

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION SEGUNDA
GIRONA**

Rollo nº: 265/2011
Autos num.: 1449/2010
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 1 GIRONA (ANT.CI-1)
Clase: Ejecución de Títulos Judiciales

AUTO nº119/2011

Ilmos. Sres:
PRESIDENTE
D. JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO

.MAGISTRADOS
D. JOAQUIM FERNANDEZ FONT
D. JAUME MASFARRE COLL

GIRONA, a dieciséis de septiembre de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Dña. XXXX , 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. XXXX 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. 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 aquellas 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 contravenirlas, 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. XXXX) 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 afeción 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).

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Rosa Boadas Villoria en nombre y representación de Dña. XXXX 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 afeción 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