

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Novena**

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933935

37007750

N.I.G.: 28.096.00.2-2015/0005868

**Recurso de Apelación 93/2019 -5**

**O. Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 05 de Navacarnero

Autos de Ejecución de Títulos No Judiciales 934/2015

**APELANTE:** "BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A."

**PROCURADORA:** Dña. ALICIA OLIVA COLLAR

**APELADOS:** D. \_\_\_\_\_ y Dña. \_\_\_\_\_

**PROCURADORA:** Dña. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN

**A U T O**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS**

**Dña. INMACULADA MELERO CLAUDIO**

**D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA**

En Madrid, a treinta de mayo de dos mil diecinueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, el Incidente dimanante de autos de Ejecución de Títulos No Judiciales nº 34/2015, procedentes del Juzgado Mixto Nº 5 de Navacarnero, al que ha correspondido el Rollo de apelación nº 93/2019, en el que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante "**BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**", representado por la Procuradora Dña. Alicia Oliva Collar; y de otra, como demandados y hoy apelados, **Dña.** \_\_\_\_\_ y **D.** \_\_\_\_\_

representados por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez De Castro Rincón., sobre estimación de la oposición a la ejecución.

**SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA.**

## I.- HECHOS:

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Mixto Nº 5 de Navalcarnero, en fecha nueve de febrero de dos mil dieciocho, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Se Estima la oposición a la ejecución planteada por la Procuradora Doña Carolina Sanz Martín en la representación acreditada en autos, y en consecuencia el sobreseimiento y archivo del presente procedimiento, con condena en costas a la parte apelante.”.

**SEGUNDO.-** Notificada la mencionada resolución, y previos los trámites legales oportunos, por la representación procesal de la parte ejecutante, se interpuso recurso de apelación, al que se opuso la contraparte, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones.

**TERCERO.-** No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día veintinueve de mayo del presente año.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS:

**PRIMERO.-** No se aceptan los fundamentos de derecho de la resolución apelada que deben entenderse sustituidos por los de esta resolución judicial.

**SEGUNDO.**- Son hechos de los que debe partirse para resolver el recurso de apelación los siguientes:

1º) Por la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. se presentó demanda de ejecución contra D. \_\_\_\_\_, en base a la escritura de préstamo suscrita el día 29 de noviembre de 2006, por el que se entregó un préstamo de 33.504,61 €.

2º) Con la demanda de ejecución se aportó la copia de la escritura de préstamo, y la certificación del saldo deudor, en el que se recoge tanto al deuda por principal, como por intereses remuneratorios e intereses moratorios.

3º) El auto apelado estimó la oposición formulada declarando la nulidad de la cláusula suelo, y el sobreseimiento del proceso.

**TERCERO.**- En el recurso de apelación se alega que si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declara la nulidad de la causa suelo cuando no supere el control de transparencia, si entiende que el contrato sigue subsistente, por lo que a juicio de la parte apelante el efecto de apreciar esa abusividad no sería el sobreseimiento de la ejecución, sino que se continuar la ejecución por la cantidad resultante de la liquidación.

Debe distinguirse los efectos que tiene la nulidad de una cláusula abusiva desde un punto de vista de derecho material, que no impide que el contrato subsista, una vez suprimida la cláusula nula, y otra cuestión distinta es los efectos procesales que se producen de la declaración de nulidad de alguna o algunas de las cláusulas del contrato en el proceso de ejecución, efectos que se contemplan en los artículos 555.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se prevé que el juez de oficio examine la existencia o de cláusulas abusivas, el artículo 561.3 de la misma Ley que establece que si el juez estima la oposición por la existencia de cláusulas abusivas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien

despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas, y el artículo 695.4 de la misma norma que prevé que en caso de que se aprecie la existencia de cláusulas abusivas, se procederá al sobreseimiento del proceso cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución, en otro caso se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

De este precepto se deduce que la apreciación del carácter abusivo de alguna o algunas de las cláusulas del contrato que ha servido de base para la ejecución, solo determina el sobreseimiento del proceso, cuando la cláusula abusiva sea causa o fundamento de la ejecución, debiendo continuar el proceso en el supuesto de que se pueda seguir la ejecución, sin aplicar la cláusula abusiva.

En el presente caso el auto apelado se limita a declarar la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, declaración de nulidad que no se discute en esta alzada, sin que en auto apelado haya examinado la existencia o no de otras cláusulas abusivas, que también se alegaron en el escrito de oposición, como fueron la de intereses moratorios, de o la de comisión por posiciones deudoras.

Del examen de la liquidación presentada por la entidad bancaria se deduce que la cláusula suelo del 5% de interés mínimo, ha sido aplicado casi toda la vida del préstamo, y por lo tanto ha servido de base para el cálculo de las cuotas en base a las cuales se ha dado por vencido el préstamo, también de dicha liquidación se deduce que se ha aplicado el intereses de demora pactado en el escritura de 4 puntos sobre el interés remuneratorio, que de acuerdo con la reiterada doctrina legal debe también considerarse nulo por abusivo, e incluso en las propias s liquidaciones se incluyen unos gastos de correo, que tampoco se entiende a que corresponden.

Por otro lado en el contrato de préstamo de que trae causa el proceso de ejecución establece en su apartado 7º), como supuesto de vencimiento anticipado la falta de pago a su vencimiento de cualquiera de las cuotas de amortización de capital o

intereses, lo que plantea incluso si cabe o no su examen de oficio en este momento procesal, de acuerdo con la doctrina que se recoge en la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2.017, dictada en el asunto C-421/14, caso Banco Primas S.A. que declara 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".

En base a todo lo expuesto y teniendo en cuenta que la deuda reclamada a través del proceso de ejecución, y por lo tanto se ha llegado al saldo deudor o en base a la aplicación de una serie de cláusulas abusivas, lo cierto es que no cabe en este momento procesal el que se exija en su caso al acreedor que presente una nueva liquidación suprimiendo la aplicación de esas cláusulas, toda vez que no procede en el momento procesal actual retrotraer el proceso a ese momento, toda vez que de dicha liquidación se debería dar traslado al deudor y poder volver a oponerse, por lo que realmente lo que se estaría haciendo es volver a tramitar otra vez el proceso de ejecución, todo ello sin ver ni tener en cuenta la incidencia que podría tener sobre él, la validez o no de la cláusula de vencimiento anticipado. Siendo por lo tanto ilíquida la cantidad reclamada por la inaplicación de esas cláusulas, el efecto no puede ser otro que el sobreseimiento del proceso, tal como se acuerda en el auto apelado.

**CUARTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de esta alzada, han de imponerse a la parte apelante.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

**LA SALA ACUERDA: DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra el Auto de fecha 09/02/2018, dictado por la Ilma. Magistrada-Juez del juzgado de Primera Instancia N° 5 de Navacarnero, en autos de Ejecución de Títulos NO Judiciales n° 934/2015, **CONFIRMANDO** lo dispuesto en dicha resolución.

Todo ello con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante; con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al rollo de su razón, lo acordamos, mandamos y firmamos. Haciendo saber a las partes que contra el mismo NO CABE la interposición de recurso alguno.



## **RECURSO DE APELACIÓN N° 93 /2019**

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe, en MADRID, a cinco de junio de dos mil diecinueve.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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](http://www.asufin.com)