

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2 de Santander

Recurso de Apelación (Autos) 0000271/2023

NIG: 3907542120200003374

AP003

Avda Pedro San Martin S/N Santander Tfno: 942357123 Fax: 942357142

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 8 de Santander de Santander Procedimiento Ordinario 0000267/2020 - 0

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón. a través de la sede electrónica.
(Acceso Vereda para personas jurídicas) WWW000

A U T O N° 000153/2023

Ilmo Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortazar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

Dª. Milagros Martínez Rionda.

D. Justo Manuel García Barros.

=====

En la Ciudad de Santander, a catorce de noviembre de dos mil veintitrés.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, Ordinario núm. 267 de 2020, Rollo de Sala núm. 271 de 2023, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de

Santander, seguidos a instancia de DISSUR BEAS S.L. contra BANCO SANTANDER S.A..

En esta segunda instancia ha sido parte apelante, DISSUR BEAS S.L., representada por la Procuradora Sra. Begoña Peña

Revilla y defendida por el Letrado Sr. Juan Carlos Tirado de la Chica; y apelada la parte demandada Banco Santander S.A., representado por la Procuradora Sra. Belén Bajo Fuente y defendido por el Letrado Sr. Luis Sánchez Aramburu.

1

L o c a l i z a d o r /
Lokalizatzailea3907537002-1c9d3ecc0bbbed7808f4b84e6676c09e0pU7WAA==

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D.

Justo Manuel García Barros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Resumen de antecedentes. 1º.-La procuradora Sra. Soto Soler en representación de la entidad DISSUR Beas S.L. interpuso demanda de procedimiento ordinario contra la entidad Banco Santander SA. Se solicitaba en la misma que se declarara la nulidad de las comisiones de descubierto y se condenara a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 111.439,16 euros, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada cargo en cuenta hasta el dictado de la sentencia que recaiga. La parte demandada solicitó la desestimación íntegra de las pretensiones. 2º. Seguido el procedimiento por sus trámites se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Santander. En ella se desestimaba totalmente la demanda absolviendo a Banco de Santander SA de todos los pedimentos recogidos en la demanda y se imponían las costas a la parte actora. 3º.- Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia se dicta por esta Sección la de 27 de septiembre de 2021 en la cual se realizan los siguientes pronunciamientos: Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad Dissur Beas S.L. revocándose la sentencia en todo lo que sea contradictorio con lo que a continuación se establece. Declaramos la nulidad de la comisión de descubierto con los efectos del artículo 1303 del Código Civil. En ejecución de sentencia se concretará de forma líquida la cantidad que definitivamente deba restituir la demandada a la actora por razón de los abonos acreditados realizados con razón exclusiva en la comisión por descubierto aplicada, a cuya cantidad, de existir, le será de aplicación, una vez liquidada el interés procesal del artículo 576 LEC. El fundamento de derecho cuarto motivaba la anterior resolución de la siguiente manera: "procede, en consecuencia, (artículo 219 LEC) la cantidad que definitivamente debe restituir la demandada a la actora por razón de los abonos acreditados realizados con razón exclusiva en la comisión por descubierto aplicada-y efectivamente aplicada como se deduce de los extractos aportados aunque la incorporación de los apuntes no implica que se haya producido su abono, a cuya cantidad, de existir, le será de aplicación, una vez liquidada, el interés procesal del artículo 576 LEC." 4º.- Con fecha 22 de diciembre de 2021 la parte actora formuló solicitud de liquidación de la cantidad a restituir interesando que se siguiera el procedimiento previsto en los artículos 712 y siguientes, y se diera traslado a la contraparte de la liquidación presentada que ascendía a NUM000,10 euros, concediéndole un plazo de 10 días para manifestar su conformidad con la liquidación u oponerse a la misma. Por diligencia de ordenación de 28 de diciembre de 2021 se dio dicho traslado con advertencia de que si no se contestaba por el requerido en el plazo de 10 días se entendería que prestaba su conformidad a la liquidación presentada. La representación del Banco Santander S.A. presentó escrito manifestando que no procedía a seguir el trámite previsto en el artículo 712 LEC , sino que debía haberse solicitado la ejecución de la sentencia. 5º.- Por diligencia de ordenación de la LAJ de dicho juzgado se acordó, a la vista de los escritos presentados por las partes, que se requiriera a la actora a fin de que presentara la oportuna demanda de ejecución. Contra la misma se interpuso recurso de reposición que, una vez tramitado, dio lugar al decreto de 22 de marzo de 2022 en el que se desestimaba el recurso de reposición. Contra el mismo se interpuso recurso directo de revisión por la parte actora que dio lugar al auto de 24 de junio de 2022 por el cual se desestima el recurso interpuesto al entender que debe ser en el ámbito de la ejecución en donde se lleve a cabo la liquidación de las cantidades debidas. 6º.- Contra dicho auto se interpone recurso de apelación. En el mismo se solicita que se revoque el auto de 24 de junio de 2022, el Decreto de 22 de marzo de 2022 y la diligencia de ordenación de 24 de febrero de 2022 que convalida, y en su lugar se dicte auto por el que se apruebe la liquidación presentada por importe de 88.851,10 euros a pagar por Banco Santander. Por auto de 12 de julio de 2022 se acuerda la inadmisión de dicho recurso al considerar que la resolución dictada no era apelable. Se interpone recurso de queja. Con fecha 13 de septiembre de 2022 la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial dictó auto estimando la queja y acordando que el juzgado diera trámite al recurso de apelación interpuesto. Se

presentó escrito de oposición a la apelación por la representación de la entidad Banco Santander S.A.

SEGUNDO: Contenido del recurso de apelación. Como se ha podido ver en el apartado anterior, nos encontramos en este supuesto con que la parte que había resultado parcialmente vencedora del procedimiento declarativo, Dissur Beas S.L., interesó que se tramitara el incidente de liquidación de la cantidad que debería ser abonada por el Banco siguiendo lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes de la LEC. Requerida la entidad condenada para que mostrara su acuerdo o desacuerdo con la liquidación presentada por la actora, se limitó a manifestar que el procedimiento era inadecuado y que debería haberse interpuesto demanda de ejecución determinando dentro de esta la cantidad a pagar. No se ignora por este Órgano el difícil encaje que tienen el artículo 712 y siguientes con la ejecución, lo que ha dado lugar a pronunciamientos diversos e incluso contradictorios por los tribunales. Es cierto que la lectura literal del artículo 712 lo haría inaplicable a supuestos como el presente en los cuales no se trata de determinar el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o los daños o perjuicios o frutos, rentas o utilidades de productos de cualquier clase. Pero también es cierto que los tribunales hemos venido considerando que en todos aquellos supuestos en los cuales la condena es a una cantidad ilíquida que no pueda determinarse con unas simples operaciones aritméticas se tiene que acudir al procedimiento previsto en el artículo 718 o 719 LEC. Como se ha puesto de relieve por la parte actora el acudir directamente a la ejecución impediría a la parte ejecutada oponerse a la petición económica que se le hiciera ya que no es posible la pluspetición en el caso de ejecución de sentencias. (artículos 556 y 557 LEC). Para facilitar la defensa del ejecutado es por lo que se acude a la mencionada normativa en la que se establece un procedimiento para la liquidación de dichas cantidades.

TERCERO.- Criterio de la Audiencia Provincial. Lo primero que tenemos que decir es que la remisión que se hace por la sentencia dictada por esta sección con fecha 27 de septiembre de 2021 a la ejecución como forma de concretar la cantidad líquida debida no implica que se deba solicitar inmediatamente la demanda de ejecución. No se puede olvidar a estos efectos que los artículos 712 y siguientes, en los que se regula la liquidación de daños y perjuicios, y como hemos visto utilizados para todo tipo de liquidaciones por condenas ilíquidas, se encuentran en el libro III de la LEC destinado a la ejecución forzosa, y en el título V de la ejecución no dineraria. Es decir entre los procedimientos de ejecución. El problema que se ha planteado frecuentemente es el de si se debe iniciar la ejecución, y dentro de ella establecer un incidente de liquidación, o si este incidente debe ser previo a la misma. Cualquiera de estas soluciones se ha venido propugnando por los tribunales sin que haya existido un problema relevante sobre ello. Pero recientemente, a tenor de las condenas a los bancos en estos procedimientos de nulidad de cláusulas abusivas o en los de usura en las tarjetas de crédito, se han venido defendiendo los ejecutados alegando indistintamente bien que debería llevarse a cabo la liquidación dentro de la ejecución, como ocurre en este caso, o bien que no es posible despachar la ejecución sin que exista una cantidad líquida que se reclame. Con ello evidentemente se produce un retardo en el pago de dichas cantidades. Por lo tanto, partiendo de que sería posible tramitar el incidente liquidatorio tanto antes como durante la ejecución, nos encontramos con que las últimas resoluciones de nuestra Audiencia Provincial son más favorables a que se tramite como incidente previo. Así en el auto de 13 de marzo de 2023 de la Sección 4ª se decía que:" Conviene hacer algunas consideraciones (1) Con

carácter general, cuando, como en el caso de autos, la sentencia no liquida la condena, sino que difiere su cuantificación a ejecución de sentencia, debe abrirse alguna clase de incidente encaminado a liquidar ese crédito. (2) Ese incidente tiene que ser contradictorio, pues despliega efectos sobre el patrimonio del ejecutante y del ejecutado. (3) En principio, la autoliquidación del crédito realizada por el acreedor en la propia demanda ejecutiva no posibilita esa contradicción por parte del ejecutado, puesto que, cuando de ejecución de título judicial se trata, el ejecutado carece de la excepción de pluspetición, que es solo oponible frente a títulos no judiciales (arts 556 y 557 LEC). (4) Sin embargo, como sucede con cualquier derecho o facultad, su titular puede ejercitarlo con exceso o abuso, lo cual está proscrito por el artículo 7 del Código Civil". En el auto de la misma sección de 7 de junio de 2023 se recogía que: "En relación a los motivos que se refieren a la indebida remisión al trámite del art. 712 y ss LEC, deben ser rechazados. Que el art. 3 LRU establezca las bases para la determinación de los efectos de la apreciación del carácter usurario de un contrato no supone que se determinen las consecuencias con una simple suma aritmética, destacando que resulta preciso determinar las cantidades recibidas y las indebidamente satisfechas en concepto de intereses, lo que excede de una simple suma o resta. Precisamente, resulta necesario seguir dicho trámite para fijar la cantidad debida, sin que la admisibilidad de sentencias con reserva de liquidación en el art. 219 LEC obste a lo anterior." El auto de 28 de abril de 2021 mantiene que: "Cuando la sentencia condene a una cantidad ilíquida, como en el caso de autos, es preciso la previa liquidación. En supuesto de condena al pago de cantidad ilíquida solo cabe la ejecución voluntaria, cuando el ejecutado liquida, notifica la liquidación al acreedor y éste muestra su conformidad. En el supuesto de autos, es el ejecutante (acreedor) quien liquida) e insta la ejecución del título judicial en base a la liquidación efectuada por él, frente a cuya liquidación no cabe oposición alguna del ejecutado (deudor), más que por los motivos antes consignados. Puede tener razón el recurrente que ante la demanda ejecutiva planteada por el ejecutante, solo el juez es competente para despachar o denegar la ejecución. Sin embargo, por razones de economía procesal y a fin de no denegar el despacho de ejecución de cantidad ilíquida, la Letrado de la Administración de Justicia, dicta diligencia de ordenación remitiendo al procedimiento previsto en el art. 712 y siguientes para liquidar la cantidad objeto de condena y poder despachar ejecución. Criterio confirmado por el juez de instancia en el auto de fecha 7 octubre de 2020. No se ha causado indefensión alguna y no se infringen normas procesales." En similar sentido el auto de 13 de enero de 2022. Es por ello que se considera adecuado el interesar previamente a la demanda de ejecución la liquidación de la cantidad adeudada para poder pedir en dicha demanda una cantidad concreta y ajustarse por ello a los artículos 572 y siguientes de la LEC. Deberá pues estimarse el recurso de apelación interpuesto dejando sin efecto las resoluciones dictadas por el juzgado que impedían la continuación del procedimiento de liquidación al amparo de lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes.

CUARTO.- Consecuencias de lo anterior en este procedimiento. La parte recurrente mantiene que al desestimarse la única alegación realizada por la parte ejecutada relativa a la inadecuación de procedimiento, y no habiéndose opuesto el deudor a la liquidación presentada ni habiendo propuesto tampoco una liquidación distinta se debe tener por conforme con la liquidación presentada dictándose resolución recogiendo la suma propuesta en el escrito iniciador del incidente. En efecto, la parte demandada no presentó escrito oponiéndose a la liquidación que se le había trasladado, ni tampoco una liquidación distinta, limitándose en su escrito, presentado al límite del plazo que se le había dado por la diligencia de ordenación de 28 de diciembre de 2021, a alegar una inadecuación de procedimiento con una

voluntad claramente retardataria. Sin embargo, como se ha puesto de relieve, la cuestión no es pacífica y por ello no se puede llegar a una solución que le provocaría a la entidad bancaria una indefensión al no tramitarse el incidente de liquidación al completo, es decir, permitiendo a dicha entidad mostrar su acuerdo o desacuerdo con la liquidación presentada por la parte vencedora del declarativo y tramitándose, en caso de desacuerdo, el procedimiento verbal previsto en la LEC. Nos encontraríamos en un caso similar al regulado en el artículo 465.4 de la LEC, al haberse dictado las resoluciones que han impedido la continuación del procedimiento de liquidación antes de que se dictara una resolución de fondo, por lo que la solución es reponer las actuaciones al estado en el que se hallaban cuando se produce la infracción. Es también evidente que al revocarse el Decreto de 22 de marzo de 2022 se deja sin efecto también la imposición de costas incluida en el mismo.

QUINTO.- Costas. Por lo que se refiere a las costas de la apelación no deben ser impuestas a ninguna de las partes ya que se estima parcialmente el recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC. Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLO

LA SALA ACUERDA: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de DISSUR BEAS S.L. contra el auto de fecha 24 de junio de 2022 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Santander, que se revoca, dejándose también sin efecto el Decreto de 22 de marzo de 2022 (incluida la imposición de las costas) y la diligencia de ordenación de 24 de febrero de 2022.

Deberá devolverse al Juzgado a fin de que se continúe la tramitación del incidente de liquidación, dando traslado a la entidad bancaria para que manifieste su conformidad o disconformidad con la cantidad interesada por la actora en plazo de 10 días, siguiéndose la tramitación prevista en los artículos 714 y ss. de la LEC.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de

Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las partes e intervinientes en el presente procedimiento judicial quedan informadas de la incorporación de sus datos personales a los ficheros jurisdiccionales de este órgano judicial, responsable de su tratamiento, con la exclusiva finalidad de llevar a cabo la tramitación del mismo y su posterior ejecución. El Consejo General del Poder Judicial es la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.