Roj: **AAP GC 237/2021** - **ECLI:ES:APGC:2021:237A**

Id Cendoj: **35016370052021200081**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**
Sección: **5**
Fecha: **24/09/2021**
Nº de Recurso: **597/2020**
Nº de Resolución: **332/2021**
Procedimiento: **Recurso de apelación**
Ponente: **VICTOR MANUEL MARTIN CALVO**
Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AJPII, Puerto del Rosario, núm. 3, 05-02-2020 (proc. 10/2014), AAP GC 237/2021**

FONDO DOCUMENTAL

?

SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº 2 (Torre 3 - Planta 5ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 15

Fax.: 928 42 97 75

Email: s05audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000597/2020

NIG: 3501741120140000012

Resolución:Auto 000332/2021

Proc. origen: Ejecución hipotecaria Nº proc. origen: 0000010/2014-02

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de Puerto del Rosario

Apelado: CAIXABANK SA; Procurador: JESUS PEREZ LOPEZ

Apelado: BUILDINGCENTER, S.A.U.; Procurador: JESUS PEREZ LOPEZ

Apelante: Jose Antonio ; Abogado: MARIA DOLORES TRAVIESO DARIAS; Procurador: AGUSTIN DAVID TRAVIESO DARIAS

?

AUTO

Iltmos. Sres.-

PRESIDENTE: Don Víctor Caba Villarejo

MAGISTRADOS: Don Víctor Manuel Martín Calvo

Don Miguel Palomino Cerro

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a veinticuatro de septiembre de dos mil veintiuno;

VISTAS por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el Auto pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Puerto del Rosario en el procedimiento referenciado (Hipotecario nº 10/2014 [Pieza Incidental de Oposición nº 2]) seguido como ejecutante a instancia de la entidad mercantil CAIXABANK, S.A., parte apelada, representada en esta alzada por el procurador don Jesús Pérez López y asistida por el letrado don Manuel Medina González, contra don Jose Antonio , parte apelante, representada en esta alzada por el procurador don Agustín David Travieso Darías y asistida por la letrada doña María Dolores Travieso Darias, siendo ponente el Sr. Magistrado Don Víctor Manuel Martín Calvo, quien expresa el parecer de la Sala.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción No. 3 de Puerto del Rosario, se dictó Auto en el referido procedimiento cuya parte dispositiva literalmente establece:

«Se DECLARA la NULIDAD de la cláusula SEXTA BIS de vencimiento anticipado, y cláusula SEXTA de intereses moratorios.

Continúese la presente ejecución, no obstante, previamente, requiérase a la parte ejecutante con el objeto de que en el plazo de 15 días verifique nueva liquidación con absoluta supresión de los intereses de demora en los términos expuestos en la presente resolución, bajo apercibimiento de inadmisión.»

SEGUNDO.- Dicho Auto, de fecha 5 de febrero de 2020, se recurrió en apelación por la parte ejecutada, interponiéndose el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para discusión, votación y fallo el día 24 de septiembre de 2021.

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de apelación el auto que en incidente de oposición al despacho de ejecución hipotecaria, apreciando la nulidad de la cláusula de intereses moratorios así como de la vencimiento anticipado manda seguir adelante la ejecución (previa nueva liquidación) alzándose contra dicha resolución la parte ejecutada sosteniendo la procedencia del sobreseimiento de las actuaciones dadas las consecuencias de la estimación de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

SEGUNDO.- No obstante compartir la Sala fundamentación del auto apelado a excepción del penúltimo párrafo del tercer (y último) razonamiento jurídico el recurso debe se prosperar.

No se discute la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado habiéndose aquietado a ello la parte ejecutante por lo que únicamente habría de estarse a analizar si se dan o no los presupuestos (jurisprudenciales) para acordar o no el sobreseimiento del procedimiento.

La resolución apelada aunque toma como parámetro lo resuelto en la STS de Pleno de 11 de septiembre de 2019 (n.º 463/2019, rec 1752/2014) - (ROJ: STS 2761/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2761) sin embargo, como se verá, se aparta de la misma al resolver el supuesto litigioso.

Dicha sentencia a fin a fin de integrar en nuestra legislación los postulados del TSJUE interpretando 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) , así como la propia jurisprudencia del TS, resuelve que para continuar o sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria basado en escritura de préstamo con cláusula de vencimiento anticipada declarada nula, 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 y que 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. Concluyendo, por ello, que:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

«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. (...)»

El préstamo hipotecario litigioso se dio por vencido el 23 de septiembre de 2013, por tanto, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 por lo que conforme a lo señalado en la pauta b. antes expuesta habrá de analizarse si el incumplimiento del deudor, en dicha fecha, reunía o no los requisitos de gravedad y proporcionalidad exigidos para lo cual podrá atenderse a los requisitos que (con carácter simplemente orientativo - pues dado el principio de irretroactividad de las leyes no resultarían vinculantes) establece el art. 24 de la Ley 5/2019 que dispone que:

«<<1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. 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.

ii. 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.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario>>

La resolución apelada se aparta de dichos criterios en cuanto no toma en consideración el crédito existente a fecha en que en aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado se da por vencido el crédito sino el que ha podido generarse con posterioridad hasta la presentación de la demanda.

Como quiera que el préstamo litigioso - concertado el 15 de febrero de 2007 - se dio por vencido en fecha 23 de septiembre de 2013, dentro por tanto de la primera mitad del plazo pactado (el vencimiento pactado es a fecha 28 de febrero de 2037) cuando el ejecutado tan sólo había dejado de pagar siete cuotas cuyo importe ascendía a 2.360,89 € y representaba un 2,84% de la cuantía del préstamo (83.000,00 €) se está en el caso de considerar que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor no estuvo justificado atendiendo a la poca gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia por lo que debió procederse al sobreseimiento de la ejecución.

TERCERO.- Al ser estimada la oposición formulada dejándose sin efecto el despacho de ejecución procede imponer a la entidad ejecutante las costas de la oposición causadas en el curso de la primera instancia conforme a lo previsto en el art. 561.2 LEC.

ÚLTIMO.- Estimándose el recurso de apelación interpuesto no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada de conformidad con lo previsto en el art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiéndose proceder a la devolución del depósito constituido de acuerdo con disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En atención a todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Jose Antonio contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Puerto del Rosario de fecha 5 de febrero de 2020 en procedimiento de Hipotecario nº 10/2014 [Pieza Incidental de Oposición nº 2], revocando parcialmente te dicha resolución en el sentido de dejar sin efecto su segundo pronunciamiento relativo a la continuación de la ejecución y en su lugar se acuerda el sobreseimiento del procedimiento dejando sin efecto la ejecución despachada e imponiendo las costas causadas en la primera instancia a la entidad ejecutante, la entidad mercantil CAIXABANK, S.A.

No ha lugar a hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso debiéndose proceder a la devolución del depósito constituido.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes haciéndolas saber que no cabe interponer recurso alguno y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento interesando acuse de recibo.

Así por este nuestro Auto, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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 delas víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ