

## ACUERDOS UNIFICACIÓN CRITERIOS DE LAS SECCIONES CIVILES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

El pasado viernes 20 de abril de 2018 se celebró reunión de Presidentes de las Secciones Civiles de esta Audiencia al amparo de lo previsto en los artículos 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 57.1 c) del Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de Tribunales, en la que se adoptaron por unanimidad las siguientes decisiones sobre unificación de criterios:

**Cuestión: Admisibilidad del recurso de apelación frente a la sentencia dictada en procedimiento verbal del artículo 250.1.7º LEC, para la efectividad de derechos reales inscritos, cuando el demandado no ha prestado en la instancia caución para oponerse.**

### Respuesta

La ausencia de prestación de la caución prevenida en los arts. 439.2. 2º; 440. 2. y 444. 2. LEC en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de la misma norma no justifica la inadmisión del recurso de apelación

### Justificación

1. El Tribunal Constitucional en la sentencia de 25 de febrero de 2002 destacaba la ponderación de las circunstancias del caso que han de ser consideradas para la concreción de la caución; así el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, como las consecuencias económicas para el actor e, igualmente, la capacidad económica del demandado.

Y señalaba de modo expreso como la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor, podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el art. 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte.

2. Entendemos así que se hace necesaria la posibilidad de examen tanto de la concreción de la caución como de las condiciones económicas del demandado, también en sede de recurso de apelación, y que no debe ser obstáculo para la admisión de este la ausencia de prestación cuando tal exigencia no deriva de los artículos 449 y 455 LEC

Sobre esta base será el Tribunal de apelación quien habrá de analizar si el Órgano de instancia ha impedido a la parte el ejercicio del derecho de defensa, en justificación de sus derechos o de replicar las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción; también si la indefensión ha sido consecuencia de una acción u omisión atribuible al órgano judicial o bien imputable al propio interesado, al no actuar con la diligencia razonablemente exigible en defensa de sus derechos e intereses, o al adoptar una actitud pasiva con el fin de marginarse voluntariamente del procedimiento, en cuanto no resulta admisible constitucionalmente una queja de indefensión de quien con su conducta propició o coadyuvó a la misma.

3. Por tanto, la simple ausencia de prestación de la caución no puede justificar, *per se*, la inadmisión del recurso de apelación planteado.

**Cuestión: Fuerza ejecutiva del título derivado del art.3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, tras su derogación por Ley 20/2015, de 14 de julio**

Respuesta:

El título derivado del art.3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, carece de fuerza ejecutiva tras su derogación por Ley 20/2015, de 14 de julio, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2016

Justificación:

1. El art. 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, establecía en su párrafo segundo : *“El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley”.*

Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en su Disposición final tercera modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Introduce una “Disposición Derogatoria Tercera” que deroga, entre otras, la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; modifica la “Disposición adicional primera. Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción” y, finalmente, añade una “Disposición Transitoria Tercera” de Adaptación al régimen introducido por la disposición adicional primera «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción».

Así pues, desde la entrada en vigor de dicha Ley el 1.1.2016, la Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción se rige por las previsiones de la indicada Disposición Adicional Primera de la LOE, en relación con el art. 19 de la misma

2. La Ley 57/68 facilitaba al cesionario un título con fuerza ejecutiva que le permitía acudir al procedimiento de ejecución para reclamar la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho de acuerdo con lo establecido en la propia Ley. Los documentos a los que se refiere el art. 3 citado son título que lleva aparejada ejecución al amparo del art. 517.2.9 de la LEC.

La nueva regulación contenida en la D.A. 1ª de la LOE no contempla la creación de este título ejecutivo (el punto Dos.1.h) prevé la posibilidad de “reclamar al asegurador el abono de la indemnización correspondiente” y el punto Dos.2.b) establece que “podrá exigir al avalista el abono de dichas cantidades”). Tampoco se hace referencia alguna a este respecto en las normas transitorias. De manera que desaparece el carácter de título ejecutivo de estos documentos.

3. La cuestión plantea la subsistencia del título ejecutivo previsto en el art. 3 de la Ley 57/1968 en los supuestos de avales o seguros concertados durante la vigencia de dicha Ley tras su derogación. Cuestión que debe ser resuelta desde la perspectiva de la naturaleza de las normas procesales y su aplicación en el tiempo.

Podríamos convenir que un título dotado de fuerza ejecutiva, creado bajo la vigencia de una determinada norma, la mantiene a pesar de su derogación.

Ahora bien, en este caso la concertación del seguro o la constitución del aval por sí solos no generan título ejecutivo alguno, sino que el título ejecutivo está integrado por el contrato de seguro o el aval “unidos” al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda. Por tanto, no hay título ejecutivo sino con la unión de ambos documentos, y ambos documentos tienen fuerza ejecutiva por disposición legal. Derogada la norma que confería fuerza ejecutiva a la integración de ambos documentos, habríamos de concluir que el título ejecutivo no llega a nacer en aquellos casos en que el documento fehaciente que acredite la no iniciación de las obras o de entrega de la vivienda es de fecha posterior a la derogación de la Ley.

Todo ello sin perjuicio de que el adquirente pueda acudir a los tribunales para exigir la entrega de las cantidades que le correspondan por la vía declarativa que corresponda.

4. En último término, cabría cuestionarse si podría considerarse como título con fuerza ejecutiva a los efectos del art. 517.2.9 LEC en aquellos supuestos en que tanto el contrato de seguro o el aval como el documento fehaciente que acredita la falta de iniciación de las obras o la falta de entrega son anteriores a la derogación de la norma, pero el procedimiento ejecutivo se instase con posterioridad a la misma.

El proceso aún no iniciado se rige por la ley nueva, con independencia de la norma que resulte temporalmente de aplicación a la relación jurídico sustantiva. Parece que en este caso tampoco se podrá acceder ya al proceso de ejecución, pues resultaría que a la fecha de interposición de la demanda ejecutiva, y desde el día 1 de enero de 2016, tales contratos y documentos fehacientes carecerían ya del carácter de títulos ejecutivos en cuanto que desde la referida fecha no podría ya considerárseles incluidos dentro del artículo 517.2. 9º de la LEC al no existir ya habilitación legal en cuya virtud tales títulos llevasen aparejada ejecución, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 LEC, a salvo disposiciones transitorias que en este caso no concurren, los tribunales habrían de sustanciar los asuntos con arreglo a las normas procesales vigentes y según ellas tal documentación no constituye título que tenga aparejada ejecución.

**Cuestión: Recurso de apelación frente al auto de instancia que acuerda la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria en tanto no se resuelva la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en virtud de auto de fecha 8 de febrero de 2017 (Recurso Num: 1752/2014) relativa a la cláusula de vencimiento**

Respuesta:

La resolución de instancia que acuerda la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria en tanto no se resuelva la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en virtud de auto de fecha 8 de febrero de 2017 (Recurso Num: 1752/2014), relativa a la cláusula de vencimiento anticipado, es susceptible de recurso de apelación conforme a lo previsto en el art.43 LEC *in fine*, y, sentado lo anterior, procede confirmar dicha resolución en línea con lo acordado por los magistrados/as de las Secciones Civiles de esta Audiencia en fecha 10 de febrero de 2017 en relación a la suspensión de la tramitación de los recursos afectados por tal cuestión prejudicial

Justificación:

1. Conviene comenzar por advertir que la resolución de instancia que acuerda la suspensión por cuestión prejudicial civil es susceptible de recurso de apelación conforme a lo previsto en el art.43 LEC *in fine*

2. Las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona mantenían criterio distinto acerca de las consecuencias que derivan de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en un proceso hipotecario, así (i) unas consideraban que procede en todo caso el sobreseimiento de la ejecución mientras que (ii) otras entendían que procede analizar la gravedad del incumplimiento de la obligación de pago para decidir sobre la continuación o sobreseimiento de la ejecución.

En ambos casos, se parte de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado cuando la misma atiende a una sola cuota en atención a la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo recogida en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016

3. La Sala 1ª del Tribunal Supremo dictó auto de fecha 8 de febrero de 2017 en el que acuerda plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que incluye las siguientes preguntas:

*“1.º- ¿Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad?”*

*2.º- ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para -una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria- poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?”*

4. La cuestión jurídica que se viene planteando en los recursos de apelación interpuestos en procesos de ejecución hipotecaria referida a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una cuota, y las consecuencias de tal declaración, está directamente relacionada con la cuestión prejudicial planteada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, pues la resolución de tales recursos precisa de un pronunciamiento sobre la nulidad de la cláusula en cuestión, así como sobre las consecuencias de tal declaración.

La existencia de directa vinculación entre las cuestiones jurídicas planteadas ante las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial y el objeto de la cuestión prejudicial planteada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo determinó que los magistrados/as de las Secciones Civiles de esta Audiencia en fecha 10 de febrero de 2017 consideraran procedente la decisión de suspensión de los recursos de apelación hasta que el TJUE dicte sentencia en que resuelva dicha cuestión prejudicial por cuanto advertían que concurrían –como precedente- los motivos aducidos por el Tribunal Supremo para suspender la tramitación de los recursos de casación en que debía analizar los efectos de la declaración de la nulidad de la cláusula suelo (ATS, Sala 1ª, 12 abril 2016), esto es:

a) El juicio de relevancia exigido por el art. 267 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea ha de ser positivo: las facultades del tribunal nacional respecto de las que se ha planteado la cuestión prejudicial son de aplicación para resolver los recursos de apelación.

b) Las dudas sobre las facultades de un tribunal nacional en esta cuestión han sido suscitadas por la propia Sala 1ª del Tribunal Supremo tras dictar dos sentencias sobre la materia.

Conviene advertir en este punto que, siendo planteada la cuestión por el Tribunal Supremo, que conforme al Derecho español (arts. 123 de la Constitución y 1.6 del Código Civil), crea jurisprudencia, mientras no haya una solución clara y una jurisprudencia estable, sin riesgo de ser declarada por el TJUE como incompatible con el Derecho de la Unión, no existe un criterio uniforme que puedan seguir el resto de tribunales nacionales, con la consiguiente inseguridad jurídica en un tema tan sensible como la vivienda familiar.

c) Contra los autos que deban dictar las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial resolviendo los recursos de apelación formulados en los procesos de ejecución hipotecaria no cabe interponer recurso alguno en vía judicial.

d) Aunque la concurrencia de los anteriores requisitos determinarían de



ordinario la procedencia del planteamiento de una cuestión prejudicial conforme al art. 267 TFUE, al estar planteada la misma por la Sala 1ª del Tribunal Supremo; carece de sentido el planteamiento de la cuestión por esta Audiencia Provincial, pues nada añadiría a la resolución de la cuestión por el TJUE y supondría una mayor dilación en la resolución de los recursos.

5. Los anteriores argumentos sirven para confirmar la resolución que acuerda en la instancia la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria en tanto no se resuelva la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en virtud de auto de fecha 8 de febrero de 2017 (Recurso Num: 1752/2014), relativa a la cláusula de vencimiento, dado que la cuestión suscitada en tales procesos queda afectada por el planteamiento de la cuestión prejudicial en cuestión, de modo que procede confirmar la resolución de suspensión apelada en atención a una interpretación conjunta del artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que determina la suspensión del proceso en el que la cuestión prejudicial ha sido planteada, y el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al resultar positivo el juicio de relevancia; unido todo ello a que carece de sentido el planteamiento de la cuestión por el Juzgado de Instancia cuando la misma ya ha sido suscitada por el Tribunal Supremo de modo que nada añadiría a la resolución de la cuestión por el TJUE y supondría una mayor dilación en la resolución de este recurso.

Dese a los presentes acuerdos la oportuna difusión con expresa notificación al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, a los Magistrados/as y Letrados/as de la Administración de Justicia de las Secciones Civiles de esta Audiencia, a los Presidentes de las Audiencias Provinciales de Girona, Tarragona y Lleida, a los Jueces/zas Decanos/as de la provincia de Barcelona, a la Fiscalía Superior de Catalunya, al Consell de l'Abogacia de Catalunya y al Consell de Col·legi de Procuradors de Catalunya.

