

Juan Manuel **BACH FERRÉ**

PROCURADOR

jmbf@bachprocurador.net

C. Mallorca, 22B. Principal 2a / 08008 Barcelona
Teléfono 93 272 19 05 / Fax 93 272 19 06



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO 50 DE
BARCELONA

Ldo.: CELIA CANOVAS ESSARD
Aulos: 241/13 C1
Jdo.: PRIMERA INSTANCIA50
Mi ref.: A8568 S. ref.:
Cliente:
Contrari:
Señalamiento/ Término :

AUTO 260/2013

Barcelona, 10 de junio de 2013

HECHOS

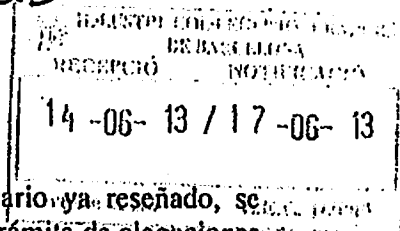
PRIMERO: En nuestro proceso ejecutivo hipotecario, ya reseñado, se abrió de oficio, tras instancia de la Sra. , trámite de alegaciones de diez días sobre el archivo de las actuaciones, por resolución de abril último, en base a las razones que se dan en dicha resolución, sucediendo luego la nueva Ley 1/2013, de 14 de mayo; tanto la parte ejecutante como la dirección de doña , dirigida por la letrada doña Celia Cánovas Essard, han evacuado el trámite como consta, la Sra. instando dicho archivo definitivo de este proceso de ejecución hipotecaria.

SEGUNDO: Así, quedó el trámite visto para esta resolución por diligencia última del mes pasado.

TERCERO: En la tramitación del incidente se han seguido esencialmente las prescripciones legales, en atención a la acumulación de trabajo sufrida en este Juzgado, excesiva sin lugar a dudas, con un volumen creciente exponencialmente de asuntos desde hace unos tres años, y cada vez con mayor número de ellos de gran complejidad, agravado por la multitud de hipotecarios como este que han venido a sumarse a las causas estructurales de sobrecarga inhumana de trabajo judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: A pesar de que nuestro Derecho procesal vigente se rige por el principio de conservación y subsanación procesales, se comparten esencialmente las alegaciones de la dirección de la Sra. , siendo la vivienda un derecho fundamental, art. 47 de la Constitución española, ligado sistemáticamente a la apreciación de oficio por el tribunal, art. 9.1 de la misma Ley Fundamental, máxime alegándose y acreditando la maternidad de un niño con discapacidad mental de 65%, y el desamparo de llegarse al desahucio que refiere la nueva disposición transitoria primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que constituyó causa de nulidad sobrevenida por ser abusivas las cláusulas referidas en dicha providencia, especialmente la sexta bis de vencimiento anticipado de la deuda, visto lo dispuesto en el art. 85.4 de la LGDCU aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, y antes en el art. 10 bis y disposición adicional primera, apartado I.2º de la misma LGDCU, texto de Ley 26/1984, de 19 de julio, en conexión con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, a la luz de la nueva Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, prestando atención especialmente a su preámbulo exegético, que se refiere a la posibilidad de apreciar de oficio las mejoras en el



procedimiento de ejecución hipotecaria de su capítulo tercero, decretando la improcedencia de la ejecución, en relación al nuevo art. 693 LEC, que resuelve en dicha improcedencia, a la vista de la cláusula sexta bis, letra "d" del préstamo para la adquisición de la vivienda de la Sra.

de Barcelona, si consideramos su disposición transitoria primera e incluso la norma hermenéutica de la disposición transitoria primera del Código Civil sustantivo, válida subsidiariamente para cualquier disposición transitoria, en esta materia civil, de manera que procede dicho archivo por nulidad sobrevenida en orden a lo dispuesto en los arts. 22 y 564 de la LEC en perfecta conexión sistemática con el art. 225.1º de la misma Ley procesal civil.

Se actualiza así la consideración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el régimen procesal español menoscaba la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas, de efecto directo, STJUE de 14 de marzo de 2013, y establecer el nuevo art. 693 LEC, en conexión con la disposición transitoria primera de dicha Ley 1/2013, dictada al hilo de esa sentencia, que no podría usarse de este procedimiento, a la vista, especialmente, de la cláusula sexta bis del préstamo hipotecario ejecutado, sobre vencimiento anticipado, residiendo la dueña referida, y su hija con necesidad de educación especial, en la vivienda de esta ciudad contra la que se dirige la acción hipotecaria del art. 129 de la Ley Hipotecaria, lo que conlleva una nulidad sobrevenida del art. 225.1º LEC en conexión con el art. 227.2 LEC, en atención a lo dispuesto en el art. 564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en concordancia sistemática con el art. 22 LEC, pues, más concretamente, ha considerado que dicha Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas celebradas en los contratos celebrados con consumidores, se debe interpretar en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, que al mismo tiempo no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento del título ejecutivo, y no permitía que el juez que conozca del proceso declarativo competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar estas medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Es improcedente mantener la ejecución, visto dicho art. 693 LEC, sin proceder ya en este sumario recalcular nada, siendo como es que el tribunal siempre estuvo sujeto a la norma procesal nacional, de obligado cumplimiento, art. 117 de la Ley Fundamental, por todos, pues ha cambiado, y radicalmente, la misma norma procesal de obligado cumplimiento para todos, art. 1 del Código procesal civil, en pleno colapso de la Administración de Justicia, y en concreto de este orden civil, véase el apartado segundo del preámbulo de la Ley 37/2011, en cuanto realidad social actual del art. 3 del Código Civil.

SEGUNDO: Sobre esta base, y puesto que el juez español está vinculado por la jurisprudencia del TJUE y por el derecho comunitario, que forma parte de nuestro sistema de fuentes, a raíz de dicha sentencia complementada con



dicha novela procesal en perfecta línea sistemática, resulta obligado, en este proceso hipotecario, resolver de oficio la improcedencia del sumario por constar la existencia de eventuales cláusulas abusivas, como especialmente dicha sexta bis evidentemente abusiva con carácter procesal retroactivo; abstrayendo, claro es, el proceso ordinario donde *motu proprio* pueda reclamar lo debido el banco ejecutante, si es que no se solventa de otra manera, atendida, claro es, la nueva situación producida primero con la STJUE de 14.3.2013 y luego con dicha Ley 1/2013, de 14 de mayo, vigente desde 15.5.2013. Se retiene la referencia a *vivienda habitual* de la disposición transitoria segunda de dicha ley, concepto inspirador de la novela, siendo decisivo dicho art. 693 LEC, renovado en ella, insistiendo en la vivienda como derecho fundamental, art. 47 de la Constitución, ligado sistemáticamente a la apreciación de oficio por el tribunal de la improcedencia o denegación de la ejecución, art. 9.1 de la misma Ley Fundamental, a la luz de la nueva Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, especialmente su preámbulo exegético, que se refiere a la posibilidad de apreciar de oficio las mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria de su capítulo tercero, decretando la improcedencia de la ejecución, en relación al nuevo art. 693 LEC, que resuelve en dicha improcedencia, a la vista de la cláusula sexta bis, letra "d" del préstamo para la adquisición de la vivienda de las personas referidas, considerando su disposición transitoria primera e incluso la norma hermenéutica de la disposición transitoria primera del Código Civil sustantivo, válida subsidiariamente para cualquier disposición transitoria, en esta materia civil, resultando entonces de aplicación los arts. 551, 552 y 693.2 LEC, este último en su nueva redacción vigente desde mayo último, visto el contenido de dicho art. 693.2 LEC renovado en la novela procesal, exigiendo convenio en la escritura de constitución del crédito hipotecario de vencimiento del total adeudado por capital e intereses, de, al menos, tres plazos mensuales de morosidad o un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, en relación a su disposición transitoria primera *ex abundantia*, y su preámbulo exegético de su capítulo tercero relativo a este procedimiento de ejecución hipotecaria, insistiendo en la improcedencia de la ejecución, y su archivo por dicha nulidad sobrevenida, a la vista especialmente de dicha cláusula sexta bis del préstamo, sobre vencimiento anticipado, y considerando la vertiente negativa de la jurisdicción y competencia en el art. 117.4 CE, y su concordante art. 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no pudiendo entonces considerar la previsión de diez meses anterior a la ley positiva, menos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico nacional, presidido por la ley, arts. 117 CE, 1 LEC y 1 CC, de nuevo. La nueva ley ha superado la anterior doctrina jurisprudencial, a su vez mero complemento del ordenamiento jurídico nacional.

A vueltas con ese principio esencial de legalidad, y con lo ya expuesto, y con el norte de actuación legal del art. 1 del Código procesal civil vigente, que obliga a todos, insisto otra vez en la reserva legal para ejecutar, art. 117.3 de la Ley Suprema, de manera que el capítulo 5º, título 4º de libro III, arts. 681ss de la LEC vigente sólo fijaba ciertas peculiaridades hipotecarias del proceso ejecutivo dinerario genérico de dicho título cuarto. Y el art. 685.2 LEC se debe aplicar en conexión sistemática también con el art. 550 de la misma ley procesal, y, por ende, al 551 de la misma, de manera que se exigía que se acompañara

precisamente a la demanda supuestamente ejecutiva el título ejecutivo, apartado 1.º de dicho art. 550, por lo que es claro que la ejecución no puede proseguir, al no acompañarse el nuevo requisito del art. 693.2 que está en la misma LEC vigente, no concurriendo los presupuestos y requisitos legalmente establecidos para dicho despacho de ejecución, al no referir en la misma escritura de constitución tal vencimiento anticipado mínimo de tres meses de cuotas que englobaría capital e intereses, en homenaje al beneficio del plazo que es derecho legal esencial que no puede ignorarse unilateral y abusivamente como se pretende, art. 1.127 del Código Civil, en conexión sistemática con dicha directiva y la LGDCU de 1984 y 2007, en cuanto dicha demanda no se sujetó en su ejercicio a lo dispuesto en dicho título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su reiterado capítulo quinto, arts. 681ss, entre ellos dicho art. 685.2 que no puede ser más claro en su exigencia de título de crédito revestido de los requisitos que la misma Ley exige, valga la redundancia, para el despacho de la ejecución, conforme a la exigencia de un título como el referido en el art. 693, 2º apartado renovado por la novela de mayo, de manera que si "podrá reclamarse" la totalidad de lo adeudado por capital e intereses por la vía sumaria hipotecaria referido sólo si obrase tal convenio en la escritura constitutiva del crédito -hipotecario total 1ª vivienda, en este caso, íntitulado del doc. 1-, quiere decirse, *a sensu contrario*, que tras regir la nueva ley de mayo, ya no podía la actora reclamar esa deuda en este proceso sumario hipotecario ejecutivo, conformándose dicha cláusula abusiva sexta, especialmente letra "d" con la falta de pago de una cuota de intereses o amortización -se entiende de capital- o incluso de la prima del seguro, una vez transcurridos treinta días desde su respectivo vencimiento, muy lejos de las tres mensualidades mínimas totales establecidas legalmente.

Y todo conforme al principio vigente en toda la Unión Europea que reza *nemo auditur qui turpitudinem suam allegans*, o de que nadie puede sacar ventaja ninguna de su propio incumplimiento de cualquier deber jurídico, aquí de aportar documentación ejecutiva si pretende tal ejecución, como carga procesal suya, conforme a dicho principio constitucional -arts. 9.3, 24 y 117 CE, rectamente interpretados- de legalidad esencial.

En conclusión, este proceso sumario ya no se ajusta a la claridad legal actual, dado que no concurre ya tal esencial *presupuesto* o requisito procesal exigidos por los arts. 550, 551 y 693.2 de la L.E.Civil vigente, incluyendo el *præius* de competencia judicial, actuando sobre la cuestión del beneficio del plazo que es un derecho material del que gozaban los consumidores referidos.

Además, la parte ejecutante ha de prestar atención, en ese sentido, a que en el préstamo hipotecario que sustenta la reclamación que nos ocupa en este procedimiento, se tacha de abusiva, además de la referida, la cláusula de interés de demora, sexta, que pueden tener carácter abusivo, así, la de interés de demora, inicialmente en 14,90 %, cuando en 2006 estaba vigente un interés legal de un 4%, por lo que 2,5 veces de la Ley de Crédito al Consumo de 1995 en conexión con la LGDCU entonces vigentes importaría sólo un 10% anual (por el tiempo de vigencia, no elevándose a tres veces dicho interés hasta el art. 114.3 LH en su nueva redacción de la Ley 1/2013), por lo que, de conformidad también con la reciente sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013, se ha dado



dicho traslado a las partes referidas, habiendo sobrevenido dicha Ley 1/2013, intentando superar la anterior limitación cognitiva del art. 695 de idéntico texto legal, procediendo entonces la resolución de oficio sobre la existencia de dichas cláusulas abusivas, especialmente la referida de vencimiento anticipado del préstamo con el simple impago de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses, o incluso la prima del seguro, aparte las otras referidas en dicha providencia de 29 de abril, a la que me remito.

El TJUE, en su sentencia de 4 de junio de 2009, entendió que “el art. 6, apartado 1 de la Directiva se ha de interpretar en el sentido de que una cláusula contractual no vincula al consumidor, y que sobre ello no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito dicha cláusula, y el juez nacional tiene que examinar de oficio el carácter abusivo en cuanto disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello”, de manera que cuando considere que dicha cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, excepto si el consumidor se opusiere.

La sentencia del TJUE de 17 de diciembre 2009 complementa la idea anterior, ya que nada se opone a que un órgano jurisdiccional nacional declare de oficio la nulidad de un contrato, como mecanismo de protección del consumidor, aunque este no haya invocado en ningún momento esta nulidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, con tal de compensar, de esta manera, la desventaja en que se encuentra el consumidor, especialmente ante entidades mercantiles que ostentan una posición de superioridad en la negociación.

La sentencia de 14 de junio de 2012 señala que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre dichas cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, se ha de interpretar en el sentido de que el juez tiene la obligación de examinar de oficio, incluso *in limine litis*, el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. Además, la misma sentencia interpreta el art. 6.1 de la directiva tan citada, y declara que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

TERCERO: A título de ejemplo, en este tipo de procedimiento hipotecario podrían tener carácter abusivo, al menos, las cláusulas de interés de demora, la de resolución anticipada, la de liquidación unilateral de la deuda impagada por los prestatarios, en este undécima, y la cláusula suelo.

Sobre el concepto de cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia recuerda que el “desequilibrio importante” creado por estas cláusulas se ha de apreciar teniendo en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no concurre un acuerdo de las partes en ese sentido. Asimismo, resulta pertinente a ese efecto examinar la situación jurídica en que se halla el consumidor a la vista de los medios de que dispone de acuerdo con la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas. Para determinar si el desequilibrio se produce “pese a las exigencias de la buena fe” (apartado 69 de la STJUE de

14.3.2013), es necesario comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual.

Por lo que se refiere a los intereses de demora, en dicha sentencia de 14.3.2013 se dice que el órgano jurisdiccional debe comprobar, a la luz de los criterios expresados, si la cláusula de intereses de demora inculcada en el contrato firmado por el Sr. era abusiva. La cláusula establecía en ese caso unos intereses de demora anuales del 18,75% devengados automáticamente respecto de las sumas no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de reclamación. En particular, deberá de comparar este tipo de interés con el tipo de interés legal, y verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que el interés de demora persigue en España, y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

En lo que se refiere a la cláusula relativa al vencimiento anticipado indica que dicha cláusula permite al banco declarar exigible la totalidad del préstamo después de un solo incumplimiento de la obligación de pago del capital o de los intereses. El juez nacional debe comprobar especialmente si esta facultad depende de que el consumidor haya incumplido una obligación esencial del contrato y si el incumplimiento tiene un carácter suficientemente grave por lo que se refiere a la duración y cuantía del préstamo. En este caso el vencimiento era en octubre de 2036, resultando clamorosamente abusiva la cláusula.

Finalmente, por lo que atañe a la cláusula relativa a la liquidación unilateral de la deuda impagada, su carácter abusivo dependerá de la apreciación por el juez nacional de si la cláusula "dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa, a la vista de los medios procesales de los que dispone". Insisto en lo mismo.

En el caso concreto, ya nos hemos referido a la claridad abusiva del interés de demora referido, a mayor abundamiento.

Y se considera especialmente abusiva la cláusula que permite que sólo por dejar de pagar una parte del capital del préstamo o de sus intereses, o incluso ciertos impuestos y contribuciones, o cualquier otra obligación indeterminada con el banco, no sólo la del préstamo hipotecario, se pueda privar a la persona deudora del beneficio del plazo, atendida la larga duración del préstamo, y al pago regular durante los siete primeros años de dicho préstamo.

Dicha sentencia de 14.3.2013 considera contrario el procedimiento hipotecario al principio de efectividad, en cuanto impedía el examen de dichas cláusulas abusivas, sea de oficio, fuere a instancia de parte, siendo claro que no era posible realizar tal control de oficio sobre dichas cláusulas; y como las normas procesales son de orden público y no se pueden crear trámites procesales no previstos, se consideran inadecuadas para este tipo de reclamaciones cuando concurre un consumidor.



CUARTO: Considerando que la directiva se opone a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados existente en la LEC; así como la voluntad histórica del legislador español que en un procedimiento de ejecución hipotecaria no se pueda determinar ni de oficio ni a instancia de parte la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, aunque la parte prestataria sea un consumidor; atendido que tanto las alegaciones del consumidor sobre el eventual carácter abusivo de alguna o algunas de las cláusulas del contrato que sustentan la ejecución, así como que el ejercicio del deber del control de oficio por parte del juez no se podía vehicular a través del procedimiento de ejecución, visto el art. 698 LEC inalterado, y considerando que las normas procesales son de orden público, no pudiendo crearse trámites nuevos sin soporte legal –art. 117.3 de la Ley Suprema nacional-, el tribunal vio como una vía plenamente hábil y sistemáticamente adecuada la del art. 564 LEC, que permite remitir a las partes al juicio declarativo ordinario donde esas pueden hacer valer la eficacia jurídica de sus derechos y deberes a la luz de los principios derivados de la jurisprudencia del TJUE y donde, a su vez, el tribunal mismo puede ejercer plenamente su deber de control de oficio derivado de dicha jurisprudencia relativa al Derecho de la Unión. Además, en ese procedimiento la entidad acreedora podrá, si lo estima conducente a su derecho, incorporar pretensiones de reclamación dineraria, desapareciendo el riesgo de no obtener tutela judicial para ese tipo de pretensión.

Concluyendo, es improcedente continuar con la ejecución despachada, y, en cambio, procede declarar su nulidad sobrevenida, invitando a las partes a debatir de manera contradictoria en el juicio declarativo ordinario el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora, de vencimiento anticipado de la deuda, o de cualquier otra que consideren abusiva, y efectuar, en su caso, reclamaciones dinerarias sustentadas en el préstamo hipotecario referido en la demanda superada por dicha sentencia y ley de obligado cumplimiento.

QUINTO: Todo ello considerando que la normativa del procedimiento hipotecario seguido hasta la fecha de la LEC no se ajustaba al principio de efectividad, en la medida en que hacía imposible o excesivamente difícil aplicar la protección de la Directiva 93/13/CEE a los consumidores. Y debe prestarse atención a lo dispuesto en el art. 280 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), al establecer que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el art. 299, que, a su vez, dice que la ejecución forzosa sólo puede ser suspendida en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello no obstante, el control de la conformidad a derecho de las medidas de ejecución será competencia de las jurisdicciones nacionales.

Debe prestarse atención también a lo dispuesto en los arts. 10 y 96 de la Constitución española, de manera que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y con los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España; y los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán

ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

En fin, precisamente porque los cambios en el ordenamiento jurídico son facultad exclusiva del poder legislativo, art. 66 de la Ley Fundamental española, ante una regulación como la del procedimiento hipotecario de la LEC, que no se ajustaba al principio de efectividad, según lo razonado exhaustivamente en dicha sentencia de 14.3.2013, no queda más camino procesal para esta demanda que el ya indicado, esto es, el juicio declarativo, único procedimiento actualmente hábil para obtener el crédito, y, si procede, ejecutar la garantía hipotecaria accesoria, atendidas las sentencias más recientes del TJUE que afectan a la LEC, de 14.6.2012 y 14.3.2013, prestando atención a que en este procedimiento la parte ejecutada es una consumidora, residente en dicho piso barcelonés, conforme consta también en el expediente de justicia gratuita, y, por tanto, que la última sentencia fue un hecho sobrevenido que privó de objeto este proceso, en el sentido establecido en los arts. 22 y 564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, actuando en perfecta línea sistemática.

SEXTO: Además, concurre la causa de nulidad o inexistencia sobrevenida constituida por la vigencia de dicha Ley 1/2013, visto el contenido de dicho art. 693.2 LEC renovado en la misma, exigiendo convenio en la escritura de constitución del crédito hipotecario de vencimiento del total adeudado por capital e intereses, de, al menos, tres plazos mensuales de morosidad o un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, en relación a su disposición transitoria primera y su preámbulo exegético de su capítulo tercero relativo a este procedimiento de ejecución hipotecaria, insistiendo en la improcedencia de la ejecución, a la vista especialmente de dicha cláusula sexta bis del préstamo, sobre vencimiento anticipado, y considerando la vertiente negativa de la jurisdicción y competencia en el art. 117.4 CE, y los concordantes arts. 225ss de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil vigente, concurriendo entonces causa de nulidad total insubsanable; al tratarse de cuestión de de orden público procesal indisponible, si consideramos el principio de legalidad, arts. 9.3 y 117.3 CE y 1 L.E.Civil, concurriendo desde la vigencia de dicha nueva ley una clamorosa causa de nulidad, en conexión con la vertiente negativa de la jurisdicción y competencia nacionales asumiendo el Derecho de la Unión, y haciendo inviable el incidente extraordinario de nulidad de la disposición transitoria cuarta de la nueva Ley 1/2013, precisamente por carencia de ese requisito o presupuesto mínimo de procedibilidad innovado legalmente *-podrá reclamarse, a contrario sensu-* que en este caso no concurre en la ejecución que nos entretiene, haciéndola improcedente, como expresa el preámbulo explicativo de la novela nacional.

Así, ante la claridad y taxatividad del del Código procesal civil, a interpretar sistemáticamente con lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 9º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en consonancia con los ya citados, y con el principio de legalidad de los arts. 9.3, 24 y 117.3 de la Constitución y 1 de la LEC, concurre esa carencia de presupuestos procesales de admisibilidad o procedencia necesarios legalmente, de orden público y rango constitucional, y procede declarar la nulidad total e insubsanable de todo el proceso, sobrevenida



del mismo, de la causa 1ª del art. 225 LEC, al carecer este Juzgado de dicha jurisdicción y competencia por adolecer dicha demanda desde entonces de dicha carencia de fundamento legal de sustento, desde dicha vigencia de la Ley 14.5.2013, considerando lo dispuesto en los arts. 117.3 y 4 CE y 2 LOPJ, vertiente positiva y negativa de la jurisdicción, viciando el proceso radicalmente, de manera que la única solución posible es esa nulidad radical de todo el proceso observada de oficio antes de su resolución final, siendo dicha jurisdicción y competencia indisponibles por ser de orden público legal, y rango constitucional, en virtud de lo dispuesto en los arts. 9, 10, 24, 96 y 117 de la Constitución española, y lo relativo a la nulidad de pleno derecho en el art. 225.1º LEC y en el art. 238.1º de la Ley Orgánica 6/1985, de uno de julio, del Poder Judicial.

Siendo prioritario el principio de legalidad, art. 1 LEC, de rango constitucional en este caso sobre Juez ordinario predeterminado legalmente: arts. 24.2 y 117.3 CE, la Ley Suprema es vinculante a todos los tribunales, ex art. 5 de la Ley orgánica 6/1985, del poder judicial. Sólo la ley puede regular la competencia y procedimiento judiciales. Y resulta en este caso peculiar que la ley vigente ha venido a desautorizar este procedimiento hipotecario concreto seguido contra dicha persona consumidora, conforme al principio *lex posterior derogat anteriorem* del art. 2 del Código Civil común, al no ejecutarse el lanzamiento referido en la disposición transitoria primera de la novela de mayo.

Y es que el derecho procesal no es más que el derecho material en movimiento, con CHIOVENDA. Y así, al sobrevenir defecto radical en la demanda que no venía amparada desde entonces de los requisitos legales de procedibilidad, haciendo que adolezca dicho proceso de falta de competencia del órgano jurisdiccional, lo que es un *prius* respecto de cualquier proceso judicial, insistiendo en la cuestión de orden público procesal evidente ya referida, y en concreto en el art. 24 CE, en conexión con dicho art. 1 LEC y 9.3 de la Constitución, es improcedente continuar con la ejecución despachada, como reza el preámbulo de la novela hipotecaria.

Tan repetido principio de legalidad nos lleva a seguir la publicación "Jurisdicción, competencia y partes en el proceso civil" editada por la Escuela Judicial/CGPJ, ed. 1996, y en concreto la ponencia de don José Gabaldón, vicepresidente del Tribunal Constitucional, de manera que jurisdicción y competencia son presupuestos procesales, y existe una exigencia de regulación por ley de estos presupuestos, de manera que desde el punto de vista positivo subjetivo, el derecho fundamental al Juez legal se funda en el art. 24 CE, y ha de ser el juez predeterminado por la legislación ordinaria. La STC 101/1984 afirma que dicho derecho fundamental también se refiere al proceso civil. Esta doctrina corrobora la naturaleza claramente constitucional de la configuración legal de los tribunales en orden a los presupuestos de jurisdicción y competencia, puesto que las normas que los estructuran determinan cómo ha de darse satisfacción a este derecho fundamental.

En estudio diferenciado de la competencia objetiva y territorial, don José Antonio Sainz Ruiz, teniente-fiscal del Tribunal de Cuentas, y profesor de Derecho procesal, analizando el antiguo art. 74 LEC, en contraste con el 48 actual, ya no se expresa que el juez "podrá" abstenerse de conocer cuando se

crea objetivamente incompetente, sino que la regulación actual ordena que la falta de competencia objetiva se aprecie de oficio, tan pronto se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto, considerando lo previsto en el art. 117.3 de la Constitución española, sobre necesaria jurisdicción y competencia objetiva o funcional judicial para acordar al respecto, dada la reserva legal que también menciona dicho art. 24 CE en conexión sistemática con el art. 1º LEC, relativa a la competencia judicial a seguir necesaria o imperativamente conforme al cauce y a los presupuestos legalmente establecidos, y no queda más remedio que decretar dicha improcedencia ejecutiva por nulidad sobrevenida, en cuanto no se ampara legalmente este proceso sumario desde 15.5.2013, siendo las normas procesales de orden público indisponible.

Y no existe alternativa ninguna de subsanación, ni de integración procesal, ex art. 231 LEC a contrario, siendo la nulidad radical, deriva de lo ya razonado en conexión con la actuación conforme a dicha Ley procesal nacional de los arts. 1 y 5 de la LEC vigente, el último invocado *a contrario sensu*, faltando fatalmente dichos requisito previo y presupuesto inconcurrente de este sumario hipotecario renovado en la novela dictada al hilo de la STJUE de 14.3.2013, pues jamás la subsanación, no constitucional, puede pasar por delante del principio de legalidad del art. 9.3 de la Ley Suprema, que también incluye el principio de seguridad jurídica.

En definitiva, no queda más remedio que decretar dicha improcedencia ejecutiva actual, por dicha nulidad sobrevenida, como remacha el art. 9º.1 de la LOPJ, al insistir en la necesaria y exclusiva cobertura por Ley de la jurisdicción de los tribunales. Lo mismo, en su vertiente negativa, resulta de la debida aplicación de los arts. 117.4 CE y 2º.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que consagra la expresa cobertura legal como fundamento del ejercicio de la función jurisdiccional.

SÉPTIMO: Asimismo, concurre, en idéntico sentido al expuesto más arriba, a la vista de la certificación registral referida en el art. 688.3 LEC, la falta de inscripción de la hipoteca a favor de la entidad ejecutante, pues obra en favor de la distinta CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, conjuntamente con la nulidad de la cláusula que permite la cesión del crédito sin notificación al deudor ni inscripción, a la luz de la doctrina sentada por el auto de 12.7.12 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, núm. 133 de ese año, en conexión sistemática con lo establecido en el art. 6.3 del Código Civil, como razona la dirección jurídica de la Sra. ., pues, en síntesis, para que pudiera continuarse con esta ejecución era requisito indispensable que la hipoteca estuviese constituida en favor de la ejecutante; en caso contrario, se debe proceder al archivo de las actuaciones, como confirmó dicho auto en un caso proveniente del JPI 5 de Vinaroz.

En síntesis, bien puede suceder que en momento posterior al despacho de ejecución advierta el Juzgado que el título adolece de deficiencia tal que no debió en su día tramitarse la ejecución. Y no hay oportunidad para que el ejecutado pueda oponerle en este proceso sumario de ejecución de bienes hipotecados, a diferencia de la oposición genérica del art. 559 LEC, pues no se prevé entre las causas de oposición enumeradas en el tan repetido art. 695 LEC,



de limitación cognitiva que llevó a dicha STJUE de 14.3.2013 y luego a la Ley 1/2013, derivación del Derecho de la Unión.

Pero ello no puede impedir, precisamente por la trascendencia del especial proceso de ejecución hipotecario tan cuestionado últimamente, 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 inicial, visto que la entidad correspondiente presentó, no debiendo hacerlo, dicha demanda ejecutiva. Cuanto más si se trata, al hilo del reciente cambio de escenario radical empezado con dicha sentencia de 14 de marzo, de vivienda habitual de la parte afectada por el proceso ejecutivo hipotecario.

Y el momento procesal, visto que se obstina la ejecutante en la ejecución, a pesar del giro copernicano reciente en la materia concernida, no es inoportuno, puesto que se toma la decisión tras verificar que 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, pues el trámite de dicho art. 688 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.

Conviene recordar entonces, estando tan en boga la cuestión, al menos respecto a la vivienda habitual que constituye línea sistemática congruente que inspira toda la revolución legislativa de dicha novela de mayo, al calor de la sentencia del TJUE de marzo, y una vez más, que anteriormente estábamos en el marco de un proceso ejecutivo de carácter sumario y con limitadas causas de oposición de un título no judicial, que debería comportar un control estricto de los títulos que dan lugar al mismo. En relación al proceso de ejecución no hipotecaria lo ha dicho la Audiencia de Castellón en varias ocasiones, por ejemplo, autos núm. 53 de 24.2.2009 y núm. 239, de 18.11.2009.

El rigor y la exigencia deben 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 de 3 de diciembre de 2004, núm. 1159, que es doctrina jurisprudencial la que sienta como principio general el del rigor formal del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, pues 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 de febrero, reitera el criterio que acaba de transcribirse, y añade, en relación con dicho rigor en 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". La doctrina legal referida es tan aplicable al trámite procesal como al

rigor en la exigencia de que el contenido del título se ajuste, objetiva y subjetivamente, al derecho de ejecución que pretende ejercitarse.

Se advierte que no se pone en duda la existencia del derecho de crédito que pueda ostentar CATALUNYA BANC, S.A. frente a los prestatarios contra quienes formuló la demanda, al hilo de la normativa invocada por esta; lo único que se cuestiona es si puede proseguir el singular proceso de ejecución hipotecaria en base a los títulos y certificación registral obrantes en los autos.

Y no cabe confundir la inscripción de la hipoteca esencial con la inscripción distinta de la cesión crediticia del art. 149 de la Ley Hipotecaria. Sabido es que la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo, en virtud de la claridad de lo dispuesto en el art. 145 de dicha LH, como ilustra, por todas, la STS de 18 de octubre de 2007, núm. 6432.

Y no puede alegarse, implícita o explícitamente, con éxito lo dispuesto en el art. 685 LEC en conexión con el 17 LEC sobre sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso cuando el proceso *se ha iniciado* –lo mismo en el art. 540 LEC-, abstrayendo que no existe ningún crédito litigioso en autos, a la vista de lo dispuesto en el art. 1.535 del Código Civil que define la figura, “pendiente un juicio” expresa el art. 17, mientras que en este caso la transmisión habría tenido lugar, con arreglo a la documentación y alegaciones de la ejecutante, antes de que promoviera la incoación del juicio, pues de otro modo no podría haber acompañado dicha documentación a la demanda.

Se cuestiona que proceda la continuación del procedimiento tras el giro copernicano del legislador español impulsado por la jurisprudencia europea vinculante, a pesar del efecto directo de dicha directiva comunitaria, y, por lo que atañe a este fundamento, una vez se ha comprobado que la ejecutante no figura como titular del derecho accesorio que pretende ejercitar en el Registro de la Propiedad en que se inscribió la hipoteca, mera garantía del crédito referido, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque la norma del art. 540 de la ley procesal civil, contenida entre las disposiciones generales de la ejecución, debe ceder ante la especialidad de la singular disciplina legal del proceso sobre bienes hipotecados, a cuya diferencia ya nos hemos referido anteriormente. Y esta singular disciplina (“particularidades de la ejecución” es la denominación que continúa precediendo al artículo 681 y los que le siguen, mejorada en el capítulo tercero de la nueva Ley 1/2013) 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 LEC) y la inscripción registral acreditada mediante la certificación (art. 688 LEC) 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 la que se refiere dicho art. 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



Por otra parte, no puede olvidarse que el art. 149 LH en que se apoya la ejecutante, tras admitir la cesión del préstamo garantizado con hipoteca, manda que se haga en escritura pública y que se *inscriba* en el Registro de la Propiedad, que es lo que no se ha hecho en este caso, a tenor de la certificación del art. 688.

Y no se trata de una exigencia respecto de terceros, en sintonía con el distingo argüido entre inscripción declarativa y constitutiva, y la mutación jurídico real correspondiente. Lo relevante es que no siempre la inscripción en el registro inmobiliario tiene mero carácter declarativo, como postularía la ejecutante, sino que tiene carácter constitutivo cuando se trata de hipoteca, como hemos visto, pues el art 145 LH exige para la validez de dicha hipoteca, garantía real accesoria del crédito personal, dicha inscripción tabular. Y el sistema de fuentes del art. 1 CC no incluye siquiera a la doctrina.

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 que les fuera notificada, pues no constituye tal notificación los telegramas unidos a los autos.

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 se repite, 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 art. 5 que la subrogación no surte efectos frente a terceros si no se ha inscrito en el Registro; añadido 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 Caixa d'Estalvis de Catalunya y Catalunya Banc, SA, pasando previamente por Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, en oxímoron o incongruencia perfecta con lo que se alega ahora, que continuaría siendo titular de los derechos y obligaciones contraídos por la antigua Caixa d'Estalvis de Catalunya. En cuanto a la referencia en bloque del negocio financiero, es perfectamente irrelevante en esta resolución, pues no se trata de una cuestión económica, sino jurídica o legal, art. 117 CE por todos.

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 hacerse constar la transferencia en el Registro, pero sólo 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 compartida 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 que debió inscribirse la cesión a favor de Catalunya Banc, SAU.

En definitiva, una vez se ha constatado que la ejecutante de la garantía no es la titular registral de la misma, debe acordarse igualmente en la terminación de este proceso de ejecución, lo que no obsta a que la entidad bancaria referida

haga valer su derecho en el proceso declarativo correspondiente, conforme dispone el art. 552.3 de la LEC inalterado en la profunda reforma legislativa sistemática hipotecaria del mes pasado, en orden a reforzar la protección a los deudores hipotecarios, la reestructuración de deudas y el alquiler social.

OCTAVO: Es improcedente la especial condena en costas, al no aplicarse el art. 394 de la LEC vigente, propio de procesos declarativos, ni tampoco la redacción del art. 241.2 LOPJ dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, dada la peculiaridad del trámite seguido.

En igual sentido de aplicación *a contrario*, obra lo dispuesto en el art. 228 del Código procesal civil vigente. La regulación de las cuestiones incidentales del capítulo VII del título I del libro II de la Ley rituarial civil no prevé nada al respecto de dichas costas, ni tampoco lo hace la regulación especial del art. 227.2 de idéntico Código procesal civil. Por ello mismo, tampoco es aplicable lo previsto en la nueva redacción aludida del art. 241.2 *in fine* de la Ley Orgánica del Poder Judicial producida por dicha Ley Orgánica 19/2003, y, como quiera que este auto se dicta al amparo de lo previsto en el art. 245.1.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, su notificación deberá hacerse como previene el art. 248.4 de dicha Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, considerando la peculiaridad de esta resolución definitiva.

PARTE DISPOSITIVA

Decreto la improcedencia actual de la demanda de ejecución hipotecaria presentada por CATALUNYA BANC, S.A. contra doña _____ y don _____, y declaro la nulidad sobrevenida de dicho proceso de ejecución hipotecaria, y, en consecuencia, ordeno el archivo inmediato de este procedimiento de ejecución hipotecaria, denegando la prosecución con el despacho de esa ejecución, e invito a las partes a debatir de manera contradictoria en juicio declarativo ordinario el carácter abusivo de las cláusulas de intereses de demora, vencimiento anticipado o cualquier otra que consideren abusiva, así como a ejercitar, si procede, pretensiones de carácter dinerario sustentadas en el préstamo hipotecario adjuntado a demanda. Sin especial imposición de las costas del proceso seguido hasta la fecha.

Notifíquese esta resolución en forma legal, conforme a lo dispuesto en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cabiendo interponer contra ella recurso de apelación en el término preclusivo de veinte días legal, mediando el depósito legal de cincuenta euros exigido por la disposición adicional decimoquinta de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial, tras su reforma por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, en la cuenta de este Juzgado designada a ese efecto, requisito sin el cual no será admitido a trámite. También se puede intentar, a elección de la parte ejecutante, recurso de reposición previo a la apelación, en el quinto día legal, mediando el depósito legal de 25 euros.

Infórmese a las partes que en la planta cuarta del edificio C de la Ciudad de la Justicia se halla el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña,



donde también pueden conseguir otras soluciones satisfactorias para los intereses de las dos partes equivalentes o mejores al derecho aplicado por un tercero.

Así por este mi auto, que por su carácter definitivo se inscribirá en el libro correspondiente de este Juzgado, lo dispongo y firmo, don Sergio Fernández Iglesias, magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona. Doy fe.