



Roj: **AAP B 3980/2018 - ECLI:ES:APB:2018:3980A**

Id Cendoj: **08019370012018200178**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **946/2017**

Nº de Resolución: **194/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **AMELIA MATEO MARCO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

TEL.: 934866050

FAX: 934866034

EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0812442120178069110

Recurso de apelación 946/2017 -B

Materia: Ejecuciones hipotecarias

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Mollet del Vallés

Procedimiento de origen:Ejecución hipotecaria 460/2017

Parte recurrente/Solicitante: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador/a: RAMON DAVI NAVARRO

Abogado/a:

Parte recurrida: Julieta , Bernardo

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO Nº 194/2018

Barcelona, 29 de junio de 2018.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **Don Antonio RECIO CÓRDOVA, Doña Amelia Mateo Marco y Doña Maria Dolors MONTOLIO SERRA**, actuando el primero de ellos como Presidente del Tribunal , ha visto el recurso de apelación nº **946/17** interpuesto contra el auto dictado el día 22 de julio de 2017 en el procedimiento nº 460/17, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mollet del Vallès en el que es recurrente **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**, y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto antes señalado, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: "Inadmito a trámite la demanda ejecutiva hipotecaria presentada por el Procurador RAMON DAVI NAVARRO en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. frente a Julieta Y Bernardo y por ende deniego el despacho de la ejecución."



SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente **Doña Amelia Mateo Marco**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento del litigio en primera instancia. Resolución apelada. Recurso de apelación.

BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., promovió procedimiento de ejecución hipotecaria frente a Doña Julieta y Don Bernardo .

El Juzgado dictó Auto por el que inadmitió a trámite la demanda por no haber acreditado la ejecutante haber iniciado el trámite previo de mediación de consumo con los deudores, de conformidad con lo establecido en la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamo hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo.

La ejecutante interpuso recurso de reposición contra el mencionado Auto alegando que había cumplido todas las formalidades porque previamente a la presentación de la demanda había dirigido una comunicación a los deudores informándoles de la posibilidad que tenían de solicitar una mediación ante el organismo competente.

El Juzgado desestimó el recurso de reposición por considerar que esa comunicación no era suficiente para entender cumplido el trámite.

Contra dicha resolución se alza la entidad ejecutante, alegando el carácter voluntario del procedimiento de mediación, a pesar de lo cual comunicó a los deudores, mediante telegrama, la posibilidad de acudir a mediación, así como que tenían derecho a que la entidad financiera les ofreciese un realojamiento con alquiler social, si se encontraban en el supuesto previsto para ello. Y alude, también, a una resolución del TSJUE, según la cual se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

SEGUNDO. Resolución del recurso.

El art.132-4 del Código de Consumo de Cataluña , introducido por Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, establece:

" *Créditos o préstamos hipotecarios*

1. Las administraciones públicas catalanas y, especialmente, los servicios públicos de consumo deben garantizar que, en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor, pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial de conflictos previos a cualquier otro procedimiento judicial o a la intervención notarial.

2. El procedimiento de mediación debe tener por objeto buscar acuerdos entre las partes que hagan viable que la persona consumidora conserve la propiedad de la vivienda o, subsidiariamente, la posibilidad de mantener su uso y disfrute. En el marco de este procedimiento, las partes o el órgano de resolución extrajudicial de conflictos pueden solicitar un informe de evaluación social con un análisis socioeconómico del deudor y las posibles vías de resolución del conflicto en los términos del artículo 133-6.

*3. Las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al **arbitraje**. Una vez transcurrido el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial".*

La resolución de instancia inadmite a trámite la demanda formulada, dado que no se ha acreditado por la ejecutante haber iniciado el procedimiento de mediación a que alude el precepto transcrito.

La cuestión planteada por la ejecutante en su recurso ha recibido diferentes respuestas en las distintas secciones de esta Audiencia Provincial.

La posición mantenida por la juez a quo sobre la obligación de acudir a mediación antes de formular la demanda ejecutiva encuentra apoyo, entre otras, en las resoluciones dictadas por la Sección 4ª, autos de 10 de mayo y 13 de mayo de 2017 , la Sección 13ª en auto de 18 de mayo de 2017 y la Sección 16ª de esta Audiencia,



auto de 13 de noviembre de 2017 , con cita de los autos de la propia Sección de 3 de mayo de 2016 , 23 de febrero de 2017 y 11 de mayo de 2017 .

Por el contrario, la Sección 14ª en auto de 19 de mayo de 2017 y la Sección 19ª en auto de 23 de octubre de 2017 entienden que el requisito de la mediación aludido en el indicado precepto no puede ser considerado como un requisito de procedibilidad para la admisión del procedimiento hipotecario.

Esta Sección ya se pronunció, en Auto de 27 de marzo de 2018 (rollo 310/17), siguiendo la primera de las tesis expuestas.

Como razonábamos en esa resolución, con cita del auto de la Sección 16ª, de 13 de noviembre 2017 , se entiende ajustada a derecho la resolución que inadmite la ejecución hipotecaria si no se ha producido la mediación sobre la base de que: a) la citada norma es una ley en vigor, habiendo alzado el Tribunal Constitucional en auto de 12 de abril de 2016 la suspensión que pesaba sobre la misma; b) la citada norma no configura la solicitud de mediación como una facultad del deudor hipotecario, sino como un trámite inexcusable que debe cumplirse antes de interponer la demanda; y, c) ante las dudas de cuál de las partes estaría legitimada para promover la mediación, tanto el acreedor, como el deudor hipotecario, podrían hacerlo.

Finalmente también desestimaba la sección 16ª la alegación de que el requisito de la mediación no fuese aplicable en tanto el mismo no estaba contenido en ninguna regla procesal.

Esta Sala hizo suyos todos esos razonamientos.

La referida Llei 20/2014 entró en vigor el día 31 de marzo de 2015, a los tres meses de su publicación en el DOGC, y si bien su vigencia frente a terceros fue suspendida en virtud de la providencia del Tribunal Constitucional de 6 de octubre de 2015, consecutiva a la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad formulado por el presidente del Gobierno contra esa norma, fue restablecida a partir del auto del propio tribunal de 12 de abril de 2016 , que levantó la suspensión precedente, señalando al efecto el Alto Tribunal que " como señalara el ATC 103/1994, de 22 de marzo , "la eventual dilación producida en la tramitación de algún o algunos procesos no es un argumento que pueda determinar el mantenimiento de la suspensión de la vigencia de la Ley. En definitiva, el perjuicio que se alega no aparece, al presente, debidamente concretado y mucho menos acreditada la gravedad del mismo, por lo que no resulta suficiente su invocación para aconsejar el mantenimiento de la suspensión de la vigencia de una norma dotada, como producto de una Cámara Legislativa, de la presunción de constitucionalidad."

Además, en la citada ley, como ya razonábamos en Auto de 27 de marzo de 2018 , con cita de la resolución de la sección 16ª "... no se configura la solicitud de mediación como una facultad del deudor hipotecario, sino como un trámite que debe cumplirse inexcusablemente antes de interponer cualquier demanda judicial de ejecución hipotecaria de una vivienda habitual. Las partes en conflicto "deben acudir a la mediación" establece la norma legal, más interesada en imponer ese requisito previo de resolución extrajudicial de la controversia que en determinar quién deba ser el promotor del procedimiento, para lo cual lógicamente ha de entenderse legitimado cualquiera de los contendientes; de lo contrario, la mera pasividad del consumidor deudor cerraría el paso a toda reclamación ejecutiva del acreedor hipotecario " .

Y si bien es cierto que conforme al Decret 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, del Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat de Catalunya, la persona consumidora es la única que ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de mediación, y aunque es cierto que el artículo 13.1 del Decret -anterior a la reforma del artículo 132-4.3 por la Llei 20/2014, de 29 de diciembre- no se ha acomodado a la modificación legal y continúa indicando que la legitimación para formular una petición de inicio de un procedimiento de mediación corresponde a las personas consumidoras, no puede desconocerse el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 CE) ni los efectos derogatorios de la ley posterior en todo lo que sea incompatible con la anterior, máxime si esta es de rango inferior (artículo 2.2 CC), y es evidente que el art. 132-4 en su redacción actual atribuye dicha legitimación a "las partes en conflicto".

Por lo que se refiere al carácter voluntario del procedimiento, a que hace expresa referencia la parte, hemos de señalar que si bien es cierto que, conforme a la exposición de motivos del propio Codi de Consum la voluntariedad constituye uno de los principios inspiradores de la mediación (el artículo 132-2 precisa que " las partes son libres de acogerse a la mediación"), entendida como mecanismo de resolución de conflictos, es claro que respecto de los conflictos derivados del impago de créditos o préstamos con ejecución sobre la vivienda habitual del deudor o hipotecante no rige dicha voluntariedad, y así se infiere de los términos empleados por el artículo 132-4.3.

Por último, y con el fin de dar oportuna respuesta a todas las alegaciones esgrimidas en el recurso, también podemos concluir que la decisión de no admitir a trámite la demanda sin cumplir con el requisito previo de haberse intentado la mediación en modo alguno vulnera el derecho a acudir a la tutela judicial, al que ha hecho



referencia la STJUE de 14 de junio de 2017 dictada en una cuestión prejudicial sobre el procedimiento de mediación en derecho italiano.

En primer lugar, no puede olvidarse que la petición de esa decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo por la que se modificaba el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) (DO 2013, L 165, p. 63) y la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DO 2008, L 136, p. 3).

Es decir, en el marco de la protección de los consumidores.

Téngase presente que los considerandos 16, 19 y 45 de la Directiva 2013/11 están redactados en los siguientes términos:

«(16) [...] *La presente Directiva debe aplicarse a las reclamaciones presentadas por consumidores contra comerciantes. No debe aplicarse a las reclamaciones presentadas por comerciantes contra consumidores, ni a los litigios entre comerciantes. Sin embargo, no debe impedir que los Estados miembros adopten o mantengan en vigor disposiciones sobre procedimientos para la resolución extrajudicial de dichos litigios.*»

Por tanto, la interpretación del TJUE sobre una norma italiana de resolución alternativa de litigios en relación con la protección de los consumidores, es claro que no afecta al presente litigio, en que quien ha iniciado el procedimiento no es el consumidor sino el empresario.

En cualquier caso, y centrándonos en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, en su plasmación de acceso a los tribunales, en modo alguno puede sostenerse que se está privando de éste, porque como se establece en el apartado 3 del art.132-4 del Código de Consumo de Cataluña: "*Una vez transcurrido el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial*".

Todo lo hasta aquí razonado determina que la resolución de instancia deba mantenerse, sin que los telegramas aportados por la ejecutante en el que se "informa" a los deudores sobre la posibilidad de acudir a mediación puedan entenderse que inicien los trámites de la misma. Y sin que esta interpretación cause indefensión alguna a la ejecutante, o vulnere el principio de seguridad jurídica, como ya razonábamos en la resolución antes citada, por cuanto los trámites que deben observarse para la solicitud de mediación de consumo, publicados en la página web de Ofideute, reflejan que si bien dicha solicitud corresponde al consumidor, también puede ser presentada por la entidad acreedora.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse, confirmando la resolución de instancia, al ser la misma ajustada a derecho.

TERCERO.- Costas.

Al desestimarse el recurso, procede imponer a la apelante las costas de la alzada, si las hubiere. (art. 398.2 LEC).

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contra el *auto de 27 de julio de 2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Mollet del Vallès*, y, en consecuencia, se confirma dicha resolución, imponiendo a la ejecutante las costas de la alzada.

Con pérdida del depósito consignado.

La presente resolución es firme. Devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman este auto los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.