



Roj: **AAP GI 671/2011 - ECLI: ES:APGI:2011:671A**

Id Cendoj: **17079370022011200098**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **16/09/2011**

Nº de Recurso: **265/2011**

Nº de Resolución: **119/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME MASFARRE COLL**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

GIRONA

Rollo nº: 265/2011

Autos num.: 1449/2010

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 1 GIRONA (ANT. CI-1)

Clase: Ejecución de Títulos Judiciales

**AUTO nº 119/2011**

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRADOS

D. JOAQUIM FERNÁNDEZ FONT

D. JAUME MASFARRÉ COLL

GIRONA, a dieciséis de septiembre de dos mil once.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la representación de Dña. Guillerma , se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 22 de febrero de 2011, dictado en los autos de Ejecución de Títulos Judiciales 1449/2010 por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Girona.

Admitido el recurso y presentado ante esta Sección, se tramitó recurso de apelación en el que se personó la Procuradora Dña. ROSA BOADAS VILLORIA en nombre y representación de la indicada parte apelante y como parte apelada el Procurador Dña. LAURA PAGES AGUADE en nombre y representación de DEUTSCHE BANK, SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA, y D. Samuel , Sabina y Luis Angel que no han comparecido en esta alzada, habiéndose señalado el día 13 de julio de 2011 para la deliberación y votación de la misma.

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

TERCERO.- Conforme lo dispuesto en las normas de reparto, se designó ponente de este recurso el Ilmo. Sr. MAGISTRADO D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO, quien discrepando con el criterio mayoritario de la Sala emite voto particular que se adjunta a esta resolución, designándose como nuevo ponente al Ilmo. Sr. JAUME MASFARRÉ COLL quien expresa en esta sentencia el parecer mayoritario del Tribunal.



## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La parte recurrente manifiesta que, como consta en las actuaciones y no se discute por los litigantes, la finca hipotecada en este proceso se tasó en la escritura de concesión del préstamo hipotecario en un importe de 325.000? y la ahora ejecutante, Deutsche Bank SA, se la adjudicó en subasta por el 50% de esta suma (162.500?). La apelante defiende que en la medida en que el principal adeudado asciende a 303.658,10? el banco ha visto satisfecho su crédito, ya que al ingresar en su patrimonio el bien que tiene un valor fijado por la propia entidad superior al importe del débito no queda ninguna deuda pendiente. En caso contrario, se nos dice, se estaría permitiendo una actuación que incurriría en abuso de derecho y comportaría un enriquecimiento injusto para la entidad financiera.

La tesis de la parte recurrente no se acoge en la instancia en base a la dicción del artículo 579 LEC que, se nos dice, permite al banco seguir adelante con la ejecución si "subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito".

Disentimos de dicho parecer por las siguientes razones:

1) En el caso de autos no puede sostenerse que "el producto" obtenido por la entidad financiera fuera insuficiente para cubrir el crédito. El banco no recibe 162.500? de un tercer postor que se adjudica el bien, sino que lo hace suyo para reducir o extinguir su crédito. El bien pasa así a integrar su patrimonio. Lo que el banco obtiene entonces no es la suma mentada, sino el valor que tiene el bien hipotecado que en la propia escritura de concesión del crédito hipotecario se ha fijado (también por el banco) en 325.000?.

2) Resulta aquí de aplicación la doctrina de los actos propios. Si el banco, parte fuerte en el contrato de adhesión que firma con el prestatario, tasa la finca hipotecada en una determinada cuantía, no puede luego, si no quiere contravenir dicha doctrina, de reiterada aplicación jurisprudencial, incorporar como propio el bien subastado sin darle el valor que él mismo fijó.

3) Lo dispuesto en el artículo 579 LEC anteriormente citado no puede interpretarse, en todo caso, con total abstracción de lo previsto en el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios. En concreto en su artículo 82.1 que establece que son cláusulas abusivas "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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", y en su artículo 85.6 en el que se establece que son cláusulas abusivas, y por tanto nulas, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Esto, cualquiera que sea el nomen iuris que quiera darse al caso que tratamos, es lo que acontece en el supuesto que ahora es objeto de enjuiciamiento. Aquí, por el juego de lo dispuesto en los artículos 105 y 140 LH, no hablaríamos tanto de la nulidad de una cláusula en concreto sino de la nulidad parcial de aquellas de las que se deriva una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito.

4) La actuación de la entidad financiera incurre en abuso de derecho, límite intrínseco del derecho subjetivo (así, STS 21/12/2000) recogido en el artículo 7 CC y artículo 11 LOPJ, y comporta su ejercicio antisocial, en la medida en que, en base a lo dispuesto en una norma jurídica, se busca obtener una consecuencia que no entra dentro de la previsión para la cual hay que entender que ha sido dictada. La finalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es la de que el acreedor, por vía de ejecución del bien gravado en garantía, cobre la deuda que el prestatario tenga pendiente. Lo que la entidad financiera pretende aquí es una interpretación del artículo 579 LEC que contravenga la finalidad misma del proceso procurando al acreedor un beneficio injustificado que, hay que presuponer, la norma no busca amparar. En este sentido la actuación de la entidad financiera se considera contraria al principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho (art. 7 CC).

5) De mantenerse el criterio de instancia Deutsche Bank obtendría un enriquecimiento injusto ya que después de haber cobrado lo adeudado podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían y que buscarían su amparo en una interpretación formalista de la norma citada que, ya ha quedado dicho, olvidaría el hecho de que el acreedor sí que ve satisfecho su crédito con el producto de la subasta que, en el caso concreto, es el derivado de ingresar en su patrimonio un bien valorado por las partes en una suma superior a la adeudada. Es este hecho el que impide sostener que en el caso enjuiciado la reclamación se basa en un precepto legal (artículo 579 LEC) que excluye la aplicación de esta doctrina jurisprudencial.

6) La decisión que se adopta en esta alzada resulta acorde con la justicia material del caso. Se olvida a veces que en la interpretación y aplicación de las leyes los tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenir las, sea más acorde con una decisión justa que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera de un "tribunal de justicia". Aquí existen normas y doctrinas jurisprudenciales ya citadas que no sólo permiten



acoger la pretensión de la parte recurrente sino que llevan a una aplicación integrada de los preceptos del ordenamiento jurídico que posibilitan tanto que un acreedor vea resarcido su crédito como que un deudor no deba pagar, sin causa justificada, mayor suma que la por él debida. Ante las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se dan en respuesta a lo que constituye el objeto de la presente apelación debe optarse por una solución que no olvide, pues, la justicia del caso y no conlleve un beneficio injustificado a favor de aquella parte que interviene en una posición de fuerza en la firma de un contrato de adhesión.

En este sentido podemos citar la Sentencia de fecha 7/4/2011 dictada por la sección primera de esta misma Audiencia, que acoge el recurso de la parte prestataria por entender que el BBVA había actuado con abuso de derecho al haberse adjudicado el bien subastado por un importe muy inferior al tasado (valor de tasación que doblaba la deuda) y haberlo vendido luego a un tercero obteniendo un nuevo beneficio, pese a lo cual no renunció a seguir reclamando lo "aún no cobrado" por razón de la subasta celebrada.

No es posible conocer si los intereses que la suma adeudada al banco hasta el momento en que se adjudicó el bien quedaban ya totalmente cubiertos o no con el mayor importe obtenido por la entidad financiera pues, por un lado, no existe una cuantificación en autos y, por otro lado, de existir, debería haberse acomodado, como reclama la parte ejecutada (Sra. Guillerma ) y en contra del parecer de la ejecutante, dentro del límite máximo de 2,5 veces el interés legal del dinero, según doctrina reiterada de esta Audiencia recogida en sus acuerdos de fecha 30/9/05 y 14/9/09. Por tal motivo, no cabe seguir adelante con la ejecución despachada, razón por la que se estima plenamente la oposición formulada y se acuerda dejar sin efecto y alzar los embargos y las medidas de garantía de la afección que se hubieren adoptado, reintegrándose al ejecutado a la situación anterior al despacho de la ejecución.

SEGUNDO. Las dudas de derecho que plantea la cuestión sometida a enjuiciamiento conllevan que no se haga imposición de las costas de ninguna de ambas instancias (artículo 394 y 561.2 LEC).

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

#### PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Rosa Boadas Villoria en nombre y representación de Dña. Guillerma y acordamos dejar sin efecto la ejecución despachada en el Auto impugnado de fecha 22 de febrero de 2011, debiéndose levantar los embargos y las medidas de garantía de la afección que se hubieren adoptado, reintegrándose al ejecutado a la situación anterior al despacho de la ejecución. No se hace imposición de costas de ninguna de ambas instancias.

Esta resolución es firme.

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 lo acordó la Sala y firmaron los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, certifico

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

GIRONA

Rollo nº: 265/2011

Autos num.: 1449/2010

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 1 GIRONA (ANT. CI-1)

Clase: Ejecución de Títulos Judiciales

AUTO nº 119/2011 (BIS)

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO, que discrepa del parecer de los demás miembros de la Sala, al entender que el auto que debió pronunciarse es el siguiente:

GIRONA, a dieciséis de septiembre de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos en su totalidad los del auto en que discrepo, a los cuales me remito.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- Desde el respeto al criterio mayoritario de mis compañeros de tribunal, manifiesto mi disconformidad con el mismo. A mi juicio, el auto que debería haberse dictado es el que se transcribe a continuación.

SEGUNDO.- Aún admitiendo un ánimo tendencial interno de quien aquí disiente, proclive a la posición mayoritaria de esta Sala en la presente cuestión que se somete, lamento discrepar de la misma por razones de hermenéutica normativa, ya que el contenido del precepto entiendo que no admite la interpretación que se le dispensa, sino que tal y como sostiene la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 25 de septiembre de 2008, con cita de otras y con referencias a la Ley Hipotecaria, que en cuanto a la extensión de la responsabilidad hipotecaria no difiere de lo previsto en el art. 579 de la LEC respecto a realización de la deuda dinerada garantizada con bienes especialmente hipotecados o pignorados:

"Para dar respuesta al motivo único, planteado como se ha expuesto, es necesario ante todo concretar la cuestión central que se dilucida, que no es más que la siguiente: Si el prestamista que tiene como garantía de su restitución una hipoteca, puede ejercitar la acción declarativa contra el prestatario, después de haber ejecutado aquélla por los trámites legales y no haber obtenido pago completo del crédito por el que ejecutó, al haberse adjudicado el bien hipotecado en tercera subasta por un importe inferior al que fueron tasadas por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

La sentencia recurrida niega que esa reclamación posterior haya de ser rechazada en virtud de la doctrina del enriquecimiento injustificado, sino por la prohibición del abuso del derecho y el art. 10 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios.

En la adjudicación al acreedor ejecutante de las fincas gravadas con la hipoteca que se ejecuta no ha existido ninguna infracción legal que pudiese anular el procedimiento de ejecución. Nada se ha denunciado por los demandados en tal sentido. Por otra parte; no existe enriquecimiento injusto del acreedor adjudicatario si el precio de la adjudicación fue inferior al valor de tasación ( sentencia de 16 de febrero de 2006 y las que cita). Es obvio y así lo ha reconocido siempre esta Sala que no se enriquece injustamente el que obra de acuerdo con la ley.

Tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello sólo puede suceder si se ha pactado al amparo del art. 140 de la Ley Hipotecaria la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el art. 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del acreedor. El pacto permitido por el art. 140 de la Ley Hipotecaria no se concertó en la escritura de préstamo hipotecario convenida entre demandante y demandados, por lo que en tal supuesto, la hipoteca, según el art. 105 de la misma Ley, "no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1911 del Código civil", o sea, que se pueden perseguir otros bienes distintos de los hipotecados hasta la entera satisfacción del crédito.

Así las cosas, no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria los bienes gravados. Dice al efecto la sentencia de esta Sala de 24 de mayo de 2007, que es gratuito, arbitrario y fuera de lugar calificar de abuso de derecho una actuación del Banco ejecutante ajustada a los trámites legales, citando en su apoyo las sentencias de 8 de mayo de 1996 y 16 de febrero de 2006). La de 2 de julio de 2007 permite, en base al art. 105 de la Ley Hipotecaria, que la ejecutante perciba lo que restaba hasta cubrir el importe de la deuda, y la de 16 de febrero de 2006 declara: "En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de tal suerte que el provecho que pueda haber obtenido, como ha quedado reseñado al examinar el anterior motivo de casación, resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias, ante la falta de uso por el deudor de sus facultades para elevar el precio del remate, y, por consiguiente, no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial".

Por último, por lo que respecta al art. 10 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios, no es abusiva la cláusula por la que en la escritura pública de constitución de hipoteca se pactase también la responsabilidad ilimitada de los deudores. Ello es estipulación que se limita a aplicar el art. 1.911 C.C. y art. 105 L.H., que lo permiten".



TERCERO.- En definitiva el acreedor que tiene una hipoteca como garantía de la restitución del dinero prestado con sus intereses en su caso, puede pedir el embargo por la cantidad que falte y proseguir la ejecución con arreglo a la normas ordinarias aplicables a toda ejecución, art. 579 LEC, frente el prestatario y sus avalistas, después de haber ejecutado aquella por los trámites legales, cuando no ha obtenido pago completo del crédito por el que ejecutó, tras haberse adjudicado el bien hipotecado por un importe del 50% del valor de tasación establecido en la escritura de concesión del préstamo hipotecario y constitución de hipoteca por así disponerlo la normativa vigente que mantiene el criterio tradicional de nuestro ordenamiento en cuanto a la extensión de la responsabilidad de la ejecución dinerada en caso de bienes hipotecados.

De ahí que haya de coincidir este miembro discrepante de la Sala con el criterio del órgano "a quo" en el sentido de que el precepto citado, en relación con el art. 1911 del Código Civil que consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, comportan la afectación del patrimonio del deudor en trance de ejecución forzosa y la responsabilidad directa del mismo derivada del cumplimiento, sin que se haya producido una modificación legal en cuanto al sistema de responsabilidad hipotecaria que en todo caso corresponde al legislador, el cual ha sido partidario de mantener incólume el criterio tradicional del sistema hipotecario español cuando teniendo ocasión de modificarlo al suscitarse el movimiento social notoriamente conocido al respecto, se limitó en el RD. Ley 8/2011 de 1 de julio a modificar, en lo que aquí interesa, los arts. 670, apdo 4 y 671 de la LEC, al establecer la posibilidad de pedir el ejecutante la adjudicación del inmueble por la cantidad que se daba por todos los conceptos, siempre que sea superior al sesenta por ciento de su valor de tasación y a la mejor postura, previendo la adjudicación al acreedor en la subasta sin postor por igual o superior porcentaje.

A ello ha de añadirse que no existe enriquecimiento injusto del acreedor adjudicatario porque el precio de la adjudicación fuera inferior al de tasación, puesto que no se enriquece injustamente el que actúa conforme a la previsión legal.

Tampoco puede sostenerse que el obrar del acreedor comporte un abuso de derecho al recabar del deudor y de sus avalistas el importe pendiente del crédito por el que ejecutó, si en el proceso de ejecución hipotecaria no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel, ya que no hay constancia de que se hubiera pactado la responsabilidad limitada de la hipoteca que circunscriba la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, sin alcanzar a los demás bienes del acreedor, pues de lo contrario la responsabilidad recabada no resulta abusiva al ser esa la previsión legal.

Por último la responsabilidad patrimonial universal de los deudores responde a lo establecido en los arts. 1.911 del CC. y 105 de la L.H., con lo que no puede considerarse abusiva conforme a la legislación protectora de los consumidores y usuarios.

De todo ello se desprende que a juicio de este juzgador debe ser desestimado el recurso y confirmada la resolución apelada, sin perjuicio de la cuantificación que proceda de los intereses, con el límite legal correspondiente acorde a la legislación de protección del consumo, aplicable de oficio y en cualquier momento del procedimiento, que deberán ser objeto de cálculo al momento de la liquidación.

CUARTO.- Finalmente, la referencia a la pendencia de una cuestión de inconstitucionalidad promovida en un supuesto semejante por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Sabadell, donde se planteaba como cuestión la posible inconstitucionalidad de los arts. 695, 698 y 579 de la LEC en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario, art. 24 CE, el derecho a una vivienda digna, art. 47 CE. y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, art. 9.3 CE., ya resultó despejada con el Auto del Pleno de Tribunal Constitucional nº 113/2011 de 17 de agosto que inadmitió la cuestión de inconstitucional aludida en el recurso por no apreciación del juicio de relevancia exigido por el art. 35.1 LOTC respecto a las cuestiones suscitadas en relación a lo dispuesto por los arts. 579 y 698 LEC y por el carácter notoriamente infundado de la cuestión relativa a la compatibilidad del sistema de limitación de los motivos de oposición al despacho de la ejecución contemplado en el art. 695 LEC, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario.

QUINTO.- Por ello, al margen de la casuística que puede dar lugar a situaciones de verdadero enriquecimiento injustificado y abuso de derecho (como entiende el Auto de 29 de junio 2011 de la Secc. 1ª de esta Audiencia), en situaciones de cierta concomitancia con la presente, como es el caso del supuesto al que se refiere la Sentencia de la Secc. 1ª de esta Audiencia, de 7-4-2011 que se cita en la resolución mayoritaria de esta Sala, en que siendo de aplicación la normativa anterior a la LEC 1/2000 se había producido la adjudicación de la finca en poco más del 20% del valor de tasación, sin justificación de que el inmueble ejecutado hubiera reducido sustancialmente su valor. De haber podido aplicarse la nueva LEC, tal adjudicación no podría haberse admitido. Al cabo de unos seis meses el adjudicatario la vende por un precio muy superior; y una vez transcurrido ocho años pretendía cobrar la diferencia entre lo que se adeudaba y el importe por el que se adjudicó el bien.





Tal caso en el que se apreció abuso de derecho difiere sustancialmente del presente en que concurren los presupuestos de los arts. 579 en relación con los arts. 681 y ss de la LEC y por ello la petición de embargo y la prosecución de la ejecución con arreglo a las normas ordinarias de toda ejecución no comporta abuso de derecho y por ello debe ser confirmada la resolución apelada con desestimación del recurso.

SEXTO.- El rechazo de la apelación conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas de esta alzada, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1 LEC.

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

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Rosa Boadas Villoria en nombre y representación de Dña. Guillerma contra el Auto de 22 de febrero de 2011, del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Girona, dictado en los autos de Ejecución Hipotecaria nº 1449/2010 de los que el presente rollo dimana, confirmamos dicha resolución.

Todo ello con imposición a la parte recurrente de las costas de esta segunda instancia.

Esta resolución es firme y contra ella no cabe recurso.

Notifíquese este voto particular a las partes y déjese testimonio de él en el presente Rollo y en las actuaciones originales, que se devolverán al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del que proceden.

Así lo ha decidido el Sr. Magistrado, que a continuación, firma.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, certifico