



Roj: **AAP GI 339/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:339A**

Id Cendoj: **17079370022019200104**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **23/05/2019**

Nº de Recurso: **771/2018**

Nº de Resolución: **124/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Sección nº 02 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)**

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps2.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120188163189

**Recurso de apelación 771/2018 -2**

Materia: Apelación civil

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona**

**Procedimiento de origen: Juicio Monitorio 1062/2018**

Parte recurrente/Solicitante: SANTANDER CONSUMER FINANCE S.A.

Procurador/a: Santiago Capdevila Brophy

Abogado/a: MARIA DOLORES GARCIA PARRA

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

**AUTO Nº 124/2019**

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. Jose Isidro Rey Huidobro

MAGISTRADOS

D. JOAQUIM FERNÁNDEZ FONT

Dª. MARIA ISABEL SOLER NAVARRO

D. JAUME MASFARRÉ COLL

Girona, 23 de mayo de 2019

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** . En fecha 6 de noviembre de 2018 se han recibido los autos de Juicio Monitorio 1062/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. SANTIAGO CAPDEVILA BROPHY, en nombre y representación de SANTANDER CONSUMER FINANCE S.A. Contra el Auto de 6 de septiembre de 2018 .

**SEGUNDO** . El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"

#### **DISPONGO**

*Que procede la admisión del presente procedimiento, si bien por el importe 3.286,01 € correspondiente a las cuotas impagadas del contrato de préstamo."*

**TERCERO**. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 16/05/2019.

**CUARTO**. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado D. Jose Isidro Rey Huidobro.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** .- Se aceptan los fundamentos de la resolución apelada, en lo que no se contradigan con los que a continuación se desarrollan.

**SEGUNDO**.- Se interpuso recurso de apelación por SANTANDER CONSUMER, FINANCE,S.A., contra el auto DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2018, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Girona , en el que se admitió parcialmente la demanda de juicio monitorio presentada por dicha parte, únicamente por las cuotas impagadas del contrato de préstamo.

La juzgadora de instancia no admitió en su integridad la demanda al considerar que la **cláusula** 10) de las condiciones generales del contrato de préstamo de 1 de febrero del 2016, debe ser declarada nula por cuanto prevé el vencimiento anticipado por el impago de dos o más recibos, fijando la cantidad correspondiente a las cuotas impagadas en 8.862,13 €.

**TERCERO**.- Compartimos plenamente la decisión de primera instancia, ya que según la jurisprudencia del TJUE el análisis de la **cláusula** debe ser en abstracto con independencia de que el acreedor bancario haya pospuesto la decisión del cierre de la cuenta y aplicado el vencimiento anticipado después de varias mensualidades,(en este caso 13), impagadas (STJUE 26/01/.17).

En cuanto al reproche en el sentido de que no debe acordarse el sobreseimiento del procedimiento, sino la prosecución del trámite monitorio, el TJUE, en la sentencia de 14 de marzo de 2013, reiterada en la de 26 de enero de 2017, establece los criterios que los tribunales nacionales han de tener en cuenta al apreciar si una **cláusula** se puede considerar abusiva.

En primer lugar se habrá de analizar si el vencimiento anticipado está condicionado contractualmente al incumplimiento de una obligación esencial.

En segundo, si la falta de cumplimiento es lo suficientemente grave en relación a la duración y cuantía del préstamo.

En tercero, si esta facultad se puede considerar excepcional respecto al conjunto de normas que regulan la materia de que se trate.

Y finalmente si el derecho nacional prevé mecanismos adecuados y eficaces que permitan al consumidor remediar los efectos del vencimiento anticipado.

La última de aquellas sentencias hacía referencia a que el carácter abusivo de una **cláusula** se ha de apreciar, incluso de oficio, aunque el profesional no la haya aplicado, derivándose las consecuencias jurídicas oportunas.

La reciente STJUE de 26.3.19 ha abordado esta cuestión y ha concluido que si el juez nacional considera que el contrato puede subsistir ante la declaración de nulidad de la **cláusula** de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota, o en este caso dos, debe declararla nula siempre que el consumidor no resulte más perjudicado. En el presente caso no nos hallamos ante una ejecución hipotecaria y por ello no hay una garantía



real vinculada con el contrato de préstamo, consideramos que la **cláusula** de vencimiento anticipado debe ser declarada nula y solo puede proseguir la solicitud de monitorio por las cuotas ya vencidas en el momento de su presentación y las posteriores vencidas hasta la fecha de la presente resolución, decisión a la que llega la juez de instancia y que no resulta más perjudicial para el consumidor.

**CUARTO.-** Por otro lado, debe señalarse que para el inicio del juicio monitorio es necesario que la cantidad cuyo pago se pretende sea una deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada ( artículo 812 de la L.E.C .).

Si el vencimiento anticipado se declara abusivo de acuerdo con la facultad que se concede al Juez al admitir la demanda ( artículo 815.4 de la L.E.C .) el capital que falta por vencer no sería una cantidad vencida, pues el acreedor no tiene el amparo contractual que le faculte para hacerlo, ni tampoco el judicial pues precisaría una sentencia firme que declarase la resolución del contrato al amparo del artículo 1124 o del 1129 del Código civil y condenase a la devolución del capital que falta por vencer, y tal decisión sólo puede acordarse en el procedimiento verbal u ordinario.

En conclusión, el recurso no puede prosperar por cuanto la decisión de mantener solo la solicitud de monitorio a la suma ya vencida en el momento de su solicitud y las posteriores que hayan vencido hasta la fecha de la presente resolución, es acorde con la jurisprudencia europea que interpreta la Directiva 93/13 y se ajusta al artículo 812 de la L.E.C . que sólo permite acudir al procedimiento monitorio por las cantidades vencidas y exigibles. Lo único que podemos aceptar es que cuando se practique la liquidación que le exige la resolución recurrida se incluyan aquellas cantidades vencidas y no pagadas hasta esta resolución en atención a todas las circunstancias jurídicas y procesales que está generando la cuestión del vencimiento anticipado.

Ello comporta una parcial estimación del recurso, porque mientras que la resolución apelada admite a trámite el procedimiento por las cuotas impagadas a la fecha del vencimiento anticipado, este tribunal acuerda la admisión por las cuotas vencidas hasta entonces y no pagadas, y las que se hayan venido meritando hasta la fecha de esta resolución, manteniendo no obstante la declaración de nula por abusiva, de la **cláusula** de vencimiento anticipado.

**QUINTO.-** La parcial estimación del recurso conlleva la no especial imposición de las costas de esta apelación, conforme al art 398.2 de la LEC . Y la devolución del depósito efectuado para recurrir, DA 15ª LOPJ .

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

## PARTE DISPOSITIVA

**Estimando en parte** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. SANTIAGO CAPDEVILA BROPHY en nombre y representación de SANTANDER CONSUMER, FINANCE S.A. contra el auto de 6 de septiembre de 2018, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Girona en el juicio monitorio 1062/2018, del que el presente Rollo dimana, revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido siguiente:

Se admite a trámite la petición monitoria por la suma correspondiente a las cuotas vencidas y no pagadas a la fecha de la presente resolución, que serán incluidas en la liquidación de la deuda, confirmándose no obstante la declaración de nulidad de la **cláusula** de vencimiento anticipado contenida en la póliza de préstamo, que se hace en la resolución apelada. Sin perjuicio de que por el órgano "a quo" se proceda al análisis de otras eventuales **cláusulas abusivas**.

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas de esta apelación.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y, remítanse las actuaciones originales al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del que proceden.

Así lo ha decidido la Sala, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados ya indicados, quienes, a continuación, firman.