

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 7 de GIJÓN

Modelo: N10300

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2°. 33207 GIJÓN

-

Teléfono: 985176944-45 **Fax:** 985176940

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGD

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000176 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJON

Procedimiento de origen: POJ PIEZA DE OPOSICION A LA EJECUCION 0000092 /2016

Recurrente:

Procurador: ALFREDO VILLA ALVAREZ, ALFREDO VILLA ALVAREZ

Abogado: ANGELES LOPEZ PALACIO, ANGELES LOPEZ PALACIO

Recurrido: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador: JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Abogado: MARÍA LUZ PERTEGA SOUTO

A U T O N° 119/19

Magistrados Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADOS: D. JOSÉ-MANUEL TERÁN LÓPEZ

D. PABLO MARTÍNEZ-HOMBRE GUILLÉN

En GIJON, a veinticuatro de junio de dos mil diecinueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 7, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de Pieza de Oposición a la Ejecución 92/16, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 6 de Gijón, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 176/17, en los que aparece como parte apelante, D. y D^a, representados por el Procurador de los tribunales, Sr. Alfredo Villa Álvarez, asistido por la Letrada D^a. Ángeles López Palacios, y como parte apelada, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. Juan Ramón Suárez García, asistido por la Letrada D^a. María Luz Pertega Souto, siendo el **Ilmo. Magistrado Ponente D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia N. 6 dse Gijón, se dictó Auto de fecha diecisiete de enero de dos mil diecisiete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Acuerdo:

1.- Desestimar la oposición contra la ejecución despachada planteada por la parte ejecutada, por los motivos expuestos en la presente resolución.

2.- Seguir adelante la presente ejecución y por la cantidad despachada, en los términos ya acordados, condenándose, además, en las costas a la parte ejecutada opuesta."

SEGUNDO.- Notificado a las partes por la representación procesal de D. y D^a, se interpuso recurso de apelación, admitido a trámite y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del mismo, se siguió el recurso por sus trámites.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de D. y D^a se interpone recurso de apelación contra el Auto dictado en el presente procedimiento de ejecución títulos no judiciales por el que se desestimaba la oposición contra la ejecución despachada basada en la compensación de créditos, introduciéndose en el mismo el posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado y que debía haber sido examinada de oficio por el juzgador de instancia sin necesidad de ser invocada por la parte prestataria tal como ha venido estableciendo la jurisprudencia del TJUE.

La entidad banco Popular Español, S.A., en su escrito de oposición al recurso señala que el Tribunal de Apelación no puede entrar a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia, de acuerdo con el principio general del derecho "pendente appellatione, nihil innovetur" y el principio procesal de prohibición de la "mutatio libelli", que consagra el art. 456.1 de la LEC, por lo este órgano no podría pronunciarse so pena de incurrir en incongruencia, ya que se pronunciaría sobre algo no pedido en la primera instancia del proceso, actividad que no puede quedar amparada por el principio "iura novit curia".

Sin embargo, la Sala estima que debe tenerse en cuenta la doctrina emanada del Tribunal Europeo a propósito de la posibilidad de un control de oficio de las cláusulas contractuales estipuladas en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, y así ya se recogía en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 30 de mayo de 2003 al señalar que *"La Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva"* y en la posterior Sentencia de 26 de enero de 2017, sienta como criterio decisor de la cuestión prejudicial que se le plantea que *"en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual*

carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas”, por lo que no cabe apreciar la invocada infracción del principio general del derecho “pendente appellatione, nihil innovetur” y el principio procesal de prohibición de la “mutatio libelli”.-

SEGUNDO.- Partiendo de lo anteriormente expuesto, la cláusula séptima apartado 1 inserta en el préstamo con garantía hipotecaria otorgado en fecha 18 de diciembre de 2014 entre el Banco Popular Español, S.A., y D. y D^a. establece la posibilidad de vencimiento anticipado *“por falta de pago a sus vencimientos de tres cuotas mensuales de amortización y/o intereses o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses”*

Conviene ante todo recordar que la jurisprudencia no niega la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista en contravención de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 o 16 de diciembre de 2009, entre otras). Así, la Sentencia de 16 de diciembre de 2009, con base en el artículo 1255 del Código Civil, reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el

prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo.

La cláusula de vencimiento anticipado transcrita es indiscutidamente 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.

Es por ello que si, según la doctrina establecida de forma clara por el TJUE, contenida tanto en la sentencia dictada por su Sala Primera, de 26 de enero de 2017, C-421/2014, como en la dictada por la Gran Sala del mismo Tribunal, en la de 26 de marzo de 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 su apartado 63, la posibilidad de aplicación analógica a este supuesto, en que la supresión de la cláusula abusiva no supone la nulidad del contrato que puede mantener su eficacia sin la misma, su doctrina a que hace referencia su apartado 56, según la cual, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/ 2013 , no se opone a que "*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 (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartados 80, 83 y 84)*", 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, 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, para reclamar como se hace el total adeudado, sin perjuicio de que pueda la entidad financiera ejecutante hacer uso de otras vías que no impliquen como la presente, la aplicación de la citada cláusula de vencimiento anticipado, como puede ser la del proceso declarativo ordinario, para su reclamación.-

CUARTO.- Dado que al considerar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado siendo una cláusula contractual que constituye el fundamento de la ejecución que conlleva el sobreseimiento de la ejecución, no es necesario entrar a analizar el resto de cláusulas cuestionadas por los recurrentes dado que sus efectos se circunscriben exclusivamente a este proceso de ejecución.

Procede por tanto, estimar el presente recurso de apelación formulado por la representación de D., D^a. y D., revocar la resolución de instancia, declarar abusiva la estipulación sexta bis de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 24 de Marzo de 2.006 y acordar el sobreseimiento del proceso, todo ello sin hacer especial pronunciamiento de las costas de primera instancia y las de esta, en virtud de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.-

Por lo anteriormente expuesto, vistos los hechos y disposiciones generales anteriormente citados y demás de general y concreta aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. y de D^a, contra el Auto de fecha diecisiete de enero de dos mil diecisiete, dictado en Pieza de Oposición a la Ejecución n° 92/16, por el Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Gijón, resolución que se revoca, y en su lugar se acuerda estimar la oposición formulada por la representación de D. y de D^a frente a la ejecución despachada a instancia de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., declarando abusiva la estipulación séptima apartado uno de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 18 de diciembre de 2014 y acordar el sobreseimiento del proceso, sin expresa declaración en cuanto a las ocasionadas por razón del incidente de oposición tramitado en ambas instancias.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acuerdan y firman los Sres. Magistrados arriba referenciados. Doy fe.