

Auto APB (16ª) de 08 marzo 2011 Nº rec.=676(2010) Nº sent.=64(2011)

En la ciudad de Barcelona, a ocho de marzo de dos mil once

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSEXTA

ROLLO Nº. 676/2010-A

P.S. OPOSICIÓN A EJECUCIÓN HIPOTECARIA Núm. 852/2009

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 4 BADALONA (ANT.CI-5)

A U T O nº 64/2011

Ilmos. Sres.

AGUSTIN FERRER BARRIENDOS

JORDI SEGUÍ PUNTAS

JOSE LUIS VALDIVIESO POLAINO

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Dieciséis de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de P.S. oposición a ejecución hipotecaria, número 852/2009 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badalona (ant.CI-5), a instancias de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Montero Brusell, contra Sacramento, representada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Javier Ram de Viu de Sivatte, instada la oposición a la ejecución hipotecaria por la Sra Sacramento, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por B.B.V.A,SA., contra el Auto dictado el día catorce de abril de dos mil diez por el Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva del Auto apelado es del tenor literal siguiente: "Acuerdo estimar la oposición a la ejecución planteada por la Procuradora Dña. Nuria Camps Badía en nombre y representación de Dña. Sacramento, dejando sin efecto la ejecución en cuanto despachada contra ella, y condenando a BBVA al pago de las costas causadas en el incidente de oposición."

SEGUNDO.- Contra el anterior Auto se interpuso recurso de apelación por B.B.V.A., S.A. mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria Sra. Sacramento que se opuso mediante su escrito motivado. Elevados los autos a esta Superioridad, se procedió a dar el trámite correspondiente señalándose para votación y fallo el día 24 de febrero de 2011.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. AGUSTIN FERRER BARRIENDOS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El banco apelante presentó demanda de ejecución hipotecaria tanto contra prestatarios como fiadores solidarios en base a la escritura de préstamo de fecha 1 de febrero de 2007 que resultó parcialmente impagada y dio lugar a vencimiento anticipado. El Juzgado despachó ejecución contra los allí demandados oponiéndose a la ejecución una de las fiadoras, Doña. Sacramento, alegando que a ella no se le había notificado previamente el saldo deudor.

El Juzgado de Primera Instancia estima la oposición y contra dicha resolución recurre la parte demandante reiterando las argumentaciones ya expuestas en primera instancia.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso hace referencia a que el fiador solidario de un préstamo hipotecario no es propiamente parte del proceso pues éste se dirige exclusivamente contra el bien hipotecado, de manera que la llamada al proceso de la apelada habría sido algo así como una notificación de la vertencia del procedimiento, dado su interés del mismo.

Tal argumentación no es correcta desde el momento que el deudor solidario lo es también de la deuda que se reclama por lo que puede no considerársele excluido del concepto de "deudor" que utiliza el [art. 585.1 de la Ley de enjuiciamiento civil](#) . Obsérvese que el procedimiento de ejecución hipotecaria, puede continuar contra el "deudor" una vez ejecutado el bien, por la diferencia no obtenida en la subasta del inmueble conforme lo dispuesto en [art. 579 LEC](#) . Es por ello sin duda que la demanda de ejecución hipotecaria la dirigió también contra los fiadores solidarios y es por eso también que el despacho de ejecución con requerimiento de pago (que no se había hecho extrajudicialmente) se dirigió también contra los mismos. Y debe ser por eso también que el banco recurre la resolución del Juzgado que aparta a la citada fiadora de la presente ejecución, al estimar su oposición.

Alega el banco apelante que ello no debería perjudicar la ejecución hipotecaria propiamente. Y es así; pero cabe observar que lo único que dice el auto apelado es que la ejecución no se continúe respecto de esta fiadora concreta y nada impide pues seguir la ejecución contra prestatarios, titulares del inmueble, y el otro fiador. Como tampoco nada impediría demandar a esta fiadora en proceso diferenciado, en base a la propia escritura si la ejecución de la garantía hipotecaria no cubriera la totalidad de lo adeudado.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso hace referencia a que en una ejecución hipotecaria sólo se pueden oponer las excepciones expresamente previstas en art. 695 de la LEC debiendo remitir cualquier otra alegación a juicio declarativo.

Evidentemente la idea del legislador es blindar en lo posible el proceso de ejecución hipotecaria, pero ello no puede excluir un motivo de oposición que, como aquí ocurre, surge, no de motivaciones materiales, sino del propio proceso de ejecución hipotecaria; existe una amplia "pequeña jurisprudencia" en el sentido de que aquellos preceptos no excluyen cualquier posibilidad de defensa procesal referente al propio proceso de ejecución. Además de las resoluciones que se mencionan en el auto apelado, cabría mencionar las sentencias de esta Audiencia de Barcelona de 25 de febrero de 2010 (Sección 4ª), 28 de abril del mismo año (Sección 11ª) y de 29 de abril del mismo año de la Sección 13ª.

CUARTO.- Argumenta finalmente el apelante que el contrato de préstamo, por ser de naturaleza real y tener liquidez inmediata no requiere de especial liquidación que hubiera de notificar previamente a los obligados. Esto sería claramente así si estuviéramos hablando de un préstamo sin interés e incluso de un préstamo con interés fijo ([art. 572.1 de la ley de enjuiciamiento civil](#)).

No ocurre lo mismo cuando estamos hablando de operaciones más complejas que requieren una forma especial de liquidación del contrato. La actual ley procesal incluye en este grupo precisamente los préstamos a interés variable, como es el de autos, de manera que el art. 574 de la ley procesal se remite a estos efectos al art. 573.1.3º del mismo texto legal, que exige -al igual que el párrafo final del 572- la notificación de la cantidad exigible a los fiadores si los hubiere. De hecho, en la propia escritura de préstamo hipotecario origen de estos autos, en la "Cláusula de afianzamiento" se da por cierto que se tenga que notificar el saldo estableciendo expresamente que "en relación a lo dispuesto en el último párrafo del [art. 572 de la Ley de enjuiciamiento civil](#) , señalan como domicilio a efectos de notificaciones, el que figura en la comparecencia".

En el presente caso lo cierto es que por un error material se remitió la notificación a un domicilio que, en el caso de la apelada, era errático siendo devuelta la comunicación por el servicio de correos con la anotación de "no entregado. Señas desconocidas". Ciertamente que el ejecutante, sin advertir que se había remitido a domicilio erróneo, intentó una nueva notificación remitiéndola al inmueble hipotecado. Pero este intento no puede considerarse subsane la falta de integración del título de ejecución hipotecaria, en la medida que no era ese el domicilio pactado y tampoco dio lugar a entrega efectiva.

Por todo lo expuesto, se confirmará la resolución recurrida.

Conforme dispone el [art. 398.1](#) con relación al 394 de la ley de enjuiciamiento civil, las costas del recurso deberán quedar de cuenta de la parte apelante.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por BBVA SA contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Badalona en fecha 14 de abril de 2010 , con imposición de las costas del recurso a la parte apelante y pérdida del depósito efectuado para recurrir.

La presente resolución es firme. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia con testimonio para su cumplimiento.

Así lo acordamos y firmamos. Doy Fe.