

**Auto APGI (1ª) de 22 noviembre 2012 N° rec.=565(2012) N°
sent.=189(2012)**

Roj: AAP GI 164/2012 Id
Cendoj: 17079370012012200147
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Girona
Sección: 1
N° de Recurso: 565/2012
N° de Resolución: 189/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: FERNANDO FERRERO HIDALGO
Tipo de Resolución: Auto

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION PRIMERA
GIRONA**

APELACION CIVIL.

Rollo n°: 565/2012

Autos: ejecución hipotecaria n°: 1236/2011

Juzgado Primera Instancia 5 Girona (ant.CI-5)

AUTO N° 189/2012

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Doña María Isabel Soler Navarro

Don Fernando Ferrero Hidalgo

En Girona, veintidos de noviembre de dos mil doce

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación n° 565/2012, en el que ha sido parte apelante CAIXABANK, S.A., representada esta por el Procurador D. JOAN ROS CORNELL, y dirigida por el Letrado D. CARLES CLAPERÀ CASTANY; y como parte apelada D. Plácido y Dña. Isabel, representada por la Procuradora Dña. CARME PEIX ESPIGOL, y dirigida por el Letrado D. ALEX SUÑE GRAFULLA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 5 Girona (ant.CI-5), en los autos n° 1236/2011, seguidos a instancias de CAIXABANK, S.A., representado por el Procurador D. JOAN ROS CORNELL y bajo la dirección del Letrado D. CARLES CLAPERÀ CASTANY, contra D. Plácido y Dña. Isabel, representados por la Procuradora Dña. CARME PEIX ESPIGOL, bajo la dirección del Letrado D. ALEX SUÑE GRAFULLA, se dictó auto cuya

parte dispositiva, literalmente copiada dice así: «**PARTE DISPOSITIVA:** *Que estimando la oposición a la ejecución formulada por D. Plácido y Dña. Isabel se ordena sobreseer la ejecución respecto de los mismos, siguiendo adelante únicamente contra Habitatge Les Gavarres 2004 S.L.*

Las costas de la oposición a la ejecución serán a cargo de la parte ejecutante».

SEGUNDO.- El relacionado auto de fecha 1 de marzo de 2012, se recurrió en apelación por la parte demandante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.^

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

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por CAIXA BANK, S.A.. contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Girona de fecha 1 de marzo del 2012, en el que se estimó la oposición a la ejecución formulada por D. Plácido y DÑA. Isabel, ejecución que había sido instada por LA CAIXA D'ESTALVS I PENSIONS DE BARCELONA contra dichos recurrentes y contra la entidad HABITATGE LES GAVARRES 2004, S.L., tratándose de una ejecución especial sobre bienes hipotecados, dirigida contra los recurrentes por su condición de deudores del préstamo con la garantía hipotecaria y contra la referida mercantil en su condición de propietario y tercer poseedor.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se insiste en que el [artículo 695 de la LEC](#) establece como causas de oposición un sistema de tasación estricta y, en concreto, sostiene que el motivo de oposición alegado no puede incluirse en la causa 1ª de oposición, que el auto recurrido la incardina en la misma.

La causa de oposición 1ª del artículo 695 empieza diciendo que es causa de oposición la "extinción de la garantía o de la obligación garantizada... ». Está claro en el presente caso que no nos encontramos ante un supuesto de extinción de la garantía, debiendo plantearnos por el contrario el alcance de la extinción de la obligación garantizada. Es decir, deberemos considerar sin por extinción de la obligación garantizada comprende todos los supuestos de extinción de las obligaciones que recoge el capítulo IV del título I del Libro IV del Código civil o solamente el pago, como podría desprenderse del redactado del artículo 695, cuando en el inciso final del redactado de la causa de oposición se indica la necesidad de escritura de carta de pago. Sin embargo, a pesar de dicho tenor literal, puede otorgarse la carta de pago, bien por condonación de la deuda, bien por compensación, por lo que no existe ningún impedimento para poder apreciar la extinción de la obligación por cualquiera de las causas de extinción de las obligaciones, siempre que la causa sea adecuada

para extinguir la obligación garantizada con la hipoteca. Y entre dichas causas estaría la novación subjetiva del deudor, como habitualmente ocurre cuando el comprador de la cosa hipotecada se subroga en la posición del vendedor, con la aceptación del acreedor. Es claro que cuando en la propia escritura de compraventa el acreedor interviene y acepta que el comprador se subroga en la posición del anterior deudor, se está produciendo una extinción de la obligación para éste. Está claro que si el acreedor pretendiese reclamar la deuda en el procedimiento de ejecución hipotecaria contra el anterior deudor, éste podría oponerse a la reclamación alegando la extinción de la obligación garantizada por novación subjetiva, pues para él estaría extinguida tal obligación, aunque la obligación misma no se hubiera extinguido.

Cierto es que para que se produzca la extinción de la obligación por novación subjetiva del deudor es necesario que exista la aceptación del acreedor. Por lo tanto, el ejecutado puede oponerse a la ejecución alegando la extinción de la obligación por dicha causa, pero, en principio, si no existe la aceptación del acreedor la oposición deberá desestimarse.

TERCERO.- En cuanto al segundo motivo de oposición, en principio, teniendo en cuenta lo razonado debería entenderse que la extinción de la garantía debería constar en escritura pública, pues así se desprende de la regla 1ª del artículo 695 cuando se refiere a la escritura pública de carta de pago, entendiéndose, como hemos dicho, por carta de pago la escritura en la que el comprador se subroga en la posición deudora del vendedor, o la compensación aceptada por el acreedor, o la condonación de la deuda. La parte ejecutante y recurrente viene a sostener la necesidad de su aceptación a la subrogación en la deuda hipotecaria para que sea eficaz la misma y pueda ser opuesta al acreedor hipotecario, rechazando que pueda ser válida la aceptación tácita. Si nos atenemos a una interpretación literal del precepto así debería entenderse, pero en todo caso, debe tenerse en cuenta que la legitimación activa y pasiva dependerá de la inscripción registral, pues resulta requisito en la constitución de la hipoteca la inscripción en el Registro de la Propiedad y por lo tanto la legitimación dependerá de lo que conste en dicha dependencia pública.

Destaca la AP de Castellón en el auto de 12 de julio del 2012 que *«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.

No vamos a cuestionar la legitimación de la recurrente, pues de hacerlo se incurriría en reformatio in pejus, pero se ha traído a colación dicha resolución porque la recurrente, que defiende a ultranza la exigencia del formalismos en su aceptación en la subrogación de la deuda garantizada, resulta, por un lado, que ni CAIXABANK, ni la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona son acreedores que consten en el Registro de la Propiedad, pues aunque se hayan subrogado en el crédito de Caixa de Girona como consecuencia de la fusión de entidades crediticias, debería haber sido inscrito en el Registro. Y a su vez la única entidad deudora hipotecaria según el Registro de la Propiedad sería HABITATGE LES GAVARRES 2004, S.L., pues cuando ésta vendió la finca a D. Plácido y DÑA. Isabel, y se subrogaron en la obligación hipotecaria, el acreedor no compareció en el otorgamiento de la escritura a fin de aceptar la subrogación hipotecaria. Por lo tanto, si ahora se oponen a la subrogación como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa entre dichas dos partes, tampoco debería haber aceptado la anterior subrogación. Y si se aceptó ésta de forma tácita, debe estarse a todas sus consecuencias, es decir deberá aceptarse que como consecuencia de la cláusula resolutoria que se pactó expresamente y que consta en el Registro, vuelve la anterior entidad deudora a serlo, sin que sea dable pretender que en lo que beneficia se produjo la subrogación a favor de los compradores y en lo que perjudica no, como es la cláusula resolutoria expresa que se pactó en la escritura y se inscribió en el Registro. Por lo que si la resolución se llevó a cabo en cumplimiento de

la cláusula, se otorgó la escritura pública y se inscribió en el Registro, sin que haya existido ningún tipo de oposición por la ejecutante, ni reclamación por impago de las cuotas, no cabe más que aceptar la interpretación que realiza la resolución recurrida.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 398 de la L.E.C . procede imponer las costas, si las hubiere, de esta alzada a la parte recurrente.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, se dicta la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

Que desestimando el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales JOAN ROS CORNELL en nombre y representación de CAIXABANK, S.A. contra el Auto de fecha 1/03/2012, dictado por el JDO 1^a INST. NUM. 5 DE GIRONA, en los autos de EJECUCIÓN HIPOTECARIA nº 1236/2011, de los que este Rollo dimana, debemos confirmar el mismo. Todo ello con imposición de costas en esta alzada a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno.

Líbrese testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por este nuestro auto, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA. Seguidamente se cumple lo que los magistrados han ordenado. Doy fe.