Fec. Recepción: 05/12/2013 [09:42:42]
Notificado el: 06/12/2013
Letrado Direc.: MORENO, CARMEN
Cliente: [redacted], MARIA JOSE
Asunto: 001/120010

JAVALOYES LEGAL.

AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSEXTA
ROLLO Nº. 222/2013 -A
Incdte. de Oposición a Ejecución Hipotecaria Núm. 644/2011
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 3 CORNELLÁ DE LLOBREGAT

A U T O nº 296/2013

Ilmos. Sres.
AGUSTIN FERRER BARRIENDOS
JORDI SEGUÍ PUNTAS
JOSE LUIS VALDIVIESO POLAINO

En la ciudad de Barcelona, a tres de diciembre de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Dieciséis de esta Audiencia Provincial, el presente incidente de oposición en los autos de ejecucion hipotecaria, número 644/2011 seguidos por el Juzgado Primera de Instancia nº 3 de Cornellá de Llobregat, a instancias de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (ejecutante y demandada incidental), representada por el Procurador D. José Antonio López-Jurado González contra [redacted] (ejecutado) que no ha intervenido en el presente incidente, y [redacted], (ejecutada y demandante incidental) [redacted]; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso

de apelación interpuesto por la parte ejecutante, contra el Auto dictado el día dieciocho de junio de dos mil doce por la Sra. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva del Auto apelado es del tenor literal siguiente: "acuerdo: Estimar la oposición deducida por la Procuradora Sra. Miras, en nombre y representación de [redacted] contra la ejecución despachada, acordando el sobreseimiento de la ejecución respecto de [redacted], ordenando la prosecución de ésta respecto de [redacted]
Se imponen a la ejecutante las costas de la oposición.".

SEGUNDO.- Contra el anterior Auto se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la ejecutante BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte ejecutada María José [redacted] que se opuso mediante escrito de su Procuradora en la 1ª instancia Doña Ana María Miras Royo. Elevados los autos a esta Superioridad, se procedió a dar el trámite correspondiente señalándose para votación y fallo el día 14 de noviembre de 2013.

Vistos siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. AGUSTIN FERRER BARRIENDOS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En 30 de diciembre de 2002, el Sr. Juan Manuel [redacted] con el banco ejecutante un préstamo por importe de 264.500 euros a devolver en 360 cuotas mensuales a un interés remuneratorio inicial de 4% y posteriormente variable conforme a Euribor a un año + 0,75%. En dicho contrato, aparte de la garantía hipotecaria ofrecida por el

prestatario sobre la vivienda y plaza de aparcamiento para cuya adquisición se concertaba el préstamo, interviene también como fiadora solidaria la Sra. María José [redacted], hoy apelante.

En fecha 7 de abril de 2008, el prestatario y el banco, sin intervención de la fiadora citada, negocian una modificación del contrato anterior consistente, por un lado, en ampliación del préstamo en 100.000 euros sobre el capital en tal momento pendiente de amortizar por lo que se cifra la cantidad pendiente de devolución en 340.034,76 euros; por otro lado, se amplía el plazo de devolución del préstamo, a 45 años (hasta 29 de febrero de 2048) y, finalmente, se modifica al alza el tipo de interés tanto el inicial (5,20%) como el variable siguiente (0,85% sobre Euribor ó el 0,85% sobre el tipo resultante del conjunto de préstamos hipotecarios sobre viviendas a tres años).

Ante los impagos producidos durante los meses iniciales de 2011, el banco dio por vencido el contrato procediendo a realizar liquidación notarial en 15 de junio de aquel año, interponiendo demanda de ejecución hipotecaria que dirige, tanto contra el prestatario hipotecante, como contra la fiadora solidaria. Esta opone, -aparte de otros motivos de difícil admisión, como la falta de notificación de la que consta envío a la dirección correcta u otras de difícil encaje en un proceso hipotecario- esencialmente la falta de legitimación pasiva tanto en sentido procesal (no procede dirigir ejecución inicial contra la avalista en un proceso hipotecario) como en sentido material, por extinción de la fianza conforme a lo dispuesto en art. 1851 del código civil.

El Juzgado de Primera Instancia, en la resolución que hoy es objeto de recurso, estima la extinción de la fianza por razón de la novación ocurrida, sin que ya entre al estudio y resolución de los restantes motivos alegados.

SEGUNDO.- El contrato de 7 de abril de 2008 constituye sin duda una novación sólo modificativa del préstamo

originario, de manera que su otorgamiento, por sí mismo, no extingue aquellas obligaciones que no estuvieran literalmente reproducidas en el nuevo contrato. El problema estriba en la pretensión del banco ejecutante de hacer pasar a la fiadora por lo pactado con el prestatario sin su intervención y esta cuestión plantea, a su vez, la necesidad de valorar la interpretación de la cláusula de afianzamiento que, como se verá, resalta las consecuencias materiales de la discutida cuestión de la legitimación pasiva de la avalista en el proceso de ejecución hipotecaria.

En relación a la cláusula de afianzamiento, como bien dice el banco apelante, es claro que el aplazamiento está efectuado con el consentimiento de la avalista y así se dice expresamente indicándose: "la fiadora solidaria consiente, desde ahora, a todos los efectos las moratorias o facilidades que el banco conceda a la parte prestataria..". No compartimos pues la conclusión del Juzgado respecto de que estamos ante un aplazamiento no consentido y que proceda aplicar la extinción del contrato establecida en art. 1851 del código civil.

Por lo demás si hacemos abstracción del enredo conceptual, no se ve motivo por el cual la Sra. [redacted] debiera quedar liberada de pagar la cantidad que afianzó dentro del plazo que afianzó, que es donde estamos, pues el préstamo inicial de 2002 era por treinta años.

La demandada alega la abusividad de tal cláusula de consentimiento anticipado en un contrato que se corresponde con el ámbito de consumidores. Hay que decir, sin embargo, que la única cláusula de aquella escritura que afectaba a la Sra. [redacted] es la del afianzamiento, de manera que no estamos ante una cláusula general más o menos perdida en la redacción del contrato sino en lo único cuyo consentimiento expreso motivó su presencia en la notaría. Con independencia de ello, consideramos que el común sentir de los fiadores solidarios es precisamente el de agradecer al acreedor cualquier aplazamiento o negociación que pudiera permitir al deudor

material resolver la situación, antes que proceder contra ellos, por muy solidarios que sean. De manera que, per se, no parece abusiva tal cláusula cuya racionalidad material se complementa precisamente con las excepciones que se concretan sobre aumento de deuda.

Dicho todo esto, hay que referirse necesariamente al otro parámetro de aquel consentimiento anticipado pues la cláusula sigue diciendo: "así como las modificaciones de las condiciones de la operación de préstamo que se formaliza en esta escritura y que pudieran convenir en el futuro el banco y la parte prestataria, siempre y cuando no supongan un aumento de la cuantía del préstamo o del tipo de interés y comisiones". Ocurre que lo que se ha hecho en la escritura de novación, aparte de aquel aplazamiento (desde 2032 a 2048) que ya se ha dicho debe considerarse consentido, es precisamente aumentar su onerosidad a través del aumento del capital prestado y mediante la modificación del tipo de interés, de manera que el banco no puede utilizar aquella autorización para justificar la reclamación en la forma que postula que obviamente es la consecuencia resultante del cierre del contrato en las condiciones en que quedó novado, no en el que se desprendiera de las condiciones iniciales.

La Sra. [redacted] asumió una responsabilidad solidaria y entendemos que consintió anticipada y válidamente su extensión temporal futura respecto de la amortización originariamente prevista, pero tal responsabilidad nunca podría exceder de la cantidad por ella garantizada, pues no intervino en la citada novación de 7 de abril de 2008 y sin que su consentimiento pueda entenderse a las cantidades diferenciales. Estamos pues ante una fianza solidaria pero limitada a determinada cantidad.

TERCERO.- La anterior circunstancia obliga a entrar en la controvertida cuestión de la legitimación pasiva de los fiadores en los procesos de ejecución hipotecaria.

El banco ejecutante alega que el motivo de dirigir también

la acción contra la avalista estriba en la previsión de que no pueda recuperarse el total adeudado mediante la ejecución de la garantía inmobiliaria por lo que el proceso previsiblemente continuará contra la fiadora solidaria.

Es posible que ocurra así. E incluso podemos afirmar que la fiadora podría tener interés legítimo en estar presente en el proceso hipotecario, dada su previsible responsabilidad final. Pero debe constatarse, por un lado, que precisamente la fiadora aquí está alegando interés en lo contrario.

Por otro lado debe observarse que la cantidad por la que tendría que responder la fiadora, caso de que el apremio del inmueble dado en garantía no cubriese la totalidad de lo adeudado, sería la cifra diferencial entre lo que ahora se adeuda y lo que no se cubriera por la subasta del inmueble (art. 579 de la Ley de enjuiciamiento civil) por lo que un embargo actual por la totalidad de la deuda en este momento, si bien es interesante para el acreedor que tiene a su favor el carácter solidario de la fianza, no lo es para la deudora no ya por alcance material del embargo (que, en lo que cubre, sería igual en un proceso de ejecución común paralelo) sino también porque las excepciones que podría oponer a su responsabilidad como fiadora -las propias de un proceso de ejecución común- no puede hacerlas valer en el proceso hipotecario en el que se ha visto inmersa.

En el caso presente la situación resulta más singular porque, conforme a lo que antes se indicó, estaríamos ante una diferente extensión cuantitativa de la deuda incluso inicial de la fiadora respecto del prestatario, lo que llevaría a tener que desdoblar un proceso que es limitado a la ejecución contra determinados bienes, a una especie de desdoblamiento no compatible con su propia estructura. Quizás sea por ello que la redacción del art. 685.1 de la ley de enjuiciamiento, que parece redactado con cierto cuidado, no mencione al fiador, al igual que ocurre en el art. 681.1 del mismo texto legal.

Aun conociendo que en esta misma Audiencia se han mantenido pareceres no coincidentes, se aceptará la falta de legitimación pasiva opuesta por la fiadora solidaria Sra. Mª [redacted] a la demanda de ejecución hipotecaria promovida por BBVA que aquí se enjuicia, dadas las circunstancias concretas del caso y en línea con lo resuelto por la Sección 17ª en 29 de enero de 2008 y Sección 1ª en resolución de 23 de febrero de 2010.

ÚLTIMO.- Aunque materialmente se confirmará la resolución recurrida, no se hará especial imposición de las costas del recurso habida cuenta de que lo es por motivo diferente a que justificaba el pronunciamiento recurrido.

Pronunciamiento que no afectará al depósito para recurrir, dada su específica normativa.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Cornellà de Llobregat en fecha 18 de junio de 2012, sin hacer expresa imposición de las costas del recurso, pero con pérdida del depósito efectuado para recurrir.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia con testimonio para su cumplimiento.

Así lo acordamos y firmamos. Doy Fe.