

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION PRIMERA GIRONA

APELACION CIVIL

Rollo nº: 11/2014

Autos: ejecución hipotecaria nº: 256/2011 Juzgado Primera Instancia 3 Sant Feliu de Guíxols

AUTO Nº 46/14

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Doña Maria Isabel Soler Navarro

Don Fernando Ferrero Hidalgo

En Girona, veintiseis de
febrero de dos mil catorce

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 11/2014, en el que ha sido parte apelante la entidad _____, representada esta por el Procurador D. _____, y dirigida por el Letrado D. _____.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por el Juzgado Primera Instancia 3 Sant Feliu de Guíxols, en los autos nº 256/2011, seguidos a instancias de la entidad _____, representada por el Procurador D. _____ y bajo la dirección del Letrado D. _____, contra D. _____ y Dña. _____, se dictó auto cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: **"PARTE DISPOSITIVA:**

Decreto la improcedencia actual del presente procedimiento seguido a instancias de la ejecutante _____ contra _____ y _____, declarando la nulidad sobrevinida del mismo, y, en consecuencia, deniego el despacho de ejecución

interesado por la parte actora. Sin especial imposición de las costas del proceso seguido hasta la fecha".

SEGUNDO.-El relacionado auto de fecha 11/10/13, se recurrió en apelación por la parte demandante, 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 Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Lacaba Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Hitos más significativos.

La entidad _____(en adelante _____), insto demanda de ejecución de título no judicial (hipoteca) frente a D _____ y D^a _____, en reclamación de la suma de 201.210,24€, mas los intereses pactados a razón del 10% nominal anual desde la fecha del cierre 15/02/2011 hasta su liquidación., mas las costas procesales.

El Auto que se impugna decreto la improcedencia del procedimiento, con declaración de nulidad del mismo, denegando el despacho de la ejecución interesada.

En la meritada resolución, se cuestionaron y declararon nulas las siguientes cláusulas del contrato hipotecario: a) vencimiento anticipado, b) intereses de demora y cláusula de liquidez anticipada del préstamo.

El préstamo hipotecario se formalizó por _____ con D^a _____ y D _____, el día 10/03/2006 por importe de 171.000€, y estaba dirigido a la financiación de unas obras de nueva construcción, de forma que la disposición del capital prestado se debía de hacer por medio de certificación de obra.

La duración del préstamo era de 375 meses, lo que supone treinta y un años y medio, con un año de carencia.

Posteriormente, en escritura pública de 10/07/2009, se amplió el capital en la suma de 29.502,6€, con lo que el capital total prestado era de 200.502,6€ y se modificó el tipo de interés remuneratorio.

El recurso impugna la declaración de nulidad de las tres cláusulas citadas anteriormente.

SEGUNDO.-Introducción general.

Se enfrenta la Sala a una cuestión muy debatida y con soluciones en la praxis judicial muy dispersas sobre cláusulas abusivas en escrituras hipotecarias sin precedentes en nuestro derecho procesal, provocado por las recientes sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013 y la posterior del TS de 9 de mayo sobre la cláusula suelo, así como las recientes modificaciones normativas (Ley 1/2013, de 14 de mayo, reformada por la Ley 8/2013 de 26 de junio).

A nadie escapa que, la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo y crédito hipotecario no sólo preocupa a profesionales o tribunales sino a millones de ciudadanos que han concertado una hipoteca como medio de financiación para la adquisición de su vivienda o negocio.

Pues bien, conforme al art. 82.1 RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Dicho de otro modo, la mera imposición de cláusulas en contratos de adhesión celebrados entre profesionales y consumidores, no comporta “per se” su ilicitud, pues exige un estudio pormenorizado “ad casum”.

Efectivamente y como destaca cierto sector doctrinal, para apreciar el carácter abusivo de una cláusula se ha de ponderar la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del mismo o de otro del que dependa (art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. y art. 82.3 RDLeg. 1/2007). El

hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada haya sido objeto de negociación individual no excluye el control de abusividad del resto del contrato, siendo el empresario quien corre con el “onus probandi” de que una determinada cláusula ha sido debidamente negociada.

De otro lado, la STS 9.5.2013, resolviendo una acción de cesación entablada por una asociación de consumidores contra distintas entidades financieras por la inclusión en sus contratos de préstamo hipotecario de límites mínimos a las variaciones del tipo de interés (cláusulas suelo), ha considerado que estas cláusulas son abusivas por un defecto de transparencia y no por un desequilibrio excesivo entre la cláusula suelo y el límite máximo a la variación del tipo de interés (cláusula techo), fijado normalmente en unos umbrales irracionales.

La doctrina sentada por esta sentencia puede constituir un auténtico hito en el control de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios y, en general, en el control de las cláusulas relativas al objeto principal de los contratos al establecer que el criterio conforme al cual debe valorarse el carácter abusivo de dichas cláusulas no ha de ser el desequilibrio objetivo entre el precio y la contraprestación, esto es, si el precio es caro o barato, control que no es conforme con los principios fundamentales de nuestro derecho de contratos. Antes bien, el control de estas cláusulas debe ser un control de transparencia, en el que se valore si mediante la inclusión de una cláusula que pase inadvertida para el consumidor se ha producido una alteración subrepticia de la carga económica del contrato.

El art. 4.2 de la Directiva 13/1993 no distingue entre cláusulas incluidas y cláusulas excluidas del control de contenido, pues todas las cláusulas son susceptibles de ser controladas en su contenido. Solamente hace hincapié en la importancia que la transparencia tiene en el control de contenido, atribuyendo a una redacción “clara y comprensible” el valor de evitar la declaración de abusividad de las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación. Pero además, la STJUE 3.6.2010 consideró que el art. 4.2 de la Directiva 13/1993 (no transpuesto expresamente al ordenamiento español), es una norma de mínimos y, por lo tanto, no se opone a una legislación nacional como puede ser la española que, en aras de una mayor protección de los consumidores, autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible.

Por lo tanto, tras la meritada sentencia del TJUE 3.6.2010 (Asunto C-484/94) puede considerarse que, en derecho español están sujetas al control de contenido también las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible y así lo expresa la STS 9.5.2013.

TERCERO.-Sobre la cláusula de vencimiento anticipado.

En nuestro ordenamiento jurídico las cláusulas de vencimiento anticipado se contemplaron en la Ley Hipotecaria de 1861, de donde pasaron al art. 135 LH 1946 y, posteriormente, al art. 693 de la vigente LEC. En un principio, el TS declaró la nulidad de este tipo de cláusulas (STS de 27 de marzo de 1999) pero nuestro Alto Tribunal abandonó esta doctrina en posteriores resoluciones (SSTS de 2 de enero de 2006; 4 de junio de 2008; 12 de diciembre de 2008) e incluso en su sentencia de 16 de diciembre de 2009 llegó a concluir que «el impago de una cuota es justa causa de vencimiento anticipado y cláusula válida»

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, ha modificado el art. 693 LEC estableciendo un mínimo de tres mensualidades impagadas para que puedan cobrar eficacia este tipo de estipulaciones de vencimiento anticipado de todo el préstamo, previsión que a nuestro juicio resulta insuficiente.

No podemos olvidar, que en el caso concreto que supuso el planteamiento de la cuestión prejudicial que motivó la STJUE de 14 de marzo de 2013, las mensualidades impagadas habían sido cuatro y que en dicha sentencia, atendiendo a lo señalado por el Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones se dispuso que *«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»*.

El préstamo hipotecario incluye una cláusula 6º bis titulada “Resolución anticipada del contrato”, con previsión de los siguientes supuestos:

a) Aparición o existencia de alguna carga o gravamen que tuviera rango registral prioritario a la hipoteca que se constituye.(6. bis. 1.1)

b) Embargo o anotación preventiva de la finca hipotecada (6. bis 1.2)

c) Declaración de ruina, derribo o destrucción total o parcial de la finca hipotecada, (6 bis 1.3)

d) Insolvencia de la parte deudora por incurrir en demandas judiciales que den lugar al embargo de bienes distintos al hipotecado o por la solicitud de declaración de concurso. (6 bis. 1. 4) y

e) La denegación de la inscripción de la escritura de hipoteca en el Registro de la Propiedad por cualquier causa o su simple demora por un plazo superior a seis meses desde su otorgamiento (6.bis 1.5).

Se reitera que la escritura solo contiene la cláusula 6bis. 2 de “resolución anticipada por la entidad de crédito”, sin mención expresa al impago de determinadas cuotas; siendo ello así, la Sala concluye que no se contemplo dicho supuesto concreto, (prueba de ello es que el propio recurso no mencionada la cláusula analizada, al hacer alusiones de tipo general a la misma). Dicho de otro modo, cuando la cláusula de vencimiento anticipado no se haya pactado en el contrato ni hecho constar por el Notario, en modo alguno podrá invocarse, aun cuando se dejen de abonar tres mensualidades o seis, como en el presente caso, pues no puede considerarse aplicable el art. 1129 CC que prevé los casos en que el deudor pierde el derecho de utilizar el plazo, pues dicho precepto no contempla el impago de alguno de los vencimientos como causa de dicha pérdida.

Corolario de lo expuesto es que la Sala, en contra del parecer general e inconcreto de la resolución impugnada, no puede hacer declaración de abusividad, pues, se reitera que, cuando la cláusula de vencimiento anticipado no se haya pactado en el contrato ni hecho constar por el Notario, en modo alguno podrá invocarse.

QUINTO.-Sobre la cláusula de interés de demora.

Use trata de una de las cláusulas abusivas más habituales objeto de análisis jurisprudencial, si bien, los distintos pareceres hace aflorar cierta inseguridad jurídica sobre la misma.

Esta Audiencia viene entendiendo (como es notorio) que en los préstamos y

créditos hipotecarios se puede considerar abusivo el interés de mora cuando sea superior a 2,5 veces el interés legal del dinero vigente a la fecha de contratación.

Respecto de las hipotecas para la adquisición de vivienda habitual que recaigan sobre la misma vivienda, el art. 114 LH (reformado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo) previene que los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y que sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Conforme a la disp. trans. 2.^a de la citada Ley, esta limitación también resulta aplicable cuando habiéndose constituido la garantía hipotecaria antes de su entrada en vigor, los intereses de demora se devenguen con posterioridad, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieren sido satisfechos.

Cuando se declara nula la cláusula de intereses de demora, pudiera parecer que el Juez puede integrar el contenido del contrato estableciendo otro interés no pactado, pues así se deriva de lo dispuesto en el art. 83.2 RDLeg. 1/2007 en cuyo primer apartado establece que «la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva». El problema es que el TJUE no permite al Juez integrar o modificar las cláusulas declaradas abusivas, así en la sentencia de 14 de junio de 2012 (C-618/2010) dicho tribunal declaró la incompatibilidad del art. 83 RDLeg. 1/2007 con el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE, pues si el juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, dado que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario (no ha habido modificación legislativa al respecto).

Dada dicha situación normativa y jurisprudencial, si se declara nula la cláusula de intereses de demora deberá excluirse sin más del contrato, desprovveyendo al mismo de toda previsión al respecto, solución que se revela problemática y que se ha puesto en tela de juicio, sin embargo esta Audiencia considera que, siendo abusivos los intereses de demora, las cantidades reclamadas por dicho concepto deberán sin más excluirse y en estos mismos términos nos pronunciamos en nuestra S 111/2013, de 19 de marzo, (Rec. 13/2013), en un caso de nulidad por excesiva de la cláusula penal de resolución anticipada.

En el caso presente el interés de demora se fijó en el 12% y en el año 2006, fecha de constitución de hipoteca, el mismo estaba fijado en el 4% (Ley 30/2005, de 29/12/2005), por lo que supera el límite que viene aplicando esta Audiencia, con lo que el mismo deviene nulo, tal y como acordó la Resolución de instancia.

SEXTO.-Cláusula del pacto de liquidez.

El pacto de liquidez está admitido por el Tribunal Supremo dado que es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma. (SSTS de 30 de abril y 2 de noviembre de 2002, 7 de mayo de 2003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2005 y 16 de diciembre de 2009). No obstante, el ejecutado podrá oponerse a la ejecución si entendiera que la cantidad reclamada no es la debida por incluirse intereses, comisiones o conceptos no pactados o porque dichos conceptos no hayan sido calculados debidamente. De igual forma, podrá oponerse por defectos procesales en caso de falta de notificación o de notificación irregular (art. 559.1.3.º LEC), pues en este caso constituye un requisito sine qua non haber practicado previamente por el acreedor o por otra persona en su nombre (aun sin apoderamiento expreso) una notificación previa al ejecutado y, si lo hubiere, al fiador de la cantidad exigible resultante de la liquidación, sin que la ley exija el desglose pormenorizado por partidas aunque resulte conveniente por facilitar la apreciación de motivos para oponerse a la ejecución.

En todo caso, la declaración de abusividad de otras cláusulas como la de intereses moratorios, va a afectar a la corrección de la liquidación unilateral, pues aunque esta se hubiera realizado conforme a lo pactado, su resultado será incorrecto.

En el caso presente, la Sala no adivina, en el préstamo analizado, un pacto del siguiente tenor: “Se pacta expresamente que será prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad financiera”. Obra, sin embargo, de documento nº 4 de la demanda, Acta notarial de liquidación de fecha 4/03/2011, en la que se hace constar, expresamente que, “la liquidación ha sido practicada dentro de las condiciones pactadas por las partes en los expresados títulos ejecutivos”, con lo que, la nulidad deviene, como se anticipó, de la aplicación de intereses de demora abusivos.

SÉPTIMO.-Sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria.

La consecuencia de estas declaraciones de nulidad no puede ser otra que el sobreseimiento de la ejecución despachada.

El despacho de ejecución se basa en el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de principal e intereses remuneratorios, concretamente de seis mensualidades, como recuerda el recurso, siendo lo cierto que tan concreta eventualidad no fue objeto de pacto expreso, por lo que no era posible acudir a la misma para iniciar el proceso de ejecución hipotecaria.

En base a este vencimiento anticipado, la parte ejecutante vino a determinar la cantidad por la que instaba el despacho de ejecución, pero esta cantidad no puede reputarse como líquida si una parte de la cantidad reclamada, en concreto los intereses remuneratorios fijados por aplicación de la cláusula suelo, se declara nula por abusividad. La cantidad objeto de demanda deviene así ilíquida, motivo por el cuál debe sobreseerse la ejecución conforme al art. 695.3 LEC, sin perjuicio del resto de acciones que le puedan corresponder a la parte ejecutante para hacer valer sus pretensiones sin aplicar las cláusulas declaradas abusivas, por el procedimiento posterior correspondiente.

OCTAVO.-En materia de costas procesales, dada la desestimación del recurso, han de ser impuestas a la parte ejecutante, de acuerdo con los art.394 y 397 LEC.

A la vista de la DA 15ª.9 LOPJ, procede decretar la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA:

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad _____ y **CONFIRMAMOS** el Auto impugnado de fecha 11/10/13, dictado por el Juzgado Mixto nº 3 de Sant Feliu de Guíxols en Procedimiento Ejecución Hipotecaria núm. 256/11, con imposición de costas a la parte recurrente.

Líbrense 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.

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