

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA -
UPAD**
**GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA -
ZULUP**

SAN MARTIN, 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

TEL.: 943-000712 Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-16/011320

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2016/0011320

**Recurso de apelación / Apelazioko errekurtsua
2391/2017 - C**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera
Instancia nº 7 de Donostia - UPAD Civil / Donostiako Lehen
Auzialdiko 7 zenbakiko Epaitegia - Zibileko ZULUP
Autos de Pieza oposición a la ejecución hipotecaria 4/2017
(e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea:

KUTXABANK S.A. y

Procurador/a/ Prokuradorea: AINHOA KINTANA
MARTINEZ, IÑIGO NAVAJAS SAIZ y AINHOA
KINTANA MARTINEZ

Abogado/a / Abokatua:

Recurrido/a / Errekurritua:

Procurador/a / Prokuradorea:

Abogado/a/ Abokatua:

AUTO N.º 68/2019

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO./ILMA. SR./SRA. PRESIDENTE/A: YOLANDA DOMEÑO NIETO

MAGISTRADO/A: D./D.ª IÑIGO SUAREZ DE ODRIUZOLA

MAGISTRADO/A: D./D.ª FELIPE PEÑALBA OTADUY

LUGAR: DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN

FECHA: Diez de Junio de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de San Sebastián, se dictó auto de fecha 20 de junio de 2017, cuya parte dispositiva dice así:

"Que estimando la oposición formulada por la Procuradora Sra. Kintana en representación de frente a la ejecución hipotecaria despachada a instancia del Procurador Sr. Navajas, en representación de Kutxabank S.A, DEBO DECLARAR Y DECLARO la abusividad y consiguiente nulidad de la primera de las causas de vencimiento anticipado contenidas en la cláusula Sexta Bis de la escritura de préstamo hipotecario de 26 de junio de 2007 que constituye el título ejecutivo, y en consecuencia DEBO ACORDAR Y ACUERDO el sobreseimiento de la ejecución despachada por Auto de 24 de enero de 2017, sin expreso pronunciamiento sobre costas.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de KUTXABANK,S.A, se ha interpuesto recurso de apelación contra el auto de fecha 20 de Junio de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de San Sebastián. Tras la admisión de dicho recurso, se elevaron los autos a este Tribunal, señalándose día para Votación y Fallo el 3 de junio de 2019.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas en la ley.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Antecedentes y recurso de apelación.

(1) Demanda de ejecución hipotecaria formulada por KUTXABANK SA contra en reclamación de la cantidad de 243.542,64 euros de la que 196.444,48 euros corresponden al capital prestado y no satisfecho ; 29.978,01 euros a intereses ordinarios impagados; 17.086,73 euros a intereses moratorios impagados y 38,42 euros a créditos conexos , más los intereses moratorios adeudados al tipo establecido en la Ley 1/2013 que se devenguen desde esta fecha hasta que se practique la liquidación definitiva ,así como las costas que se originen dentro del límite legalmente establecido .

(2) El origen de la reclamación es la Escritura Pública autorizada ante el Notario de Errenteria D. Jose Manuel Domingo Serrano de fecha 25 de Junio de 2007 con el número 801 de su protocolo a cuya virtud CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GIPUZKOA-San Sebastián GIPUZKOA ETA DONOSTIAKO AURREZKI KUTXA (actualmente KUTXABANK SA) concedió a de 200.000 euros bajo el número 25-1921835-4 en la actualidad número 851711139-8.

En la ESTIPULACION 10ª se constituyó hipoteca sobre la finca urbana número veinte, vivienda letra

.La vivienda tiene carácter ganancial y fue adquirida a título de compraventa mediante Escritura Pública de fecha

27-3-1996 autorizada por el Notario de Errenteria Dña. Guadalupe Maria Inmaculada Adames Garcia.

El plazo de devolución del préstamo se fijó en 35 años a partir del 5-7-2007 en 420 pagos mensuales a razón de 1.087,17 euros cada uno.

Mediante Escritura Pública otorgada ante la Notario de Errenteria Dña. Remedios Aguirre Sanchez-Garriga con fecha 26 de mayo de 2009 y con el número 410 de su Protocolo se modificaron algunas condiciones del préstamo hipotecario.

La parte demandada ha incumplido de forma grave y reiterada sus obligaciones de pago siendo la primera demora en el pago el mes de Agosto de 2007 teniendo el préstamo un desarrollo irregular desde entonces realizándose el último abono de 784,21 euros el 1 de septiembre de 2011.

Al cierre de la cuenta (9-2-2016) se adeuda la suma de 243.542,64 euros correspondiente al capital prestado y no satisfecho intereses ordinarios impagados ; intereses moratorios impugnados y créditos conexos por las cantidades recogidas en el epígrafe (1) precedente.

(3) La representación procesal de se ha opuesto a la demanda ejecutiva invocando el artículo 695. apartado 4º epígrafe 1º de la LEC y, en concreto, por la cláusula SEXTA BIS del Préstamo relativo a las causas de resolución anticipada cuando se dispone como causa de resolución contractual :

“ El impago total o parcial de alguna de las cuotas o plazos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias con cargo de la parte prestataria “.

Sosteniendo que la citada cláusula es abusiva .

Igualmente consideró como abusiva la CLÁUSULA SEXTA referida a los intereses moratorios anuales determinados en 17,250 puntos porcentuales .

(4) La representación procesal de KUTXABANK SA en tiempo y legal forma mediante escrito de 24 de mayo de 2017 postulando en el SUPPLICO “ (...) se declare la no abusividad de ninguna de las cláusulas que conforman el título ejecutivo (...) y acuerde continuar con la ejecución , al estimar que las pretensiones recogidas en la demanda se ajustan a derecho (...)”.

(5) Previos los trámites de rigor se ha dictado auto número 107/2017 de fecha 20 de Junio de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Donostia-San Sebastián cuya PARTE DISPOSITIVA fue la siguiente :

“Que estimando la oposición formulada por la Procuradora Sra. Kintana en representación de frente a la ejecución hipotecaria

despachada a instancia del Procurador Sr. Navajas, en representación de Kutxabank S.A, DEBO DECLARAR Y DECLARO la abusividad y consiguiente nulidad de la primera de las causas de vencimiento anticipado contenidas en la Cláusula Sexta Bis de la escritura de préstamo hipotecario de 26 de junio de 2007 que constituye el título ejecutivo, y en consecuencia DEBO ACORDAR Y ACUERDO el sobreseimiento de la ejecución despachada por Auto de 24 de enero de 2017, sin expreso pronunciamiento sobre costas.

Llevese testimonio de la presente resolución a la EJH 801/16.

(...)

(6)KUTXABANK SA ha interpuesto contra la citada resolución recurso de apelación postulando en el SUPPLICO el dictado de una resolución por la que "(...) con estimación de los argumentos referidos, revoque los Autos recurridos en su integridad, ordenando en su lugar dictar otro que despache ejecución contra los demandados, o, en su caso, se suspenda el procedimiento hasta que el TJUE se pronuncie sobre la cuestión prejudicial planteada por el TS; con todo lo que en derecho sea procedente".

La representación procesal de _____ ha interpuesto recurso de apelación contra el Auto recurrido en relación, en exclusiva, al pronunciamiento relativo a las costas procesales en la instancia solicitando la revocación del mismo con expresa condena a en costas a la parte demandante / apelante.

SEGUNDO.-

Examen del recurso de apelación.-

I.-) Recurso de apelación interpuesto por KUTXABANK SA:abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.-

La cláusula SEXTA BIS del Prestamo de referencia y en relación a a las causas de resolución anticipada determina, entre otras, la siguiente :

"(...) El impago total o parcial de alguna de las cuotas o plazos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias con cargo de la parte prestataria".

La STJUE de 14 marzo 2013 ya abordó la cuestión, concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas en los siguientes términos:

"En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de

la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo"(Aptdo. 73).

La doctrina establecida en esa sentencia ha sido incorporada a nuestro Ordenamiento por la Ley 1/2013, de 14 de mayo), que modifica el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.

En nuestro caso consideramos que dada la importante cuantía (200.000 euros) y la dilatada duración del préstamo (35 años) la citada cláusula que permite el vencimiento / resolución anticipada del contrato por el impago total o parcial de alguna de las cuotas o plazos vencidos ha de reputarse abusiva toda vez que la respuesta al incumplimiento -el vencimiento anticipado y la pérdida del plazo- es desproporcionada infringiendo lo dispuesto en el artículo 82.1 ° y 85.4° del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Esta es la respuesta que da la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 corroborando el mismo criterio cuando concluye que una cláusula que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe reputarse abusiva, dado que el incumplimiento no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

En concreto el Alto Tribunal declara :

"(...)Ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada S TJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)".

La declaración de abusividad de la cláusula, y por consiguiente , su nulidad se efectúa con total independencia de si la cláusula ha sido aplicada por la entidad demandada transcurrido un tiempo de impagos o de pagos irregulares por la prestataria. En este sentido la validez de la cláusula debe analizarse en abstracto. El propio Tribunal

Supremo en la citada Sentencia de 23 de diciembre de 2015 examina la cláusula desde esa perspectiva, y concluye que debe declararse su nulidad .

Siendo la cláusula anulada por abusiva , fundamento del despacho de ejecución , estamos en el caso previsto en el artículo 695.3 segundo párrafo de la LEC , y debe decretarse el sobreseimiento del proceso, quedando a salvo, si a su derecho conviene, la acción que pueda ejercitar la entidad demandante en el juicio declarativo correspondiente.

Por lo que el pronunciamiento contenido en el Auto recurrido ha de ser avalado y, en consecuencia, procede la desestimación del recurso interpuesto por KUTXABANK SA.

(II.-) Recurso de apelación interpuesto por
Ramirez: Pronunciamiento de costas en la instancia.-

La sentencia de instancia determinó la no imposición de las costas generadas.

Abordó la cuestión en el FJ CUARTO con la siguientes argumentación :

“CUARTO-. Las dudas de derecho existentes sobre la naturaleza y efectos de las cláusulas de vencimiento anticipado y sobre las consecuencias de su declaración de nulidad justifican que no se haga expreso pronunciamiento sobre costas de la oposición (artículo 394 LEC)”.

Nos encontramos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria (artículos 681 y ss de la LEC) en el que la parte ejecutada se opuso a la ejecución esgrimando para ello la abusividad de dos cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria formalizado en la Escritura Pública de 26 de Junio de 2007 con número de Protocolo 801 autorizada por el Notario de Errenteria D.Jose Manuel Domingo Serrano y ulteriormente modificada por la Escritura Pública otorgada ante la Notario de Errenteria Dña.Remedios Aguirre Sanchez-Garriga con fecha 26 de Mayo de 2009 y con el número 410

Los prestatarios, al amparo del artículo 695.1 .4ª de la LEC, esgrimieron como causa de oposición el carácter abusivo de dos cláusulas , en concreto, la SEXTA BIS "Causas de resolución anticipada " el apartado que determina como causa de resolución / vencimiento anticipado " El impago total y parcial de alguna de las cuotas o plazos vencidos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias a cargo de la parte prestataria " y la cláusula SEXTA en la que se fija como interés nominal anual moratorio 17,250 puntos porcentuales.

En ambos casos la finalidad de la oposición no era otra que se acordara el sobreseimiento de la ejecución.

El sobreseimiento de la ejecución despachada fue acordado en el Auto de 20 de Junio de 2017 y , como se ha razonado en el epígrafe I.-) precedente del presente FJ SEGUNDO, ha sido ratificado en sede de alzada por este Tribunal.

Por lo que aún habiendo solicitado la declaración de nulidad por abusividad de dos cláusulas (interés de demora y vencimiento anticipado) se aprecia una estimación sustancial de la posición de los ejecutados toda vez que la única finalidad de la oposición no era otra que la consecuencia del sobreseimiento de la ejecución despachada lo que se consiguió en la sentencia de instancia avalada a su vez por ésta resolución.

En consecuencia procede el acogimiento del recurso de apelación interpuesto por procediendo a la revocación del pronunciamiento de costas en la instancia de tal manera que las mismas han de imponerse a la Entidad ejecutante.

TERCERO.-

Procede la imposición a KUTXABANK SA de las costas procesales generadas en la alzada vista la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

No procede la imposición a de las costas procesales en la alzada a la vista de la estimación del recurso interpuesto.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general aplicación

PARTE DISPOSITIVA

I.-)Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por KUTXABANK SA contra el Auto número 107/2017 de fecha 20 de Junio de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Donostia-San Sebastián y en consecuencia confirmamos en su integridad.

Procede la imposición a KUTXABANK SA de las costas procesales generadas en la alzada.

II.-)Estimamos el recurso de apelación interpuesto por por contra el Auto número 107/2017 de fecha 20 de Junio de 2017

por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Donostia-San Sebastián con el siguiente pronunciamiento :

-Procede la imposición a la Entidad ejecutante de las costas generadas en la instancia.

Manteniendo inalterables el resto de pronunciamientos contenidos en la PARTE DISPOSITIVA de la resolución recurrida.

No procede efectuar pronunciamiento alguno en relación a las costas procesales generadas por el recurso de apelación interpuesto por

Transfiérase el depósito de KUTXABANK, S.A por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

Devuélvase a el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los

derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



descargado en www.asufin.com