

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN TERCERA **BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN ATALA**

BARROETA ALDAMAR, 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016664 Fax / Faxes: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: [REDACTED]

NIG CGPJ / IZO BJKN: [REDACTED]

Recurso apelación ejecución hipotecaria LEC 2000 / Hip.exek.ap.2L 312/2019

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera
Instancia nº 13 de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 13 zk.ko
Epaitegia

Autos de Pieza oposición a la ejecución hipotecaria 1/2019
(e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: [REDACTED]

Procurador/a/ Prokuradorea: MARIA JESUS MENDIOLA
OLARTE

Abogado/a / Abokatua: GISELA BERNALDEZ BRETON
Recurrido/a / Errekurritua: BANCO BILBAO VIZCAYA
ARGENTARIA S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: [REDACTED] [REDACTED]

Abogado/a/ Abokatua: [REDACTED]

AUTO N.º 444/2019

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILTMA. SRA. PRESIDENTA: D.ª MARÍA CONCEPCIÓN MARCO CACHO

MAGISTRADA: D.ª ANA ISABEL GUTIÉRREZ GEGUNDEZ

MAGISTRADA: D.ª CARMEN KELLER ECHEVARRIA

LUGAR: BILBAO (BIZKAIA)

FECHA: cinco de diciembre de dos mil diecinueve

Visto en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen el presente Procedimiento de Oposición a Ejecución Hipotecaria nº 1/2019 procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Bilbao y seguido entre partes: Como apelante: D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] representado por la procura [REDACTED] S.ª [REDACTED] Olarte, y dirigido por la letrada Sra. Gisela Bernáldez Bretón y como apelado BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. representado por la Procuradora Sra. [REDACTED] y dirigido por la Letrada Sra. [REDACTED]

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho del Auto impugnado, en cuanto se relacionan con el mismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el referido Auto de instancia, de fecha 19 de febrero de 2019 la parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"1.- SE DESESTIMA TOTALMENTE, a los solos efectos de esta ejecución, la oposición formulada por el/la procurador/a Sr./Sra. MENDIOLA OLARTE, en nombre y representación de [REDACTED], a la ejecución despachada [REDACTED] urador/a Sr./Sra. [REDACTED], en nombre y representación de BANCO BILBAO BIZKAIA BANCARIA S.A. declarando procedente que la misma siga adelante por la cantidad por la que fue despachada.

2.- Se rechaza la petición de la parte ejecutada de suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil

3.-Se condena a la parte ejecutada al pago de las costas de la oposición a la ejecución.

4.- Llévese testimonio de esta resolución a la ejecución número 775/2017."

SEGUNDO.- Notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, transcurrido el mismo, habiéndose opuesto la misma, se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, la formación del presente rollo al que correspondió el número de Registro 312/19 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Por providencia de esta Sala se señaló el día 4 de diciembre de 2019 del presente para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

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

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada D^a **MARÍA CONCEPCIÓN MARCO CACHO.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es la parte ejecutada la que interpone recurso de apelación contra el Auto dictado en primera instancia, que desestima su oposición a la ejecución; invoca como motivos del recurso: suspensión de la ejecución por planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE sobre las consecuencias en la declaración de vencimiento anticipado; suspensión del presente procedimiento por prejudicialidad civil ante el planteamiento por esta parte de procedimiento de reclamación contra el BBVA, por introducir cláusula suelo en otro préstamo hipotecario que se sigue ante el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia; concurrencia de cláusula de vencimiento anticipado su nulidad por abusiva y consecuente archivo del proceso de ejecución; nulidad de la cláusula de comisión por posiciones deudoras; nulidad de la cláusula de intereses moratorios; y de la condena en costas en primera instancia.

SEGUNDO.- De la pretensión de suspensión del procedimiento tanto por plantearse la cuestión prejudicial que ha sido resulta por sentencia del TJUE el 19/3/2019 como de tener esta parte ejecutada planteado procedimiento contra el BBVA en reclamación de cantidades relacionadas por aplicación de cláusula suelo, que en nada puede incidir a este procedimiento al ser un préstamo hipotecario distinto del que ahora se presta a ejecución, son de total desestimación.

En cuanto a la nulidad sobre la cláusula de posiciones deudoras y de interés moratorio, al no ser fundamento de la ejecución por no venir interesadas en desglose de las cantidades por las que solicita el despacho de ejecución, resulta acertada la innecesariedad de análisis y resolución.

De la cláusula de vencimiento anticipado y en los términos que se transcribe en la póliza suscrita entre las partes en fecha 18-12-2015 (cláusula sexta bis a), decir que contiene redacción conforme a los términos establecidos en el artículo 693.3 de la LEC; es decir, que el banco podrá considerar como vencido el préstamo en el caso de falta de pago a su vencimiento de tres plazos mensuales.

Al respecto de esta cuestión, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11/9/2019 razona que:

Doctrina jurisprudencial sobre el vencimiento anticipado

1.- Decíamos en las dos sentencias antes indicadas que, en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor "pierde" el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el art. 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

Con anterioridad a tales sentencias, la sala no había negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el art. 1256 CC (sentencias 506/2008, de 4 de junio; o 792/2009, de 16 de diciembre).

En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (Aziz), sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que:

"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".

Lo que fue confirmado por el posterior Auto del TJUE de 8 de julio de 2015 (asunto C-90/14), que mediante la invocación del art. 4.1 de la Directiva 93/13 (el juicio de abusividad debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de

los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración), reiteró la doctrina de la sentencia Aziz. En suma para que una cláusula de vencimiento anticipado supere los mencionados estándares debe 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.

2.- En todo caso, ha de tenerse presente que la posible abusividad 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. Cuando el examen se plantee en relación con la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, que en la redacción vigente a la fecha en que se dictó la sentencia recurrida decía:

"Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo".

Precepto que ha de ser interpretado conforme a lo dispuesto por el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13), que declara:

"[1]a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en su redacción anterior a la ley 5/2019), los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la

cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11). .." para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria -a las que hicimos referencia en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero - y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 CC - sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016). Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 21 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero.

10.- Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16 , con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C- 415/11 (Aziz), y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor.

Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (OTP Bank Nyrt) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda).

Así lo declara también el apartado 62 de la STJUE de 26 de marzo de 2019, aunque con referencia a la normativa anterior:

"62. Pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 59 de la presente sentencia, podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto".

Además, como se desprende de los apartados 48 y 49 del ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-486/16), el principio de efectividad del Derecho de la Unión no queda menoscabado porque, conforme al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, una demanda de ejecución hipotecaria pueda sustentarse en la nueva redacción de una norma legal de carácter imperativo. .."

Y en la misma resolución viene a concluir que "procede aplicar las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:

a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

b. 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 antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16). Solución que no pugna con el art. 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo).

e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al art. 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4ª de la Ley 5/2019. Y ello, porque:

El art. 693.2 LEC, en su redacción anterior a la Ley 5/2019, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el art. 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa.

La disposición transitoria primera 4ª LCCI, fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado, optó por la retroactividad limitada para evitar que una sentencia del TJUE contraria al informe del Abogado General en la cuestión prejudicial que había presentado esta sala, pudiera hacer directamente aplicable el 693.2 LEC en su anterior redacción. Por lo que sería contradictorio que la voluntad del legislador se volviera en contra del consumidor, cuando lo que se pretendió es protegerlo más allá de lo previsto en el art. 693.2 LEC anterior a la reforma.

TERCERO.- Desde los razonamientos expuestos de la resolución de nuestro Alto Tribunal y en aplicación al caso que resolvemos; debemos partir de que se trata de una ejecución instada tras la reforma de la ley 1/2013, contrato de préstamo suscrito el 18-12-2015; que contiene una redacción de la cláusula sexta bis que se acomoda a lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC; que al momento del cierre de cuenta dando por vencido el préstamo se habían dejado de abonar cinco cuotas, tal y como el banco reconoce; ante tales circunstancias se debe traer en aplicación las pautas señaladas en la sentencia referida y en la que nos viene a determinar que aun cuando la cláusula cumpla los mínimos del 693.2 LEC, el Tribunal debe valorar

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Firme que sea la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación literal de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
