AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN
SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 428 de 2012
Juzgado de 1ª Instancia número Cinco de Vinaroz
Ejecución Hipotecaria número 813 de 2011

AUTO NÚM. 133 de 2012

Ilmos. Sres.:
Presidente:
Don JOSÉ MANUEL MARCO COS
Magistrados:
Don ENRIQUE EMILIO VIVES REUS
Don RAFAEL GIMÉNEZ RAMÓN

En la Ciudad de Castellón, a doce de julio de dos mil doce.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra el Auto dictado el día dieciocho de Abril de dos mil doce por la Ilma. Sra. Juez del Juzgado de 1ª Instancia número Cinco de Vinaroz en los autos de Ejecución Hipotecaria seguidos en dicho Juzgado con el número 813 de 2011.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Bankia S.A.U., representado/a por el/a Procurador/a D/ª. Agustín Juan Ferrer y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. Teresa Juste Picón.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don José Manuel Marco Cos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte Dispositiva del Auto apelado literalmente establece: "Que desestimando el recurso de revisión interpuesto por el Procurador de los Tribunales Agustín Juan Ferrer, en nombre y representación de BANKIA, S.A.U., contra el Decreto de fecha 23 de marzo de 2012, acordando archivar el expediente, SE CONFIRMA la resolución impugnada dando por finalizado el presente procedimiento de ejecución hipotecaria. Con pérdida del depósito constituido para recurrir. Notifíquese la presente resolución a las partes...".

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de Bankia S.A.U., se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte resolución por la que estimando el recurso de apelación interpuesto anule y deje sin efecto el auto impugnado y Decreto del Secretario Judicial dando por terminado el procedimiento con archivo de actuaciones, ordenando su continuidad con arreglo a derecho.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, que tras tener entrada en el Registro General el día 13 de junio de 2012 correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 13 de Junio de 2012 se formó el presente Rollo y se designó Magistrada Ponente, y por Providencia de fecha 19 de junio de 2012 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 9 de julio de 2012, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los expuestos en el Auto apelado.

PRIMERO.- Bankia S.A.U. interpone recurso de apelación contra el auto del juzgado que, desestimando el recurso de revisión interpuesto por dicha mercantil contra el Decreto del Secretario de 23 de marzo de 2012, acordó definitivamente en la instancia tener por finalizado y archivar el procedimiento de ejecución hipotecaria que aquélla promovió contra Don F Ga S y Doña B N G en reclamación de la cantidad debida por éstos en el ámbito

del préstamo con garantía hipotecaria en el que en su día se subrogaron, fijando en 92.996,49 euros el principal adeudado.

Pretende el banco recurrente que en esta alzada se revoque la resolución que ha puesto fin al proceso y se acuerde la continuación del mismo.

SEGUNDO.- Constituye antecedente procesal de interés, como luego se verá que, tras presentarse la demanda y documentos anejos a la misma, el día 15 de noviembre de 2011 se dictó auto despachando ejecución contra quienes figuraban en el titulo como deudores. Fue tras recibirse en el juzgado la certificación registral expedida en virtud de mandamiento judicial cuando el Sr. Secretario Judicial dictó el Decreto de 23 de marzo de 2012 por el que se daba por finalizado el procedimiento de ejecución al constatarse, a la vista del contenido de la certificación de dominio y cargas expedida por el Registro de la Propiedad, que la promotora del expediente no era la titular registral de la garantía hipotecaria cuya ejecución se pretende.

Son hechos relevantes que resultan del contenido del procedimiento los siguientes:

a) El día de 24 de septiembre de 2004 la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante –Bancaja- concedió un préstamo con garantía hipotecaria a favor de Mediterrania SA, tal como consta en la copia de la escritura pública en que se articuló la operación (folios 17 y ss).

b) El 27 de septiembre de 2006 Don F G S y Doña B N G suscribieron escritura de compra de una vivienda promovida por Porta Mediterrania SA y se subrogaron con el consentimiento de la prestamista Bancaja en la porción correspondiente a la vivienda adquirida respecto de las obligaciones dimanantes del préstamo, en la parte de la garantía constituida sobre la vivienda, y reconocieron adeudar a Bancaja 214.851 euros, de los que 208.800 euros correspondían al capital pendiente de devolución de aquel préstamo y otros 6.051 euros a la cantidad que como ampliación de préstamo les había sido entregada por la prestamista. La copia notarial expedida con carácter ejecutivo obra a los folios 59 y siguientes.

c) El día 23 de agosto de 2011 el Registro de la Propiedad en que consta inscrita la hipoteca expidió certificación –adjuntada a la demanda- en que la garantía figura inscrita a nombre de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante (Bancaja). Folios 96 y siguientes.

d) El día 13 de septiembre de 2011 se confeccionó en sede notarial el que en dicho documento se denomina "documento fehaciente de liquidación" en el que el fedatario actuó a requerimiento de Empresa Auxiliar de Cobros e Información SA, que intervenía a su vez en representación de Bankia SAU

(antes Altae Banco SA) y previamente constituida como Banco de Crédito y Ahorro SA (folios 100 y ss).

e) Se acompañó a la demanda simple fotocopia de un testimonio notarial, fechado el 30 de mayo de 2011, en el que se dice que el día 16 de mayo de 2011, se otorgó, entre otras, escritura por Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante (Bancaja) y Banco Financiero y de Ahorros SA mediante la que la primera transmitió al segundo, mediante segregación, "la totalidad de sus patrimonios empresariales, consistentes en todos sus negocios bancarios, parabancarios o de cualquier otra naturaleza", salvo excepciones que, en principio, no afectarían al préstamo hipotecario en el que son deudores los ejecutados. Con arreglo al mismo documento, una vez transmitido este patrimonio a Banco Financiero y de Ahorros SA, por escritura de 16 de mayo de 2011 esta mercantil transmitió a Bankia SAU el negocio financiero y bancario previamente adquirido de Bancaja, excepto los activos y pasivos ajenos a la actividad propiamente bancaria (folios 126 y ss).

f) En la certificación librada el 15 de diciembre de 2011, en virtud de mandamiento judicial, por el Registro de la Propiedad en cuyos libros está inscrita la finca hipotecada, se certifica que la garantía hipotecaria consta inscrita a favor de Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante (Bancaja), no de Bankia SAU (folios 140 y ss.).

TERCERO.- El núcleo de la divergencia de la recurrente con la resolución dictada en el primer grado de la jurisdicción radica en que, según la promotora de la ejecución, no es necesario para la continuación del proceso ni, por lo tanto, para su incoación, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión a su favor del crédito y de la garantía real constituida en su día.

El recurso debe ser desestimado, por los siguientes motivos:

1. Aunque ya no en la alzada, se cuestionó en su día por Bankia SAU que pudiera acordarse la finalización de un procedimiento previamente incoado y en el que se había dictado el despacho de ejecución.

Ciertamente, el despacho de ejecución es indicativo de que el órgano judicial ha procedido, tal como ordena el art. 551 LEC, al examen del título y documentos necesarios para su integración y lo ha considerado suficiente. Pero bien puede suceder que en un momento posterior del proceso advierta el juzgado que el título adolece de deficiencia tal que no debió en su día procederse a tramitar la ejecución. En el ámbito de la regulación general del proceso de ejecución de título no judicial un obstáculo de tal naturaleza puede hacerse valer por el ejecutado al oponerse a la ejecución por motivos procesales (art. 559 LEC). No hay tal oportunidad cuando se trata de la

ejecución sobre bienes hipotecados, pues no se prevé entre las causas de oposición enumeradas en el art. 695 LEC. Pero ello no puede impedir, precisamente por la trascendencia del especial proceso de ejecución hipotecaria y la relevancia de sus aspectos formales, que el órgano judicial detecte tras haber despachado ejecución la existencia de un defecto esencial, que en su día pudo evitar el inicio del proceso. Y, advertida la deficiencia, ha de obrar en consecuencia y adoptar un acuerdo cuyo efecto sea similar al de inadmisión que debió dictar en su día.

Pero es que, sin perjuicio de lo dicho, el momento en que en el caso presente se ha procedido a la terminación del proceso no es inoportuno, puesto que se ha tomado la decisión tras verificar que en la certificación registral expedida en cumplimiento de la previsión del art. 688 LEC no figura la promotora del proceso como titular del derecho de garantía real que pretende realizar. Como razonablemente se indica en la resolución apelada, el trámite del precepto del art. 688 LEC no tiene otro sentido que la comprobación de la vigencia del derecho en que se funda la ejecución, pues puede suceder que se hayan producido modificaciones desde que se confeccionó el título adjuntado a la demanda, o la certificación acompañada a la misma.

2. Dicho lo anterior y puesto que nos encontramos en el marco de un proceso de ejecución, conviene recordar una vez más que el carácter sumario y con limitadas causas de oposición del procedimiento de ejecución de título no judicial debe comportar un control estricto de los títulos que pueden dar lugar a la misma. En relación con el proceso de ejecución no hipotecaria lo ha dicho este tribunal en varias ocasiones (por ejemplo, Autos núm. 53 de 24 febrero 2009 y núm. 239 de 18 de noviembre de 2009).

El rigor y la exigencia han de ser mayores cuando se trata de ejecución sobre bienes hipotecados, en que son más limitadas todavía las causas de oposición admisibles y ni siquiera hay traba previa, sino directamente enajenación del inmueble sujeto a la garantía si el deudor no procede al pago.

En este sentido, se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1159/2004 de 3 diciembre (RJ\2004\7913) que es doctrina jurisprudencial la que sienta "como principio general el del rigor formal del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, que su extraordinaria limitación de cognición procesal exige en contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos". La STS núm. 105/2007 de 7 febrero (RJ\2007\780) reitera el criterio que acaba de transcribirse y añade, en relación con el rigor en la observancia de los trámites y formalidades legales que, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso de ejecución, "ha de ajustarse formalmente al cumplimiento de las mismas en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa".

3. La doctrina legal a que acaba de hacerse referencia es tan aplicable al trámite procesal como al rigor en la exigencia de que el contenido del título aportado se ajuste, objetiva y subjetivamente, al derecho de ejecución que pretende ejercitarse.

Hemos de advertir que no se pone en duda por este tribunal en el presente caso la existencia del derecho de crédito que pueda ostentar Bankia SAU frente a los prestatarios contra quienes formuló la demanda, en la medida en que, a tenor de la fotocopia de escritura antes mentada, no presenta dificultad la admisión de que el préstamo concedido por Bancaja a Don F y Doña G forma parte de los negocios bancarios de la transmitente (art. 177 C. Comercio; art. 1 Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas) y se comprendía en el ámbito de la cesión efectuada a su favor por Bancaja. Lo único que se cuestiona es si puede proseguir el singular proceso de ejecución hipotecaria en base a los títulos y certificación registral obrante en los autos.

Sabido es que la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo (art. 145 LH, STS de 18 de octubre de 2007 -ROJ: STS 6432/2007-, entre otras).

No tiene cabida en este ámbito procesal el alegato de que se ha infringido el art. 685 (que trata de los documentos que han de acompañar a la demanda ejecutiva), en relación con el art. 17 LEC, pues este precepto se refiere a la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso cuando el proceso se ha iniciado ("pendiente un juicio", dice), mientras que en el presente caso la transmisión habría tenido lugar, con arreglo a la documentación traída por la recurrente, antes de que promoviera la incoación del juicio, pues de otro modo no podría haber acompañado dicha documentación a la demanda.

Pues bien, no se cuestiona –no lo hace la resolución apelada- que a la demanda se acompañaron los documentos a que se refieren los arts. 685, 550, 573 y 574 de la ley procesal civil que se invocan en el recurso.

Pero sí que proceda la continuación del procedimiento una vez que se ha comprobado que la ejecutante no figura como titular del derecho que pretende ejercitar en el Registro de la Propiedad en que se inscribió la hipoteca:

a) En primer lugar, porque la norma del art. 540 de la ley procesal civil acerca del despacho de ejecución a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título, contenida entre las disposiciones generales de la ejecución, debe ceder ante la especialidad de la singular disciplina legal del proceso sobre bienes hipotecados, a cuyas diferencias ya antes se ha hecho referencia. Y esta singular disciplina ("particularidades de la ejecución" es la

denominación del epígrafe legislativo que precede al artículo 681 y los que le siguen) exige rigor extremo en el cumplimiento de las formalidades a que se refieren los arts. 685, 688 y concordantes de la ley procesal.

El título en que se basa la ejecución hipotecaria (art. 685) y la inscripción registral acreditada mediante la certificación (art. 688) han de ser suficientes por sí mismos para la incoación y el posterior progreso del procedimiento, sin necesidad de integración con otros documentos, pues en tal caso no tendría sentido ni utilidad la certificación a que se refiere el art. 688 LEC.

b) Por otra parte, no debe prescindirse de que el art. 149 LH, tras admitir la cesión del préstamo garantizado con hipoteca, manda que se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad, que es lo que no se ha hecho en el presente caso.

Dice la recurrente que se trata de una exigencia respecto de terceros, en sintonía con el carácter meramente declarativo que, a su criterio, tiene la inscripción en el registro inmobiliario.

Pero ya hemos visto que no siempre es así, pues tiene carácter constitutivo cuando se trata de hipoteca.

b.1) Además de lo dicho, los prestatarios no son terceros en el préstamo que recibieron, pero sí lo son en la cesión del mismo, que no consta les fuera notificada, pues no constituye notificación de la cesión el burofax remitido por Bankia SAU en el que el banco afirmaba que era titular del crédito y que notificaba el vencimiento anticipado.

b.2) Es propio de la disciplina legal hipotecaria el principio de la necesidad de la inscripción como requisito para la eficacia de la garantía real. No sólo para entender constituida la misma, como antes ya hemos dicho, sino también para la virtualidad de la modificación subjetiva afectante a alguna de las partes. Citamos, siquiera por analogía, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, que dispone en su artículo 5 que la subrogación no surte efectos frente a terceros si no se ha inscrito en el Registro; reiteramos a este respecto que los prestatarios contra quienes se plantea la ejecución son parte en el préstamo hipotecario, pero tienen la condición de terceros en el ámbito de la transmisión del crédito concertada entre Bancaja y Bankia SAU.

c) Por último y en el mismo sentido de abundar en la exigencia legal de la inscripción de la cesión y su trascendencia, obsérvese que el art. 150 LH dice expresamente que el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro, cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o

títulos al portador; "a sensu contrario", esta norma conduce a la conclusión de que sí es necesaria la inscripción para la transmisión de la garantía en los demás casos, es decir, cuando la hipoteca no tenga por objeto la garantía de obligaciones transferibles por endoso o al portador. Por lo tanto, sí debió inscribirse la cesión a favor de Bankia SAU.

En definitiva, una vez que se ha constatado que la ejecutante de la garantía no es la titular registral de la misma, bien acordada estuvo la terminación del proceso de ejecución, lo que no obsta a que la entidad bancaria recurrente haga valer su derecho en el proceso declarativo correspondiente (art. 552.3 LEC).

Se impone, por lo dicho, la confirmación de la resolución apelada.

CUARTO.- La desestimación del recurso que se sigue de lo dicho da lugar a la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por su recurso (art. 398 LEC).

En cuanto a la cantidad consignada como depósito para recurrir, pierde l parte recurrente la misma, a la que se dará el destino legal. efectuada (Disp. Adic. 15ª LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Bankia S.A.U. contra el Auto dictado por la Ilma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Vinaroz en fecha dieciocho de Abril de dos mil doce, en autos de Ejecución Hipotecaria seguidos con el número 813 de 2011, debemos confirmar y **CONFIRMAMOS la resolución recurrida** e imponemos a la parte recurrente las costas causadas por su apelación.

Se declara la pérdida de la cantidad consignada como depósito para recurrir, puesto que se desestima el recurso de apelación.

Notifíquese el presente Auto y remítase testimonio del mismo, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.-. Para hacer constar que en el mismo día de la resolución anterior y por parte del Ilmo. Magistrado Ponente, se me hace entrega de la presente resolución para su notificación a las partes, expidiéndose el correspondiente testimonio que queda unido a las actuaciones y archivándose el original en el legajo correspondiente; de lo que doy fe.