



Roj: **AAP B 7212/2018** - ECLI: **ES:APB:2018:7212A**

Id Cendoj: **08019370162018200315**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **19/11/2018**

Nº de Recurso: **318/2018**

Nº de Resolución: **363/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA CARMEN DOMINGUEZ NARANJO**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866200

FAX: 934867114

EMAIL:aps16.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0809642120158210125

**Recurso de apelación 318/2018 -B**

Materia: P.S. oposición a **ejecución hipotecaria**

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Granollers**

**Procedimiento de origen: P.S. Oposición a la ejecución hipotecaria 364/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Antonio

Procurador/a: Monica Alvarez Fernandez

Abogado/a: Maximo Dominguez Sanz

Parte recurrida: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Procurador/a: Ramon Davi Navarro

Abogado/a: Fernando Cañellas De Colmenares

**AUTO Nº 363/2018**

**Magistradas/o Sras/Sr :**

D<sup>a</sup>. Inmaculada Zapata Camacho

D. Federico Holgado Madruga

D<sup>a</sup>. Carme Domínguez Naranjo

Barcelona, 19 de noviembre de 2018

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de P.S. Oposición a la **ejecución hipotecaria** 364/2016 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Granollers, a instancia de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representado en esta alzada por el Procurador D. Ramon Davi Navarro, contra Regina y Antonio, representado este último en esta alzada por la Procuradora D<sup>a</sup> Mónica Álvarez Fernández. Estas actuaciones penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte D. Antonio contra el Auto dictado el día 02/2/2017 y su auto aclaratorio de 20/6/2017 por el Sr. Juez del expresado Juzgado.

## ANTECEDENTES DE HECHO:

**PRIMERO.**- La parte dispositiva del auto apelado es del tenor literal siguiente:

" **ESTIMO TOTALMENTE** la oposición a la **ejecución** presentada por don Jorge Cot Gargallo, Procurador de los Tribunales y don Antonio, frente a la demanda de **ejecución** presentada por don Ramón Davi Navarro, Procurador de los Tribunales y de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y apreciando el carácter abusivo de la cláusula 3.2 de la escritura de novación del préstamo con garantía **hipotecaria** suscrita en fecha 7 de octubre de 2010 relativa al límite establecido para el interés ordinario pactado, **DECLARO** que dicha cláusula debe tenerse por no puesta y que, consecuentemente, procede seguir adelante con la **ejecución** despachada debiendo la parte ejecutante presentar una nueva liquidación de la deuda reclamada sin aplicación de la cláusula suelo considerada nula.

Condeno a la parte ejecutante al pago de las costas."

Y la de su auto aclaratorio, del tenor literal siguiente:

" **ESTIMO** la petición de aclaración formulada por la parte demandante y corrijo el error material en que incurre el párrafo segundo del Fundamento de Derecho Tercero y el pronunciamiento de la Parte Dispositiva del Auto dictado el día 2 de febrero de 2017 haciendo constar expresamente que la **ESTIMACIÓN PARCIAL** del motivo de oposición planteado por la parte ejecutada conlleva la no imposición de costas."

**SEGUNDO.**- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por D. Antonio mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso en tiempo y forma legal. Elevados los autos a esta Audiencia Provincial se procedió a dar el trámite pertinente señalándose para votación y fallo el día 15/11/2018.

**TERCERO.**- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Vistos siendo ponente la magistrado D<sup>a</sup>. Carme Domínguez Naranjo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

*El procedimiento en la primera instancia*

BBVA instó este procedimiento de **ejecución hipotecaria** mediante demanda fechada a 28 de noviembre de 2016.

Uno de los demandados, Don Antonio, se opuso a la **ejecución** y alegó el carácter abusivo de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés remuneratorio del préstamo o cláusula suelo. Solicitó, con carácter principal, el sobreseimiento del proceso por esa causa.

El juzgado estimó, en parte, la oposición. La juez consideró abusiva la cláusula suelo; apreció su nulidad y concedió a la parte ejecutante el plazo de 20 días para que recalculara la cantidad adeudada por la parte ejecutada y presentara una nueva liquidación.

*Motivos de apelación*

Don Antonio apela contra el auto del juzgado. En su recurso, alega: 1) que debería haber sido desestimada la demanda ejecutiva, por la nulidad de la cláusula suelo que se ha declarado abusiva, y 2) que debían imponerse las costas a la parte ejecutante.

*Oposición de BBVA al recurso de apelación*

BBVA solicita que el recurso sea desestimado íntegramente. Alega que el efecto de la declaración de la nulidad de la cláusula suelo no es el sobreseimiento de la **ejecución**, sino el recálculo de la deuda tal como estableció la STS 09/05/2013.

*Los efectos de la nulidad de la cláusula suelo*

La apreciación del carácter abusivo de la cláusula suelo determina su nulidad. La cláusula abusiva debe tenerse por no puesta.

La parte apelante no discute que, según resulta de la documentación aportada con la demanda y, singularmente, del acta de liquidación de la deuda, el banco aplicó la cláusula suelo a las cuotas cuyo impago ha fundamentado la **ejecución**. El interés remuneratorio aplicado en tales cuotas fue el del 6 % anual, es decir, el previsto en la cláusula tercera II) del contrato de novación de préstamo. En concreto los períodos que van desde octubre de 2012 a mayo de 2013, tal como se detalla además en la demanda de **ejecución** (fol.4).



Tal como ha entendido la parte apelante y como hemos dicho en ocasiones anteriores como por ejemplo en nuestro rollo de sala n.º 202/2017 : "ello afecta a la liquidez de la deuda por la que se instó y se despachó la **ejecución**. Concretamente, afecta al importe de los intereses remuneratorios de las cuotas impagadas, cuantificados incorrectamente por la ejecutante -con base en la cláusula suelo abusiva. En otras palabras, la cláusula abusiva de limitación a la variación del tipo de interés ha fundamentado, en parte, la **ejecución**, en los términos del artículo 695.1.4ª y 695.3.II de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). De acuerdo con el último precepto, la **ejecución** debía sobreseerse".

En consecuencia, estimaremos el recurso de apelación y acordaremos el sobreseimiento del proceso por la falta de liquidez referida.

Costas

Estimado el recurso de apelación, no se imponen las costas de la segunda instancia ( artículo 398 LEC).

Tampoco se imponen las costas de la primera instancia, atendida la controversia existente en los tribunales, al tiempo de la oposición a la **ejecución**, sobre los efectos de la cláusula suelo ( artículos 561, 394 y 398 LEC).

#### PARTE DISPOSITIVA:

**Estimamos** el recurso de apelación formulado por Don Antonio , contra el auto dictado, el 02/02/2017 y aclarado por auto de 20/06/2017, por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granollers, en la oposición de Don Antonio a la **ejecución hipotecaria** número 364/2016, instada por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A..

Revocamos el auto del juzgado.

Estimamos la oposición de Don Antonio .

Acordamos el sobreseimiento de la **ejecución**, con levantamiento de las medidas acordadas.

No se imponen las costas de ninguna de las dos instancias.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento.

Así por esta nuestra resolución de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.