



Roj: **AAP B 6096/2020 - ECLI:ES:APB:2020:6096A**

Id Cendoj: **08019370192020200225**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **19**

Fecha: **17/07/2020**

Nº de Recurso: **661/2017**

Nº de Resolución: **272/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL JULIAN COLLADO NUÑO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. baixa - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866303

FAX: 934867115

EMAIL:aps19.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801542120170073966

Recurso de apelación 661/2017 -A

Materia: Ejecuciones hipotecarias

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona

Procedimiento de origen: Ejecución hipotecaria 452/2017

Parte recurrente/Solicitante: BANKINTER,S.A.

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a: ALFONS CUCURULL PASCUAL

Parte recurrida: Tomasa , Jenaro

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a:

AUTO Nº 272/2020

Magistrados:

Miguel Julian Collado Nuño Asuncion Claret Castany Jose Manuel Regadera Saenz

Barcelona, 17 de julio de 2020

Ponente: Miguel Julian Collado Nuño

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 25 de julio de 2017 se han recibido los autos de Ejecución hipotecaria 452/2017 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Ricard Simo Pascual, en nombre y representación de BANKINTER,S.A. Contra el Auto de 19/05/2017 y en el que consta como parte ejecutada Tomasa y Jenaro .



Segundo. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: " Se declara la abusividad de la cláusula de **vencimiento anticipado** que fundamenta la demanda de ejecución hipotecaria en este procedimiento, acordando el sobreseimiento del mismo."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 16 de julio de 2020.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Miguel Julian Collado Nuño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto de 19 de mayo de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona, Barcelona, en los autos de Ejecución Hipotecaria 452 /2017, instada por BANKINTER SA frente a Tomasa y Jenaro acordaba el sobreseimiento del procedimiento tras acordar la nulidad de la clausula que determinaba el **vencimiento anticipado**. Frente a la indicada resolución se interpone recurso de apelación por parte de BANKINTER SA fundado en la legitimidad y virtualidad de la clausula declarada nula y en su caso de los efectos procesales que deberían derivarse de la nulidad de **vencimiento anticipado**.

SEGUNDO.- En relación con la consideración como abusiva de la clausula de **vencimiento anticipado**, se hace precisa una descripción de los antecedentes en el análisis de esta cuestión. Con carácter general cabe expresar la virtualidad y licitud de la cláusula de **vencimiento anticipado** en cualquier préstamo, amparadas en la libertad contractual y la autonomía de la voluntad establecidas en el artículo 1255 del Código Civil. Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Supremo, sentencia de 16 de diciembre de 2009, siempre que concurriere justa causa, entendida como la verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial que, en la posición del prestatario, podría integrarse con el incumplimiento de la obligación de abono de las cuotas de amortización convenidas; así Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008.

Sin negar el anterior aserto , la sentencia de 14 de marzo de 2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-451/11) y refiriéndose a un contrato de larga duración, atribuía al juez la comprobación de si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo dependía de que el consumidor hubiere incumplido una obligación que revistiere carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad estaba prevista para los casos en los que el incumplimiento tuviere 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. También el Tribunal Supremo , en su sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, declaraba que la calificación como abusiva proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el **vencimiento anticipado**, no de la mera previsión de **vencimiento anticipado**, que no es *per se* ilícita; añadía que los términos fijados en el art 693.2 LEC resultaban condiciones mínimas que no excluían el juicio sobre abusividad , debiendo los tribunales valorar, además, su ejercicio, y en concreto, si este está justificado, en función de los siguientes criterios: 1.- Esencialidad de la obligación incumplida, es decir que suponga una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización del préstamo; 2.- Gravedad del incumplimiento, en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo; y 3.- Posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia, permitiendo en ese momento al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación consistente en la consignación de la parte vencida de la obligación, cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual, según lo previsto en el artículo 693.3, párrafo 2, de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil, en la redacción de la **Ley** 19/2015, de 13 de julio. El Auto de 11 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-602/13), añadía la referencia a que la circunstancia de que la cláusula no hubiere llegado a aplicarse no se oponía por sí sola a que el juez nacional dedujera todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea , en su sentencia de 26 de enero de 2017, dictada en el asunto C-421/14, declaraba que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de derecho nacional relativa a las cláusulas de **vencimiento anticipado** de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la **Ley** 1/2000, modificada por el Real Decreto-**ley** 7/2013, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de derecho nacional.



Posteriormente la Sentencia del mismo Tribunal de 26 de marzo de 2019, dictada en el asunto C-70/17 destacaba:

"...Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de **vencimiento anticipado** de un contrato de préstamo **hipotecario** declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo **hipotecario** en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales...".

TERCERO.- De esta manera, la apreciación de la cláusula de **vencimiento anticipado** como abusiva, atendiendo el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 705/2015, de 23 de diciembre, implica que la cláusula de **vencimiento anticipado** resulte nula e inaplicable. El artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley** General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras **leyes** complementarias, en la redacción de la **Ley** 3/2014, de 27 de marzo, determina que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Así lo venían señalando las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, y 30 de mayo de 2013, cuando declararon que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el antiguo artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la **Ley** General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras **leyes** complementarias, que atribuye el juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato, modificando el contenido de la cláusula abusiva.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019, asuntos C 70/17 y C 179/17, resolviendo la cuestión prejudicial planteada justamente por el Tribunal Supremo, declara que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de **vencimiento anticipado** de un contrato de préstamo **hipotecario** declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo **hipotecario** en cuestión no pueda subsistir en el supuesto de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

La recta interpretación de esta decisión la efectúa la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, declarando que corresponde a los tribunales nacionales determinar si, una vez declarada abusiva la cláusula de **vencimiento anticipado**, el contrato puede subsistir, añadiendo que en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018, C-96/16 y C-94/17, y 14 de marzo de 2019, C-118/17, el Tribunal de Justicia recuerda que no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, dentro del respeto de la Directiva 93/13, puedan elaborar determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

El Tribunal Supremo establece una interpretación casuística, en la que habrá que comprobar las mensualidades que se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor y delimita como elemento orientativo de primer orden la comprobación de los requisitos del art. 24 de la **Ley** 5/2019, de 15 de marzo, de **crédito** inmobiliario atendiendo a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 permite la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho Nacional aprobada con posterioridad. Así ha sido que la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019 ha definido unas pautas jurisprudenciales aplicables en los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, siempre no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente, así resulta que:



1. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la **Ley** 1/2013 que, según su Disposición final cuarta, lo fué el 15 de mayo de 2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberán ser sobreseídos sin más trámite.
2. 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 que se describen, deberían ser igualmente sobreseídos.
3. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la **Ley** 5/2019, de 15 de marzo, podrán continuar su tramitación.

En el artículo 24 de **Ley** 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de **crédito** inmobiliario, que no admite pacto en contrario, requiere a tales efectos que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

A. 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.

B. 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.

Aplicando dicha doctrina al supuesto examinado resulta que el contrato de préstamo suscrito por las partes establecía el **vencimiento anticipado** ante la falta de pago de alguno de los plazos convenidos. Dicho impago se produce dentro de la primera mitad de la duración del préstamo y el ejecutante aplicó la cláusula de **vencimiento anticipado** fundándose en el impago de dieciocho cuotas. Resulta, en consecuencia, superior a los 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 establecidos en la **Ley** 5/2019.

De este modo hemos de concluir, siguiendo estrictamente lo establecido por el Tribunal Supremo que, en el caso examinado, a pesar de que la cláusula que prevenía el **vencimiento anticipado** no supera los criterios expresados, 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; aun cuando posteriormente lo haya permitido la **Ley** cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual, art. 693.3, párrafo 2 LEC, en redacción dada por **Ley** 19/2015, de 13 de julio. Así, en cualquier caso, 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 abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves mas, en los términos que delimita el Tribunal Supremo que antes hemos descrito, el incumplimiento acreditado si cumple las previsiones de gravedad y esencialidad previstas en la **ley** de contratos de **crédito** inmobiliario en el momento del **vencimiento**, lo que impide decretar el sobreseimiento del proceso, revocándose de este modo la resolución de instancia, debiéndose proceder a la continuación de la ejecución pretendida en los términos que resulten de esta resolución.

CUARTO. - Atendida la estimación de un recurso de apelación, conforme a lo establecido en los arts. 394 y 398 LEC, las costas de esta alzada no serán impuestas a parte alguna, mismo efecto aplicable a las de la instancia atendidas las evidentes dudas jurídicas que resultan y se expresan en esta resolución.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que ESTIMANDO el recurso planteado por la representación procesal de BANKINTER SA contra el Auto de 19 de mayo de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona, Barcelona, en los autos de Ejecución Hipotecaria 452 /2017, de los que el presente Rollo dimana, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución acordando la continuación de la Ejecución Hipotecaria instada por BANKINTER SA frente a Tomasa y Jenaro, en los términos que resultan de esta. En cuanto a las costas causadas, no se hace especial pronunciamiento.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su debido cumplimiento.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.



Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y **Ley** Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

FONDO DOCUMENTAL CENL