

J. [REDACTED]
Procurador dels Tribunals
Tel.: 9 [REDACTED] 18
E-Mail: co [REDACTED] m
Ldo.: [REDACTED] ef.:
Su Ref.: TURNO
Notificado: 05/01/15

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION PRIMERA
GIRONA**

APELACION CIVIL.

Rollo nº: 570/2014

Autos: incidente de oposición a la ejecución nº: 1745/2011

Juzgado Primera Instancia 1 Girona (ant.CI-1)

AUTO Nº 317/14

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Don Fernando Ferrero Hidalgo

Don Carles Cruz Moratones

En Girona, veintidos de diciembre de dos mil catorce

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 570/2014, en el que ha sido parte apelante D. [REDACTED], representada esta por el Procurador D. [REDACTED] y dirigida por el Letrado D. [REDACTED]; y como parte apelada IBERCAJA BANCO, S.A.U., representada por la Procuradora Dª. [REDACTED] y dirigida por el Letrado D. [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 1 Girona (ant.CI-1), en los autos nº 1745/2011, seguidos a instancias de IBERCAJA BANCO, S.A.U., representado por la Procuradora Dª. [REDACTED] y bajo la dirección del

Letrado D. [REDACTED], contra D. [REDACTED] y otro, representado por el Procurador D. Jordi Cirbalàn Dilmé, bajo la dirección del Letrado D. [REDACTED], se dictó auto cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "PARTE DISPOSITIVA: *Desestimo l'oposició a l'execució hipotecària formulada per la procuradora [REDACTED] en nom de [REDACTED], per la qual cosa ha de continuar la tramitació del procés d'execució per la quantitat despatxada. Condemno al pagament de les costes processals*".

SEGUNDO.- El relacionado auto de fecha 14/01/2014, se recurrió en apelación por la parte demandada, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

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

VISTO siendo Ponente el Iltrno. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso recurso de apelación por la parte ejecutada contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Girona de 14 de enero del 2014, en el que se desestimó la ejecución hipotecaria instada por IBERCAJA BANCO, S.A.U.

SEGUNDO.- Consideraciones generales. Efectos de la STJCE de 17 de julio del 2014.

Se comienza el recurso realizando una serie de alegaciones sobre los efectos de la sentencia del TJCE de 17 de julio del 2014, que tendrían relevancia si no se hubiera modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil por el Real decreto-Ley 1/2014, que reforma el artículo 695.4.2 de la L.E.C., permite el recurso de apelación contra el auto que resuelve la oposición por la apreciación o desestimación de la existencia de cláusula abusivas, y en cuya disposición transitoria 4ª, apartado 2. Se concede un plazo especial para interponer recurso de apelación, en los términos siguientes: "En

todo caso, en los procedimientos de ejecución en curso a la entrada en vigor de este real decreto-ley en los que se hubiere dictado el auto desestimatorio a que se refiere el párrafo primero del apartado 4 del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por este real decreto-ley, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y en el apartado 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de este real decreto-ley.”.

Por lo tanto, habiéndose interpuesto el recurso de apelación al amparo de dicha norma y concurriendo los requisitos legales para su admisión, no cabe más que resolver los motivos de impugnación del auto de 14 de enero del 2014, siendo irrelevantes todos los argumentos realizados en la alegación primera del recurso.

TERCERO.- Sobre el pacto de liquidez.

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 c), 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. 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.

A la vista de ello no se aprecia que en el procedimiento de ejecución al deudor ejecutado se le dificulte el ejercicio de defensa si la liquidación se realiza adecuadamente. En primer lugar, porque con la demanda se deberán realizar las operaciones 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 intereses, 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 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.

Por lo tanto, el pacto de liquidez no es abusivo como tal, siempre que la liquidación se realice conforme a los pactado, sea clara y sencilla, fácil de comprender por el ejecutado, en la que se aprecie sin ninguna duda cuales son las cuotas impagadas, el tipo de interés aplicado y el importe de la cantidad que falta por vencer y sin que se apliquen cláusulas abusivas, de tal forma que el deudor pueda oponerse sin dificultad a la ejecución presentada.

Y así, examinada el acta notarial de liquidación, se adjunta en la misma la totalidad de la evolución del préstamo desde febrero del 2002 hasta febrero o mayo del 2011, pues aparecen tres fechas en la última liquidación, unas de 28 de febrero del 2011 para FEVTO y dos el 31 de mayo del 2011 para FEOP y FEVAL, ignorándose el significado. Independientemente de la dificultad de entender dicho extracto se acompaña otra hoja en la que parece que se trata de la liquidación de la cuenta hasta el 11 de julio del 2011 por impago de cuatro cuotas, las de marzo, abril, mayo y junio, dándose por vencido el préstamo, con un capital por vencer de 39.340,67, que sumado a las cuotas impagadas resultaría una deuda por capital de 39.888,25 euros, más 342,43 euros compuesto por dos conceptos de intereses patrimoniales e intereses nominales, que no se comprende el distinto concepto de unos y otros. A ello debe añadirse unos intereses de demora de 25,41 euros al tipo del 19,00 %, pues no consta que se hayan moderado, por lo que son claramente abusivos. Ellos coincidiría con el certificado acompañado y el documento fehaciente del Notario interviniente. Si bien, la liquidación realizada no es lo suficientemente

clara, podría aceptarse la misma, si no fuera porque las cantidades reclamadas en la demanda no coinciden con dicha certificación. Así, en la demanda se reclama la cantidad de 42.618,22 euros por capital pendiente, 761,23 por intereses ordinarios y 32,82 por intereses de demora, resultando que dichas cantidades no coinciden con la liquidación del saldo, como hemos visto, sin que se de explicación alguna de la diferencia. Si que se indica que con anterioridad a la demanda se han pagado tres cantidades, reduciéndose la cantidad reclamada, fijándose en 41.932,70 euros, importe que es arrastrado durante todo el proceso de ejecución, importe que evidentemente no es correcto según la liquidación realizada. Y sin que pueda justificarse en un posible vencimiento de otras cuotas, pues ello sería improcedente, pues se dio por vencido el préstamo.

Por lo tanto, o bien la liquidación realizada no es correcta o se están reclamando cantidades indebidas.

CUARTO.- Sobre el vencimiento anticipado.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el vencimiento anticipado, así en la sentencia de 17 de febrero del 2011 señaló lo siguiente: "Esta Sala tiene declarado en sentencia nº 506/2008, de 4 de junio, que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente [en la sentencia que cita la parte recurrente de 27 marzo 1999] por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil, no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió "obiter dicta", en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas, por ejemplo en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000. Añade la sentencia nº 506/2008, de 4 de junio, que en efecto, como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) cuando concorra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta *dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser,*

ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo.”.

Por lo tanto, como regla general la estipulación o cláusula en virtud de la cual el acreedor puede dar por vencido el préstamo no necesariamente es una cláusula abusiva. Y es que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 693 permite dar por vencido el préstamo para el caso de incumplimiento del contrato por falta de impago de las cuotas vencidas.

Con relación a esta cláusula, la sentencia del TJUE de 14 de marzo del 2013 señaló lo siguiente: "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.”.

Relacionando lo que indica al respecto el Tribunal de Justicia con lo que indicó en términos generales sobre las cláusulas abusivas, debemos empezar diciendo que en la cláusula general sexta bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria se pactó el vencimiento anticipado por impago de una cuota cualquiera de amortización o de sus intereses. Dado que el vencimiento del préstamo se efectuó por incumplimiento de la devolución de las cuotas o plazos del préstamo, nos debemos atener a ello, sin examinar la posible abusividad de dar por vencido el préstamo con fundamento en cualquier otro incumplimiento, dado que ello sería propio de un procedimiento ordinario y no de un proceso de ejecución.

Cuando se suscribió el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el día 27 de febrero del 2002, el artículo 693, apartado 2 establecía que "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 alguno de los plazos

diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro". También se establecía en el artículo mencionado que si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior y si no era vivienda habitual ello dependía de que lo solicitara el acreedor.

Así, por lo tanto, la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de alguno de los plazos estipulados para devolver el préstamo estaba amparada en la Ley en el momento de su estipulación. Por lo tanto, si como señala el TJUE la valoración de si una cláusula es o no abusiva deberá efectuarse en atención al Derecho nacional, si la cláusula se ajusta al Derecho español no podría considerarse ello como abusivo. Tal norma fue cuestionada y motivó la sentencia de 14 de marzo del 2013 en la que sentó la doctrina antes relatada sobre la cláusula de vencimiento anticipado y que dio lugar a la reforma del artículo 693, cuya nueva redacción es la siguiente: "2. 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."

Podrá cuestionarse si esta reforma se ajusta o no a la doctrina sentada por el TJUE, pero como dijo el mismo Tribunal en la sentencia antes citada, en su apartado 66 que "A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. Por lo tanto, la apreciación de si la cláusula de vencimiento anticipado no debe analizarse en abstracto, sino en el caso concreto.

Por lo tanto, podemos empezar diciendo que el vencimiento anticipado por incumplimiento del pago de los plazos mensuales no es una cláusula abusiva, pues la devolución del préstamo en los plazos estipulados es la obligación principal del prestatario, por lo que su incumplimiento se ajustaría al primer requisito que

establece el Tribunal de Justicia para poder dar por vencido el préstamo.

En segundo lugar, tal facultad no es una excepción según las reglas y principios del Derecho civil, pues conforme dispone el artículo 1124 del Código civil, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, pero además, se permite expresamente en el artículo 693 de la L.E.C.

En tercer lugar, cuando se trata de la vivienda habitual, dicho precepto permite que el ejecutado pueda pagar la cantidad adeudada, más intereses y costas, liberando el bien y rehabilitando el contrato y cuando no es habitual depende de la voluntad del acreedor. Esto último sí podría ser cuestionado, pero debería hacerse si el deudor pretendiese pagar lo adeudado en el momento de hacerlo y el acreedor se opusiese, en cuyo caso, podría o bien declarar que tal norma no se ajusta al Derecho Comunitario y aplicar éste o bien plantear la cuestión prejudicial.

Por último, la cuestión más discutible es valorar cuando el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo. Según establecía el artículo 693 con anterioridad a la reforma que del mismo hizo la Ley 1/2013, tras la publicación de la sentencia de 14 de marzo del 2013, se permitía dar por vencido el préstamo por el impago de cualquiera de las cuotas a devolver. Ello fue cuestionado ante dicho tribunal y aunque no de forma explícita, según hemos visto, se declaró contrario a Derecho comunitario europeo, aunque, en todo caso, debe decirse que en el momento de suscripción del préstamo se ajustaba al derecho interno. Tras la promulgación de la referida Ley, el incumplimiento para poder dar por vencido el préstamo de forma anticipada es necesario que se hayan impagado tres cuotas. Se podrá cuestionar esta norma y algún sector doctrinal y algún Juzgado o Tribunal la ha cuestionado nuevamente, pero si el examen del requisito legal para dar por vencido el préstamo se analiza de una forma abstracta, ciertamente, el precepto podría no ajustarse a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, pero si se analiza en atención al caso concreto, de tal forma que pueda valorar el Tribunal las circunstancias que han motivado el impago y la voluntad del deudor de cumplir con la devolución del préstamo, podría declararse como indebidamente vencido el préstamo, a pesar de que se hayan incumplido el pago de tres cuotas.

Dicho esto, ya hemos visto que el vencimiento anticipado se acordó tras el impago de cuatro cuotas, las de marzo, abril, mayo y junio, tras 9 años de cumplimiento, a pesar de que pudiera haber retrasos en el pago, como se desprende

del extracto de la cuenta, aunque a dichos retrasos se les aplicase un interés de demora, interés que lógicamente era el pactado del 19,00%, claramente abusivo. Tras el vencimiento anticipado el deudor fue requerido de pago en julio del 2011 por la cantidad de 40.256,09 euros, cantidad que nuevamente no coincide con la cantidad reclamada en la demanda. Tras dicho requerimiento, y según se alega en la demanda, el deudor pagó la cantidad total de 685,52 euros, en julio, agosto y septiembre. Dicha cantidad equivaldría a unas tres cuotas impagadas. Es cierto que faltaría por abonar una más y las mensualidades de julio, agosto y septiembre, pero si tras el requerimiento el deudor paga la mayor parte de lo que adeudaba, es claro que no se aprecia una voluntad deliberada de incumplir y que puede atravesar un situación difícil, sobre todo, ante la crisis económico existente, por lo que de acuerdo con la doctrina antes analizada, la buena fe contractual exigía del acreedor buscar una solución a los impagos y no interponer en Noviembre la demanda, reclamando además cantidades que no se ajustan a la liquidación practicada. Sin olvidar, además, que en tal liquidación si que se aplicó el interés de demora del 19,00% claramente abusivo, pues la moderación que se hace de dicho interés, se efectúa durante el proceso, al liquidar los intereses devengados desde la liquidación, moderación que de acuerdo con el criterio de esta Audiencia y de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, no podía efectuarse, a pesar, de la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013, disposición que es contraria a la normativa europea, según interpretación de la jurisprudencia del TJCE y, por lo tanto, no es aplicable por el efecto de la primacía del Derecho Comunitario.

Pero, además, según la documentación aportada por el ejecutado, con su escrito de oposición a la ejecución, se justifican pagos a partir de enero del 2012, que a la vista de su contenido, no pueden más que deberse a pagos del crédito hipotecario, que podrán estar o no amparados en un acuerdo con el director de la sucursal bancaria de la demandante, pero confirman la voluntad del prestatario de cumplir con su obligación, siendo por otro lado incomprensible que el acreedor niegue tales pagos y nos los haya descontado de la liquidación final.

Por lo tanto, vista la interpretación que hemos hecho de la jurisprudencia del TJCE, y relacionado ello con lo argumentado en el fundamento jurídico anterior sobre la liquidación de la deuda y el cobro de intereses de demora abusivos, no puede más que concluirse que no se justifica debidamente los requisitos jurisprudenciales para dar por vencido el préstamo, por lo que debe sobreseerse el procedimiento, con estimación de la oposición.

QUINTO.- 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.

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación del apelante D. _____, contra la resolución de fecha 14/01/2014, dictada por el juzgado de Juzgado Primera Instancia 1 Girona (ant.CI-1), en los autos de nº 177/2013 de incidente de oposición a la ejecución, de los que este Rollo dimana, **debemos revocar** la misma y en su defecto **debemos acordar** que con estimación de la oposición formulada por _____ **debemos acordar** el sobreseimiento de la ejecución, dejando sin efecto todas las actuaciones, especialmente la subasta, la adjudicación de la fina por parte de IBERCAJA BANCO, S.A.U. y la cesión a un tercero. Todo ello con imposición de costas a la parte ejecutante de las de primera instancia y sin imposición de costas en esta alzada.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno.

Librense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

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

DILIGENCIA. Seguidamente se cumple lo que los magistrados han ordenado.
Doy fe.