecución, si alguna de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo puede ser calificada como abusiva, la falta de examen en dicho momento constituye un pronunciamiento tácito de que el contrato no contiene cláusulas abusivas. El motivo debe decaer por la razón expresada en el fundamento anterior.

QUINTO.- El quinto motivo de recurso de la ejecutante denuncia infracción del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE al vulnerar todos los plazos establecidos en el artículo 670 LEC (que regula la aprobación del remate, el pago y la adjudicación de bienes al acreedor) y el procedimiento establecido. El motivo debe decaer por las siguientes razones. (1) No hay inseguridad, porque en el presente incidente de nulidad de cláusulas abusivas la ahora apelante ha podido defenderse con plenitud de posibilidades de alegación y prueba. (2) Si el límite para apreciar el posible carácter abusivo de una cláusula es el final de la ejecución, este no se produce sino con la entrega de la posesión al adjudicatario.

SEXTO.- El sexto y último motivo de recurso que plantea la ejecutante impugna la condena en costas, porque "el sobreseimiento de la ejecución en momento muy posterior al permitido supone la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho". El motivo debe decaer porque siendo consumidores los prestatarios, y decayendo la ejecución, no es posible aplicar el criterio de las dudas de hecho o de derecho para dejar de imponer las costas al empresario que impuso la cláusula abusiva que constituye el fundamento de la ejecución (STS de 4 de julio de 2017).

SÉPTIMO.- Pasamos a resolver ahora el recurso de apelación que plantea el adjudicatario, que constan de tres motivos, ninguno de los cuales puede prosperar. El primero reitera la existencia de cosa juzgada, y debe decaer por las razones ya dadas.

OCTAVO.- El segundo motivo de recurso del adjudicatario se titula "buena fe del adjudicatario y titular registral". También lo damos por contestado, y añadimos una, y es que estando inscrita en el registro de la la cláusula de vencimiento anticipado, difícilmente el adjudicatario podía desconocerla.

NOVENO.- El tercer motivo del recurso que plantea el adjudicatario sostiene que, aunque la cláusula de vencimiento anticipado sea nula, estamos en presencia de un incumplimiento manifiestamente grave de la parte demandada, por lo que la ejecución sí puede continuar, y ello de acuerdo con lo dispuesto en la STS de 11 de septiembre de 2019. El motivo debe decaer. Por lo que a este procedimiento concierne puede ser sintetizada en los siguientes puntos. (1) Una cláusula, como la de autos, que faculta al prestamista para adelantar el vencimiento del préstamo con base en el incumplimiento de una sola cuota es abusiva, pues ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del procedimiento, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. (2) Siendo nula la cláusula, el vencimiento no puede ser actuado con fundamento en ella. (3) Habiendo la demandante activado el vencimiento en agosto de 2013, después de que entrara en vigor la Ley 1/2013, para que la ejecución pueda continuar, aun siendo nula la cláusula de vencimiento anticipado, se requiere la observancia de un doble requisito.



DÉCIMO.- El primer requisito es que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en el art. 24 de la Ley 5/2019, esto es, la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalga, al menos, 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); o 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). Considera este Tribunal que, a los efectos que nos ocupan, el incumplimiento relevante es el que se produjo antes de que el acreedor activara el vencimiento, y no el posterior (esto es, el producido hasta la presentación de la demanda e incluso durante la tramitación del proceso), y ello por razones varias. (1) Porque comoquiera que la demanda fija el objeto del proceso (art. 411 LEC), en el procedimiento de ejecución hipotecaria no se prevé la posibilidad de alterarlo posteriormente. (2) Porque una vez que el acreedor adelanta el vencimiento, y reclama al deudor todo lo debido, desaparece el esquema de cuotas. (3) Porque para determinar cuál es el número de cuotas que en cada momento ha dejado de pagar el deudor sería necesario abrir un incidente en el seno del proceso de ejecución hipotecaria (el acreedor tendría que alegar cuántas son, y el deudor podría cuestionarlo, podría ser precisa la práctica de prueba, etc.), y esto no casa con la naturaleza formal y sumaria de dicho proceso.

UNDÉCIMO.- El segundo requisito es que el prestamista haya requerido al prestatario en un doble sentido: (a) concediéndole un plazo de al menos un mes para que pague las cuotas impagadas, (b) advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso del total adeudado del préstamo. Este requerimiento de pago debe serlo, no del total que el prestatario adeudaría como consecuencia del vencimiento, sino de lo debido hasta el momento en que el acreedor decida anticipar el vencimiento.

DUODÉCIMO.- En el caso de autos no concurre ninguno de los dos requisitos que comentamos. No se da el primero, porque desconocemos cuántas cuotas habían dejado de pagar los prestatarios cuando la ejecutante activó el vencimiento (agosto de 2013). Tampoco se da el segundo requisito, porque el requerimiento de pago que siguió al vencimiento anticipado lo fue por la totalidad del préstamo, y no por las cuotas dejadas de pagar hasta dicho momento.

DECIMOTERCERO.- Por cuanto antecede, es visto que ambos recursos de apelación deben ser desestimados, con imposición de las costas de cada recurso a la respectiva parte apelante.

Por cuanto antecede,

LA SALA ACUERDA

Desestimar los recursos de apelación interpuestos, de una parte, por la representación de la entidad CAJA RURAL DE BURGOS, FUENTEPELAYO, SEGOVIA Y CASTELLDANS, S.C.C., y de otra por la representación de la entidad RURAL HIPOTECARIO VII FONDO DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS, contra el auto de fecha 27 de noviembre de 2020, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santander, el cual confirmamos en su integridad. Imponemos las costas de cada recurso de apelación a la respectiva parte apelante.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados, de lo que doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.