



Notificado: 09/05/2019 | Letrado: D. Francisco Ruiz Martínez
 Fecha Actuación: 09/05/2019 | Expediente: 2017/248

AUTO N° 182/19

AUDIENCIA PROVINCIAL MALAGA
 SECCION N°4 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

PRESIDENTE ILMO. SR.
 D. MANUEL TORRES VELA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.
 D. FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ
 D^a MARIA ISABEL GÓMEZ BÉRMUDEZ

REFERENCIA:
 JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
 N°1 DE MARBELLA (ANTIGUO MIXTO N°2)
 ROLLO DE APELACIÓN N° 737/2017
 AUTOS N° 5902/2010

En la Ciudad de Málaga a veintitrés de abril de dos mil diecinueve.

Visto, por la SECCION N°4 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado en juicio de Pieza de oposición a la ejecución hipotecaria seguido en el Juzgado referenciado. Interpone el recurso CREDIFIMO SAU que en la instancia fuera parte demandante y comparece en esta alzada representado por la Procuradora Dña. BELEN OJEDA MAUBERT y defendido por la Letrada Dña. MARIA ELENA ORTEGA SÁNCHEZ. Es parte recurrida LORENA XXXXX XXXXXX que está representado por el Procurador D. JESUS MANUEL SALINAS LOPEZ y defendida por el Letrado D. JOSE FRANCISCO RUIZ MARTINEZ, que en la instancia ha litigado como parte demandada .



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
 Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	1/12



080rs55LK0hXwuZgcboQvg==



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Auto el día 08/02/2017, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que, **estimando la razón de oposición a la ejecución consistente en falta de legitimación activa de CREDIFIMO, procede denegar el despacho de ejecución, abonándosele a la ejecutada las costas que se hayan podido ocasionar en este procedimiento, atendiendo a la estimación de los argumentos aducidos por la misma en su escrito de oposición.**

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación se elevaron los autos a esta Sección de la Audiencia Provincial, donde se ha formado rollo y turnado de ponencia. La votación y fallo a tenido lugar el día 22/04/2019, quedando visto para dictar la correspondiente resolución.

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

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL TORRES VELA quien expresa el parecer del Tribunal.


II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución apelada, salvo en lo que se opongan a los de la presente.

PRIMERO.- Frente al auto de instancia, que estimó la oposición a la ejecución despachada frente a CREDIFIMO S.A.U., por no acreditarse por esta el carácter o representación con que demanda, declarando nula por abusiva la clausula de interés moratorio, excluyendola del contrato y no devengándose ningún interés por este concepto, se alza la parte ejecutada que sustenta su recurso en que no se ha producido la transmisión del préstamo litigioso sino que se ha titularizado en favor de la entidad TDA 25, FONDO DE



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	2/12
 080rs55LK0hXwuZgcboQvg==				



TITULIZACION DE ACTIVOS, sin que se le pueda negar legitimación a su representada ya que ostenta la titularidad del crédito o en todo caso la titularidad como acreedor y la hipoteca está inscrita a su favor en el Registro, estando por ello obligada a realizar todos los actos necesarios para su efectividad.


La parte ejecutada impugnó las alegaciones efectuadas de contrario, solicitando su desestimación y la confirmación de la resolución apelada.

SEGUNDO.- El motivo ha de ser estimado, por cuanto con independencia de que de la documental aportada con el escrito de oposición consta que el crédito litigioso fue cedido a un Fondo de Titulización de activos, ello no es óbice para que no pueda acogerse la excepción de falta de legitimación activa por titulización del crédito ejecutado invocada como motivo de recurso, ya que la cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala en su auto de fecha 18 de mayo del pasado año, dictado en el Rollo de apelación nº 1118/2016, al resolver un recurso de apelación idéntico al de autos en el que actuaba como ejecutante la misma entidad CREDIFIMO que lo hace ahora, en los términos recogidos en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero del tenor literal siguiente:

“SEGUNDO.- El art. 15 de Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, establece, por una parte, que las Entidades a que se refiere su artículo 2 podrán hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera, mediante la emisión de títulos valores denominados participaciones hipotecarias, y que el titular de la participación hipotecaria, en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la entidad Emisora a causa de la falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa dicha persona, concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la Entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando éste fuera inferior; y el titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución, de tal forma que si no instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello,



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	3/12
 080rs55LK0hXwuZgcboQvg==				



el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación.


Se desprende de este precepto legal que el acreedor hipotecario conserva la titularidad del préstamo y de la acción ejecutiva frente al deudor hipotecario en caso de impago, cuando haya emitido participaciones hipotecarias sobre sus préstamos.

Las normas de desarrollo de dicho precepto, insisten en lo mismo, reconociendo el art. 30 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, legitimación activa primaria a la entidad emisora en el supuesto de impago por el deudor hipotecario, y legitimación concurrente con la del titular y subsidiaria o por subrogación al titular de las participaciones en los supuestos en que el incumplimiento de la entidad emisora fuera consecuencia de la falta de pago del deudor, siempre que la haya compelido para que inste la ejecución hipotecaria, en cuyo caso podrá personarse en la ejecución que la entidad emisora siga contra el deudor y participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado, o si no se hubiese iniciado la ejecución dentro de los sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado para ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado en la cuantía correspondiente al porcentaje de su participación, tanto por principal como por intereses; y en caso de paralización del procedimiento seguido por la entidad emisora, el partícipe podrá también subrogarse en la posición de aquélla y continuar el procedimiento.

En todos estos supuestos el titular de la participación deberá acompañar a su demanda del título original de la participación, del requerimiento notarial realizado a la entidad emisora y la certificación registral de inscripción y subsistencia de la hipoteca, habiendo de hacer constar el registrador al expedirle esta certificación, mediante nota marginal, que se ha expedido la certificación registral y se indicará su fecha y la identidad del solicitante. Estas circunstancias se harán constar en la certificación expedida".



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	4/12
 080rs55LK0hXwuZgcboQvg==				



Por su parte el art. 1º del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se Regula los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras, actualmente derogado por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, establece que “Los fondos de titulización de activos son patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, integrados, en cuanto a su activo, por los activos financieros y otros derechos (en adelante, activos) que agrupen y, en cuanto a su pasivo, por los valores de renta fija que emitan y por préstamos concedidos por entidades de crédito” y en el art. 2.2b que la cesión de créditos al fondo están sujeta al requisito, entre otros, de que cedente conserve la administración y gestión del crédito cedido, salvo pacto expreso en contrario.


La resolución recurrida omite cualquier referencia explícita a esta legislación, centrándose exclusivamente en la escritura de constitución del fondo denominado “TDA 27, FONDO DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS”, mientras que la apelante se limita a la invocación de las normas citadas sin entrar en la cuestión que, implícitamente, se somete a esta sala, que es la de si el contenido de la escritura pública, en el margen que queda a expensas de la voluntad de los contratantes, según lo establecido en el art. 1255 del Código Civil, viene a establecer un régimen jurídico diferente en cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción ejecutiva.

En este sentido hemos de constatar que en la propia escritura se establece que dicho Fondo de titulización de activos se regirá en primer lugar por lo dispuesto en la propia escritura, refiriendo después, por este orden; el “Folleto”; el Real Decreto 926/1998 y disposiciones que lo desarrollen; la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión y sobre Fondeos de Titulización Hipotecaria; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; etc.

TERCERO.- El primer argumento de la resolución recurrida es que en la escritura se establece que los créditos son objeto de cesión plena e incondicional, aunque la cedente conserve la custodia y administración de los préstamos con la obligación de realizar todos los actos necesario para la efectividad y buen fin de los mismos; pero ello responde por completo a lo dispuesto en el citado art. 2.2.b del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, de modo que no establece peculiaridad alguna en el régimen jurídico descrito,



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	5/12
 080rs55LK0hXwuZgcboQvg==				



habiendo de precisar que la norma se refiere a “cesión de activos” al Fondo y la escritura a los “derechos de crédito” que se derivan de los préstamos hipotecarios, de modo que en ningún caso supone la cesión de los propios contratos de préstamo ni de la garantía hipotecaria que se constituye, sino del crédito del prestamista a los meros efectos de que los terceros inversores puedan titular una participación en fondo constituido por la agrupación de dichos créditos.

El segundo argumento consiste en que en la escritura se señala que “en todo caso corresponderá a la Sociedad Gestora en nombre del Fondo el ejercicio de la totalidad de las facultades que en caso de incumplimiento como consecuencia de la falta de pago del Deudor se atribuyen a los titulares de las participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipoteca en el artículo 66 del Real Decreto 685/1982”, habiendo de decirse, igualmente, que tampoco supone la modificación del régimen jurídico referido respecto a la legitimación, puesto que el Real Decreto 685/1982 fue derogado por el ya citado del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril y lo dispuesto en el art. 66 se corresponden con el contenido del art. 31 de esta última norma al nos hemos referido.

En cualquier caso, a efectos de la conclusión que finalmente se alcanza en el auto apelado, no ofrece apoyo alguno, sino todo lo contrario, puesto que viene a establecerse que la Sociedad Gestora actuará en nombre del Fondo en ejercicio de las facultades que legalmente se reconocen a los “titulares de las participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas” en caso de impago por el deudor hipotecario; y hemos de recordar que a dichos titulares se le reconoce una legitimación concurrente con la entidad emisora o subsidiaria por subrogación en caso de inactividad, de modo que constituiría un contrasentido que la misma Sociedad Gestora, según la conclusión que se alcanza en el auto apelado, actuara como ejecutante primaria, meramente representada por la entidad emisora (CREDIFIMO), y simultáneamente pudiera hacerlo en concurrencia con la misma o sustituyéndola en interés de los titulares de participaciones o certificados de transmisión, lo que quiere decir que actuaría en el mismo procedimiento ejecutivo en virtud de dos legitimaciones diferentes y en defensa de distintos intereses.



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	6/12



080rs55LK0hXwuZgcboQvg==



Y el argumento principal se sustenta en el contenido de la estipulación 10.3.4, que se transcribe en el auto apelado, deduciendo de la misma que, como quiera que se cedían de forma plena e incondicional los créditos de que eran titulares los cedentes derivados de préstamos hipotecarios suscritos, se señala en la escritura que en caso de impago por los deudores hipotecarios la entidad cedente podría ejercitar las acciones judicialmente previstas en nombre y representación de la Sociedad Gestora y no su propio nombre y derecho, considerando clarificadora en ese sentido la mención en dicha estipulación a que “a favor de los cedentes para que éstos actuando a través de cualesquiera de sus apoderados con facultades bastantes a tales fines, pueda en nombre y representación de la Sociedad Gestora como representante legal del Fondo, requerir por cualquier medio judicial o extrajudicial al Deudor Hipotecario de cualquiera de los préstamos hipotecarios el pago de su deuda y ejercitar la acción judicial contra los mismos”.

En realidad es en esta mención amputada del resto de la estipulación 10.3.4 en la que se fundamenta el auto apelado la conclusión de que la cedente sólo podría ejercitar las acciones judicialmente previstas en nombre y representación de la Sociedad Gestora, porque de redacción literal de la estipulación, que se transcribe en el propio auto, no resulta así, dado que lo que se establece es que los cedentes, como administradores de sus respectivos préstamos cedidos al Fondo, ejercerá las acciones correspondientes contra los deudores hipotecarios que incumplan sus obligaciones de pago derivadas de dichos préstamos hipotecarios “en virtud de la titularidad fiduciaria de los mismos o en virtud del poder que se cita en el párrafo siguiente”. Y en ese párrafo lo que se establece es que para el supuesto que fuese necesario “la Sociedad Gestora en la Escritura de Constitución otorgará un poder tan amplio y bastante como sea requerido en Derecho a favor de los cedentes para que éstos actuando a través de cualesquiera de sus apoderados con facultades bastantes a tales fines, pueda en nombre y representación de la Sociedad Gestora como representante legal del Fondo, requerir por cualquier medio judicial o extrajudicial al Deudor Hipotecario de cualquiera de los préstamos hipotecarios el pago de su deuda y ejercitar la acción judicial contra los mismos”.

Aunque se trate de una redacción confusa, lo cierto es que de este párrafo no puede deducirse que la escritura derogue el régimen jurídico



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	7/12



080rs55LK0hXwuZgcboQvg==



establecido legalmente en cuanto a la legitimación de la entidad emisora de las participaciones para el ejercicio de la acción ejecutiva, puesto que se reconoce la que hemos denominado legitimación primaria a la cedente (CREDIFIMO) reputándola “titular fiduciaria de los préstamos hipotecarios”, y se contempla, adicionalmente, la posibilidad de que “si fuese necesario” la Sociedad Gestora otorgará poder a los cedentes para el requerimiento a los deudores y ejercicio de las acciones judiciales; pero, como ha quedado expuesto, ello no es necesario ni congruente con la naturaleza jurídica de la cesión realizada a través del Fondo de Titulización, por lo que no puede servir de sustento precisamente a la exigibilidad, en todo caso, de que la entidad emisora cedente ejercite la acción ejecutiva en nombre de la Sociedad Gestora.

Esa conclusión tampoco es congruente con el resto de lo estipulado en la escritura, en la que se reproduce el régimen legalmente establecido en lo que se refiere a la administración y gestión de los préstamos hipotecarios y al ejercicio de las acciones en caso de impago por los deudores, incumbiéndole, por tanto, a las entidad emisora de las participaciones o certificaciones de transmisión, ni con las facultades que se reconocen expresamente a la Sociedad Gestora, que únicamente representará al Fondo de Titulización y a los titulares de las participaciones, como ya se ha dicho, en los supuestos de ejecución por impago de los deudores en concurrencia con la entidad emisora, titular registral de la garantía hipotecaria, o por sustitución en caso de inactividad, con los requisitos legalmente establecidos y las formalidades que han quedado expuestas; supuestos que no concurren en la ejecución hipotecaria que nos ocupa.

Por último señalaremos que, aunque en el auto apelado se invoca el art. 538 de la LEC para reconocer legitimación activa sólo al que aparezca como acreedor en el título ejecutivo, condición que, conforme a lo expuesto, reúne la apelante, puesto que registralmente sigue figurando como titular de la hipoteca y no ha subrogado al Fondo en el préstamo mediante la cesión del contrato, habiendo sido objeto de cesión sólo el derecho de crédito que resulta del mismo, realmente viene a resolverse en términos de capacidad procesal, puesto que lo que se concluye es que la cedente “CREDIFIMO” no puede actuar en nombre y por cuenta propia, sino en representación de la Sociedad Gestora, pero ello no se corresponde con lo establecido en los artículos 6º y 7º de la LEC, puesto que la Sociedad Gestora ostenta personalidad jurídica, por



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmv2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	8/12



080rs55LK0hXwuZgcboQvg==



lo que tiene que comparecer por sí misma, y no “legalmente representada” por CREDIFIMO, estando reservada la necesidad de complemento de capacidad procesal para ser parte para las masas patrimoniales o patrimonios separados carentes de personalidad jurídica, como es el caso, precisamente, del Fondo de Titulización pero no de la Sociedad Gestora.


En cualquier caso, las normas procesales son de orden público y no disponibles por las partes, de modo que lo estipulado en la escritura de constitución del Fondo de Titulización no puede modificar en ningún caso el régimen de capacidad procesal para ser parte que se establece en la LEC.”

Así, pues, resulta procedente estimar el motivo estudiado y, en su consecuencia, revocar la resolución apelada en el sentido de que la ejecución despachada debe continuar adelante, eso sí, rectificando la cantidad objeto de ejecución, que ha de acomodarse a la reliquidación de la deuda practicada por la entidad ejecutante a virtud de lo acordado por esta Sala en su auto de fecha 17 de septiembre de 2016, que resolvió sobre las consecuencias de la nulidad por abusiva de la cláusula suelo contenida en la póliza litigiosa, y que por tanto adquirió firmeza, sin que quepa su planteamiento y examen con posterioridad, como parece pretender la parte ejecutada.

TERCERO. - Así mismo, respecto de los motivos de oposición relativos a la nulidad por abusivas de las estipulaciones 5ª (comisión por posiciones vencidas) 6ª y 6ª bis, que fueron alegados anteriormente y denegados por esta Sala en su auto de fecha 21 de enero de 2016, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra el auto denegatorio de la nulidad de actuaciones instada por dicha parte, cabe estar a lo resuelto entonces, por haber adquirido firmeza: **“TERCERO.-** *Los motivos de nulidad denunciados de la estipulación 5ª que preveía una indemnización del 6% en concepto de daños y perjuicios, de abono de gastos de impago y como cláusula penal expresamente pactada que se giraría de una sola vez sobre todas las cantidades impagadas, y de la Sexta Bis, que establece como causa de resolución del contrato el insuficiente aseguramiento del inmueble hipotecado contra incendio o daños, deben ser rechazados porque las causas de oposición que pueden ser alegadas a través del régimen transitorio en que se apoya el recurso, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, se circunscriben al carácter abusivo de las cláusulas contractuales que*



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	9/12
 080rs55LK0hXwuZgcboQvg==				



constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiesen determinado la cantidad exigible, art. 695.1.4ª de la LEC.


Las cláusulas a la que se refiere la ejecutada no fundamenta la ejecución ni ha determinado la cantidad exigible en la misma, según se desprende de la certificación de saldo, cierre de cuenta y liquidación, por lo que no puede ser sometida al control de abusividad en la ejecución de bienes hipotecados y pignorados, previsto en la legislación citada, sin perjuicio de lo que pudiera alegarse en la vía declarativa.”.

El resto de los motivos alegados ahora ex novo, cuando pudieron haberlo sido al plantearse la oposición a la ejecución en el incidente extraordinario de oposición a la ejecución tramitado con anterioridad (clausula 7ª, de adhesión a un seguro de vida y ahorro o cualquier otra) al haber precluido dicho trámite, ya que, como expresa la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009, el órgano jurisdiccional está vinculado por lo que él ya ha resuelto previamente, pues examinó el contrato en cuestión y no apreció o denegó la existencia de cláusulas abusivas. La finalidad de protección del consumidor no puede llegar hasta el extremo de exigir que el tribunal deba suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado ni que este pueda reproducir o introducir ex novo en el curso del procedimiento la supuesta abusividad de cláusulas contractuales que pudo y debió plantear en su momento procesal oportuno .

Por otra parte, la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 declara que *“La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificada por la Ley 1/2013 y posteriormente por el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, y por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada”*, pues como



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44		
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54		
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/12
		 080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	



expresa la STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/2008, “*La finalidad de protección del consumidor no puede llegar hasta el extremo de exigir que el tribunal deba suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado.*”

Lo expuesto viene a plasmar el criterio de esta Sala, mantenido y reiterado en anteriores resoluciones (autos de 17 de julio de 2017, recurso 555/2016, de 22 de marzo de 2018, recurso 777/2017, de 28 de septiembre de 2018, recurso 1.386/2017, y el más reciente de 3 de octubre de 2018, recurso 725/2017)), acorde con la doctrina emanada del TJUE, considerando extemporáneo cualquier control de oficio llevado a cabo transcurrido el plazo conferido al efecto por la ley procesal, o examinar y resolver la supuesta abusividad de cláusulas contractuales que la parte ejecutada pudo y debió plantear en su momento procesal oportuno, por lo que procede revocar el auto recurrido, dejándolo sin efecto, debiendo seguir adelante la ejecución despachada en su día en los términos anteriormente expuestos.

Lo que determina el acogimiento del motivo y del recurso, relevándonos del examen y decisión sobre los restantes motivos, con expresa imposición de las costas de la primera instancia a la parte ejecutada, conforme al art. 394 de la LEC.

CUARTO.- Las costas del recurso no se imponen a la apelante, con arreglo a los artículos 398.2 y 394.1 de la LEC; y de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por la Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre, procede acordar la devolución del depósito constituido por la recurrente.


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

LA SALA ACUERDA

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CREDIFIMO S.A.U. contra el auto de fecha 8 de febrero de 2017



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	11/12
 080rs55LK0hXwuZgcboQvg==				



dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Marbella en la pieza de oposición a la ejecución hipotecaria nº 59.02/2010, de que dimana el presente rollo, debemos revocar dicha resolución, en el sentido de desestimar la oposición a la ejecución despachada, que deberá continuar por sus trámites legales, rectificando la cantidad objeto de ejecución, que ha de acomodarse a la reliquidación de la deuda practicada por la entidad ejecutante a virtud de lo acordado por esta Sala en su auto de fecha 17 de septiembre de 2016, condenando a la parte ejecutada al pago de las costas de la primera instancia, sin expresa imposición de las causadas en esta alzada y con devolución del depósito constituido para recurrir.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

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

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."



Código Seguro de verificación:080rs55LK0hXwuZgcboQvg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MANUEL TORRES VELA 30/04/2019 13:47:53	FECHA	02/05/2019	
	FRANCISCO SANCHEZ GALVEZ 01/05/2019 19:54:44			
	MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ 02/05/2019 10:39:54			
	MARIA EUGENIA PEREZ TORRES 02/05/2019 12:40:58			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	080rs55LK0hXwuZgcboQvg==	PÁGINA	12/12



080rs55LK0hXwuZgcboQvg==