



Roj: **AAP B 57/2015 - ECLI:ES:APB:2015:57A**

Id Cendoj: **08019370132015200008**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **13**

Fecha: **15/01/2015**

Nº de Recurso: **100/2014**

Nº de Resolución: **6/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FERNANDO UTRILLAS CARBONELL**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

Sección 13

Rollo n. 100/2014 - 5ª

AUTO nº 6/2015

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. JOAN CREMADES MORANT

MAGISTRADOS

Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

En Barcelona, a quince de enero de dos mil quince

VISTOS ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, en apelación admitida a la parte demandante y procedente del JUZGADO de PRIMERA INSTANCIA 5 MOLLET DEL VALLÈS, dimanante de ejecución hipotecaria 844/2013 seguida a instancia de BARCLAYS BANK SA contra Marí Trini Y Bernabe

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia 5 Mollet del Vallès en autos de ejecución hipotecaria 844/2013 promovidos por BARCLAYS BANK SA contra Marí Trini y Bernabe se dictó auto con fecha 3 de diciembre de 2013 cuya parte dispositiva dice:

"Inadmito a trámite la demanda ejecutiva hipotecaria presentada por BARCLAYS SA representado por el procurador SILVIA MOLINA GAYA y por ende deniego el despacho de la ejecución".

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por la parte actora y admitido el mismo, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo traslado a la parte contraria, y se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la votación y fallo el día señalado.

TERCERO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



PRIMERO .- Apela la parte ejecutante Barclays Bank,S.A. el Auto de 3 de diciembre de 2013 , dictado en los autos de Ejecución Hipotecaria nº 844/13 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Mollet del Vallès, que acordó la inadmisión a trámite de la demanda ejecutiva hipotecaria promovida contra D. Bernabe y Dña. Marí Trini , por no acreditar la parte ejecutante la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad de la hipoteca que se constituyó en escritura pública, de 18 de noviembre de 2002, a favor de Banco Zaragozano, S.A.

Centrada así la primera cuestión planteada en la apelación, es cierto que, según doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002; RJA 9758/2002), la legitimación, en cuanto afecta al orden público procesal, debe ser examinada incluso de oficio.

Ahora bien, es igualmente doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2004;RJA 2334/2004) que la legitimación se determina en función de la relación existente entre una persona determinada y la situación jurídica en litigio, ya que consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina la aptitud para actuar en el mismo como parte (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1993 y 28 de febrero de 2002 ; RJA 2027/1993 , y 3513/2002).

En concreto, en el ejercicio de la acción de ejecución forzosa, de acuerdo con el artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la legitimación activa corresponde, en principio, a quien aparece como acreedor en el título ejecutivo; pero ello es sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 540 a 544 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Así, en el artículo 540.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se reconoce también la legitimación activa a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo.

En este sentido, el artículo 540.2 exige, para acreditar la sucesión, a los efectos del apartado anterior, la presentación al Tribunal de los documentos fehacientes en que aquélla conste, de modo que si el Tribunal los considera suficientes, a tales efectos, debe proceder sin más trámites, a despachar la ejecución a favor de quien resulte ser sucesor en razón de los documentos presentados.

Y, sólo si la sucesión no constara en documentos fehacientes o el Tribunal no los considerara suficientes, según el artículo 540.3, en la redacción de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre , de la petición que deduzca el ejecutante mandará el Secretario judicial dar traslado a quien conste como ejecutado en el título y a quien se pretenda que es su sucesor y, oídos todos ellos en comparecencia señalada por el Secretario, el Tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión a los solos efectos del despacho de la ejecución.

En este caso, la demanda de ejecución hipotecaria se acompaña de copia simple del testimonio notarial de la escritura pública, de 23 de diciembre de 2003, autorizada por el Notario de Madrid D. Luis Máiz Cal, por la que la ejecutante Barclays Bank,S.A., y la acreedora hipotecaria con título inscrito Banco Zaragozano, S.A., se fusionaron por el procedimiento de absorción de la segunda por la primera, adquiriendo la ejecutante en bloque, a título de sucesión universal, todos los elementos patrimoniales integrantes del activo y pasivo de la sociedad absorbida, quedando la sociedad absorbente plenamente subrogada en cuantos derechos y obligaciones procedan de la absorbida, sin reserva, excepción ni limitación, conforme a la ley, fusión por absorción que se encuentra legalmente autorizada por los artículos 22 y 23 de la Ley 3/2009, de 3 de abril , sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, según los cuales, en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan, de modo que si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.

Por lo demás, en relación con el artículo 149 de la Ley Hipotecaria en el que se funda la resolución recurrida, en cuanto exige la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura pública de cesión del crédito hipotecario, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1993;RJA 9209/1993), que la omisión de los requisitos de forma establecidos en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria no da lugar a la nulidad de la cesión, como ya declaró una antigua jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1905 , reiterada en la Sentencia de 29 de junio de 1989; RJA 4797/1989), expresiva de que el ordenamiento jurídico español, tanto en el orden Civil como en el hipotecario, sigue la orientación y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia sólo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de cesión de créditos hipotecarios, como lo está poniendo de manifiesto el párrafo tercero del invocado artículo 149 cuando previene que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente.



Por lo que, en el presente caso, a los efectos de la ejecución, se consideran suficientes los documentos fehacientes aportados por la ejecutante, por medio de copia simple, en los términos del artículo 267 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para acreditar la sucesión de quien figura como acreedor en el título ejecutivo, en los términos del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por ser además doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1952 ,; o Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 7 de enero de 1992) que el juicio de capacidad del Notario constituye una presunción "iuris tantum" de exactitud, no habiéndose producido, en el actual momento procesal ninguna prueba en contrario de la legitimación de la ejecutante.

En consecuencia, reiterando lo ya resuelto por esta misma Sección, en el mismo sentido, en supuestos idénticos de inadmisión de ejecuciones hipotecarias por ausencia de inscripción de la cesión del crédito hipotecario, en los anteriores rollos de apelación nº 926/12, 156/13, 487/13, 340/13, 221/13, 477/13, 539/13, 613/13, 628/13, 557/13, 86/14, 374/14, 355/14, y 427/14, procede la estimación del motivo de la apelación.

SEGUNDO .- Apela, además, la ejecutante el pronunciamiento del auto de primera instancia que acuerda el sobreseimiento del proceso de ejecución, por no acompañar a la demanda ejecutiva copia con fuerza ejecutiva de la escritura de préstamo hipotecario, de 18 de noviembre de 2002.

Centrada así la segunda cuestión planteada en la apelación, es lo cierto que, de acuerdo con el artículo 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en la ejecución sobre bienes hipotecados, a la demanda ejecutiva debe acompañarse el título o títulos de crédito revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución; y, según el artículo 517.2.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , tienen aparejada ejecución las escrituras públicas, con tal que sea primera copia, o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

En este caso, la demanda de ejecución hipotecaria se acompaña de primera copia de la escritura pública de 18 de noviembre de 2001, autorizada por el Notario de Granollers D.José Poyatos Díaz, expedida el 21 de noviembre de 2002, para la entidad acreedora, en treinta folios, serie 40, numerados correlativamente a partir del 6.200.456, hasta el 6.200.484 (doc.1 de la demanda).

Por lo que, en el presente caso, la demanda ejecutiva se acompaña del título de crédito revestido de las formalidades exigidas para el despacho de la ejecución, por cuanto, en el momento de la expedición de la primera copia de la escritura pública de préstamo, el 21 de noviembre de 2002, era aplicable el artículo 17 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 , en la redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, que se produjo el 1 de diciembre de 2006, según el cual es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes.

Asimismo, en el momento de la expedición de la primera copia de la escritura pública de préstamo, el 21 de noviembre de 2002, era aplicable el artículo 233 del Reglamento Notarial , aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en la redacción anterior a la reforma introducida por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que se produjo a partir del 30 de enero de 2007, según el cual, a los efectos de la ejecución, divide las copias de las escrituras en primeras y segundas copias, sin necesidad de hacer constar que la expedición es con fuerza ejecutiva, según lo exigido a partir de la reforma que, según lo expuesto, no era aplicable en el presente caso para dotar de fuerza ejecutiva al título de crédito que acompaña a la demanda, y que es primera copia de la escritura de préstamo hipotecario.

En consecuencia, procede la estimación del motivo de la apelación.

TERCERO .- Apela, por último, la ejecutante el pronunciamiento del auto de primera instancia que acuerda el archivo del proceso de ejecución, por entender la resolución recurrida que la demanda ejecutiva incumple los requisitos del artículo 574 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por no expresar las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que se pide el despacho de la ejecución.

Centrada así la tercera cuestión planteada en la apelación, es doctrina constitucional reiterada (SSTC 69/1984 , 6/1986 , 100/1986 , 55/1987 , 57/1988 , 124/1988 , 42/1992 , 145/1998 , y 115/1999), que el derecho de acceso a la actividad jurisdiccional y a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, al tratarse de un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los requisitos y presupuestos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, razón por la cual también se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se obtiene una resolución que deja imprejuzgada la acción o la pretensión ejercitada en el proceso, si está fundada en la falta de algún requisito o presupuesto procesal legalmente establecido que impida entrar en el fondo del asunto.



Aunque, es igualmente doctrina constitucional reiterada (SSTC 163/1985 , 117/1986 , 140/1987 , 5/1988 , 39/1988 , 57/1988 , y 164/1991), que los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que contienen los requisitos y presupuestos procesales evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución , procurando siempre que sea posible la subsanación, en su caso, de los defectos a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial efectiva.

Y ello es así, por cuanto el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , de rango superior a la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin distinguir, ni exigir formula alguna a la parte, impone a los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución , la obligación de resolver siempre sobre las pretensiones que se formulen, de modo que sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuera insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

En concreto, en relación con la demanda ejecutiva, ha venido siendo doctrina comúnmente admitida que, exigiendo el antiguo artículo 1435,párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 , que sólo pudiera despacharse ejecución por cantidad líquida, la finalidad perseguida por el párrafo cuarto del mismo artículo, estribaba en dotar de eficacia ejecutiva a los contratos mercantiles que, documentados en una forma que les permitiría legalmente obtener fuerza ejecutiva con arreglo al artículo 1429.6º, no expresaban en el propio título y en términos de liquidez la cantidad exigible al deudor, por no nacer cifrada la obligación de pago asumida en ellos, dependiendo su cuantificación de cargos y abonos sucesivos, con la inevitable actuación liquidatoria para la obtención del saldo final.

El efecto propio del precepto, según los términos de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 14/1992,de 10 de Febrero , era permitir a los bancos y otras entidades financieras que realizaran sus créditos a través del juicio ejecutivo, efecto no otorgado cuando se esgrimía un título, sin que en el mismo se expresara la cantidad exacta reclamada, obstáculo éste que el artículo 1435 salvaba al autorizar que se pactara en el contrato que las certificaciones emitidas por dichas entidades, dieran lugar a la cantidad exigible, siempre que constara en documento fehaciente que acreditara haberse practicado la liquidación en la forma pactada, y que el saldo coincidía con el que aparecía en la cuenta del deudor, introduciendo el control por tercero de la liquidación practicada por el acreedor el mencionado artículo, en la redacción de la Ley 34/1984 de 6 de agosto, que superaba el inicial criterio legislativo de fijación unilateral e incontrolada por el acreedor de la cantidad exigible, en evitación del riesgo de abusos por parte de éste, dejando al deudor únicamente la posibilidad de alegación de la plus petitio ya en fase de oposición a la ejecución despachada y consumada con la práctica de la consignación o el embargo.

Según lo expuesto y, en consecuencia, los documentos que integraban el título ejecutivo no eran otros que los especificados en los artículos 1429 y 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , exigiendo el último únicamente la certificación de la cantidad exigible que constara en documento fehaciente que acreditara haberse practicado la liquidación en la forma pactada y que el saldo coincidía con el que aparecía en la cuenta abierta al deudor, sin hacer la ley referencia a las operaciones practicadas para fundamentar tal afirmación, y sin que exigiera el extracto de cuenta, ni ningún otro documento no previsto en la ley procesal (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de Febrero de 1990).

Aunque determinados contratos mercantiles, en los que la cantidad exigible nacía ya líquida, no estaban por ello incursos en las previsiones liquidatorias del artículo 1435, párrafo cuarto, dependiendo su eficacia ejecutiva del cumplimiento de las exigencias generales del artículo 1429.6º, en relación con el artículo 1435, en sus párrafos primero a tercero.

Así, era doctrina comúnmente aceptada que para la ejecutividad de las pólizas de préstamo, en las que la fijación de la cantidad exigible depende de un simple cálculo aritmético (Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 22 de diciembre de 1987 , y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 1990), no era exigible la liquidación prevenida en el repetido artículo para que el título alcanzara fuerza ejecutiva, al poder obtenerse la liquidez de la deuda por la simple operación aritmética de sumar el importe de las cuotas de amortización, y el interés remuneratorio a tipo fijo, no siendo en consecuencia tampoco preceptiva la notificación de la cantidad exigible al deudor o fiador, en los términos, y atendida la literalidad del último párrafo del mismo artículo, que remitía a los casos a que se refería el párrafo anterior, no siendo la finalidad de la notificación, en los casos en que era preceptiva, otra distinta que garantizar al deudor principal o subsidiario el conocimiento del importe de la deuda insatisfecha antes de ser traído a juicio, al objeto de que pueda utilizar los medios a su alcance, caso de interesarle evitar el litigio, de acuerdo con, entre otras, la Sentencia de 22 de diciembre de 1987 de la Audiencia Territorial de Barcelona , y en el mismo sentido, la Sentencia de 21 de junio de 1989 de la Audiencia Provincial de Madrid , sin fijar el referido artículo una forma determinada, de modo que



bastaba que se hubiera dirigido comunicación al deudor o fiador, sin que se requiriera la acreditación de su recepción personalmente, ni que la misma se verificara de forma fehaciente, bastando la vía telegráfica, siendo igualmente doctrina comúnmente admitida que la notificación debía hacerse en el domicilio consignado en el contrato, o en el nuevo si era notificado al acreedor, pudiendo incluso designarse en la póliza un domicilio distinto del legal por el deudor a los efectos derivados de la misma, por lo que resultaba irrelevante el cambio de domicilio cuando no era notificado al acreedor, y sin que fueran aplicables las normas relativas al contrato de adhesión en relación con la designación en la póliza del domicilio del deudor, por no ser la indicación del domicilio una cláusula del contrato, en todo caso otorgado con intervención de aquél, y firmante del mismo.

Esta doctrina es la que, en la actualidad, aparece recogida en los artículos 573 y 574 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que, únicamente cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiera pactado un interés variable, exigen al ejecutante expresar en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que se pide el despacho de la ejecución, acompañando además a la demanda ejecutiva el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, y el documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible.

En este caso, la demanda ejecutiva se acompaña de la primera copia de la escritura de préstamo hipotecario, de 18 de noviembre de 2002 (doc 1), por la que Banco Zaragozano, S.A. presta a la ejecutada Sra. Marí Trini, con la fianza solidaria del Sr. Bernabe, la cantidad de 90.152 €, a devolver en 360 cuotas mensuales, con un interés fijo inicial del 4'25% anual, y un interés variable a partir de la primera anualidad, según lo pactado en la cláusula tercera; el acta de liquidación, intervenida por Notario, de 7 de noviembre de 2013 (doc 2), de la que resulta un saldo deudor, a 16 de octubre de 2013, de 65.495'76 €, y en el que se expresan las operaciones que integran la liquidación (siete cuotas impagadas, de abril a octubre de 2013, más el capital vencido anticipadamente, por importe conjunto de 65.457'57; más intereses de demora, al 8'126%, devengados hasta la liquidación, por importe de 38'19 €); y la notificación de la cantidad exigible a los deudores, por medio de los burofaxes de 24 de octubre de 2013, remitidos al domicilio designado en la escritura para notificaciones (docs 3 y 4).

Por lo que, en el presente caso, se entienden debidamente cumplidos los requisitos de los artículos 573 y 574, a los que se remite el artículo 685, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia, procede la estimación del motivo, y por consiguiente del recurso de apelación de la parte ejecutante, ordenando la continuación de la ejecución hipotecaria.

CUARTO .- De acuerdo con el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo la resolución estimatoria de la apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas de la segunda instancia.

QUINTO .- De acuerdo con la Disposición Adicional Quince.8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añadida por el artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, siendo la resolución estimatoria del recurso de apelación, procede la devolución a la parte apelante del depósito para recurrir.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto

DECIDIMOS ESTIMAR el recurso de apelación formulado por la parte ejecutante Barclays Bank, S.A. contra el Auto de 3 de diciembre de 2013, dictado en los autos de Ejecución Hipotecaria nº 844/13 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Mollet del Vallès, acordando continuar la ejecución contra D. Bernabe y Dña. Marí Trini, sin expresa imposición de las costas del recurso de apelación, y con devolución a la parte apelante del depósito para recurrir.

Contra este auto no cabe recurso.

Firme esta resolución expídase testimonio de la misma que se remitirá al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta resolución, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Doy fe.