



Roj: **AAP CS 2/2019 - ECLI: ES:APCS:2019:2A**

Id Cendoj: **12040370032019200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Castellón de la Plana/Castelló de la Plana**

Sección: **3**

Fecha: **13/05/2019**

Nº de Recurso: **878/2016**

Nº de Resolución: **123/2009**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE MANUEL MARCO COS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 878 de 2016 Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Vila-real

Juicio Oposición Ejecución Hipotecaria número 761 de 2015

AUTO NÚM. 123 de 2019

Ilmos. Sres. e Ilma. Sra.: Presidente:

Don JOSÉ MANUEL MARCO COS

Magistrado:

Don ENRIQUE EMILIO VIVES REUS

Magistrada:

Doña ADELA BARDÓN MARTÍNEZ

En la Ciudad de Castellón, a trece de mayo de dos mil diecinueve.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra el Auto dictado el día seis de junio de dos mil dieciséis por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia n.º 1 de Vila-real en los autos de Juicio de Oposición Ejecución Hipotecaria seguidos en dicho Juzgado con el número 461 de 2016.

Es ejecutante BANCO y ejecutado CONSUMIDORA.

Son partes en el recurso, como apelante CONSUMIDORA, representada por el Procurador D. Robert Roselló Planelles y defendido por el Letrado D. Manuel José Forcada Ferrer, y como apelado BANCO, representado por la Procuradora Dª. Carmen Rubio Antonio y defendido por la Letrada Dª. Lidia Martínez Benito.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don JOSÉ MANUEL MARCO COS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte Dispositiva del Auto apelado literalmente establece: "estimar parcialmente la oposición a la ejecución hipotecaria realizada por la representación procesal de CONSUMIDORA por las razones que constan en el cuerpo de la presente resolución, en el sentido de declarar nula por abusiva la cláusula que fija los intereses de demora al 21% con eliminación total en el contrato de préstamo hipotecario, y, sin que proceda declarar nula la cláusula referente al vencimiento anticipado que consta en el mencionado préstamo hipotecario, mandando seguir adelante la ejecución en el trámite procesal en el que se encuentre, y sin imposición de costas a ninguna de las partes litigantes " .



SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de CONSUMIDORA se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, en el que solicitaba que se dicte Auto acordando la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, con expresa condena en costas a la parte contraria.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, en el que pedía una resolución que confirme la dictada en primera instancia.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial donde, tras tener entrada en el Registro General el día 29 de julio de 2016 fueron asignados a esta Sección Tercera, en virtud de la norma de reparto de asuntos.

TERCERO .- Por Diligencia de Ordenación de fecha 01 de septiembre de 2016 se formó el presente Rollo y se designó Magistrado Ponente.

Por Auto de 16 de febrero de 2017 se acordó la suspensión del procedimiento " *hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Civil del Tribunal Supremo en su Auto de 8 de febrero de 2017* " .

El día 26 de marzo de 2019 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, constituido en Gran Sala, ha dictado Sentencia en los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 .

Una vez dictada la Sentencia que da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Civil del Tribunal Supremo, por Providencia de 01 de abril de 2019 este tribunal acordó levantar la suspensión acordada en su día y, con arreglo al contenido de la citada STJUE, conceder a la parte contra la que se sigue el presente proceso de ejecución hipotecaria el plazo de diez días para que manifieste si se opone al sobreseimiento y archivo del procedimiento que podría decidir este tribunal, por considerar que su continuación con base en la citada cláusula de vencimiento anticipado le sería más favorable que el eventual de ejecución ordinaria o declarativo que pudiera promover la entidad de crédito.

La parte ejecutada presentó escrito manifestando que no se opone al sobreseimiento y archivo del procedimiento.

Por Providencia de 9 de mayo de 2019 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 10 de mayo de 2019.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que BANCO y CONSUMIDORA firmaron el día 12 de diciembre de 2000, por un principal de 50.184,51 euros y estando prevista la amortización mediante el pago de 240 cuotas mensuales (20 años), siendo el último vencimiento el 15 de diciembre de 2020), la cláusula financiera Sexta Bis.A) prevé como causa de resolución del contrato a instancias de la entidad prestamista, con la consecuencia del vencimiento anticipado de las cantidades pendientes de devolución, cualquier impago.

Concretamente, el tenor literal de dicha cláusula Sexta Bis.A) es el siguiente:

" Resolución anticipada.-La parte prestataria perderá el beneficio del plazo por lo que el Banco podrá tener por vencido el préstamo y exigir la devolución del capital pendiente e intereses devengados, si se diera cualquiera de las siguientes circunstancias: Si la parte prestataria incumpliera cualesquiera de las amortizaciones pactadas, o de los intereses estipulados, (...)"

Esta cláusula es la que viene siendo conocida como de "vencimiento anticipado", denominación expresiva de la facultad que se otorga a la prestamista por incumplimiento del prestatario. La singularidad que la caracteriza reside en que faculta a la entidad prestamista para la resolución del contrato y con ello el vencimiento anticipado de la obligación de devolución a cargo del prestatario tras el impago de una sola cuota. Esta característica es la que ha dado lugar a su calificación como abusiva, a la polémica acerca de las consecuencias de dicha calificación en la decisión judicial a adoptar en los procedimientos en que se suscita el debate acerca de la misma y, en definitiva, al planteamiento de las cuestiones prejudiciales que han dado lugar a la respuesta contenida en la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el día 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17).

Partimos, por ser indiscutido, de que la ejecutada tiene la condición legal de consumidora, por cuanto en el ámbito del contrato de préstamo reseñado actuó con propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 3 TR LGDCU).



SEGUNDO.- En varias resoluciones esta Secc. Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón ha mantenido el carácter abusivo y por ello la nulidad de una cláusula similar, por su generalidad y total falta de modulación o proporcionalidad entre el grado del cumplimiento y la consecuencia prevista (p. ej. Sentencia núm. 137 de 18 de mayo de 2015 y Sentencia núm. 160 de 8 de abril de 2019).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado al respecto en, por ejemplo, la STJUE de 14 marzo 2013 (asunto C-415/11, caso Aziz) : *"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"* (Aptdo. 73).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, ha declarado que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas y no abusivas deberían 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 (por ejemplo, SSTS 705/2015, de 23 de diciembre -ECLI:ES:TS:2015:5618 -, y 79/2016, de 18 de febrero -ECLI:ES:TS:2016:626 -).

Si falta tal modulación la calificación como abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado tiene sustento legal en los artículos 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 82.1 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En el presente caso, la cláusula reseñada no contiene modulación de la gravedad del incumplimiento, pues anuda el vencimiento anticipado a cualquier incumplimiento de la obligación de amortización en un préstamo de una cantidad importante de dinero en el que el se ha pactado la amortización durante 20 años, con independencia de la cantidad debida, del tiempo transcurrido y del pendiente hasta la total amortización.

La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14, Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García) determinó 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 LEC, 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 "*.

El día 8 de febrero de 2017 la Sala Civil del Tribunal Supremo dictó en su procedimiento 1752/2014 Auto en el que planteaba al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial acerca de si *"(d)ebe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una sola cuota aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad"*.

Preguntaba también si *"(t)iene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para -una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria- poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreeser dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor "*.

La respuesta a ambas cuestiones se contiene en la STJUE de 26 de marzo de 2019 (Gran Sala; asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17).

Dice la parte dispositiva de la Sentencia:

" 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 caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".

Si la claridad de la decisión prejudicial pudiera plantear alguna duda, la lectura de su fundamentación sería bastante para ofrecer respuesta a la misma. El Tribunal de Luxemburgo considera que " *incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello* " (apartado 52) y que si el tribunal que debe resolver el litigio principal llega a la conclusión de que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión puede subsistir sin la cláusula abusiva controvertida en los litigios principales, debe " *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 efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible* " (apartado 63).

TERCERO.- Desde la perspectiva que ofrece la citada STJUE y el principio de primacía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia Costa v. Enel de 15 de julio de 1964; SSTJCE de 22 de junio de 1989, as. Fratelli Costanzo, C- 103/88 ; 22 de octubre de 1998, IN. CO. GE'90 y otros, asuntos acumulados C-10/97 a C- 22/97) debemos verificar, partiendo del ya expuesto carácter abusivo de la denominada cláusula de vencimiento anticipado inserta en el contrato más arriba reseñado:

- 1) si el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado;
- 2) si el prestatario consumidor se opone a que la citada cláusula no produzca efectos vinculantes, por entender que el proceso de ejecución hipotecaria le es más favorable que el de ejecución ordinaria u otro que pudiera promover la entidad prestamista.

La conclusión del tribunal a este respecto es la que sigue.

- 1) El contrato de préstamo en el que se incluye la cláusula de continua mención puede subsistir sin la misma.

El préstamo de dinero o mutuo consiste en la entrega de una cantidad, que el prestatario se obliga a devolver en los plazos y términos pactados (arts. 1740 , 1753 CC) y generalmente y, desde luego, en la totalidad de los préstamos con garantía hipotecaria y por ende en el que ahora nos ocupa, se compromete también al pago de los intereses establecidos en el contrato como ordinarios o remuneratorios.

La cuestión acerca de si a la relación jurídica creada por el préstamo de dinero, clásicamente considerado contrato real y unilateral, es aplicable el art. 1124 del Código Civil que, como es sabido, regula la facultad de resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas, ha sido zanjada por la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018 (Roj: STS 2551/2018 ECLI:ES:TS:2018:2551) que, siendo Sentencia del Pleno, constituye doctrina jurisprudencial (Acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala Civil TS de 30 de diciembre de 2011).

Dice la citada STS que no sería aplicable el art. 1124 del Código Civil si el prestatario solo se comprometiera a la devolución del dinero prestado, pero sí lo es cuando asume otros compromisos. Con esta base, se llega a la conclusión de que en el préstamo con interés existen dos prestaciones recíprocas y es posible aplicar el art 1124 CC en caso de incumplimiento con entidad resolutoria.

Siendo de aplicación el art. 1124 CC , la entidad prestamista puede resolver el contrato y exigir el inmediato cumplimiento si el prestatario incumple su obligación gravemente, de suerte que frustre objetivamente el fin del contrato; en suma, siempre que el incumplimiento justifique el ejercicio de la facultad resolutoria, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Antes ha quedado reseñada la denominada cláusula de vencimiento anticipado inserta en el contrato a que esta resolución se refiere. Su carácter abusivo, por lo ya dicho, genera su nulidad y debe dar lugar a la expulsión de la misma del contrato.

La STJUE de 26 de marzo de 2019 a la que nos venimos refiriendo admite -con la precisión que se dirá- la integración del contrato con el actual art. 693.2 LEC , que desde su reforma por la Ley 1/2013 considera suficiente el impago de tres cuotas mensuales, o cantidad equivalente, para que la entidad prestamista pueda



promover el procedimiento de ejecución hipotecaria, siempre que esté incluido en el contrato e inscrito en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, dicha integración solamente puede llevarse a cabo si el contrato no puede subsistir sin la cláusula controvertida.

Pues bien, concluye este Tribunal que la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado no impide la subsistencia del contrato ni, por ende, da lugar a su integración con el texto del art. 693.2 LEC .

Suprimida la tan mentada cláusula, subsisten íntegras las obligaciones de las partes. Más concretamente, una vez entregado el dinero, la de devolución de capital e intereses que pesa sobre el prestatario. Y a la eventualidad de incumplimiento de entidad suficiente por parte de este puede la entidad prestamista, pese a haber perdido la posibilidad de instar la ejecución hipotecaria como consecuencia de la abusividad de la cláusula declarada nula, bien promover la ejecución ordinaria de título no judicial, bien ejercitar la facultad resolutoria contemplada en el antes citado artículo 1124 del Código Civil .

Piénsese que la indisponibilidad por el prestamista del singular proceso de ejecución hipotecaria es consecuencia de la nulidad por abusiva de la cláusula y su eventual efecto negativo para el profesional es inherente a dicha consecuencia.

El contrato de préstamo permanece y pervive la obligación del prestatario de devolver capital e intereses.

En definitiva, el contrato subsiste y queda a salvo la posibilidad de que el acreedor lo resuelva por incumplimiento.

2) La prestataria consumidora no se ha opuesto ni a que la repetida cláusula de vencimiento anticipado no produzca efectos, ni tampoco al archivo que pudiera acordar este tribunal. Se le concedió ocasión de formular alegaciones y manifestó que no se opone al sobreseimiento y archivo del procedimiento.

La consecuencia inevitable de la supresión y consiguiente expulsión del contrato de la mentada cláusula abusiva es que no pueda continuar el proceso de ejecución hipotecaria, que por lo tanto debe ser archivado.

CUARTO.- Lo dicho hasta ahora, con la anunciada consecuencia del sobreseimiento y archivo del procedimiento, comporta la estimación del recurso.

Por lo que respecta a las costas, la cuestión nuclear que da lugar a la decisión del tribunal ha sido controvertida hasta la citada STJUE de 26 de marzo de 2019, por lo que debemos apreciar la existencia de serias dudas jurídicas que permiten introducir una excepción al principio legal del vencimiento y no hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias (arts. 398 y 394 LEC).

Deberá procederse a la devolución del depósito constituido para recurrir conforme lo previsto en el ap. 8 de la Disp. Ad. Decimoquinta de la LOPJ.

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

LA SALA ACUERDA

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por CONSUMIDORA contra el Auto dictado el día 06 de junio de 2016 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia n.º 1 de Vila -real en los autos de Juicio Oposición Ejecución Hipotecaria seguidos en dicho Juzgado con el número 761/2015 y **REVOCAMOS la resolución apelada** .

DECLARAMOS NULA POR ABUSIVA la cláusula de vencimiento anticipado inserta, como cláusula financiera Sexta bis en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado en escritura pública el día 12 de diciembre de 2000, siendo prestamista BANCO y prestataria CONSUMIDORA. Dicha cláusula se transcribe en el Fundamento de Derecho Primero de esta resolución.

ACORDAMOS EL SOBRESEIMIENTO Y ARCHIVO del presente procedimiento de ejecución hipotecaria, reseñado al margen del encabezamiento.

No hacemos expresa imposición de las costas de ambas instancias.

Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada como depósito para recurrir al estimar el recurso de apelación.

Firme que sea esta resolución, remítase testimonio de la misma al Registro de la Propiedad en que se inscribió la escritura de préstamo con garantía hipotecaria objeto del procedimiento, para su constancia y demás efectos legales.



Contra el presente Auto no cabe recurso.

Notifíquese el presente Auto y remítase testimonio del mismo, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ