



Roj: **AAP B 2641/2021 - ECLI:ES:APB:2021:2641A**

Id Cendoj: **08019370012021200104**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2021**

Nº de Recurso: **467/2020**

Nº de Resolución: **151/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050

FAX: 934866034

EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0824542120158027643

Recurso de apelación 467/2020 -A

Materia: P.S. oposición a ejecución hipotecaria

Órgano de origen:Servicio común procesal de ejecución Santa Coloma de Gramenet (sección civil)

Procedimiento de origen:Incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo 534/2018

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0647000012046720

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0647000012046720

Parte recurrente/Solicitante: Vanesa

Procurador/a: RAÚL GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Abogado/a: MANEL JIMENEZ BELTRAN

Parte recurrida: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador/a: CARLOS MONTERO REITER

Abogado/a: JAVIER ALVAREZ DE CIENFUEGOS FERNANDEZ (AKTUA)

AUTO Nº 151/2021

Barcelona, 31 de marzo de 2021.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **Dña. M^a Dolors PORTELLA LLUCH, Dña. M^a Teresa MARTÍN DE LA SIERRA GARCÍA-FOGEDA y D. Carlos VILLAGRASA ALCAIDE**, actuando la primera de ellos como Presidenta del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **467/20** interpuesto contra el auto dictado el día 16 de octubre de 2019 en el procedimiento nº 534/18, tramitado por el Servei comú processal d'execució Santa Coloma de Gramenet en el que es recurrente Vanesa y apelado



BANCO SANTANDER S.A. previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto antes señalado, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: " **DESESTIMO** la oposición formulada por el Procurador D^o Raúl González González, en nombre y representación de la ejecutada D^a Vanesa y en consecuencia **ACUERDO que continúe adelante la ejecución despachada** con expresa condena en costas a la parte ejecutada"

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el Ilmo. Sr. Magistrado/a Ponente **D. Carlos VILLAGRASA ALCAIDE**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio. Resolución de instancia. Recurso de apelación

I.- La representación procesal de BANCO SANTANDER, S.A., instó demanda de ejecución dineraria al amparo del artículo 579 LEC frente a D^a. Vanesa, en reclamación de 7.621,09 euros que restaban pendientes del principal derivado de la ejecución hipotecaria, más las costas e intereses que se devenguen de la tramitación de la presente ejecución, resultando de los autos que la finca hipotecada había sido adjudicada a la propia ejecutante en la suma de 157.300,90 euros, por lo que al ser el principal ejecutado por la vía hipotecaria de 144.315,18 euros, tras la tasación de las costas causadas por la ejecución hipotecaria (en 7.215,76 euros) y la liquidación de intereses (en el importe de 13.391,05 euros), arrojaba un resultado del que deriva la suma pendiente indicada de 7.621,09 euros.

II.- El juzgado de instancia dictó orden general de ejecución mediante auto de fecha 27 de junio de 2018 por la cantidad de 7.621,09 euros, en concepto de principal no cubierto en la ejecución hipotecaria, incrementada en la suma de 2.286,00 euros que, sin perjuicio de ulterior liquidación, se presupuestaba para intereses que se devenguen y costas de esta ejecución.

La ejecutada, en fecha 4 de marzo de 2019, formuló incidente de oposición, en virtud del artículo 557.7 LEC, solicitando que se procediera al control de las posibles cláusulas abusivas, en particular, y exclusivamente, sobre la cláusula sexta del contrato de préstamo del que dimana el presente procedimiento, referida a los intereses moratorios, por considerarlos abusivos.

La entidad ejecutante presentó, en fecha 27 de junio de 2019, escrito de impugnación de la oposición formulada de contrario.

III.- El juzgado de instancia dictó auto en fecha 16 de octubre de 2019 en el que consideró que no puede apreciarse la abusividad de una cláusula que se considera que no fundamenta la presente ejecución, tras haber quedado resuelto el procedimiento de ejecución hipotecaria con el Decreto de adjudicación de la finca, seguido del Decreto de liquidación de intereses y costas, no impugnado por la ejecutada, sin que se apreciase ni alegase en aquel procedimiento, que sí se fundamentaba en el préstamo hipotecario y se determinaba la cantidad reclamada, por lo que, ante esta nueva ejecución no puede alegarse la abusividad, que ni se alegó ni se apreció de oficio por el juzgado en la anterior ejecución hipotecaria. En consecuencia, se desestima la oposición y se acuerda la continuación de la ejecución despachada, con expresa condena en costas a la parte ejecutada.

IV.- Frente a la indicada resolución ha planteado recurso la representación de la parte ejecutada que fundamentó en la falta de valoración judicial de la posible nulidad de la cláusula de intereses moratorios impugnada, por su carácter abusivo, por lo que interesa nulidad de actuaciones o que se proceda a su análisis judicial, al no haber sido valorada con antelación, de oficio, como se impone por la normativa europea y la jurisprudencia citada de la que se hace eco.

La entidad ejecutante se opuso al recurso de apelación alegando, en línea con la resolución dictada, que el momento procesal oportuno para oponerse a la cláusula de intereses moratorios, por considerarse abusiva, había expirado, no siendo procedente en este procedimiento de ejecución ordinaria, basado en las cantidades aprobadas por el Juzgado, que considera que ya son firmes.

SEGUNDO.- Procedimiento de ejecución dineraria del artículo 579 LEC . Carácter imperativo del estudio de las cláusulas abusivas. Efecto de la cosa juzgada



I.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 579 LEC, concluida la subasta de los bienes hipotecados, conforme al trámite específicamente previsto en la ley procesal para la ejecución de tales bienes (artículos 681 a 698 LEC), si el producto obtenido no fuera suficiente para cubrir el crédito, el ejecutante puede pedir el despacho de la ejecución por la cantidad restante o que falte, y contra quienes proceda, de modo que la ejecución se seguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución dineraria (artículos 571 y siguientes LEC), con la única especialidad, referida al caso en el que la hipoteca ejecutada constituyera el domicilio habitual, supuesto en el cual, el párrafo segundo del mismo artículo 579 LEC citado reconoce al deudor una reducción de la cuantía pendiente si concurren determinadas circunstancias.

Se trata, por tanto, de un proceso distinto del de ejecución hipotecaria, aunque se tramite en el mismo procedimiento, de modo que la posibilidad de revisar las cláusulas abusivas de la escritura de hipoteca queda reducida a los supuestos en que en el procedimiento de ejecución hipotecaria no hubiera sido posible efectuar esta revisión, pero no es admisible, por contrario al principio de cosa juzgada, que se cuestione la licitud de pactos contractuales que ya fueron analizados y judicialmente valorados en el procedimiento de ejecución hipotecaria seguido con carácter previo a la presente ejecución ordinaria de la suma no cubierta con la adjudicación del bien hipotecado.

II.- En efecto, tras la reforma operada 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, el artículo 552.1 LEC dispone que, con carácter previo al despacho de ejecución, si el tribunal apreciara que alguna de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo puede ser calificada de abusiva, dará audiencia por cinco días, y, tras ello, acordará lo que estime procedente, de modo que, si conforme al artículo 561.1.3ª LEC, apreciare el carácter abusivo de una o varias cláusulas, determinará las consecuencias de tal carácter, decretando, bien la improcedencia de la ejecución, bien su despacho sin aplicación de aquellas que se consideren abusivas.

Por consiguiente, ante la presunción de que la demandada tiene la condición de consumidora, el juzgado de instancia no actuó conforme a la norma procesal ni a las directivas comunitarias que, rectamente entendidas por el TJUE, han hecho de la protección al consumidor una materia de orden público, obligando a los tribunales a actuar, incluso de oficio, para garantizar esta protección, porque, en el caso de autos, el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios no había sido analizado con anterioridad al momento en que tuvo lugar la comparecencia de la Sra. Vanesa, cuando ya el litigio se encontraba en la fase del artículo 579 LEC.

En este mismo sentido, como ya ha dejado sentado esta Sala, entre otros muchos y por todos, en el auto de 17 de julio de 2020 (Rec. 676/2019), recogiendo jurisprudencia constante, como la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, "el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores".

En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de febrero de 2019, citada por la apelante, concluye que "en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas".

III.- En consecuencia, en este segundo proceso ejecutivo es procedente la revisión de cláusulas que tienen incidencia en la nueva ejecución que se apertura, precisamente porque no se ha consumado su valoración en la fase anterior de la ejecución hipotecaria, situación que se produce en el caso de autos en relación a la cláusula de intereses moratorios denunciada por la ejecutada.

TERCERO.- Análisis de las cláusulas abusivas determinantes de la presente ejecución ordinaria. Interés de demora

I.- Si, como se ha razonado, puede llevarse a efecto la revisión de las cláusulas abusivas que tienen incidencia en esta ejecución, porque no se ha efectuado con anterioridad, debemos analizar, a continuación, el posible carácter abusivo de la concreta cláusula de intereses de demora denunciado por la ejecutada.

La parte ejecutada alega, en su escrito de oposición, la nulidad de la cláusula sexta del contrato de préstamo hipotecario que fija el interés de demora en el porcentaje que resulte de adicionar 10 puntos al interés remuneratorio anual aplicable en cada momento.

II.- El porcentaje convenido ha de reputarse abusivo, porque el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de abril de 2015, ya consideró que "el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 de la Ley de



Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores", y añadió que "la adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resulten de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia".

Esta consideración pasó de los préstamos personales a los hipotecarios, y en la sentencia del Alto Tribunal de 18 de febrero de 2016 dispuso que "respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado", argumentando el mencionado tribunal que "resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual".

Esta es la interpretación recogida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 18 de febrero de 2016 y 23 de diciembre de 2015, al dejar sentado que "el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial o registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas", añadiendo que "por estas razones, el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa de protección de consumidores".

III.- Por lo expuesto, procede declarar el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora que queda sin efecto, de modo que la referencia a los intereses contenida en el auto de 27 de junio de 2018 por el que se despacha ejecución por la cantidad de 7.621,09 euros de principal y 2.286,00 euros por intereses y costas, deberá entenderse limitada al interés ordinario convencionalmente establecido, con expresa exclusión del pacto de intereses de demora contenido en la escritura que ha sido declarado nulo.

CUARTO.- Particularidades de la ejecución del artículo 579 LEC

I.- De conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del citado artículo 579 LEC, la ejecución, por la cantidad que falte tras la adjudicación de la vivienda hipotecada, como ocurre en el presente caso, se ajustará a las siguientes especialidades:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago.

Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años.

De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

II.- Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente.

El Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el Decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior.

III.- Y, además, conforme a lo dispuesto en el artículo 575.1bis, "en todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva".

QUINTO.- Costas de la instancia y de esta alzada

I.- La estimación en parte del escrito de oposición planteado por la parte ejecutada, limitada a la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, determina que no se haga expresa condena en las costas del incidente en la instancia.



II.- La estimación en parte del recurso de apelación conlleva que no se haga expresa condena en las costas de esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. Vanesa contra el auto de 16 de octubre de 2019 dictado por la Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santa Coloma de Gramenet que revocamos y, en su lugar, acordamos la prosecución del procedimiento de ejecución y la declaración de nulidad del interés de demora convenido en la cláusula sexta de la escritura de crédito hipotecario otorgada entre las partes que queda sin efecto devengando el principal ejecutado el interés ordinario convencionalmente establecido.

No hacemos expresa condena en las costas devengadas en ninguna de las dos instancias.

Procedase a la devolución del depósito consignado a la apelante.

La presente resolución es firme. Devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman este auto los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.