



Roj: **SAP B 6/2017 - ECLI: ES:APB:2017:6**

Id Cendoj: **08019370152017100006**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **494/2015**

Nº de Resolución: **9/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 494/15-2ª

Juicio Ordinario núm. 891/2014

Juzgado Mercantil núm. 1 Barcelona

SENTENCIA núm. 9/2017

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

LUÍS RODRÍGUEZ VEGA

JOSÉ MARIA RIBELLES ARELLANO

Barcelona, a veintiséis de enero de dos mil diecisiete.

Parte apelante: Eulalio

- Letrado/a: Belén Carral

- Procurador: Cintia Leonor Velázquez Carrasco

Parte apelada: Paraturs AMC España SAU

- Letrado/a: Eva Checa

- Procurador: Karina Sales Comas

Resolución recurrida: sentencia

- Fecha: 4 de mayo de 2015

- Parte demandante: Eulalio

- Parte demandada: Paraturs AMC España SAU

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: «*Se desestima la demanda presentada por Eulalio contra la sociedad Paraturs AMC España SAU, absolviendo al demandado se los pedimentos de la actora, sin condena en costas.*».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte reseñada. Admitido el recurso se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de



la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 20 de octubre de 2016 pasado.

Ponente: magistrado LUÍS RODRÍGUEZ VEGA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. La actora presentó demanda contra Paraturs AMC España SAU con el objeto de que se declarase la nulidad de la cláusula decimotercera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes el 28 de septiembre de 2007, estipulación que permitía al prestamista acudir al procedimiento de venta extrajudicial para la ejecución de dicha garantía, así como la nulidad del procedimiento notarial seguido sobre la base de dicha estipulación. El prestamista demandado se opuso a dicha pretensión, la cual fue desestimada por la sentencia impugnada en el presente recurso.

SEGUNDO. Hechos relevantes y no controvertidos en esta instancia.

2. Son hechos relevantes y no controvertidos en esta instancia los siguientes:

a) El actor solicitó a la demandada, inicialmente GMAC Residencial Funding Corporation EFC SA y actualmente Paraturs AMC España SAU, un préstamo para la compra de una vivienda por importe de 190.400 euros.

b) El prestatario debería devolver dicha cantidad en 408 cuotas mensuales, empezando el 28 de septiembre de 2007 y concluyendo el 30 de septiembre de 2041. El interés pactado durante las dos primeras fases del periodo de amortización sería fijo de 6,6330% sobre el importe pendiente de amortización. En los otros dos fases del período de amortización el interés sería el del Euribor a seis meses más 2,35%.

c) La cláusula decimotercera, bajo la rúbrica de venta extrajudicial, establece que:

"Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los art. 129 LH y 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario, los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente:

(a) El valor de tasación de la finca hipotecada a efectos de subasta será los mismos que han quedado señalados en la cláusula anterior.

(b) A los efectos de requerimientos y notificaciones se fija como domicilio de los prestatarios el señalado a tales efectos en la cláusula anterior.

La parte hipotecante designa a GMAC como mandatario con carácter irrevocable para representarlos en la subasta de la finca hipotecada en calidad de vendedor, y para que otorgue el correspondiente contrato de compraventa (incluso en documento público) en favor del adquirente, con facultades expresas de autocontratación".

d) Impagadas tres cuotas consecutivas, el prestamista dio por vencido anticipadamente el préstamo e instó el inicio del procedimiento de venta extrajudicial. El procedimiento se llevó a cabo por el notario designado desde el 8 de mayo de 2012 hasta la definitiva adjudicación de la finca al acreedor en pago de parte de la deuda el 14 de diciembre de 2012.

e) Paraturs AMC España SAU, como adjudataria y propietaria de la vivienda, instó ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilafranca del Penedés juicio de desahucio por precario, procedimiento que fue registrado con el número 651/2013.

TERCERO.El carácter abusivo de la cláusula impugnada.

3. La actora, conforme a lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 89 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con los artículos 7 a 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, solicitó que se declarase la nulidad de la cláusula transcrita, que pacta la sujeción de las partes al procedimiento de venta extrajudicial previsto en el art. 129 LH, por considerar que la misma era abusiva y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento notarial.

4. El art. 129 de la Ley Hipotecaria -Decreto de 8 de febrero de 1946- por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, en la redacción vigente en el momento en el que se firmó el contrato, establecía que:

<<La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que



se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario>>.

5. La cláusula responde a una opción que la Ley daba a las partes, por lo que, la estipulación, en sí misma considerada no es abusiva.

6. En relación con la validez de la cláusula relativa a la ejecución extrajudicial de la hipoteca, este mismo tribunal en sentencia 211/2016, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APB:2016:9203) (FJ 4º) se ha pronunciado en el siguiente sentido:

<<32. El recurso insiste en el carácter abusivo de la estipulación contractual relativa a la venta extrajudicial a que se refiere el art. 129 LH y combate la apreciación que sobre el particular ha hecho la resolución recurrida, al considerar que la misma no supone una limitación de los derechos de la parte deudora. Estima la recurrente que el procedimiento de venta extrajudicial supone un detrimento importante en perjuicio del consumidor en relación con la ejecución judicial, ya que en el referido procedimiento no existe el control judicial de oficio de las estipulaciones abusivas que, en cambio, existe en el procedimiento judicial.

Valoración del tribunal

33. La posibilidad de acudir a la ejecución hipotecaria está regulada en nuestro ordenamiento, tanto en el texto del art. 129 de la Ley Hipotecaria en vigor actualmente como en su redacción en el momento de la firma del contrato, como una opción legal que se concede a las partes y que precisa que se incorpore al contrato de préstamo con un pacto explícito. Por tanto, el pacto cuestionado no supone otra cosa que el ejercicio de una opción legalmente establecida, razón que creemos que excluye que su simple existencia pueda ser tachada como contraria al ordenamiento jurídico, como pretende la recurrente.

34. Por tanto, si el pacto es en sí mismo admisible, la razón por la que puede ser considerado inequitativo no puede encontrarse en su simple existencia sino que a lo sumo podría estar en su contenido. Pero no es esto lo que se pretende en la demanda, sino que la abusividad se pretende por la simple existencia del pacto, lo que juzgamos inadmisibles.

35. Por otra parte, tampoco puede calificar el carácter abusivo el hecho de que el procedimiento extrajudicial pudiera ser más perjudicial para el consumidor que el judicial. Aunque fuera cierta esa afirmación, creemos que el reproche seguiría siendo infundado porque entonces el reproche de abusividad no se estaría haciendo al pacto sino de la regulación legal, lo que creemos que resulta inadmisibles porque no podemos ignorar que el control de contenido no está referido a normas legales sino exclusivamente a pactos contractuales.

36. A ello debemos añadir, aunque sea innecesario para resolver sobre el motivo del recurso por lo que acabamos de adelantar en el punto anterior, que no creemos que el control de oficio de las estipulaciones abusivas sea exclusivo del procedimiento judicial. La obligación de control de oficio de esas estipulaciones no solo alcanza al juez sino que se extiende a todos los funcionarios públicos, lo que incluye a los notarios. Y las dificultades que en la práctica se puedan encontrar para que sea eficaz ese control no creemos que sean sustancialmente distintas a las que se han presentado en el procedimiento de ejecución hipotecaria de carácter judicial.>>

7. Por lo tanto, hemos de desestimar el recurso. Ahora bien, no podemos compartir con el juez de primera instancia, que el mero hecho de la consumación de la hipoteca mediante su ejecución, impida al juez entrar a conocer sobre la validez de la cláusula. En el momento en que se tramitó el procedimiento notarial no se admitía la posibilidad de alegar el carácter abusivo de una cláusula contractual, posibilidad que se incluyó mediante Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, art. 3.3, cuyo entrada en vigor (BOE 15/5/2013) se produjo después de la finalización de dicho proceso de venta. En consecuencia, y conforme a lo previsto en el art. 698 LEC, el ejecutado puede alegar en juicio ordinario aquellas causas que no pudo oponer a la ejecución del título extrajudicial. Lo que eventualmente hubiera impedido plantear dicha causa de impugnación en el juicio ordinario consecutivo, serían los efectos de cosa juzgada, efectos que en este caso no se dan, pero no la ejecución de la hipoteca.

8. A mayor abundamiento, hay que remarcar que el mero hecho que se haya consumado un contrato no impide que se examine su nulidad, a modo de ejemplo, basta con examinar el art. 1301 CC que se refiere al plazo de caducidad de la acción de anulabilidad por error, dolo o falsedad de la causa, y en el que se establece que dicho plazo comienza a computarse "desde la consumación del contrato". De ello se desprende que el hecho de que las partes hubieran cumplido sus obligaciones y el contrato se haya consumado, no obsta para que se pueda pretender posteriormente que se declare su nulidad. De manera similar, el hecho que la garantía se haya ejecutado no impide analizar la eventual nulidad del contrato que la constituyó, como hemos dicho.



CUARTO.- Costas

9. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Eulalio contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Barcelona de fecha 4 de mayo de 2015 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.