

	Referencia			
	Ciente			
	Letrado	EMILIA DE MOLINA DIAZ		
	Procedimiento	160/2017-B	Sección Civil 1 Audiencia Provincial Barcelona	
	Notificación	14/12/2017	Resolución	21/11/2017
	Procesal			

## Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

N.I.G.: 0801542120118227980

### Recurso de apelación 160/2017 -B

Materia: Ejecuciones hipotecarias

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona

Procedimiento de origen: Ejecución hipotecaria 1301/2011

Parte recurrente/Solicitante

Procurador/a:

Abogado/a: Emilia Encarnacion De Molina Diaz

Parte recurrida: BANKIA, SA

Procurador/a

Abogado/a:

## AUTO Nº 348/2017

**Lugar:** Barcelona

**Fecha:** 21 de noviembre de 2017

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Magistrados  
, actuando el primero de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **160/17** interpuesto contra el auto dictado el día 11 de julio de 2016 en el procedimiento nº 1301/11, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona en el que es recurrente \_\_\_\_\_ y apelada **BANKIA, 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: "Se inadmite a trámite el escrito presentado por el Procurador Sr. \_\_\_\_\_, no habiendo lugar a la suspensión de actuaciones ni a la apertura de incidente alguno al





respecto.”

**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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Planteamiento del litigio. Actuaciones realizadas, auto y recurso de apelación.**

El 6 de octubre de 2011, Bankia SA presentó una demanda de ejecución dineraria hipotecaria contra \_\_\_\_\_ , todos ellos en su cualidad de deudores hipotecantes.

Alegaba que el \_\_\_\_\_ suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre dos fincas y que el \_\_\_\_\_ dejaron de pagar las cuotas para su amortización por lo que el 1 de septiembre de ese año dieron por vencido anticipadamente el préstamo.

Despachada ejecución por auto de 1 de diciembre de 2011, el 2 de febrero de 2012 \_\_\_\_\_ fue requerida de pago y el 21 de marzo de 2014 se le notificó la diligencia de ordenación de 22 de abril de 2013 por la que se la tenía por notificada de aquel primer auto en representación de la \_\_\_\_\_ haciéndole saber que podía comparecer en un plazo de 10 días.

Habiéndose señalado día para la celebración de la subasta y tras





acordarse su suspensión a petición de la demandante, finalmente el 4 de julio de 2016 se personó en las actuaciones la demandada presentando escrito por el que sostenía que:

a)- Es posible y probable que este préstamo hipotecario se haya titulizado y, si fuera así, Bankia no estaría legitimada para el ejercicio de la presente acción. Solicitaba por ello que, con suspensión de las actuaciones, se requiriese a Bankia para en el plazo de 10 días aportase las anotaciones que consten en el registro contable especial y el libro especial con informe sobre su titulación.

b)- La preclusión del plazo que la ley concede al consumidor para que pueda oponer la existencia de cláusulas abusivas no impide el examen de oficio por parte de los tribunales. Si se dudare por el juzgado que fuera así, solicitaba el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

c)- En el presente contrato se incluyeron diversas cláusulas que merecen la calificación de abusivas y por ende son nulas ; así, en concreto, las que fijan el interés remuneratorio, la comisión por reclamación de impagados, la comisión de apertura, que todos los gastos sean a cargo del prestatario, el interés de demora y el vencimiento anticipado. Solicitaba, como consecuencia de la nulidad de estas cláusulas, el sobreseimiento del procedimiento.

d)- En cualquier caso, al estar pendiente de resolución una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE en relación a la cláusula de vencimiento anticipado, solicitaba que se suspendiera el presente procedimiento hasta su resolución o se planteara por el juzgado cuestión prejudicial que habría de conllevar igualmente su suspensión.





Por auto de 11 de julio de 2016, resuelve el juzgado que “se inadmite a trámite el escrito”. Razona que el mismo no responde a ningún trámite procesal previsto en la LEC y se pretende abrir un incidente tampoco previsto en esta ley para conseguir la suspensión del procedimiento por una causa no prevista en los artículos 695 a 698 LEC. Por otra parte la oposición debe plantearse con los trámites y plazos legalmente fijados por la ley y añade que es “un oxímoron” la solicitud de la parte para que se examine de oficio la abusividad de las cláusulas.

En el recurso, la demandada insiste en sus alegaciones y pretensiones. La demandante se opone alegando que la falta de legitimación no es un motivo que pueda oponer el demandado y, aun en el caso que se entendiera que puede serlo por la vía del 559 LEC, resultaría intrascendente porque el acreedor titulizante estaría legitimado conforme al criterio unificado de esta Audiencia Provincial. Y en segundo lugar, alega que no puede ser analizado el carácter abusivo de las cláusulas contractuales porque ha precluido el plazo para oponerlo.

**SEGUNDO.- Legitimación del ejecutante como posible causa de oposición y posibilidad de apelación.**

I. Bankia sostiene que la demandada no podía cuestionar u oponer la falta de legitimación de esta entidad porque el artículo 695 LEC no contempla esta causa de oposición. El juzgado parece así entenderlo cuando razona que “lo que pretende la parte ejecutada es una suspensión de actuaciones para abrir un incidente no previsto en la ley para poner en cuestión la legitimación activa de la ejecutante en relación con una supuesta titulación (sic) del préstamo”.

Esta misma cuestión ha sido planteada ante este tribunal en anteriores ocasiones habiéndolo resuelto en sentido contrario a como lo ha entendido el juzgado y sostiene la apelada al oponerse al recurso.





Así, razonábamos en el auto de 18 de mayo de 2015 ( R.578/14 ) y en el mismo sentido en el de 5 de octubre de 2017 ( R. 990/16) que “ *la Llei 1/2000 regula els procediments d'execució de béns hipotecats o pignorats dins de les execucions dineràries però amb certes particularitats que es preveuen en l'article 681 i següents.*

*D'aquesta manera, a aquest tipus de procediments d'execució no només li seran d'aplicació les particularitats especialment previstes sinó també aquelles disposicions generals dels procediments d'execució ( Títol IV del llibre tercer ) que no han estat substituïdes per les especialitats que es recullen en el seu capítol V. Expressament ho preveu en aquest sentit l'article 681.1 LEC).*

*El legislador ha previst el procediment d'execució hipotecària com un procediment que es caracteritza per la dràstica limitació de les causes d'oposició del deutor a l'execució i dels supòsits en els que es pot decretar la suspensió, la constitucionalitat del qual ha estat ratificada pel Tribunal Constitucional.*

*Precisament aquesta concepció ha portat al legislador a establir a l'article 695 LEC que en aquests procediments “ només s'admetrà l'oposició de l'executat quan es fonamenti” en alguna de les causes expressament assenyalades en aquest precepte remetent a un ulterior procediment qualsevol reclamació que el deutor, tercer posseïdor o interessat pugui formular i que no estigui compresa en els articles precedents fins i tot les que es refereixen a la nul·litat del títol o sobre venciment , certesa, extinció o quantia del deute (art.698 LEC).*

*Ara bé, aquesta regulació no ha de impedir que també en un procediment hipotecari pugui oposar alguna de les causes que de forma general per tota execució contempla l'article 559LEC per tal que l'executat pugui denunciar l'existència de defectes processals. De fet, els supòsits que contempla aquest precepte no són realment simples defectes de caràcter*





*processal sinó pressupostos del mateix procediment , com són la legitimació i l'executivitat del títol, la concurrència dels quals havia de ser examinada i valorada d'ofici pel jutjat abans del despatx d'execució. La falta d'algun d'aquests requisits comporta que no es pugui despatxar l'execució instada tal i com es desprèn de l'article 551 LEC.*

*Si s'ha despatxat execució sense que es compleixen alguns d'aquells requisits legalment exigits per iniciar aquest procediment, el despatx d'execució és nul i per tant l'executat ha de tenir la possibilitat de denunciar-ho (...) i l'única via és la de l'oposició(...).*

En definitiva y por las razones expuestas, se ha de entender que, cuando en el artículo 695 LEC señala que “sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde” en alguna de las causas que establece ese precepto, se está refiriendo a oposición por causas de fondo o materiales ( entendidas como aquellas que liberan total o parcialmente al deudor del cumplimiento de la obligación que se le reclama) pero no así a los supuestos contemplados en el artículo 559 LEC, es decir a lo que no son más que presupuestos del mismo procedimiento. Y entre éstas se encuentra la falta de legitimación del ejecutante.

II. Sentado lo anterior y admitiendo la posibilidad que pudiera plantearse oposición por esta causa, lo que no es posible es plantearlo en una segunda instancia por la vía de recurrir en apelación la resolución dictada por el juzgado.

Así razonábamos en anteriores resoluciones (por todas la de 21 de diciembre de 2015 - R.86/15) que *“en la LECi vigente, al margen de los casos en los que dicha posibilidad aparece expresamente proscrita (arts.527.4 , 530.4 ó 551.4), la regla general viene dada por el artículo 562.1.2 LECi, que limita la posibilidad de apelar a los casos en que expresamente se prevea en la misma ley procesal (así por ejemplo los arts. 527.4, 547, 552.2 o 561.3) y el artículo 563.1 LECi, que permite la apelación contra la resolución que*





*desestime un previo recurso de reposición cuando el tribunal competente provea en contradicción con el título ejecutivo”.*

Por otra parte, la Disposición Final Tercera del Real Decreto-Ley 11 /2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal modificó el artículo 695 LEC para adaptarlo a la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014 quedando redactado en los siguientes términos:

*"4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.*

*Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten"*

Por tanto, con dicha modificación, el deudor hipotecario podrá interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución sólo en el caso de que ésta se fundara en la existencia de una cláusula contractual abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o la cantidad exigible. Quedan así al margen de la posibilidad de recurso los otros motivos de oposición, como puede ser el planteado, lo que en cualquier caso conllevaría la desestimación de la apelación respecto a este concreto motivo de apelación puesto que las causas de inadmisión se convierten en este momento procesal en causas de desestimación (SSTS de 21 de febrero de 2003, 26 y 27 de febrero de 2006).

Recordar en este punto que el TC ha mantenido que la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 CE *“no alcanza a cualquier recurso doctrinalmente aconsejable o hipotéticamente conveniente o deseable, sino aquél que las normas vigentes del ordenamiento hayan establecido para el caso”* (STC 54/85 *y las de* 157/89 , 92/90 , 16/92, 55/92, 9/97 en el mismo sentido que





la anterior).

Por su parte el TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2017, citando la de 17 de julio de 2014, ha señalado que “ según el Derecho de la Unión, el principio de tutela judicial efectiva de los consumidores no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal”.

III. En cualquier caso, como añadíamos en el auto de 18 de julio de 2017 (cuando se planteó ante este Tribunal idéntica cuestión y con el ánimo de agotar al máximo la respuesta jurisdiccional) “mediante acuerdo de fecha 15/7/16 de unificación de criterios de las secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona, adoptado 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 los Tribunales, y acerca de la cuestión relativa a la “legitimación activa en procesos hipotecarios en relación a participaciones hipotecarias aportadas a fondos de titulización”, se determinó que correspondía dicha legitimación “ al acreedor hipotecario que figura en el Registro de la Propiedad por más que el fondo titular de la participación hipotecaria que incluye el crédito objeto de reclamación puede “compeler” al emisor de la participación, en caso de impago del deudor, el ejercicio de la correspondiente acción ejecutiva. En caso de pasividad del emisor el partícipe puede instar la acción o su continuación por subrogación, previa acreditación de su titularidad a los efectos del artículo 540 LEC”.

### **TERCERO.- Cláusulas abusivas. Oposición del ejecutado y apreciación de oficio.**

Cuando se presentó la demanda de ejecución hipotecaria que dio origen al presente procedimiento, al Juez, con carácter previo al despacho de ejecución, no le era permitido examinar de oficio la abusividad de las cláusulas incorporadas al contrato ( título de ejecución) concertado con un consumidor. Tampoco a este consumidor, deudor hipotecante, demandado en este







procedimiento le era posible oponer la existencia de cláusulas abusivas.

No fue hasta la reforma llevada a cabo por la ley 1/2013, de 14 de mayo que se adecuó el procedimiento de ejecución, y en concreto el de ejecución hipotecaria, a la normativa comunitaria y a la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de 2013.

Es en virtud de esta modificación de la LEC, que los juzgados antes de despachar ejecución han de examinar el posible carácter abusivo de una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución o que haya determinado la cantidad exigible ( art. 552.1 LEC) y la parte demandada puede oponer el carácter abusivo de aquellas cláusulas.

En relación a los procedimientos de ejecución que ya estaban en vigor a la entrada de la ley 1/2013 , se previó como régimen transitorio (DT4ª) que:

*“2.En todo caso, en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7.ª del artículo 557.1 y 4.ª del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*El plazo preclusivo de un mes se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley y la formulación de las partes del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 y siguientes y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*





*Esta Disposición transitoria se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...).*

*4. La publicidad de la presente Disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto”.*

Ciertamente en el caso que se examina,

compareció para oponerse a la ejecución más allá del plazo establecido en la transcrita disposición transitoria. Pero el Juzgado al no admitir a trámite y por tanto no proveer el escrito presentado por esta parte, obvia que:

1).- planteada cuestión prejudicial por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Martorell a fin que el TJUE se pronunciase sobre la conciliación de ese plazo de preclusión con la protección de oficio de los consumidores, de carácter imprescriptible, el tribunal europeo en sentencia de 29 de octubre de 2015 resolvió que “la disposición transitoria controvertida, en la medida en que prevé que el plazo preclusivo comienza a correr en el presente caso sin que los consumidores afectados sean informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento de ejecución ya iniciado antes de entrar en vigor esa ley, no garantiza que se pueda aprovechar plenamente ese plazo, y en consecuencia, no garantiza el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión”

Concluye por tanto el TJUE que una disposición interna que concede





al consumidor el plazo de un mes para oponer la existencia de cláusulas abusivas conforme a una modificación legislativa a contar desde el día siguiente a la publicación de esa ley es contraria a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993. Esta doctrina se recuerda en el ATJUE de 17 de marzo de 2016, también de fecha anterior al auto dictado por el juzgado y que ahora se recurre.

Así y de conformidad con esta doctrina, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de ejecución con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 1/2013, la demandada (en la doble condición en la que actúa en el presente litigio) tenía el plazo de un mes para poder oponer la existencia de las nuevas causas de oposición prevista en el número 4 del artículo 695.1 LEC. Y este plazo no puede computarse desde la publicación de la ley 1/2013 puesto, como razona la sentencia antes citada, “los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial”.

Puesto que en las presentes actuaciones no consta que, tras la entrada en vigor de la ley 1/2013, se informara a la \_\_\_\_\_ que disponía de una nueva posibilidad de formular oposición en el plazo de un mes, no puede concluirse como hace el Juzgado, que le había precluido el plazo para ello.

2).- Aun en el caso que la demandada, tras la entrada en vigor de la ley 1/2013, hubiera optado por no oponerse a la ejecución tras haber sido debidamente informada de ello, nada impedía al para que el juzgado, en el primer momento que estuviera en disposición de hacerlo, examinara de oficio la posible abusividad de aquellas cláusulas.





No estará de más recordar que en la conocida STJUE de 14 de junio de 2012, al dar respuesta a una petición de decisión prejudicial formulada por la sección 14ª de esta Audiencia Provincial, mantuvo aquel tribunal europeo que el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE tiene carácter imperativo y que los tribunales internos tienen que apreciar, incluso, de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva, para restablecer de esta manera el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, “*tan pronto disponga de los elementos de hecho y derecho necesarios*”.

Esta doctrina ha sido reiterada en otras muchas posteriores como las sentencias de 21 de febrero, 30 de mayo y 14 de noviembre de 2013, 21 de enero de 2015, 18 de febrero del 2016, 26 de enero de 2017.

Pues bien en el presente caso, no habiendo podido examinar el juzgado el posible carácter abusivo de las cláusulas antes de despachar ejecución por no permitirlo la LEC, al resolver sobre el escrito presentado por la demandada era el primer momento que el Juzgado tenía para ello y por lo tanto nada le impedía examinar la abusividad de las cláusulas máxime cuando era la propia demandada quien se lo solicitaba.

Recordar en este punto, que en su sentencia de 30 de mayo de 2013 señala el TJUE que “*cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual está obligado a no aplicarla, salvo si el consumidor, tras haber sido informado por dicho juez, se opone a ello (sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM C-243/08)*” y concluye que “*la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos presente una declaración por la que solicita que se anule dicha cláusula*”.

Por otra parte, en su sentencia de 26 de enero del 2017 al plantearsele





la posibilidad de ese examen de oficio en relación al principio de cosa juzgada, afirma que, en virtud de este efecto, ese examen ya no será posible cuando existe un pronunciamiento firme sobre la legalidad del conjunto de cláusulas o de alguna de ellas. Por contra “en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición , está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas”.

#### **CUARTO.- Conclusión.**

De conformidad con lo razonado, procede revocar la resolución dictada por el juzgado el día 11 de julio del 2016 por la que no admite a trámite el escrito de de fecha 28 de junio de 2016 y en su lugar acordar que se le ha de dar trámite a fin de examinar el carácter abusivo de las cláusulas incorporadas al contrato de préstamo con garantía hipotecaria conforme determina el artículo 695.1 4º LEC.

#### **QUINTO.- Costas de la apelación.**

No se hace expresa imposición de las costas de la apelación (artículo 398.2 LEC).

### **PARTE DISPOSITIVA**

Estimar el recurso de apelación interpuesto por  
contra el auto de fecha 11 de julio de 2016 dictado por el Juzgado de 1ª  
Instancia nº 5 de Badalona revocar esta resolución y acordar que





se dé trámite al escrito datado en 28 de junio de 2016 presentado por  
a fin de que se examine el carácter abusivo de las cláusulas  
incorporadas al contrato de préstamo con garantía hipotecaria que es título de  
la ejecución conforme determina el artículo 695.1.4º LEC.

No se hace expresa imposición de las costas que derivan de la apelación.

Procédase a la devolución del depósito consignado al apelante.

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

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

