

JUZGADO DE 1 INSTANCIA 5 DE FUENLABRADA PARA ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

NIG:

Procedimiento: Ejecución de Títulos No Judiciales 23/2019

Materia: Obligaciones

Ejecutante: Don

PROCURADOR: Don

Ejecutados:

ESCRITO DE OPOSICION A LA APELACION.

Doña....., Procuradora de los Tribunales, colegiada 745, bajo la dirección letrada de Don....., Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, colegiado....., actuando ambos en nombre y representación de Don....., según acreditaré mediante comparecencia apud acta para la cual solicito que por parte del juzgado se señale día y hora para la misma, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que por medio del presente escrito y dentro del plazo que a tal efecto me ha sido concedido y en base a lo dispuesto en el artículo 461.1 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **vengo a presentar y por ello a formular escrito de oposición al recurso de apelación presentado por la representación procesal de Don Christian Fischele García, frente al Auto 255/2019, de fecha 30 de mayo de 2.019 y en virtud del cual se estima la oposición a la ejecución instada de contrario por defectos formales, dejando sin efecto la ejecución, con imposición de costas al ejecutante** en base a las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- Esta parte no puede por menos que reiterar que el Auto recurrido de contrario desestima la ejecución instada por el recurrente ya que el título que se aporta para instar la ejecución, carece de eficacia ejecutiva, tal y como consta en el mismo, por lo que no es título válido a tal efecto.

No se trata de que el título aportado no indique si es o no válido a efectos de instar una ejecución, sino que es claro en el contenido del cajetín que en el mismo consta y que determina que carece de eficacia ejecutiva.

Dicho requisito se encuentra recogido en el artículo 517, apartado 1º que establece que *“la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución”*, pero luego cuando en el apartado 2º se señalan los títulos que tienen aparejada ejecución, se indica en el punto 4º *“Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia”*.

Pero es más, este requisito viene siendo considerado esencial a la hora de instar a la ejecución de cualquier título que se pretenda ejecutar y así se señala en numerosos Autos, de los cuales solo señalamos dos a fin de no ser reiterativos y alargar innecesariamente esta oposición, que siguen este criterio.

“... En consecuencia, el título ejecutivo viene dado a los efectos del artículo 517 LEC, del siguiente tenor: "Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos...2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:... 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes". Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 25.06.2018 recaído en el Recurso de Apelación 109/2018.

O la más reciente de la Audiencia Provincial de Bizcaia de fecha 31 de enero de 2.019 recaída en el recurso de Apelación 476/2018 que va en el mismo sentido y señala:

“que a los efectos del artículo 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter. Expedida dicha copia el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la pidió. En todo caso, en la copia de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio, deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva y, en su caso y de tener este carácter, que con anterioridad no se le ha expedido copia con eficacia ejecutiva...”

Pues bien, el ejecutante insta la ejecución, y para ello aporta una primera copia de la escritura de préstamo hipotecario y afianzamiento, como documento 2 de su demanda y hasta ahí nada que objetar.

Pero el ejecutante, incumple algo tan básico cual es el requisito de que el título que se aporta debe de tener aparejada eficacia ejecutiva y resulta que esta copia que se aporta, tal y como se encuentra reflejado en el folio DQ9391129 de dicha copia, se señala que **es una primera copia SIN EFICACIA EJECUTIVA.**

Es evidente que el ejecutante y ahora apelante, que al solicitar la primera copia de la escritura matriz, no solicita que la misma tenga carácter ejecutivo y es por ello, que el Notario indica, que no tiene carácter ejecutivo, lo que le priva de eficacia ejecutiva y pese a conocer el ejecutante este hecho, insta la ejecución del título no judicial.

Es necesario reiterar, tal y como se señala en el Auto recurrido que la vigente Ley Orgánica del Notariado, en su artículo 17 se encarga de regular lo relativo al protocolo notarial y a las copias del mismo que

constituyen instrumento público. Así en su apartado 1, párrafo 4º se señala que “*se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter*”.

Y este motivo de oposición a la ejecución formulado en el momento que se da traslado a esta parte de la demanda de ejecución, es recogido cuasi literalmente en dicho Auto desestimatorio.

Y no puede invocarse de contrario nada que permita obviar este requisito, ya que al tratarse de un documento que se otorga con posterioridad al 1 de diciembre de 2.006, es el interesado quien debe de poner de manifiesto si desea que dicha copia tenga carácter ejecutivo o no, y en nuestro caso, es evidente que se manifestó por el ejecutante que esta primera copia no debía tener carácter ejecutivo.

Es el propio notario quien plasma en el folio ya citado que la copia carece de eficacia ejecutiva.

SEGUNDA.- Que este requisito relativo a que conste en el título cuya ejecución se insta, su carácter ejecutivo, es un requisito que va a garantizar que solo sea esta primera copia la que permita la ejecución sin reunir otros requisitos que se plantean para posteriores copias y es por ello que tal y como se señala en el Auto recurrido, que si se pide que conste el carácter ejecutivo de la copia, tiene por objeto, según reiterada doctrina jurisprudencial, evitar que con base en idéntico crédito se despache ejecución dos o más veces contra una misma persona, tal y como se señala en el Auto recurrido.

Si el legislador no hubiera querido dar esta garantía, no hubiese señalado este requisito, y tampoco hubiese establecido que iba a suceder con las segundas y posteriores copias.

Es por ello que se establece esta salvaguardia, lo que se establece en dicho precepto y que el artículo 238 del Reglamento Notarial, que no ha sido modificado, señala en el sentido de que las primeras se expedirán expresando el carácter de tales, debiendo hacerse lo mismo con las segundas y ulteriores, lasque además se anotarán y se insertarán antes de la suscripción todas las notas que aparezcan en la escritura matriz, con mención del mandamiento judicial en cuya virtud se expidiesen; mandamiento que es preceptivo conforme señala el art. 18 de la Ley de 28 mayo 1862, al establecer que: "No podrán expedirse segundas o posteriores copias de la escritura matriz sino en virtud de mandato judicial, y con citación de los interesados o del Promotor fiscal cuando se ignoren éstos o estén ausentes del pueblo en que esté la Notaría. Será innecesaria dicha citación en los actos unilaterales, y aun en los demás cuando pidan la copia todos los interesados."

TERCERA.- Que de contrario se invoca una serie de jurisprudencia menos de diferentes Audiencias Provinciales, en apoyo a su argumentación, pero lo que conscientemente omite es poner de manifiesto que en todos estos casos invocados, la copia aportada no indicaba si tenía o no carácter ejecutivo.

Así cuando invoca los Autos de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 02.10.15 y 08.10.15, o el de la Audiencia Provincial de Madrid de 28.04.16, del cual copia la Fundamentación Jurídica de este último, omite señalar de forma consciente, prueba de ello es que no transcribe nada de los Fundamentos Jurídicos de los Autos de la Audiencia Provincial de Málaga que:

En el caso del Auto de la Audiencia de Málaga de fecha 2 de octubre de 2.015, se considera que el motivo por el cual la escritura aportada en dicho procedimiento, se le otorga fuerza ejecutiva es, por el hecho de haberse instado la ejecución con anterioridad a la reforma legal, hecho este que no acontece en el presente procedimiento y que perfectamente conoce el recurrente:

Así se señala que *“Es ilógico por tanto que, habiéndose obtenido en su día una primera copia de la escritura aportada, sin la mención de que goza de eficacia ejecutiva - puesto que tal inserción en su momento no era precisa - la demandante se vea obligada a interesar un procedimiento judicial previo para obtener una segunda copia con la expresada mención, siendo que la primera copia ya gozaba de eficacia ejecutiva y no es posible obtener nuevamente otra primera copia ya que, precisamente por conformar su condición de título ejecutivo, el Notario tenía la obligación de expresar en suscripción del traslado que se emitía como primera copia a los efectos previstos en la Ley.”*

En el caso del segundo Auto de la Audiencia de Málaga de fecha 8 de octubre de 2.015, se otorga fuerza ejecutiva a la escritura aportada para la ejecución al haber sido otorgada con posterioridad a la reforma de la Ley 36/2006 de 29 de diciembre y por lo que la primera copia fue expedida con carácter ejecutivo.

Así se señala que *“... siendo el caso que en la escritura pública que se aporta junto con la demanda como título con aparejada ejecución al final se hace constar literalmente que "es primera copia literal de su matriz con la que concuerda fielmente y donde queda anotada", añadiendo que "la expido a instancia de la entidad acreedora con carácter ejecutivo" ...*

En el caso del Auto de la Audiencia de Madrid de fecha 8 de abril de 2.016 y del que se preocupa de transcribir la totalidad de sus Fundamentos Jurídicos, en uno de los párrafos que transcribe se señala:

*“La cuestión ahora suscitada fue ya resuelta por esta misma Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid en otros casos similares donde, como aquí acontece, **el título se presentaba en primera copia de escritura pública notarial, no ofreciendo duda que en tal caso dispone de acción ejecutiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 517.2. 4º LEC, sin exigir ningún otro requisito adicional (Autos dictados en los procedimientos de apelación números 252/2010, 832/2009, 203/2010 y 439/2005)**”.*

Esta parte entiende que de contrario se ha tratado de confundir con sus planteamientos, ya que si se hubiese molestado en leer cada uno de los Fundamentos Jurídicos a los que se hace

referencia en el Auto por él invocado, tendría claro como tiene esta parte que en todos ellos, la idea que subyace es la irretroactividad de la Ley para títulos anteriores a su entrada en vigor.

Así se señala de forma reiterada en cada uno de ellos que **“Ninguna de las disposiciones transitorias hacen referencia a que las modificaciones efectuadas por la Ley 36/2006 y el RD 45/2007 deban afectar a las copias de escrituras expedidas con anterioridad a su entrada en vigor”**.

En nuestro caso, la situación es diferente. El ejecutante aporta una copia que si pone de manifiesto que carece de fuerza ejecutiva y es por ello que no puede despacharse una ejecución en base a la misma.

Se trata de un título que se firmo, como ya se ha hecho constar tanto por el ejecutante como por parte de los ejecutados, el 23 de octubre de 2.017, fecha que es posterior a la modificación de la ley 36/2006, y en la que se hizo constar de forma clara que era una primera copia y que la misma carecía de carácter ejecutivo.

Es por ello que ninguna de las resoluciones en las que se pretende apoyar el recurrente, puede ser tomada en consideración ya que en todo momento conoce que el título por el aportado ha sido expedido con posterioridad a la reforma y que al no hacerse constar su carácter ejecutivo, carece de tal condición por mucho que lo pretenda, siendo esto, imputable únicamente al ejecutante que omitió pedir la primera copia con carácter ejecutivo.

CUARTA.- Que en su propio escrito de interposición de la apelación, el recurrente omite que cuando recibió las diferentes oposiciones a su ejecución, trató de subsanar los defectos puestos de manifiesto en la oposición a la solicitud de ejecución (la falta de título ejecutivo de la primera copia aportada y las demás que en dicho escrito se contienen), remitiendo con posterioridad a los ejecutantes requerimientos de pago y liquidación de la suma que a su juicio se adeudaba.

Muy seguro de que la ejecución instada, reunía todos los requisitos no debía de estar el ejecutante cuando trata de subsanar la demanda.

El hecho es que videntemente e posible subsanar aquellos defectos que puedan tener la consideración de subsanables, pero en el presente caso, el título aportado no permite una subsanación ya que se trata de un original en el que no cabe subsanar el carácter con el que se expide ya que se hace constar claramente que no tiene carácter ejecutivo y se trata de una primera copia, siendo la misma la base de la demanda planteada y por ello no se trata de un defecto formal, sino de que el título carece de la fuerza que le da la condición de tener carácter ejecutivo.

Y a título de ejemplo, ya que hay varios Autos en el mismo sentido, la Audiencia provincial de Barcelona dicta un Auto de fecha 5 de febrero de 2.018 en el Recurso de Apelación 843/2017, señala:

“Por su parte, el artículo 231 LEC dispone que el Tribunal y el Secretario judicial (ahora letrado de la administración de justicia),

cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes. Sin embargo, esta consideración es distinta de la exigencia de ejecutibilidad del título que establece el artículo 517 LEC , que excede de la mera formalidad de un trámite procesal y conforma un requisito ineludible y sustancial de la acción, es decir, la correcta formación del título ejecutivo es elemento indispensable para que proceda el despacho de ejecución, de modo que si el referido despacho se ordenó en base a un título que carecía de fuerza ejecutiva, el defecto es de carácter esencial, en tanto que afecta al derecho material y no al derecho procesal, y la resolución que acuerda el despacho de ejecución es nula y así lo establece el artículo 559-1-3º LEC que considera causa de oposición determinante de nulidad radical del despacho de ejecución, que el documento presentado no reúna los requisitos legales para llevar aparejada ejecución. Ciertamente que el artículo 552 LEC ordena al juzgador que no despache ejecución si considera que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos, y que en el caso de autos el juzgador no observó el obstáculo indicado, pero esta omisión no otorga carta de naturaleza a un título que no la tiene, y la previsión se halla contenida en el artículo 559-1-3º LEC antes citado”.

QUINTA.- Que el juzgador desestimó la ejecución sin entrar ya a analizar el resto de los motivos de oposición que esta parte puso de manifiesto en su escrito.

Así, no solo pretende la ejecución, aportando un título que carece de carácter ejecutivo, sino que en su demanda no aporta prueba alguna que acredite haber requerido al ejecutado con anterioridad, la liquidación de la deuda cuyo importe pretende cobrar, y no solo es eso, sino que omite remitir un requerimiento de pago de cantidad alguna, en base a una liquidación que nunca se realiza.

Y ello es así ya que aunque el juzgador no entró a valorar este motivo de oposición, el artículo 572, 2º, párrafo 2º de la LECivil cuando se refiere a la cantidad líquida ejecución por saldo de operaciones se señala “Solo se despachara ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación”.

Y el ejecutante, en el burofax remitido a mi representado, solo se refiere a una solicitud de regularización en el plazo de cinco días de la cuota del mes de noviembre de 2.018, reservándose las acciones que en derecho le puedan asistir para el caso de que dicha regularización no se lleve a efecto.

SEXTA.- Que asimismo omitió en el burofax que se remitió a mi representado, la cantidad exigible, que no fue notificada ni al deudor ni a los fiadores, ni siquiera por aproximación, de manera que se incumple lo señalado en el artículo 573, 3º de la LECivil que señala que junto con la demanda debe de acompañarse “El documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible”.

SEPTIMA.- Que tal como se puso de manifiesto en la oposición a la ejecución, la misma no se podía despachar en ningún caso, ya que se infringía por el ejecutante lo dispuesto en el artículo 573 y se infringía lo que se dispone en él, por infracción de lo previsto en el artículo 575, 3° de la LECivil cuando señala que *“Sin embargo, no se despachará ejecución si, en su caso, la demanda ejecutiva no expresase los cálculos a que se refieren los artículos anteriores o a ella no se acompañasen los documentos que estos preceptos exigen”*, y estos requisitos se señalaban en los ya citados artículos 572 y 573 de la LECivil.

OCTAVA.- Que tal y como se señaló en la oposición a la ejecución, la demanda instada de contrario, no solo carecía de título con carácter ejecutivo, sino que además adolecía de una serie de defectos que hacían imposible la ejecución solicitada, ya que todos estos efectos eran de obligado cumplimiento y por lo tanto su falta de acreditación de haberlos cumplido, impedían poder llevar adelante la ejecución instada.

NOVENA.- Que tal y como se señala en el Auto recurrido de contrario, no solo es necesario aportar la primera copia y que la misma tenga carácter ejecutivo, hecho este que no sucede en el presente caso, sino que en el artículo 572, 2° de la LECivil, se establece que solo puede procederse a despachar la ejecución, si se ha liquidado la deuda, es decir que la cantidad reclamada sea líquida.

Y aquí nos encontramos con el incumplimiento de otro requisito indispensable para instar la ejecución, ya que en toda la escritura de préstamo hipotecario y afianzamiento, no hay nada que habilite al ejecutante a efectuar liquidación alguna de la deuda y es por ello que se insta la ejecución si haber efectuado la liquidación de la deuda.

En todo el título ejecutivo no se señala en ningún momento como se debe de efectuar por el acreedor la liquidación para determinar la cantidad exigible en caso de ejecución, ya que las partes comparecientes no convinieron forma alguna para ello, lo que implica que al no haberse convenido por las partes la forma de llevar a cabo la liquidación, no es posible despachar la ejecución en ningún caso.

DECIMA.- Que por ,lo demás, y en relación a la cantidad que se reclamaba en la demanda ejecutiva, su importe fue objeto de liquidación, ni de reclamación previa a los demandados, por lo que ejecutante, en su escrito posterior de alegaciones a la oposición planteada por esta parte, reduce la cantidad reclamada solo al principal del préstamo, prueba de que él mismo estimaba que nuestra oposición podía dar origen a que la demanda fuese objeto de una auto desestimatorio de la misma como posteriormente sucedió.

En la demanda se declaraba vencido el crédito, pese a que su fecha de vencimiento era el 23 de octubre de 2.022, y sin que previamente se hubiese notificado esta circunstancia al deudor o a los fiadores o lo hubiese puesto de manifiesto en la demanda ejecutiva presentada.

Por otro lado se procedía a reclamaba la suma de 45.000 € en concepto de intereses ordinarios, cuando el ejecutante conocía que en el momento de firmarse el préstamo, se estipulo que el tipo de interés del préstamo seria un interés fijo del 9% durante toda la vida del préstamo, lo que supone un 1,8% anual.

En ningún momento se señaló en la estipulación segunda que dicho tipo de interés fuese anual, ya que el tenor literal de lo ahí plasmado era que el tipo señalado fuera del 9% sobre todo el importe prestado y por todo el tiempo que se había convenido de duración del mismo.

En la propia escritura se adjuntó un cuadro de amortización en el que los números que en él se señalaban, no cuadraban en ningún momento, ya que se pactó que en el primer año, solo se amortizarían intereses. Si a la cantidad prestada se le aplicase, como pretendía el ejecutante un interés del 9% anual, la suma a pagar hubiese sido de 45.000€ en concepto de intereses, lo que dividido en 12 mensualidades, seria 3.750€. Pues bien, en dicho cuadro se señala que la cantidad mensual que se debía abonar era de 3.603,66€, lo que implica que el tipo de interés aplicable sea otro diferente al reclamado, pago este que se ha efectuado siguiendo lo dispuesto en dicho cuadro en vez de abonar la suma de 750€ que supondrían la periodificación de los 45.000€ de intereses señalados en la estipulación segunda y al tipo ahí pactado.

Evidentemente, el ejecutante reconoció el pago de los intereses correspondientes al periodo de carencia lo que implica que se pagaron 43.243,92€.

Pero es mas, prueba de la voluntad de aplicar un tipo del 9% durante toda la vigencia del crédito y no anualmente, es el hecho de que en el momento que se establecen los intereses de demora en la estipulación sexta, si se señala que el tipo de interés debe de ser del 8% anual, lo que es lógico, ya que de otra forma sería mas barato pagar intereses de demora que los intereses ordinarios, lo que no es lógico.

Y que sucede con la demanda recibida, se señala que se reclama un año de intereses ordinario, cuando solo se adeudan 1.756,08€ por ese concepto, que es la diferencia entre los 45.000€ pactados como intereses ordinarios durante toda la vida del préstamo, por lo que en los cuatro años restantes solo quedarían pendiente de pago esos 1.756,08€.

Si lo que se reclama son los intereses ordinarios no cabe reclamar los intereses de demora, ya que reclamar ambos supondría un enriquecimiento injusto, y en la demanda no se señala esta circunstancia.

DECIMO PRIMERO.- Que en relación a las costas derivadas de la presente instancia, es de aplicación el artículo 539.2 de la LECivil.

Y ello debe ser así, por cuanto, pese a poner de manifiesto en su motivo que en base a la alegación primera, entiende que se crean serias dudas de hecho y de derecho, ello no es así en ningún momento.

De nuestra oposición queda claro, que de mala fé, entiende esta parte se invocan una serie de Autos de diferentes Audiencias Provinciales, en cuya transcripción omite párrafos o referencias en relación a otras Sentencias o Autos invocados en la misma que de haberse transcrito, ponen de manifiesto que una primera copia de una escritura carece de título ejecutivo si no se señala expresamente en ella, hecho este que quedó resuelto en la modificación de la Ley 36/2006 y que es de aplicación al presente supuesto al tratarse de una escritura otorgada el 23 de octubre de 2.017.

Por todo ello

SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por opuesta a esta parte, en tiempo y forma, al Recurso de Apelación presentado de contrario contra el Auto 255/2019 de fecha 30 de mayo de 2.019, al que se deberá dar traslado de la copia que se acompaña a tal efecto, se sirva admitirlo y se me tenga por comparecido y una vez cumplidos los demás trámites procesales, se proceda a elevar los autos a la Sección de la Audiencia Provincial de Madrid que por reparto le corresponda, a fin de que proceda a dictar una nueva resolución que confirme el Auto 225/2019 de fecha 30 de mayo de 2.019 dictado por el Juzgado al que tengo el honor de dirigirme (Juzgado de Primera Instancia 5 de Fuenlabrada) en todos sus términos por ser el mismo ajustado a derecho, con condena en costas para el ejecutante.

PRIMER OTROSÍ DIGO que esta parte manifiesta su voluntad expresa de haber cumplido en el presente escrito los requisitos exigidos por la LECivil, por lo que

SUPLICO AL JUZGADO que en el supuesto de haber incurrido en algún defecto procesal, se le conceda a esta parte el oportuno trámite para su subsanación previsto en el artículo 231 de la LECiv

Por ser de Justicia que pido en Fuenlabrada a 5 de julio de 2.019.