



Roj: **AAP GI 1311/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:1311A**

Id Cendoj: **17079370012019200283**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2019**

Nº de Recurso: **214/2019**

Nº de Resolución: **324/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO FERRERO HIDALGO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1706642120168015449

Recurso de apelación 214/2019 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Figueres

Procedimiento de origen:P.S. Oposición a la ejecución hipotecaria 44/2016

Parte recurrente/Solicitante: BANKIA S.A.

Procurador/a: Carlos Javier Sobrino Cortés

Abogado/a: Pablo Ledesma López

Parte recurrida: Federico , Felipe

Procurador/a: Dora Riera Reixach

Abogado/a: MANUEL LUQUE MONTORO

AUTO Nº 324/2019

Magistrados:

Fernando Lacaba Sánchez Fernando Ferrero Hidalgo Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 28 de noviembre de 2019

VISTO ante esta Sala el Rollo de apelación núm. **214/2019**, en el que ha sido parte apelante BANKIA, SA., representado por el Procurador CARLOS JAVIER SOBRINO CORTES, y como parte apelada Felipe y Federico representado por el Procurador DORA RIERA REIXACH, actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de BANKIA, SA, se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 8 de noviembre de 2018, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Figueres, en el que se decía:

" PARTE DISPOSITIVA



DISPONGO : Declarar la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado y por consiguiente el sobreseimiento de la presente ejecución hipotecaria, con imposición de costas a la parte ejecutante."

SEGUNDO.- Elevados los autos a esta Audiencia, se acordó la suspensión de la tramitación del rollo hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviera la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo sobre la cláusula contractual del vencimiento anticipado en el auto de 8 de febrero del 2.017.

TERCERO.- Habiéndose dictado sentencia por dicho Tribunal el 26 de marzo del 2.019, se ha levantado la suspensión, se han seguido los trámites previstos en la Ley, señalándose para la votación y fallo el día 28/11/2019.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso recurso de apelación por la parte ejecutante, BANKIA, S.A. contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Figueras de 8 de noviembre del 2.018, en el que se estimó la oposición a la ejecución instada por dicha parte contra D. Felipe y D. Federico .

En dicha oposición se alegaba como cláusulas abusivas, entre otras, la cláusula 6ª de resolución o vencimiento anticipado estipulada en el contrato de préstamo suscrito el día 30 de noviembre del 2.009.

En dicha cláusula se estipulaba que la parte prestamista podía dar por vencido el crédito, aunque no hubiera transcurrido el plazo y reclamar la totalidad del capital e intereses, en caso de impago de alguno de los vencimientos de capital e intereses.

La parte prestamista presentó acta notarial de acreditación del saldo, a la cual se acompañaba la declaración unilateral del vencimiento anticipado del préstamo a fecha 5 de octubre del 2.015 por incumplimiento de 24 cuotas.

La entidad demandante impugna tal decisión argumentando la validez de la cláusula declarada nula y la falta de valoración sobre la gravedad del incumplimiento.

SEGUNDO.- Debemos empezar indicando que según la jurisprudencia del TJUE, el análisis de la cláusula de vencimiento anticipado debe hacerse en abstracto con independencia de que el acreedor bancario haya pospuesto la decisión del cierre de la cuenta y aplicación del vencimiento anticipado a un importe de cuotas superior al previsto en la cláusula que regula el vencimiento anticipado, así lo ha confirmado definitivamente la sentencia del TJUE de 26 de enero del 2.017 y 26 de marzo del 2.019 y las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre del 2.015, 18 de febrero del 2016 y 11 de septiembre del 2.019, dictada ésta última tras la resolución de la cuestión prejudicial planteada sobre la cuestión y resuelta en la segunda de las sentencias dictadas.

El TJUE en la sentencia de 26 de enero del 2.017 sostuvo que:

Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de 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 tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas 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.

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.

Y el TJUE (Gran Sala) en la sentencia citada de fecha 26 de marzo de 2019, resolvió lo siguiente:



"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".

El Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de septiembre del 2.019 mantuvo la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en los siguientes términos:

Si aplicamos tales consideraciones a la cláusula controvertida, se aprecia que no supera los estándares establecidos, 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 (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 abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Y entendió que el contrato no puede subsistir sin la misma, razonando lo siguiente:

8.- Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Perenicová, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada general en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco).

De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa.

Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia.

El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario.

Por lo tanto, la cláusula objeto de examen por la resolución recurrida al permitir la resolución o vencimiento del contrato y la reclamación íntegra del capital prestado por incumplimiento de una sola cuota no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, por lo que debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves

TERCERO.- Pero, el Tribunal Supremo, tras aceptar la sustitución de la cláusula contractual declarada nula por la norma legal, llega a la conclusión que debe ser sustituida por el artículo 24 de la Ley de Crédito inmobiliario y establece las siguientes pautas a seguir por los Tribunales, en los términos siguientes:

11.- Conforme a todo lo expuesto, 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 sobreesidos 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 sobreesidos.

c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCL, 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.

CUARTO.- En atención a dichos criterios, examinado el vencimiento acordado por la entidad recurrente y ejecutante y la liquidación realizada se aprecia que se dio por vencido el préstamo por el incumplimiento de 24 cuotas, por lo que aun siendo la cláusula contractual nula por abusiva, resulta que se cumplen los requisitos del artículo 24 de la LCI, por lo que al ser sustituida dicha cláusula por dicho precepto, resulta que fue vencido el préstamo de forma correcta lo que conlleva la revocación del auto recurrido y la estimación de la demanda de ejecución.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la liquidación unilateral de la deuda dijo el TJUE en la sentencia de 14 de marzo del 2014 que "en lo que atañe a la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, procede señalar que, teniendo en cuenta el número 1, letra q), del anexo de la Directiva y los criterios establecidos en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de ésta, el juez remitente deberá determinar si -y, en su caso, en qué medida- la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa."

El artículo 685 de la L.E.C. dice que "A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley. Este último artículo dice que 1. El ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución en los siguientes casos:

1.º Cuando la cantidad que reclama provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiera pactado un interés variable.

2.º Cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o crédito en el que sea preciso ajustar las paridades de distintas monedas y sus respectivos tipos de interés.

2. En todos los casos anteriores será de aplicación lo dispuesto en los números segundo y tercero del apartado primero del artículo anterior y en los apartados segundo y tercero de dicho artículo.

Y en dichos apartados se exige el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y el documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible.

Es claro a la vista de dichos artículos que si no se ha pactado en el título ejecutivo la liquidación unilateral, el acreedor no puede acudir a la ejecución, debiendo reclamar la deuda en el procedimiento ordinario, y aunque en el mismo tiene la carga de probar lo adeudado, no debe olvidarse que el demandado debe probar el pago. Liquidación de la deuda no significa certeza de la misma. Liquidación es la determinación concreta que realiza el acreedor de una forma clara y precisa de la cantidad adeudada, por lo que, lo relevante y lo que debe controlar el Juez, no es si la deuda que reclama es cierta, sino, si se ha efectuado de una forma clara y precisa para que el deudor pueda defenderse, alegando el pago, error en los cálculos o la aplicación de cláusulas abusiva, como la aplicación de intereses o comisiones abusivas.



Aunque se trate de préstamos con interés variable, la determinación del saldo impagado y lo que falta por vencer no tiene por que resultar complejo, siempre que la entidad acreedora haya ido notificando la cuota a pagar en el siguiente periodo según el nuevo interés notificado, con lo cual, la cantidad a reclamar en dicho procedimiento ordinario resulta fácil de determinar, por lo que el deudor deberá demostrar la improcedencia de lo reclamado, bien por el pago o porque se le ha aplicado un interés incorrecto, o comisiones indebidas.

A la vista de ello no se aprecia que en el procedimiento de ejecución al deudor ejecutado se le dificulte el ejercicio de defensa. En primer lugar, porque con la demanda se deberán realizar las operación de cálculo que arrojan la cantidad reclamada, debiendo acompañar un documento fehaciente de cómo se han realizado dichas operaciones y dicho documento está intervenido por un Notario que comprueba que se ha efectuado de acuerdo con lo pactado en el contrato y, además, es necesario su notificación al deudor.

Por otro lado, aunque el artículo 575.2 de la L.E.C. prohíbe al Juez denegar el despacho de ejecución por considerar que la cantidad reclamada no se ajusta al título, ello no implica que no pueda exigir al acreedor, si considera que las operaciones de cálculo son incompletas u oscuras, que presente nueva liquidación debidamente intervenida.

Además, podría el Juez apreciar la abusividad de las cláusulas sobre las cuales se efectúa la liquidación, como los interés, las comisiones, gastos, etc.

Y, por otro lado, el deudor podría alegar el pago a través del error en la liquidación realizada y en esto, pues aunque el artículo 695 se refiere al cierre de una cuenta, deberá también incluirse los préstamos con interés variable, pues si no no tendría sentido la remisión del artículo 685 al artículo 574, exigiendo la liquidación y la aportación del documento fehaciente, por lo que si ello se exige, es lógico que el deudor pueda alegar que existe error en la misma, bien, por no computar cantidades pagadas, bien por no aplicar un interés correcto, bien por realizar la operaciones incorrectamente.

Por lo tanto, no se aprecia que el pacto de liquidación unilateral por la entidad acreedora, teniendo en cuenta los requisitos formales que se le exigen y el control de oficio que puede efectuar el Juez, provoque una limitación en el derecho de defensa del ejecutado.

Y si examinamos la liquidación realizada, no se comprende que dificultades puede tener la parte ejecutada para indicar los errores en los que haya podido incurrir la misma, pues se indican las cuotas impagadas con el tipo de interés aplicado y el capital que falta por vencer al momento del vencimiento anticipado.

SEXTO.- En absoluto puede considerarse como cláusula abusiva la constitución de hipoteca por parte del hermano del prestatario. Este era libre para aceptar o no garantizar el préstamo constituyendo la garantía hipotecaria sobre una finca de su propiedad. Si el Sr. Felipe constituyó hipoteca para garantizar la devolución de un préstamo de un tercero por presiones del banco demandante lo que debería hacer es impugnar la constitución de la hipoteca por algún vicio en el consentimiento, pero ello no guarda relación con la abusividad de una cláusula. Si la entidad bancaria consideró que determinadas garantías no eran suficientes, los ejecutados eran libres para complementar o no con otras garantías la devolución del préstamo, por lo que en ningún caso la aceptación de nuevas garantías puede considerarse que ello suponga que estamos ante cláusulas abusivas.

SÉPTIMO.- Según el artículo 695 de la L.E.C. regla 4.ª solo es dable alegar la existencia de cláusulas abusivas cuando constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Por lo tanto, no es posible alegar en el procedimiento de ejecución hipotecaria cualquier posible cláusula abusiva que se hubiera incluido en el contrato, sino solamente aquellas que fundamenten la ejecución o la cantidad exigible.

El procedimiento de ejecución hipotecaria es un procedimiento especial de ejecución en el que se reclama la deuda ejercitando la acción directamente contra los bienes hipotecados como así se establece en el artículo 681 de la L.E.C., por lo que el pacto de responsabilidad limitada o ilimitada establecido en el artículo 140 de la L.H. no afectaría a la ejecución ni a la cantidad exigible, por lo que no es dable su alegación como motivo de oposición a la ejecución, sin perjuicio de que si ejecutado el bien, el acreedor no viera satisfecho su crédito y lo reclame solicitando la ampliación de la ejecución contra el resto de bienes del deudor, pueda oponerse la nulidad de tal cláusula.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 398 de la L.E.C. no procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, se dicta la siguiente

PARTE DISPOSITIVA



Estimar el recurso de apelación formulados por la representación procesal de BANKIA, SA. Contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Figueres en el procedimiento de ejecución hipotecaria nº 44/2016 de fecha 8 de noviembre de 2018 , y **DEBEMOS REVOCAR** el mismo en el sentido de desestimar íntegramente la oposición a la ejecución y continuar la misma por la cantidad por la que se despachó, con imposición de costas a la parte ejecutada, sin imposición al apelante de las costas de esta alzada y con devolución del depósito constituido.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados : D. Fernando Lacaba Sánchez, D. Fernando Ferrero Hidalgo y Dª Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ