

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

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

Tfno.: 914933929

37007750

N.I.G.: 28.096.00.2-2015/0003772

Recurso de Apelación /2016

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº de Navacarnero
Autos de Ejecución Hipotecaria /2015

APELANTE:

PROCURADOR Dña.

APELADO: FORMENTERA DEBT HOLDINGS DAC
PROCURADOR D.

AUTO N° /2018

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JESÚS GAVILÁN LÓPEZ

Dña. CARMEN MÉRIDA ABRIL

Dña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO

En Madrid, a doce de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación el procedimiento de ejecución hipotecaria, número /2015, seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº de Navacarnero, a los que ha correspondido el rollo /2016, en el que aparece como parte **ejecutante apelada FORMENTERA DEBT HOLDINGS DAC**, representada por el Procurador Sr. y como **ejecutado-apelante**, representado por la Procuradora Sra. .

VISTO, siendo Magistrada Ponente **la Ilma. Sra. DOÑA MILAGROS DEL SAZ CASTRO**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº de Navacarnero en fecha 24 de Mayo de 2016 se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“QUE DESESTIMANDO las pretensiones de la parte ejecutada, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a , en los presentes autos de Ejecución Hipotecaria seguidos a instancia del ejecutante, Formentera Debt Holdings Dac, ACUERDO seguir adelante la ejecución por la cantidad de CUARENTA Y DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE CON TREINTA Y CINCO EUROS (42.159,35 €) en concepto de principal, más lo que resulte procedente en concepto de intereses y costas”.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte ejecutada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 25 de Abril de 2018.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales excepto el plazo para dictar resolución por acumulación de asuntos pendientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de igual naturaleza de la resolución impugnada en cuanto no se opongan a los que en esta resolución se establecen.

PRIMERO.- Antecedentes del recurso.

Por Bankia S.A. se presentó demanda de ejecución hipotecaria contra en reclamación de la suma de 43.616,23 €, por el incumplimiento que se decía producido del abono de las cuotas del préstamo con garantía hipotecaria que vinculaba a las partes.

Se acordó la ejecución del título por Auto de 17 de Noviembre de 2015, despachando ejecución por cuantía de 42159,35 € y dictándose Decreto con las medidas ejecutivas concretas, habiéndose opuesto la parte ejecutada alegando inexistencia de pacto de liquidez, nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, nulidad de los intereses de demora y de la cláusula suelo recogida en la escritura.

El Auto ahora recurrido desestimó la oposición por los motivos que en el mismo se consignan y frente al mismo se ha interpuesto por la parte ejecutada recurso de apelación que funda en infracción de normas o garantías procesales del art. 459 LEC y reproduce las causas alegadas en la oposición.

La parte ejecutante, se opuso al recurso, interesando, por los motivos que señalaba, la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Infracción de normas o garantías procesales.

Al amparo de lo dispuesto en el art. 459 LEC, alega la parte recurrente que por escrito de fecha 2 de Febrero de 2016 presentó incidente de nulidad de actuaciones al haber tenido conocimiento de la cesión del préstamo con garantía hipotecaria que se ejecutaba en el presente procedimiento de Bankia S.A. a Formentera Debt Holdings Dac y que el incidente no había sido resuelto.

Si bien es cierto que en el procedimiento no consta resolución del incidente, no puede desconocerse que en él se alegaba falta de acreditación del pacto de liquidación, que se reprodujo en trámite de oposición y se resolvió en el Auto recurrido; falta de legitimación de la entonces ejecutante al haber tenido conocimiento el ejecutado de la cesión que se había producido del préstamo ejecutado un año antes, interesando en definitiva el archivo del procedimiento con imposición de costas a Bankia y que es circunstancia que al haberse resuelto sobre la sucesión procesal y ser además objeto de alegación en este recurso no puede considerarse provoque indefensión.

Teniendo en cuenta lo anterior y debiendo considerar que de conformidad con lo dispuesto en el art. 227 LEC, los defectos de forma de los actos procesales que impliquen la ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva

indefensión, deben hacerse valer por medio de los recursos establecidos en la ley, y siendo motivo del presente recurso, tanto la legitimación activa y motivo de oposición ahora reproducido, la inexistencia de pacto de liquidación, no puede considerarse que el defecto procedimental que se alega haya ocasionado indefensión.

Alega la parte recurrente, que desde que presentó el escrito de oposición el procedimiento debe suspenderse (o al menos desde que se realizó la comparecencia apud acta) y que no se hizo, posibilitando que se presentara el escrito interesando la sucesión procesal y que se haya admitido, vulnerando su derecho de defensa, puesto que las causas de oposición se formularon cuando el ejecutante era Bankia S.A. y no la ahora ejecutante, contra la que podía haber formulado causas distintas.

Las anteriores alegaciones no pueden acogerse con los efectos pretendidos, puesto que respecto de la vulneración de lo dispuesto en el art. 695.2 LEC, no se presentó recurso ni se denunció oportunamente en la instancia, simplemente al presentarse el escrito por el que se solicitaba se admitiese la sucesión procesal de la ejecutante, la hoy recurrente, presentó escrito oponiéndose a la admisión de la sucesión procesal y solicitó en el Suplico que se estimaran sus alegaciones (por las que se oponía a la sucesión procesal pretendida y “mientras se realiza dicha estimación, se mantengan suspendidas las actuaciones y los plazos procesales en los que esté incurso el procedimiento”, siendo solicitud contraria a la infracción ahora denunciada y que impide, de conformidad con lo establecido en el art. 459 LEC, su análisis en esta instancia.

Respecto de la indefensión que se alega producida por la admisión de la sucesión procesal, es motivo que tampoco puede prosperar, puesto que las causas de oposición en todo proceso de ejecución son tasadas y de carácter objetivo, como se extrae de lo dispuesto en el art. 695 LEC y, cualquier cuestión distinta, debe encuadrarse, en su caso, en los términos establecidos en el art. 698 LEC.

Por lo anterior, el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Ausencia de pacto de liquidez.

La parte apelante reitera la inexistencia de pacto de liquidez en las escrituras, de tal forma que entiende se ha vulnerado un requisito esencial para el despacho.

El motivo debe ser estimado.

Revisadas las cláusulas pactadas en las diversas escrituras aportadas efectivamente no se observa que contengan pacto alguno de liquidez, de tal manera que no

existe forma de liquidación pactada por los contratantes ni se ha autorizado a la parte ejecutante a practicar liquidación unilateral a efectos de instar procedimiento de ejecución y, por tanto, aun cuando en el doc. 7 aportado, que es el acta de liquidación del saldo, se hace constar que “en la escritura se pactó que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por la entidad acreedora a efectos de lo dispuesto en el art. 572.2 de la ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento civil”, como alega la recurrente y no es desvirtuado por la apelada, no consta esa previsión en los títulos que dan lugar a la ejecución.

Como señala la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en Auto de 28-10-2011, nº 238/2011, rec. 4096/2010: *“el artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena que la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca se sujetará en su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV con las especialidades previstas en el Capítulo V (“De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados”). Estamos, por lo tanto, ante una ejecución dineraria con especialidades en la que son de aplicación tanto las disposiciones generales comunes a toda ejecución como las particulares de la ejecución dineraria en tanto no sean incompatibles con las reglas particulares de la ejecución hipotecaria .*

Las causas de oposición del 559 LEC que atañen a los presupuestos del proceso, deben de ser examinados y valorada de oficio con carácter previo al despacho de la ejecución . Como no puede ser de otro modo, el artículo 559 concede al ejecutado la posibilidad de impugnar la ausencia de estos presupuestos procesales. Así, consideramos que el ejecutado puede oponer que el título no es uno de los que la Ley exige para el despacho de la ejecución o la carencia del carácter o representación con que se le demanda puesto que es precisamente la existencia de un título ejecutivo que atañe al deudor lo que justifica la extraordinaria limitación de los medios de oposición a la ejecución con que cuenta el ejecutado. No puede privarse al ejecutado de la posibilidad de defensa de los presupuestos que forman parte de la admisión a trámite del proceso, y solo una vez despejados los motivos de oposición de índole procesal, entra en juego los de fondo que sí que están limitados a lo establecido en el artículo 695”.

La ausencia del pacto de liquidez impide, de conformidad con lo establecido en el art. 572.2 LEC, que pueda despacharse ejecución, puesto que así lo impone el art. 685.2 LEC, ya

que el título contiene irregularidades formales, sin que exista deuda líquida, ni se puedan considerar fundados los documentos aportados al amparo de lo dispuesto en el art. 573 LEC, ya que el pacto de liquidez es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos del despacho de ejecución, que es la determinación de las deudas y, por consiguiente para poder formular la reclamación judicial de la misma, se necesita la existencia de pacto en el título.

Podría decirse que al tratarse de préstamo, la cantidad es líquida desde un inicio y la falta del pacto de liquidez carece de relevancia, si bien el Tribunal Supremo en Sentencia de Pleno de la Sala 1ª de fecha 12 de Septiembre de 2014, ha clarificado la cuestión que en multitud de resoluciones se había resuelto con criterios dispares, al señalar:

“7ª) La objeción que expone la entidad recurrida, cuando alega que por tratarse de un contrato de préstamo no necesita liquidación para calcular la cantidad adeudada y que, por tanto, ninguna ventaja significativa se obtiene por la utilización del juicio cambiario respecto del proceso de ejecución de título no judicial, ya que se podría ejecutar la póliza de préstamo sin necesidad de observar lo previsto en el art. 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es óbice a todo lo razonado hasta ahora. El contrato de préstamo en relación al cual se ha librado el pagaré prevé la devolución de lo prestado en 48 cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses. Por tanto, la cantidad cuyo pago se reclama al prestatario, y que fue extendida por el prestamista como importe del pagaré, no se encuentra expresada, como tal, en el contrato. *El artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encabeza con el epígrafe «Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones». Se observa una modificación significativa respecto del anteproyecto, en el que dicho epígrafe indicaba «Cantidad líquida. Ejecución por saldo de cuenta». El concepto de "saldo de operaciones" reviste mayor amplitud que el de "saldo de cuenta", concepto este que podía ceñirse a aquellas operaciones que exigían un verdadero cierre de cuentas u operaciones similares y que permitirían excluir a los préstamos a interés fijo. Sin embargo, al aludir finalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil a la ejecución del "saldo de operaciones", se está refiriendo a cualquier contrato en el que la determinación de su saldo exija de la realización de alguna operación, sin necesidad de que sea de elevada complejidad. El apartado 1 del art. 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere exclusivamente a títulos en los que la cantidad consta de modo directo en el título, ya sea con letras, cifras o guarismos comprensibles («para el despacho de la ejecución se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos*

comprensibles»). La actual Ley de Enjuiciamiento Civil asimila el concepto de cantidad líquida al de cantidad de dinero determinada en el título, de forma que quedaría fuera de esta delimitación cualquier tipo de cantidad indeterminada o determinable por operaciones aritméticas, sean poco o muy dificultosas.

Frente a este despacho de ejecución de títulos que expresen una cantidad determinada, el apartado 2 del art. 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a supuestos en que es necesaria una liquidación para determinar la cantidad exigible, y por tanto (como sucede de ordinario en las pólizas de préstamo) se ha pactado que la cantidad objeto de la reclamación sea la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el título ejecutivo, sin que en ningún caso se refiera a que la liquidación sea simple o complicada. Se utiliza la expresión "saldo resultante de operaciones derivadas de contratos", que es mucho más amplio que "saldo resultante de apertura de cuenta", "crédito en cuenta corriente" o similar.

En este caso, el ejecutante deberá aportar también los documentos exigidos en el art. 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución, el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y por último, aquel que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible.

Ello permite que, como exigía la STC 14/1 992, de 10 de febrero, se justifique la liquidez de la cantidad reclamada mediante la aportación por la entidad bancaria de "los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para poder efectuar el examen inicial que exige el art. 1.440", así como la intervención del fedatario público de modo que suponga el efectivo "auxilio técnico" de que habla la sentencia del Tribunal Constitucional, elementos que permiten al juez realizar de un modo efectivo el control inicial respecto de la corrección de la cantidad exigida, calculada sin aplicar cláusulas abusivas (como puede ser la que fija el interés de demora), y que permiten al deudor oponerse si la liquidación de la cantidad que se le reclama ha sido, en su opinión, incorrecta.

Por otra parte, los préstamos con varias cuotas de amortización (que pueden ser constantes con inclusión de capital e intereses, de modo que la proporción de capital e intereses incluidos en la cuota va modificándose con el paso del tiempo, constantes en cuanto al capital amortizado y decrecientes en el importe de los intereses devengados, etc...) no pueden liquidarse mediante una simple operación aritmética, sino que son precisos ciertos conocimientos de matemática financiera. Asimismo, es necesario saber cuándo se ha practicado la liquidación para comprobar que la cantidad fijada como adeudada por principal, intereses ordinarios e intereses de demora, ha sido calculada correctamente conforme a las estipulaciones contractuales.

Además de lo expresado, la realidad práctica demuestra que los intitulados contratos de préstamo, cuando las cuotas de amortización del mismo se cargan en una cuenta bancaria, como es habitual en la práctica bancaria, pueden dar lugar a añadidas dificultades de liquidación, tanto por la posibilidad de que en dicha cuenta corriente ligada directamente al préstamo se realicen otras operaciones bancarias (domiciliación de recibos, cargos de tarjeta de crédito, de cajero automático, abono de nóminas, etc...) como por la variedad de incidencias que durante la vida del contrato pueden producirse (amortizaciones anticipadas parciales, pagos retrasados, compensaciones con otros activos, etc...).

Por eso, la realidad práctica muestra que en las pólizas de préstamo en las que se prevé su pago en cuotas periódicas se incluye el pacto de liquidez.

Consecuencia de lo anterior es que no quepa estimar que los préstamos de dinero a interés fijo necesariamente son líquidos "per se" y que, por tanto las pólizas que los documentan son ejecutivas sin necesidad de liquidación y sólo con la exigencia de intervención de fedatario público. Y ello porque cuando la cantidad debida y reclamada, no coincidente con el capital prestado, no se encuentre determinada expresamente en el título mediante "letras, cifras o guarismos" (art.572.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino que sea fruto de una determinación o liquidación, se estará dentro del ámbito de aplicación del art. 572.2 de la citada Ley y exigencias derivadas del mismo, liquidación a todas luces necesaria si es fruto de la aplicación por la entidad bancaria de la cláusula que le autoriza al vencimiento anticipado."

Por lo anterior, sin necesidad de analizar el resto de causas alegadas, procede estimar el recurso, revocar la resolución recurrida y, no siendo subsanable el defecto apreciado, acordar el archivo del procedimiento.

CUARTO.- Costas de Primera Instancia.

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 559 LEC, las costas procesales causadas deben ser impuestas a la parte ejecutante.

QUINTO.- Costas de esta alzada.

No procede realizar expresa imposición de las causadas, de conformidad con lo establecido en el art. 398.2 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. _____, en nombre y representación de _____ frente al Auto de fecha 24 de Mayo de 2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº _____ de Navalcarnero en procedimiento de Ejecución hipotecaria _____ /2015 y en consecuencia, Acordamos

1.- Revocar, y dejar totalmente sin efecto el Auto apelado y en su lugar se dicta otro por el que se estima la oposición formulada por la Procuradora Sra. _____ en la representación que ostenta y al apreciar la ausencia de pacto de liquidez, se acuerda dejar sin efecto la ejecución despachada con las consecuencias inherentes y el archivo del procedimiento, con imposición de costas a la parte ejecutante.

2.- No hacer expresa y especial imposición de las costas causadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009,

de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario ni extraordinario alguno de acuerdo con el artículo 477 de la LEC.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal

de la misma para su unión al rollo. En Madrid a diecisiete de septiembre de dos mil dieciocho. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ