



Roj: **SAP B 3087/2018** - ECLI: **ES:APB:2018:3087**

Id Cendoj: **08019370152018100262**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **27/04/2018**

Nº de Recurso: **143/2017**

Nº de Resolución: **286/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168140133

**Recurso de apelación 143/2017 -1**

Materia: Juicio ordinario condiciones generales de la contratación

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 527/2016**

Parte recurrente/Solicitante: BANKIA, S.A.

Procurador/a: Sara Albero Iniesta

Abogado/a:

Parte recurrida: DEFUSERFIN SOCIEDAD COOPERATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Procurador/a: Robert Rosello Planelles

Abogado/a: Manuel Jose Forcada

**SENTENCIA N° 286/2018**

Cuestiones: Condiciones generales de contratación. Cosa juzgado con lo resuelto en un proceso de ejecución previo.

**Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

Luis Rodriguez Vega

JOSÉ MARIA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a veintisiete de abril de dos mil dieciocho.

Parte apelante: Bankia SA

- Letrado/a: Ramon Isalt Lemonche

- Procurador: Sara Albero Iniesta



Parte apelada: Defuserfin Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios

- Letrado/a: Manuel J Forcada Ferrer

- Procurador: Robert Roselló Planelles

Resolución recurrida: sentencia

- Fecha: 27 de diciembre de 2016

- Parte demandante: Defuserfin Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios

- Parte demandada: Bankia SA

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** . La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO:

«Se estima TOTALMENTE la demanda interpuesta por Defuserfin Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios, representada por el procurador Don Robert Roselló Planelles frente a Bankia S.A., representada por la procuradora Dña. Sara Alberó Iniesta y en consecuencia, declaro la nulidad por abusivas de las estipulaciones financieras que obran en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria cuyos tenores literal son los siguientes:

"Cuando se constituya en mora la parte deudora, se devengará una comisión en concepto de reclamación de posiciones deudoras vencidas de 35 euros por cada una de las cuotas impagadas, en todo o en parte, que se liquidará al cobro de las mismas"

"Si la parte deudora no abona a su vencimiento, en todo o en parte, alguna de las amortizaciones de capital o intereses de conformidad con lo pactado en esta escritura ».

Y todo ello con imposición de costas a la parte demandada".

**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 30 de noviembre de 2017 pasado.

Ponente: magistrado Luis Rodríguez Vega.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. El presente pleito se inició mediante demanda presentada por Defuserfin, en interés de sus asociados Herminio y Margarita contra el Banco demandado, en la que se pide que se declare la nulidad de las siguientes cláusulas del préstamo hipotecario suscrito por los asociados de la actora y el Banco demandado: cláusulas de vencimiento anticipado y cláusula de comisión por posiciones deudoras.

2. El Banco demandado opuso la excepción de cosa juzgada, con la que se pretende que se archive el juicio declarativo, ya que el art. 222.1 LEC prohíbe que se siga un segundo juicio sobre aquello que ha sido o ha podido ser juzgado en un procedimiento judicial previo. En este caso, el Banco había promovido demanda de ejecución hipotecaria contra los prestatarios, ahora demandantes, por lo que alega que éstos opusieron o pudieron oponer en el juicio de ejecución la nulidad de las cláusulas pretendida en esta demanda, lo que hace que la resolución dictada en el procedimiento de ejecución hipotecaria produzca efectos de cosa juzgada y obligue a archivar este procedimiento.

3. El juez de primera instancia rechazó la excepción, así como el recurso de reposición interpuesto contra dicha resolución, por lo que el Banco reproduce dicha excepción en esta alzada.

**SEGUNDO. Hechos relevantes y no controvertidos en esta instancia.**

4. No resulta controvertido que el Banco instó procedimiento de ejecución hipotecaria contra los prestatarios, en cuyo interés actúa Defuserfin, Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios, en el que éstos opusieron la nulidad de las mismas cláusulas impugnadas en el presente declarativo. Dicha nulidad fue rechazada por auto firme de fecha 27 de mayo de 2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vila-Real que conoció de dicha ejecución.

**TERCERO. Cosa Juzgada**



5. El art. 222.1 LEC establece que "la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo", entre las misma partes, sus herederos o causahabientes, como resulta del art. 222.3 LEC .
6. El art. 695 LEC , en su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE 15 de mayo del 2013), permite al ejecutado oponerse a la ejecución alegando "el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible".
7. La cuestión jurídica que se plantea es si el deudor, que legalmente ha podido oponerse a la ejecución hipotecaria, alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que pueda servir de fundamento a la ejecución, no lo ha hecho, puede promover en un proceso declarativo posterior la nulidad de dicha cláusula y por lo tanto, la nulidad del proceso de ejecución.
8. El Tribunal Supremo en su sentencia 462/2014, 24 de noviembre (Roj: STS 4617/2014 ) ha declarado que:  
"primero, que las **circunstancias relativas** al vencimiento de la obligación, y por tanto a su **carácter exigible** , que resulten del propio título no judicial en que se funde la ejecución, o de los documentos que deben acompañarlo, **sí son oponibles en el proceso de ejecución** ; y segundo, que **el ejecutado que , habiendo podido oponerlas, no lo hubiera hecho, no podrá promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución** " .
9. En el caso enjuiciado, los demandados se opusieron a la ejecución alegando la nulidad de las mismas cláusulas nuevamente impugnadas, pretensión que fue desestimada, resolución firme que excluye que podamos analizar nuevamente la cuestión controvertida. Lo que determina que estimemos el recurso y acordemos el sobreseimiento de la causa.

#### CUARTO. Costas

10. La estimación de la excepción y la desestimación de la demanda determina que se impongan a la actora las costas de la primera instancia. Por otra parte, conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso.

#### FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Defuserfin, Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios, contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Barcelona, de fecha 27 de diciembre de 2016, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca íntegramente, y en consecuencia, se desestima la demanda y se condena a la actora al pago de las costas de primera instancia, sin hacer especial imposición de las costas del recurso y se ordena la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 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.