

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**

**TESIS DOCTORAL**

**2013**

# **LA PRETENSIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

**DÑA. SORAYA CALLEJO CARRIÓN**

**Licenciada en Derecho**

**FACULTAD DE DERECHO (UNED)**

**TESIS DOCTORAL DIRIGIDA POR LA**

**PROFA. DRA. CORAZÓN MIRA ROS**

# INDICE

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	13
<b>CAPÍTULO I: REGULACIÓN LEGAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SOBRE BIEN INMUEBLE. PLANTEAMIENTOS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD</b> .....	23
I.    DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1946 A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000	
1) Antecedentes legislativos .....	23
A) La primera Ley hipotecaria: la Ley de 1909 .....	23
B) El procedimiento del artículo 131 LH: notas esenciales .....	25
2) Nuevo marco legislativo .....	27
A) Sistematización legislativa .....	29
B) Necesidad de su regulación: una posición crítica .....	33
II.   PLANTEAMIENTOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION HIPOTECARIA	
1) Doctrina del Tribunal Constitucional .....	34
A) Limitación de la contradicción procesal .....	35
B) Posibilidad de acudir al juicio declarativo ordinario .....	37
a) El proceso declarativo ordinario como garantía de defensa para el ejecutado .....	37
b) El proceso declarativo ordinario como garantía de defensa para los arrendatarios .....	38
c) Posibilidad de decretar la nulidad de actuaciones .....	42
a) Irregularidades en las notificaciones .....	42
b) Momento en que debe decretarse la nulidad de actuaciones.....	46
C) Vulneración del principio de igualdad .....	49
D) Carácter voluntario de la hipoteca .....	51
2) Conclusiones a la luz de la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional.....	52
3) Constitucionalidad de la ejecución hipotecaria a raíz de la crisis económica.....	54
A) Necesidad de un nuevo pronunciamiento constitucional.....	54
B) Nuevas causas de inconstitucionalidad .....	56
C) Incumplimiento de la obligación de pago .....	57
D) Nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del proceso de ejecución hipotecaria.....	61
a) Nuevas causas de inconstitucionalidad.....	61

b) Voto particular: examen de las circunstancias concurrentes ....63

## **CAPÍTULO II: NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SOBRE BIENES INMUEBLES**

I.	TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: EN LA DOCTRINA	
1)	Teorías abolicionistas de la naturaleza procesal de la ejecución hipotecaria.....	69
A)	Naturaleza procedimental.....	70
B)	Naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria.....	72
C)	Naturaleza de “efectuación” de una relación jurídica .....	73
D)	Naturaleza de simple enajenación sin proceso.....	75
2)	Teorías procesalistas sobre la ejecución hipotecaria.....	77
A)	Naturaleza de proceso ejecutivo documental hipotecario .....	77
B)	La ejecución hipotecaria como vía de apremio especial .....	78
C)	La ejecución hipotecaria como proceso de ejecución .....	81
II.	LA NATURALEZA JURIDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN LA JURISPRUDENCIA	
III.	CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN LA LEC 1/2000	
1)	Proceso de ejecución especial.....	90
2)	Caracteres.....	101
A)	Procedimiento de base registral .....	101
B)	Ausencia de contradicción.....	102
C)	Principio dispositivo y buena fe procesal .....	102

## **CAPÍTULO III: EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO OBJETO DE LA TUTELA EJECUTIVA**

I.	HACIA UN ENFOQUE PROCESAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA	
	Objeto principal y objeto accesorio de la pretensión ejecutiva hipoteca.....	106
II.	EL PAGO DE LA DEUDA COMO ELEMENTO PRINCIPAL DE LA PRETENSIÓN EJECUTIVA HIPOTECARIA	
1)	Caracteres de la deuda ejecutiva: certeza, subsistencia, exigibilidad	112
A)	Certeza y subsistencia de la deuda .....	112
a)	Hipotecas en garantía de obligaciones sujetas a condición y de obligaciones futuras .....	115
b)	Hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito .....	117
c)	Hipoteca global o flotante.....	118

B)	Exigibilidad de la deuda: especial referencia al vencimiento anticipado .....	119
	a)	El elemento temporal en el cumplimiento de la obligación: la cláusula de vencimiento anticipado..... 122
	b)	El vencimiento anticipado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo .....
		126
	c)	El vencimiento anticipado en la vigente LEC: art. 693. 1 y 2 ..
		134
		a') Reclamación sólo de las cantidades vencidas .....
		135
		b') Reclamación del total de la deuda .....
		137
C)	La determinación de la deuda: principal, intereses y costas .....	142
	a)	La determinación del principal: el pacto de liquidez .....
		145
		a') Ejecución por saldo de operaciones.....
		147
		b') Operaciones a interés variable y en moneda multdivisa ..
		151
		c') Deuda en moneda extranjera .....
		153
	b)	La determinación de los intereses.....
		154
		a') Intereses remuneratorios .....
		155
		b') Intereses moratorios .....
		159
		c') Computación conjunta de intereses remuneratorios y moratorios .....
		161
		d') Anatocismo .....
		162
		e') <i>Retraso desleal</i> en la reclamación de intereses .....
		163
		f') Cláusulas de <i>redondeo al alza y suelo</i> .....
		165
		a'') Carácter abusivo de la cláusula de redondeo de intereses.....
		166
		b'') Alcance de la función del Registrador.....
		167
		c'') Necesidad del consentimiento informado.....
		170
		d'') La Orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.....
		172
	c)	La determinación de las costas .....
		174
		a') Conceptos que comprende .....
		174
		b') Estimación inicial de las costas.....
		174
		c') Impugnación de honorarios de Letrado en el proceso de ejecución hipotecaria .....
		176
		d') Imposición de costas previo pago de la deuda.....
		177
2)	Fundamento de la pretensión: el título constitutivo de la deuda.....	179
	A)	El <i>título de crédito</i> como título ejecutivo.....
		179
	B)	La copia ejecutiva de la escritura pública .....
		184
	C)	La integración del título ejecutivo: el supuesto de la hipoteca flotante .....
		188
		a)
		La ejecutabilidad de la hipoteca flotante por el proceso de ejecución hipotecaria .....
		189
		b)
		La necesaria integración del título.....
		191

D) El documento fehaciente como complemento de la certificación bancaria .....	192
E) Ejecuciones parciales: el ámbito de la hipoteca flotante .....	195
F) El documento público electrónico .....	198
G) La limitada ejecutoriedad de la escritura pública.....	200
H) La ejecución hipotecaria sin título ejecutivo.....	202
I) Carácter ejecutivo del documento privado de mediación .....	204
III. EL OBJETO ACCESORIO DE LA PRETENSIÓN EJECUTIVA: LA HIPOTECA COMO INSTRUMENTO DEL PROCESO	
1) Naturaleza jurídica de la hipoteca: la hipoteca como derecho real ...	207
A) La hipoteca como derecho real de realización del valor.....	211
B) La hipoteca como derecho de garantía de constitución registral..	212
C) La hipoteca como productora de facultades jurídico-reales .....	213
2) La hipoteca en el proceso de ejecución: notas esenciales .....	214
A) La hipoteca como acto procesal .....	216
B) La teoría de FENECH.....	218
C) Semejanzas entre embargo e hipoteca en cuanto instituciones procesales .....	222
3) Eficacia de la hipoteca: la inscripción constitutiva.....	224

## **CAPÍTULO IV: ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA PRETENSIÓN JUDICIAL HIPOTECARIA. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES**

I. LAS PARTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA	
1) Concepto de parte en el proceso.....	236
2) Concepto de parte en el proceso de ejecución.....	238
3) Las partes en el proceso de ejecución hipotecaria: elementos delimitadores.....	239
A) El título ejecutivo .....	242
B) El despacho de la ejecución .....	243
a) Extensión del despacho de la ejecución .....	243
b) Sujetos contra los que cabe despachar ejecución.....	245
c) Responsabilidad frente a la extensión indebida del despacho de ejecución.....	246
4) Terceros o <i>interesados</i> afectados por la ejecución.....	250
A) Titulares de cargas o derechos que tuvieron acceso al Registro con anterioridad a la certificación y nota marginal .....	252
B) Titulares de cargas o derechos que hayan tenido acceso al Registro con posterioridad a la certificación y nota marginal de los arts. 688 y 656 LEC .....	253
II. LA CAPACIDAD DE POSTULACIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA	

1) La preceptiva intervención de Abogado y Procurador.....	254
2) Fundamento de la exigencia de Abogado y Procurador .....	256
3) Intervención de Abogado y Procurador en incidentes planteados en procesos de ejecución.....	258

### III. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES

1) Concepto de legitimación .....	260
2) Clases de legitimación.....	263
A) Legitimación activa y pasiva .....	264
B) Legitimación ordinaria y extraordinaria. ....	264
3) Legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria.....	266
A) El ejecutante: acreedor hipotecario.....	266
B) Pluralidad de acreedores hipotecarios	
a) Pluralidad de acreedores solidarios .....	270
b) Pluralidad de acreedores mancomunados .....	274
C) El cesionario del crédito hipotecario.....	277
a) La cesión de créditos como título de legitimación derivada ....	277
b) Régimen jurídico de la cesión de créditos .....	278
a') El requisito de la inscripción de la cesión.....	281
b') Ejecución por el cesionario no inscrito a través del proceso de ejecución hipotecaria.....	285
D) La sucesión procesal como título de legitimación derivada: normativa aplicable.....	292
4) Legitimación pasiva en el proceso de ejecución hipotecaria.....	295
A) Sujetos que pueden asumir la condición de parte pasiva: partes necesarias y partes contingentes.....	295
a) Litisconsorcio pasivo necesario.....	296
b) El fiador solidario de la obligación .....	298
B) El deudor de la obligación.....	300
a) Ejecución en bienes gananciales .....	302
b) Ejecución frente al deudor solidario .....	307
c) Asociaciones o entidades temporales .....	311
d) Entidades sin personalidad jurídica.....	312
C) Hipotecante no deudor .....	316
D) El tercer poseedor .....	319
a) Concepto .....	319
b) Inscripción de la adquisición del bien en el Registro de la Propiedad .....	317
c) Alcance de la legitimación del <i>tercer poseedor</i> .....	320

E) El arrendatario.....	329
a) Arrendamientos sujetos al Código Civil.....	333
b) Los arrendamientos urbanos en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre.....	334
a') Arrendamientos de vivienda .....	335
b') Arrendamientos para uso distinto de vivienda.....	340
c) Arrendamientos rústicos .....	343
d) Garantías a favor del arrendatario.....	343

## **CAPÍTULO V: LA FORMALIZACIÓN DE LA PRETENSIÓN EJECUTIVA HIPOTECARIA**

### **I. OPCIONES PROCESALES DEL ACREEDOR HIPOTECARIO**

1) Facultad de elección a favor del acreedor hipotecario .....	351
2) Pretensiones declarativas y pretensiones ejecutivas.....	354
A) Pretensiones declarativas: el proceso declarativo ordinario y la determinación de la cuantía.....	355
B) Proceso especial monitorio .....	360
C) La pretensión de ejecución dineraria: especialidades cuando recae sobre bienes garantizados con hipoteca.....	365
a) Clases de procesos de ejecución.....	366
b) Notas esenciales de la ejecución ordinaria .....	369
a') El proceso de ejecución forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva .....	369
b') Jurisdiccionalidad.....	374
c') Carácter forzoso de la ejecución .....	379
d') Carácter sustitutivo de la ejecución. ....	380
e') La innecesariedad de un proceso previo de declaración..	381
c) Principios que informan la ejecución ordinaria .....	383
a') Principio de dualidad de partes .....	383
b') Principio de contradicción .....	383
c') Principio de igualdad .....	384
d') Principio dispositivo.....	386
d) El título ejecutivo. ....	387
e) Presupuestos de la ejecución dineraria.....	391
a') Caducidad de la acción ejecutiva .....	391
b') Cantidad por la que se despacha ejecución.....	394
f) Especialidades de la ejecución dineraria cuando recae sobre los bienes garantizados con hipoteca .....	395

### **II. LA FORMALIZACIÓN DE LA PRETENSIÓN EJECUTIVA HIPOTECARIA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN ESPECIAL**



1) Presupuestos objetivos del proceso de ejecución hipotecaria .....	399
A) Fijación de tipo para subasta .....	403
B) Fijación de domicilio a efectos de requerimiento y notificaciones .....	409
2) Pretensión ejecutiva hipotecaria: actos procesales de delimitación ...	413
A) Demanda ejecutiva hipotecaria y documentos que deben acompañarla.....	413
B) Despacho de la ejecución: orden general de ejecución .....	423
C) Requerimiento judicial de pago del artículo 686 LEC.....	426
a) Requerimiento judicial y tutela judicial efectiva.....	426
b) Forma de los actos de comunicación .....	436
c) Plazo para efectuar el pago tras el requerimiento judicial .....	438
d) Costas .....	439
D) Oposición del ejecutado.....	440
a) Enervación de la pretensión hipotecaria.(Artículo 693.3 LEC)442	
a') Presupuestos de la enervación de la <i>pretensión ejecutiva hipotecaria</i> sobre vivienda familiar .....	445
a'') Vivienda familiar .....	445
b'') Que pretenda regularizarse en el seno de proceso de ejecución hipotecaria .....	448
c'') Que se hubiere pactado e inscrito la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas .....	449
b') Momento en que puede producirse la regularización: plazo .....	450
c') La consignación. ....	452
b) Oposición del ejecutado: artículo 695 LEC.....	454
a') Extinción de la garantía o de la obligación garantizada ...	458
b') Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea la que arroje el saldo de una cuenta entre ejecutante y ejecutado.....	461
c') Motivos de oposición de índole procesal.....	464
3) Posibilidad de recurrir en el proceso de ejecución hipotecaria.....	465
A) El derecho a recurrir .....	466
B) Presupuestos procesales del recurso: objetivos y subjetivos .....	472
4) Fin anormal del proceso de ejecución hipotecaria .....	483

## **CAPÍTULO VI: MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

- I. INTRODUCCIÓN
- II. SIMPLIFICACIÓN DEL OBJETO: LAS EJECUCIONES PARCIALES

III.	AMPLIACIÓN DEL OBJETO: ACUMULACIÓN DE EJECUCIONES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA	
	1) Acumulación de procesos: concepto y fundamento.....	490
	2) Acumulación de ejecuciones hipotecarias: el art. 555.4 LEC.....	491
	3) Requisitos de la acumulación del art. 555.4 LEC.....	492
	4) Procedimiento .....	493
IV.	EL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ORDINARIO: ART. 698 LEC	
	1) Ámbito de aplicación .....	494
	2) Momento de la incoación.....	495
	3) Presupuestos procesales .....	496
	4) La medida cautelar de retención .....	496
V.	CONVERSIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EJECUCIÓN ORDINARIA: ARTÍCULO 579 LEC	
	1) Introducción.....	497
	2) El principio de responsabilidad patrimonial universal como fundamento de su aplicabilidad .....	502
	A) Posiciones contrarias a la limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal .....	502
	B) Posiciones partidarias de la limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal .....	506
	3) Requisitos del artículo 579 LEC .....	509
	A) Ámbito de aplicación .....	509
	B) Continuación como ejecución ordinaria: facultad del acreedor ....	510
	C) Instancia de parte .....	511
	D) Legitimación .....	512
	E) Título ejecutivo y oposición. ....	512
	F) Régimen transitorio del art. 579 LEC .....	512
	4) La polémica planteada con su aplicabilidad.....	513
	A) En la Jurisprudencia menor .....	513
	a) Extinción de la deuda tras la adjudicación del inmueble al acreedor.....	515
	b) Continuación de la ejecución tras la adjudicación del inmueble al acreedor: literalidad del art. 579 LEC .....	518
	c) Extinción de la deuda con la adjudicación del inmueble al acreedor: doctrina del retraso desleal .....	520
	d) Enriquecimiento injusto .....	522
	e) Continuación de la ejecución tras la adjudicación del inmueble al acreedor: la equidad como fundamento de las resoluciones judiciales .....	525
	f) Adjudicación de bienes al acreedor y subastas celebradas sin postor .....	527
	g) Otras resoluciones judiciales controvertidas .....	532

h) La Sección 2ª de la AP de Navarra rectifica .....	534
B) Posiciones críticas en la Doctrina .....	535
5) La respuesta legislativa ante el incremento de los lanzamientos hipotecarios.....	539
A) Apoyo a los deudores hipotecarios, (Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio).....	539
B) Protección a los deudores hipotecarios sin recursos (Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo) .....	542
C) Medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios (Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre).....	545
a) Medida de protección: suspensión del lanzamiento .....	547
b) Afectados y beneficiarios de la medida .....	550
c) Devengo de intereses moratorios .....	551
d) Procedimiento .....	552
 VI. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA	
1) Cláusulas contractuales abusivas .....	558
A) Fundamento de la cuestión prejudicial.....	558
B) Conclusiones del Abogado General del TJUE .....	563
C) Resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	564
a) Fundamentos de la Sentencia, de 14 de marzo de 2013, del TJUE .....	564
b) Efectos de la Sentencia del TJUE sobre las ejecuciones en curso .....	565
2) El pago como única opción de oposición.....	566
3) La litispendencia como fundamento de la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria.....	570
 VII. LA DACIÓN EN PAGO	
1) Concepto y naturaleza jurídica .....	571
2) Posiciones críticas.....	574
 VIII. PERSPECTIVAS DE REFORMA.....	578
1) Propuestas de reforma en el plano pre-contractual .....	579
2) Propuestas de reforma en el plano procesal .....	580
 <b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>586</b>
 <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>621</b>

## CAPÍTULO I

REGULACIÓN LEGAL DE LA EJECUCIÓN  
HIPOTECARIA SOBRE BIEN INMUEBLE.  
PLANTEAMIENTOS SOBRE SU  
CONSTITUCIONALIDAD.

# INTRODUCCIÓN

En el año 2013, tras varios años de recesión, desaceleración, en definitiva, de crisis económica y consiguiente zozobra de los mercados, puede afirmarse sin ambages que el número de préstamos hipotecarios ha descendido notablemente como consecuencia directa de las dificultades financieras. Las entidades crediticias de medio mundo y, muy particularmente España, han pasado de conceder préstamos hipotecarios por doquier a limitar al máximo la concesión de préstamos para la adquisición de viviendas, al tiempo que paralelamente aumentan los procesos de ejecución hipotecaria. Por efecto de la crisis, estos procesos han dejado de ser algo testimonial en los Juzgados españoles para comprender un buen número de asuntos a resolver. Y en ese contexto, la necesidad de replantear la regulación vigente se hace perentoria para muchos.

Dicha necesidad, a nuestro juicio, viene avalada fundamentalmente por dos razones importantes: la primera, la certeza de que, de una vez por todas, hay que acometer la regulación de la ejecución judicial hipotecaria desde una perspectiva eminentemente procesalista y no civilista o, más concretamente, hipotecarista, tal y como se viene haciendo hasta la fecha. La segunda, el desequilibrio entre las partes, consustancial a todo proceso de ejecución, pero intolerable cuando se torna en verdadera indefensión para una de ellas, el ejecutado, exige un reforzamiento de su posición en el proceso, sin menoscabar los derechos del acreedor hipotecario.

En la actualidad, al amparo de la regulación vigente, la doctrina científica no niega el carácter de auténtico proceso a la ejecución hipotecaria; pueden existir matices sobre si nos hallamos ante un proceso de ejecución especial o ejecución ordinaria con especialidades (*particularidades* dice la Ley de Enjuiciamiento Civil), y, aunque se han superado, al menos aparentemente, antiguas concepciones que definían esta ejecución como un procedimiento de base estrictamente registral, todavía se sigue concediendo primacía a los asientos del Registro y no a lo que verdaderamente importa que es el título ejecutivo. Lo anterior, incluso, se deja entrever en algunas expresiones utilizadas por la propia LEC, que indistintamente habla de *título inscrito* y *título de crédito* para referirse al fundamento primero y último de todo proceso de ejecución: el título ejecutivo, la *causa petendi* del proceso y que, en el caso que nos ocupa, no es otro que el *título de crédito*, es decir, el que documenta el

préstamo hipotecario. Aspecto éste que la vigente Ley Procesal sigue sin determinar con claridad.

En el mismo sentido, el art. 130 de la LH en redacción más que desafortunada, viene a proclamar que la ejecución deberá adaptarse a los asientos del Registro, afirmación ésta última que nos conduce inexorablemente a esa antigua concepción registral del proceso que negaba su consideración en cuanto tal y que entendemos debe abandonarse definitivamente por ir en contra de la esencia de lo que es en realidad este proceso sumario.

Por otro lado, consideramos que es necesario replantear la legislación vigente en ésta materia para establecer una regulación más equitativa; en definitiva, más justa para las partes, especialmente para el deudor (ejecutado) a quien la actual normativa coloca en una posición de absoluta indefensión desde mucho antes incluso de incoarse el proceso de ejecución (en fases pre y contractual). El grado de desigualdad es tan elevado que en la coyuntura económica actual, el deudor se ve compelido en muchos casos a asumir ésta condición prácticamente de por vida, debido a la depreciación del valor de los inmuebles y la voluntaria inaplicación de medidas legislativas ya reguladas, tendentes a limitar la responsabilidad hipotecaria al bien sujeto a la garantía, en vez de a todo el patrimonio del deudor por imperio del principio de responsabilidad patrimonial universal. Exigencias oportunistas como la de aquellos que reclaman la dación en pago no serían necesarias si se utilizaran los recursos que la propia Ley contempla, tantas veces “olvidada”, para luego, alegando causas legales, provocar cambios legislativos, más al socaire de los acontecimientos sociales y políticos que a la necesidad jurídica real.

Si bien es cierto que resulta consustancial a cualquier proceso de ejecución que el acreedor ejecutivo parta de una situación de preponderancia, la que le otorga el propio título ejecutivo, ello no puede ser a costa de cercenar el derecho de defensa del deudor, que en muchos casos se encuentra en una posición de verdadera indefensión y con limitados motivos de oposición. A pesar de que el Tribunal Constitucional ha mantenido reiteradamente la perfecta acomodación de este procedimiento con las normas y derechos constitucionales habida cuenta de la posibilidad que se concede al deudor de acudir a un declarativo posterior para alegar cuanto estime oportuno, consideramos que la opción no es más que una entelequia. Y, por ende, productora de situaciones de absoluto desequilibrio que no se justifican por el hecho de admitir lo limitado de la cognición en este proceso. Ampliar el elenco de los motivos de oposición

podría ser una vía para paliar en gran medida esta situación en el seno de la ejecución.

Incluso, cabría ir mucho más allá del proceso ejecutivo a la hora de hablar de indefensión, pues, desde antes de la propia ejecución, el deudor pasa por situaciones de desequilibrio injusto; partimos de la inexistencia de una verdadera autonomía de la voluntad y de un consentimiento por su parte limitado a contratar o no contratar, pero que nunca se proyecta sobre la esfera del contenido contractual; en la mayoría de casos, la ausencia de verdadero conocimiento del alcance de lo que se firma es notoria. De ahí que se preconice la implantación de mecanismos protectores de la parte más débil de la relación crediticia, especialmente el consentimiento informado que garantice un conocimiento real por parte del cliente de aquello que firma y el alcance exacto del compromiso que asume; sobre todo, para el supuesto en que planteada la situación de morosidad se inste el correspondiente proceso de ejecución hipotecaria. En ese caso, un proceso ejecutivo iniciado desde la “legitimidad jurídica” que supondría una fase contractual previa verdaderamente informada por el principio de autonomía de la voluntad en toda su extensión, en definitiva, verdaderamente negociada, reforzaría y justificaría, a su vez, el fundamento de ésta ejecución.

Todo ello, a juicio de esta doctoranda, exige replantear la regulación vigente en la materia desde una perspectiva eminentemente procesal y protectora para quien asume la posición más débil, pero sin anular la esencia del proceso de ejecución y los derechos de los acreedores hipotecarios; no cabe obviar que en el fondo de toda ejecución también subyace un incumplimiento contractual.

El proceso de ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados se encuentra regulado en los arts. 681 a 698 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, (en adelante LEC), siendo de aplicación supletoria en lo no previsto específicamente para este procedimiento, las normas atinentes a la ejecución ordinaria. Se configura como un procedimiento especialmente ágil para la satisfacción del derecho de crédito del acreedor; sin embargo, curiosamente cuando los tratados y manuales estudian las distintas formas de tutelar los derechos de crédito de acreedores, pocas veces, por no decir ninguna, mencionan la ejecución hipotecaria. Quizás la razón de esta omisión estriba en la intención de asumir que en esta ejecución no se persigue la satisfacción del crédito, sino la realización de la finca, pero, a nuestro juicio, ésta última es tan solo una pretensión accesoria e instrumental de la primera. La finalidad esencial del proceso no es otra que la de conseguir el pago por parte del deudor, de ahí que sea

obligatorio demandarle aunque no tenga la condición de hipotecante o titular de la finca sujeta a la garantía. Caso de no producirse dicho pago, el proceso entonces tiende a la realización del inmueble afecto, a través de la subasta, pero dicha realización es el medio, no el fin en sí mismo, para satisfacer el derecho de crédito del acreedor hipotecario.

En la presente tesis doctoral, nos ocupamos básicamente de la *pretensión ejecutiva hipotecaria*, pues no es intención de esta doctoranda analizar uno por uno todos y cada uno de los aspectos y/o cauces procedimentales en que se estructura el procedimiento vigente en la materia, tal y como lo regula la LEC en sus artículos 681 y siguientes. Por tanto, únicamente nos centraremos en la *pretensión de la ejecución hipotecaria* y sus elementos definidores, así como en los actos procesales a través de los cuales se formaliza la pretensión.

En este sentido, partiremos de la existencia de una pretensión principal y otra accesoria o instrumental. La primera de ellas es el pago de la deuda, pues la pretensión ejecutiva va dirigida directamente a la satisfacción del derecho de crédito; es justamente eso lo que se pide, lo que se pretende (*petitum*) y encuentra su fundamento (*causa petendi*), en el título ejecutivo. Sin título ejecutivo no hay proceso de ejecución; cuestión distinta es que en ocasiones sea menester integrar dicho título o complementarlo con otros documentos que contribuyan a perfilar mejor la pretensión ejecutiva y acreditarla en sus extremos importantes.

Los elementos que constituyen la pretensión principal son de índole objetiva (pago y título ejecutivo) y subjetiva (sujetos); el elemento básico de la pretensión accesoria es la hipoteca que se revela como auténtico acto procesal, instrumento que sirve para cumplir con la finalidad de pago perseguida en el proceso. Todos ellos se estudian en la Capítulo relativo al *préstamo hipotecario como objeto de la tutela judicial hipotecaria*.

Los elementos subjetivos son diversos, dado que el proceso está abierto a distintos protagonistas y es de capital importancia reconocer la condición de parte al ejecutado, tanto si es únicamente el deudor, como si además intervienen el hipotecante no deudor y/o el tercer poseedor. Si se da esta pluralidad, todos ellos asumen, por imperio de la LEC, la cualidad de parte pasiva o demandados.



Relevante es también el tratamiento de arrendatarios y ocupantes de la finca, que sin ser parte en el proceso, deben intervenir en el mismo a los solos efectos de acreditar su título; su existencia determina la necesidad de resolver el conflicto de intereses que se produce entre adjudicatarios, que pretenden adquirir la finca libre de cargas y, arrendatarios que persiguen mantener la vigencia del contrato.

Examinados los elementos, tanto objetivos como subjetivos de la *pretensión ejecutiva hipotecaria*, dentro de lo que es la *formalización de la pretensión*, se estudian los actos procesales indispensables para delimitar el objeto de este proceso de ejecución.

Por último, se alude a las conexiones que pueden existir entre el proceso regulado en los art. 681 y siguientes LEC, y otros cauces procesales, centrandó en la atención en el supuesto de conversión de la ejecución hipotecaria en ejecución ordinaria merced al art. 579 LEC, cuando tras la realización del bien sujeto a la garantía hipotecaria se comprueba la insuficiencia de lo obtenido para cubrir la deuda total. En este sentido, se hace especial mención a las últimas resoluciones judiciales que con fundamento en este precepto abogan por la "*dación en pago*" como medio de poner fin al proceso en los casos en que el valor del inmueble, inferior al de tasación, determina que el producto de lo obtenido con la subasta no sea suficiente para extinguir la deuda. Todo ello contribuye a delimitar definitivamente la pretensión ejecutiva hipotecaria que puede complicarse a través de las conexiones procesales oportunas.

La presente tesis doctoral se estructura en seis grandes Capítulos con una distribución de contenidos que pretende ser sistemática para presentar mejor el estudio de la denominada *Pretensión de la ejecución hipotecaria*.

La tesis comienza en su Capítulo I con una imprescindible referencia a la regulación legal de la materia y la tradicionalmente cuestionada constitucionalidad del proceso de ejecución hipotecaria. Se alude al origen de la regulación vigente, sus antecedentes y fundamento, así como el punto de inflexión que ha supuesto el cambio de ubicación legal, de la Ley Hipotecaria a la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, aunque la intención del legislador es la de conceder a la ejecución judicial hipotecaria un carácter eminentemente jurisdiccional, dando cumplimiento a la máxima de que lo procesal debe estar contenido y regulado en un texto procesal, se siguen advirtiendo retazos de la antigua concepción registralista de la ejecución judicial. De ahí que sea

necesario profundizar e insistir en la premisa de que no basta con un simple transvase legal si no va acompañado de un cambio conceptual, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En cuanto a los pronunciamientos de constitucionalidad, en su mayoría referidos al antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, se analizan las resoluciones del TC más importantes dictadas en la materia y se examinan los argumentos de constitucionalidad vertidos más recientemente en relación al procedimiento regulado en los arts. 681 y siguientes de la LEC.

En el Capítulo II se estudia la naturaleza jurídica del proceso de ejecución hipotecaria y las distintas teorías, procesalistas y no procesalistas, que se han mantenido en el seno de la doctrina. Sin perjuicio de su diversidad, se pueden condensar en dos grandes apartados: las que confieren a la ejecución judicial naturaleza procesal y las que niegan esta condición. Ello no obstante, tal y como se ha dicho, en el presente trabajo abogamos por la naturaleza eminentemente procesal de la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados.

En el Capítulo III, bajo el título *El préstamo hipotecario como objeto de la tutela ejecutiva*, analizamos la vigencia del principio de accesoriedad que rige la relación entre préstamo e hipoteca, así como las consecuencias derivadas de dicha accesoriedad. Asimismo, se exponen los elementos objetivos de la pretensión como son el pago de la deuda (cierta, exigible y determinada, con especial referencia al vencimiento anticipado), el título ejecutivo y la hipoteca.

En contra de lo que sostiene la mayoría de la doctrina cuando afirma que el título ejecutivo es el título inscrito de hipoteca, defendemos la idea de que en puridad el auténtico título ejecutivo es el *título de crédito*. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil utiliza indistintamente las expresiones *título inscrito* y *título de crédito*, pero tal confusión terminológica no es más que producto de las dificultades existentes a la hora de superar consideraciones registrales en torno a lo que no deja de ser un proceso ejecutivo, cuyo fundamento es el título por el que se reclama el cumplimiento de una obligación dineraria con carácter expeditivo.

Respecto a la hipoteca, la consideramos, sin negar su concepción material de derecho real, como un auténtico instrumento del proceso, el cauce a través del cual se persigue la consecución del objetivo de pago por parte del deudor. En síntesis, el

proceso de ejecución hipotecaria lo es de reclamación de un crédito y en ese ámbito la hipoteca opera como el instrumento necesario para conseguir el objetivo de pago.

Ya en el Capítulo IV, nos centraremos con carácter general en los sujetos que intervienen en el proceso y en la legitimación de las partes. Especialmente, el trabajo se fija en quienes adoptan la posición de parte activa, con alusión específica al cesionario del crédito hipotecario y, por otro lado, en quienes tienen que asumir la condición de parte pasiva o ejecutados en el proceso; junto con el deudor, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor; a todos ellos hay que demandar desde un principio si se tiene conocimiento de su existencia. En caso contrario, ha de permitirse su intervención en todo momento y con los mismos medios de defensa que la Ley concede a cualquier ejecutado.

Con la condición, no de parte, pero sí de tercer interesado en el proceso, se hace especial alusión a la situación de los inquilinos o arrendatarios y el modo en que el ordenamiento y la jurisprudencia resuelven la convivencia, no siempre pacífica, entre el proceso de ejecución hipotecaria y los contratos de arrendamiento que hayan podido suscribirse, antes o después de la constitución de la hipoteca.

Visto todo lo anterior con carácter previo, definida básicamente la *pretensión judicial hipotecaria* y los elementos que la conforman, en el Capítulo V se analiza la formalización de la pretensión. Hemos estructurado el Capítulo en dos partes; en la primera, se hace somera referencia a las opciones procesales que asisten al acreedor hipotecario para reclamar judicialmente su crédito. Se parte, en ese sentido, de la facultad de elección, pues aunque sea recomendable, el hecho de que se den los presupuestos para iniciar un proceso de ejecución hipotecaria, no implica que el acreedor obligatoriamente tenga que iniciar este proceso. Si lo estima oportuno o más conveniente para sus intereses, puede decantarse por cualesquiera otras de las vías procedimentales reseñadas.

En la segunda parte, nos ocuparemos del proceso especial hipotecario. No se trata de hacer un estudio pormenorizado de todas y cada una de las fases del proceso, sino de estudiar los actos procesales que en sí mismos contribuyen a perfilar la pretensión. Por ello, se alude únicamente a los siguientes: demanda, despacho de la ejecución u orden general de ejecución, requerimiento de pago, “contestación del ejecutado” con el análisis de las opciones que le asisten, tales como pagar sin más, plantear oposición, regularizar la situación económica del préstamo hipotecario en los

términos estipulados en el art. 693.3 de la LEC, así como opciones de recurso y modos de terminación del proceso.

Finalmente, en el último Capítulo se habla de la ampliación del objeto del proceso, que también podría derivar en lo que se denominan conexiones procesales. En ocasiones, el proceso de ejecución hipotecaria deriva en otros procedimientos. En ese contexto, se hace particular mención a lo dispuesto en el actual artículo 579 LEC, por cuanto supone la reconversión de lo que inicialmente fue un proceso de ejecución hipotecaria en otro proceso de ejecución ordinaria cuyo principio fundamental en toda su extensión no es otro que el de responsabilidad patrimonial universal.

El precepto citado es determinante en su tenor literal cuando advierte que en el supuesto en que el producto de lo obtenido no sea suficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Pues bien, novedosas resoluciones judiciales dictadas contra el espíritu y el tenor literal del precepto han puesto de manifiesto la necesidad de reconsiderar esta regulación, así como introducir la denominada *dación en pago*. En gran parte, debido a la crisis económica, se viene discutiendo con intensidad acerca de si la depreciación del valor de los inmuebles deben soportarla las mismas entidades que tasaron inicialmente, muchas veces por encima del valor real o, por el contrario, es el deudor quien debe correr con ese riesgo, y, en ese ámbito, la aplicabilidad del art. 579 LEC se está poniendo en tela de juicio.

En cuanto a la *metodología* utilizada para el desarrollo de nuestro trabajo, nos hemos ceñido a las fuentes tradicionalmente empleadas para cualquier estudio jurídico, es decir, la legislación, la doctrina científica y, en particular, el análisis de la Jurisprudencia. Asimismo, la práctica profesional me ha permitido estar en contacto directo con las lagunas o deficiencias legales detectadas en la materia objeto de estudio y ha supuesto un importante acervo jurídico que he podido completar con la publicación de artículos doctrinales en distintas revistas jurídicas de ámbito nacional.

Para terminar esta introducción, sirva a modo de reflexión lo siguiente: nadie cuestiona la importancia de la hipoteca como institución; su relevancia se deja sentir no sólo desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino también social y económico, pues representa el cauce habitual de adquisición de inmuebles por los ciudadanos. Si para el ciudadano común constituye la vía (a veces la única) para adquirir una vivienda en propiedad, en contrapartida, para las entidades bancarias,

constituye una garantía frente a posibles impagos del préstamo concedido, particularmente útil para satisfacer su derecho de crédito y particularmente ágil en la consecución del objetivo. Y ello sin perjuicio de que la actual situación de crisis económica permita poner en duda ésta última aseveración.

La coyuntura económica de cada país incide directamente en el número de ejecuciones hipotecarias; es de suponer que a mayor endeudamiento, mayor morosidad en los hogares y, por tanto, más ejecuciones en general y, en particular, hipotecarias; de ahí la importancia del tema a tratar y su indudable trascendencia a nivel social, económico y jurídico. En este sentido, la LEC de 2000 apunta en su Exposición de Motivos que no entra en sus planes afrontar la morosidad crediticia de una manera utópica, pues *ningún régimen legal de ejecución forzosa puede evitar ni compensar la morosidad crediticia, obviamente previa al proceso, ni pretender que todos los acreedores verán siempre satisfechos todos sus créditos, pero sí contiene un conjunto de normas que protegen más enérgicamente al acreedor cuyo derecho presenta suficiente constancia jurídica.*

En este ámbito procesal, el derecho del acreedor hipotecario merece la mayor de las consideraciones, pero ello nunca puede ser a costa de anular el derecho de defensa del deudor o las posibilidades de alegación de éste en el campo judicial. Partimos de la existencia de un proceso de cognición limitada, característica principal de todo proceso sumario. No obstante, lo exiguo de las opciones de oposición determina que en ocasiones el deudor pase por momentos de auténtica indefensión nunca justificadas, ni siquiera en el seno de un proceso como éste.

Efectivamente, acierta la Exposición de Motivos de la LEC cuando vaticina que ninguna regulación conseguirá evitar las ejecuciones, sin embargo, la legislación vigente puede ser mejor si logra conciliar los intereses del acreedor con la defensa del deudor, pues el hecho de que el principio de igualdad quede ciertamente atenuado no debe implicar su anulación y mucho menos si esta anulación genera indefensión absoluta para una de las partes del proceso.

Fruto del estudio y del análisis de todas estas consideraciones, surge el trabajo doctoral que aquí se presenta.

## CAPÍTULO PRIMERO

# REGULACIÓN LEGAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SOBRE BIEN INMUEBLE. PLANTEAMIENTOS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD.

## CAPÍTULO I

### REGULACIÓN LEGAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SOBRE BIEN INMUEBLE. PLANTEAMIENTOS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD.

#### I. DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1946 A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000.

##### 1. Antecedentes legislativos.

##### A) La primera Ley hipotecaria: la Ley de 1909.

La Ley de 1909 presenta una gran relevancia histórica<sup>1</sup>, pues con ella se sentó el régimen hipotecario que ha durado hasta el año 2000 o, más específicamente, hasta el

---

<sup>1</sup> De su necesidad daba noticia Antonio Maura en la exposición de motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria aplicada a Cuba, Puerto Rico y Filipinas: "Pero donde la voz de la experiencia se ha dejado oír con mayor fuerza contra la ley, demandando remedio pronto, es en lo referente al procedimiento para hacer efectivos los créditos hipotecarios. Su complicación abrumadora, la inseguridad del éxito y su coste incalculable retraen al capital o sugieren condiciones usurarias... porque el procedimiento legal no satisface las exigencias razonables de la contratación, y a cortar la raíz de esos males; proporcionar a la tierra el capital que necesita, y dar a los prestamistas seguridades de pronto y fácil cobro, se consagra la reforma de mayor trascendencia que propone el Gobierno, suprimiendo trámites que, sin garantía positiva de los derechos, ahora los más sagrados: la previa tasación, la fijeza en la competencia judicial para las diligencias precisas, la supresión de todo pleito, un solo requerimiento y la subasta inmediata, son las bases de la nueva legislación: suprime juicios, excusaciones, exhortos, mandamientos de embargo de lo que ya estaba hipotecado, incidentes, subastas simultáneas y otras tantas barreras atravesadas en la senda del crédito territorial, con noble ánimo, en que solo tropieza realmente la buena fe". *Leyes hipotecarias, VI, Tomo I*, Madrid, 1991, págs. 507-508

*Antes de la Ley hipotecaria de 1909, los acreedores hipotecarios sólo disponían del juicio ejecutivo de la Ley procesal civil, aparte del declarativo ordinario. Pero este juicio, a pesar de su tramitación abreviada, era demasiado largo, antieconómico y complicado, según ROCA SASTRE. Había entonces plena unanimidad en considerar inadecuado el juicio ejecutivo ordinario como medio de obtener la realización de los créditos hipotecarios; no sólo era complicado, sino que permitía fácilmente al deudor de mala fe entorpecerlo con incidentes y suspensiones, alargándolo aun más, aumentando su coste y aburriendo a los acreedores. La experiencia pone esto de relieve todos los días, no siendo raro que un juicio ejecutivo con su vía de apremio durase años; y menos mal si no había tercerías. Esta dificultad en el cobro o realización del crédito inspiraba desconfianza al capital, retrayendo a los prestamistas, aumentándose el tipo de interés y fijándose grandes cantidades para costas. Todo ello perturbaba el crédito territorial. Ante esta situación urgía establecer un procedimiento breve, rápido, sencillo y económico, proporcionando a los acreedores seguridades de expedito y fácil cobro. Esta simplificación se efectuó amputando prescindiendo en el procedimiento ejecutivo ordinario de la fase de juicio ejecutivo propiamente dicho, o sea, lo que es proceso de cognición, conservando la fase de apremio o de proceso de ejecución, y además, eliminando varios trámites en este último. En cuanto a esta eliminación de trámites, ROCA SASTRE efectúa la siguiente distinción: por vía preventiva; los trámites de la tasación de las fincas con sus actuaciones de nombramiento de peritos, discordias, etc., y de los requerimientos y notificaciones, complicados con los frecuentes cambios de domicilio del deudor o tercer poseedor, son simplificados, o mejor dicho, evitados procesalmente, mediante la fijación del precio de subasta y la determinación de un domicilio definitivo, en la escritura misma de constitución de hipoteca. Por supresión radical: se simplifica el procedimiento prescindiéndose de los siguientes trámites: no hay anotación preventiva, no se requieren claramente ciertas notificaciones a titulares posteriores a la extensión de la nota registral prescrita en la*

año 2001, fecha de entrada en vigor del texto procesal vigente. Con todo, hay que decir también que su espíritu, de alguna manera, sigue latente en la regulación actual al haberse incorporado, como tantas veces se ha dicho, “lo anterior a lo nuevo”. En cualquier caso, es ésta Ley la que marca, por así decir, un antes y un después en la reforma hipotecaria, pues tal y como recuerdan GUASP y ARAGONESES,<sup>2</sup> la primitiva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 no contenía una regulación especial, salvo ciertas singularidades del procedimiento que había de seguirse para obtener la condena de un deudor hipotecario y para que fuese el acreedor satisfecho con los bienes afectos al cumplimiento de la obligación que la hipoteca garantiza.

Posteriormente, una vez aprobada la LEC de 1881, regían sus preceptos referentes al juicio ejecutivo y al procedimiento de apremio. La importante modificación llevada a cabo en la legislación hipotecaria por la Ley de 21 de diciembre de 1869 no cambió a la anterior. Fuera de la legislación peninsular, la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893 y su Reglamento, de 18 del mismo mes y año, implantaron, en sus arts. 127 a 133 y 168 a 176, respectivamente, una tramitación más breve y sencilla que la que regía en la metrópoli. Se comprende que la comparación entre uno y otro sistema produjese el natural deseo de adoptar también en España aquél que parecía más conveniente para la consecución de uno de los fines más importantes de todo régimen inmobiliario: el desarrollo del crédito territorial, en el que no podía por menos de influir decisivamente la simplificación de los trámites para el cobro de las deudas hipotecarias.

La modificación llegó, al fin, por obra de la Ley de 21 de abril de 1909, incorporándose con el resto de prescripciones que dicha norma contenía al nuevo texto hipotecario de 16 de diciembre del mismo año y, a través de él, a la importante reforma de 30 de diciembre de 1944, actuada en la nueva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 y en el nuevo Reglamento de 14 de febrero de 1947, que recogían la regulación del proceso en los arts. 129 a 135 de la Ley y en los arts. 225 a 233 del Reglamento.

---

regla 4ª del artículo 131 de la ley, facilitándose, en consecuencia, las cancelaciones; no hay problemas de titulación en las subastas; no hay incidentes de nulidad o de otra clase; no hay necesidad de cumplir la ritualidad de la protesta de abonar pagos legítimos; no hay diligencia de liquidación de cargas subsistentes; no hay necesidad de escritura de venta judicial, el testimonio de adjudicación judicial es suficiente. LÓPEZ LIZ, ob, cit, págs. 17 a 19.

<sup>2</sup> *Derecho Procesal Civil, Tomo II, Parte especial: procesos declarativos y de ejecución*, séptima edición, Thomson Civitas, 2006, págs. 737 y 738.



En síntesis, si hay un texto a destacar, de todos ellos, ese es, precisamente, la Ley de 1909, que, tal y como recuerda LASARTE,<sup>3</sup> introduce el procedimiento judicial sumario, siendo reformado posteriormente, de forma trascendental, por la Ley 19/1986, de 14 de mayo, al disponer importantes modificaciones en el tenor literal del art. 131 de la LH. El objetivo fundamental de la Ley últimamente citada fue adecuar al ámbito hipotecario las modificaciones procedimentales que, en la vía de apremio, había introducido la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tales reformas tuvieron por objetivo básico erradicar el sistemático incumplimiento de numerosos deudores y, en consecuencia, restablecer la seguridad del tráfico jurídico que a todos beneficiaba.

#### B) El procedimiento del artículo 131 LH: notas esenciales.

Según la Exposición de Motivos del proyecto de reforma de la Ley hipotecaria de 1909, que introdujo el procedimiento judicial sumario, la finalidad de su implantación en nuestro sistema fue favorecer la realización del crédito real inmobiliario, proporcionando a los acreedores un medio fácil de efectividad de los créditos hipotecarios. Las disposiciones de la reforma, introductora de lo que se denominó procedimiento judicial sumario, decía GUZMAN DE TOCA, en su defensa del proyecto en la discusión en el Senado, colocan a la propiedad en condiciones de poder ser en todo momento movilizada; es decir, este proyecto vino a suponer respecto de la propiedad lo que respecto de la moneda supusieron la letra de cambio y el cheque; lo que respecto de la mercancía hicieron los certificados de almacenes y depósitos, con lo cual la totalidad de la riqueza de un país puede estar en movimiento, movilizarse perfectamente, y puede duplicarse y triplicarse. Este adelanto es tan considerable, que por defectos que tenga el proyecto, que es indudable que como toda obra humana los ha de tener, el objeto final, el resultado a que aspira, es muy conveniente y el éxito está asegurado. Que fue totalmente feliz el vaticino de GUZMAN DE TOCA, lo prueba la gran expansión del crédito hipotecario a partir de 1909, hasta llegar a la hora presente en que es difícil encontrar propiedades inmobiliarias no hipotecadas, merced al seguro que para los acreedores constituye este procedimiento<sup>4</sup>.

La mayor parte de los autores sostenían que el procedimiento judicial sumario era necesario para fomentar el crédito territorial; a pesar de que se cuestionaba, sobre

---

<sup>3</sup> Ob, cit, págs. 128 y 129.

<sup>4</sup> LÓPEZ LIZ, ob, cit, pág. 17.

todo, el hecho de que el deudor no podía oponerse, ello se justificaba argumentando que el legislador tenía que optar entre dos males, habiéndose decantado por el menor: el establecimiento de un procedimiento más ágil para conseguir la satisfacción del derecho de crédito del acreedor, aunque fuera a costa de las posibilidades de defensa del deudor. Todas las características que entonces podrían predicarse del procedimiento regulado en el artículo 131 LH, son de perfecta aplicación al procedimiento que actualmente regulan los artículos 681 y siguientes de la vigente LEC 1/2000, de ahí que lejos de verificar un examen pormenorizado de los mismos, se proceda tan solo a reseñarlos para confirmar que siguen tan vigentes como entonces y que, en puridad, el procedimiento sigue siendo el mismo.

El procedimiento del artículo 131 LH no admitía alteración en sus trámites; el pacto de los sujetos interesados no cabía en ninguna de sus fases y esta afirmación es incuestionable también en el procedimiento que regula la vigente Ley procesal civil. Sus normas son de orden público y, en consecuencia, inalterables por voluntad de las partes, sin perjuicio, de que dentro de las posibilidades que ofrezca la propia Ley, éstas puedan elegir una u otra en función de sus preferencias e intereses<sup>5</sup>.

Existía, asimismo, una cognición limitada. En el procedimiento del artículo 131 LH, como tampoco en el regulado en la LEC de 2000, dispone el deudor de una fase específica para formular alegaciones. Tan solo le asiste la posibilidad de oponerse a la ejecución por causas tasadas, antes, las causas de suspensión propiamente dichas que regulaba el artículo 132 LH y ahora las que contempla el artículo 695 LEC.

Precisamente, en el punto atinente a la oposición, sitúan los autores una de las novedades principales de la LEC de 2000, si bien, para GUZMAN FLUJA<sup>6</sup> lo que sucede es que el art. 695 LEC no supone realmente ninguna innovación respecto de la situación existente al amparo de la legislación anterior, aunque sí supone una ordenación mucho más sistemática y racional en esta materia que la que había antes. En el procedimiento del art. 131 LH no había mención alguna a “causas de oposición” y lo que podía encontrarse era una regulación, contenida en el antiguo art. 132 LH, de

---

<sup>5</sup> Un ejemplo concreto en este sentido, es el referido a las diversas formas de realización que, como auténtica novedad, contempla la LEC de 2000, pues existe la posibilidad de que el bien hipotecado sea realizado por entidad especializada o por convenio entre ejecutante y ejecutado. Pero en ningún caso, debe entenderse que estamos ante una posibilidad de alteración convencional de las reglas procesales (imperativas y de orden público) Cuestión distinta es que las propias normas procesales ofrezcan opciones distintas a las partes y que éstas las ejerzan, pero no como alteración de las normas, sino como cumplimiento de ellas en una de sus variantes permitidas y previstas en la propia ley.

<sup>6</sup> Ob, cit, págs. 951 a 956.

lo que se denominaban causas de suspensión del procedimiento sumario de ejecución.

En definitiva, en la actual regulación de la ejecución de garantía real, se ha distinguido conceptual y sistemáticamente entre oposición a la ejecución, la del art. 695 LEC (extinción de la garantía o de la obligación garantizada acreditada en la forma legal, error en la determinación de la cantidad exigible y sujeción del bien hipotecado a otro gravamen anterior), suspensión por interposición de una demanda de tercería de dominio, (art. 696) y suspensión por prejudicialidad penal, (art. 697).<sup>7</sup> Ahora bien, debe dejarse claro que el art. 695 LEC se refiere a las llamadas causas materiales de oposición y con ello resulta que en la ley persiste la limitación de la oposición material, si bien, con buen criterio, el legislador ha optado por borrar la limitación de la oposición por defectos procesales. Este cambio, sostiene GUZMAN FLUJA es enormemente positivo, dado que posibilita que en el proceso de ejecución de garantía real se puedan manifestar y resolver en él todos los problemas procesales, siendo de aplicación, ante la ausencia de una regulación específica, las normas generales de ejecución forzosa previstas para la oposición procesal a ella (arts. 559 y 563).

## 2. Nuevo marco legislativo

Los procesos de ejecución hipotecaria dan cobertura a una realidad compleja y llena de matices propios: la necesidad de arbitrar un mecanismo procesal rápido, ágil y lo más contundente posible en defensa de los acreedores que, tienen garantizado su crédito mediante una hipoteca(o prenda). Esta necesidad se hace especialmente patente en los casos de hipoteca inmobiliaria, dada la preocupación social y económica que, genera el mercado inmobiliario, sobre todo, tras el estallido de la *burbuja inmobiliaria*<sup>8</sup> que, a buen seguro, provocará cambios legislativos de interés o, cuanto menos, un debate conducente a plantear mejoras en la regulación actual.

---

<sup>7</sup> Sigue diciendo GUZMAN FLUJA que *ciertamente las diferencias de contenido respecto de la regulación anterior no son especialmente notables, aunque tampoco son desdeñables, lo que propicia que puedan aplicarse soluciones enfrentadas y que pervivan también algunos problemas, pero la nueva LEC es más correcta y permite distinguir con claridad la auténtica oposición del demandado, regulada en el art. 695, de otras causas que conllevan la suspensión pero que, tienen radicales diferencias que implican una distinta solución ahora legalmente acogida*. Ob, cit, pág. 954.

<sup>8</sup> En el momento actual, la mayoría de las hipotecas que se suscriben lo son en garantía de un préstamo para la adquisición de vivienda habitual por un particular. Las circunstancias del mercado actual, de gran crisis económica y consiguiente aumento de los procesos de ejecución, están demandando un cambio legislativo que proteja mejor al deudor, sin menoscabar el derecho de los acreedores hipotecarios. En este sentido GUZMAN FLUJÁ echa de menos la vinculación de estas cuestiones con el derecho de consumo y con la necesidad de proteger a los consumidores, en este caso, de préstamos hipotecarios, trasladando esa visión a la regulación de los procedimientos de ejecución hipotecaria. Sin embargo, considera que la cuestión es extremadamente delicada, porque la virtualidad de estos procedimientos era

Es indudable la importancia que tienen los procesos de ejecución hipotecaria para la seguridad del mercado<sup>9</sup> y consciente de ello, el legislador quiso introducir en la regulación de la ejecución de créditos con garantía real algunas novedades que caminan en tres sentidos: reforzar el carácter jurisdiccional de estas ejecuciones, eliminar la multiplicidad de procedimientos de ejecución e introducir una regulación unitaria<sup>10</sup>.

Sentada la importancia de la cuestión que nos ocupa, se ha de señalar que, en la actualidad, la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados (o pignorados) se encuentra regulada, como no podía ser de otra forma, o al menos no debería, en un texto procesal. Ese texto no es otro que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que dedica su Libro III a la *Ejecución Forzosa y a las medidas cautelares*, incluyendo en el Capítulo V, del Título IV, lo que llama *particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*, en los arts. 681 a 698. En lo no previsto expresamente en estos preceptos, les serán de perfecta aplicación las disposiciones generales que, en materia de ejecución, se establecen en los arts. 517 a 680 del mismo texto legal.

Decimos “no debería”, porque la vigente ley procesal rompe con una situación indeseada a lo largo de años, pues algo sustancialmente procesal, en este caso un proceso judicial de ejecución, no podía seguir rigiéndose por más tiempo por las disposiciones de un texto sustantivo como eran las de la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, lo primero que podría decirse en este sentido es que el cambio de sede legal, de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (en adelante LH) a la Ley

---

precisamente el ser un instrumento de protección de los acreedores y además un instrumento muy agresivo con la esfera del deudor, mientras que el derecho de consumo es especialmente tuitivo con los consumidores. *Reflexiones en torno a la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, La ejecución civil, Estudios de Derecho Judicial, nº 53, CGPJ, 2005, Director: MORENO CATENA, V.*

<sup>9</sup> Importancia en la que insiste ADAN DOMENECH cuando afirma que la adquisición de vivienda constituye una de nuestras principales necesidades. Sin embargo, su elevado precio dificulta su adquisición, condicionándose la compra de la misma a la constitución de un derecho real de garantía sobre la vivienda, como es la hipoteca. El crecimiento paulatino del Euribor constituye uno de los mayores dispendios de la economía familiar, disminuyendo su poder adquisitivo. Dicha circunstancia ya está teniendo consecuencias de índole procesal por el aumento del incumplimiento de los plazos de amortización de los préstamos hipotecarios, lo que ha supuesto un aumento considerable de los procesos hipotecarios. *Aspectos problemáticos de la ejecución hipotecaria. Una visión jurisprudencial, La ejecución civil: problemas actuales*, Coord.: CACHÓN CADENAS y PICÓ Ed. Atelier, 2008, Pág. 253.

<sup>10</sup> Para GUZMAN FLUJÁ, estas innovaciones no se introducen en barbecho sino en terreno abonado dado que se mantiene el principal carácter de este procedimiento al limitar drásticamente las causas de oposición del deudor y los supuestos de suspensión de la ejecución. De esta manera, en lo sustancial, la regulación legal de la LEC es la que antes se encontraba en los artículos 129 a 135 LH, aunque no estamos ante una traslación literal como consecuencia de las novedades aludidas. En todo caso, la doctrina ha señalado que la permanencia de las principales características de este procedimiento permite mantener asimismo las enseñanzas y doctrinas sentadas por la jurisprudencia y autores. Ob, cit, págs. 940 y 941.

procesal, ha supuesto un avance y un acierto, dado que la materia procesal debe estar recogida básicamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello no obstante, no todos los autores en el seno de la doctrina están de acuerdo con este nuevo planteamiento. Entre ellos, los hipotecaristas alertaron del riesgo que suponía el cambio de ubicación legal de las ejecuciones de esta índole, por cuanto podía representar, a su juicio, un peligro para el crédito territorial y también para los consumidores y usuarios al alterar sustancialmente su marco legal<sup>11</sup>. Alegan, en este punto, con motivo de la gestación parlamentaria de la nueva ley procesal, que *se había dado un golpe de gracia a la seguridad del crédito territorial, que podría llevar a los agentes económicos, Bancos y Cajas, a exigir garantías complementarias, personales y reales, a los prestatarios, lo que supone agravar el patrimonio de consumidores y usuarios*<sup>12</sup>. Incluso, van mucho más allá de una simple percepción negativa de la intervención de la doctrina procesalista en este ámbito, pues, tal y como recuerda MIRA ROS<sup>13</sup>, a los procesalistas se les había negado durante mucho tiempo legitimación para definir y tratar el procedimiento judicial sumario, al considerar que su estudio exige una preparación técnica, en cuanto al funcionamiento del Registro o el Derecho hipotecario, de la que carecían, a su juicio, estos juristas.

A pesar de estos posicionamientos, casi apocalípticos, puede constatarse que nada de eso ha ocurrido en la realidad, por lo menos de momento; producido el cambio de sede legal por obra de la “nueva” Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cierto es que en esencia la regulación es casi idéntica a la anterior; tal y como advierte SASTRE PAPIOL, *las 17 reglas que contemplaba el art. 131 LH para el procedimiento judicial sumario hipotecario son mayoritariamente objeto de transposición en los artículos de la LEC (681 a 698), nueva sede legal de la ejecución hipotecaria*.<sup>14</sup> De hecho, así lo confirma la propia LEC cuando anuncia en su Exposición de Motivos (apartado XVII) que, partiendo de la constitucionalidad del régimen declarada por el Tribunal Constitucional, *introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable*. En consecuencia, la vigente Ley procesal civil opta por incorporar en su

---

<sup>11</sup> Tanto es así, que los contrarios a este cambio de sede legal argumentaron que los *operadores económicos, las entidades de crédito, bien restringirían cautelosamente la concesión de las facilidades crediticias de este carácter, bien tomarían complementariamente otras garantías para el aseguramiento de los créditos hipotecarios, si su tratamiento judicial era uniformado como los restantes títulos ejecutivos, lo que podía suponer, en fin, un perjuicio para los consumidores y usuarios*. LOPEZ LIZ, *Contra la hipoteca*, Barcelona, 1999.

<sup>12</sup> PICO JUNOY, (Coordinador), *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, 1998, págs. 598 y ss.

<sup>13</sup> *Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria*, Revista General del Derecho 16 (2008).

<sup>14</sup> *Instituciones del Nuevo Proceso Civil, Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, Volumen III*. Coordinador ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2000, pág. 387.

seno la regulación de lo que era el anterior procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH de forma prácticamente idéntica.

A) Sistematización legislativa.

En este contexto, afirma JURADO<sup>15</sup>, la LEC ha pretendido regular unitariamente todo lo relativo a la ejecución forzosa, sea común o de garantía hipotecaria, dedicando a esta última un capítulo especial por razón de las peculiares características que ofrece respecto de la ejecución en general, manteniendo sustancialmente el régimen anterior de la ejecución de la hipoteca y ello a pesar de que, como se ha dicho, su regulación ha sido sustraída del ámbito normativo de la legislación hipotecaria. Se completa dicha regulación con la nueva redacción que la disposición final novena de la LEC en sus números 4 a 10 ha dado a los arts. 129 a 135 de la LH, habiendo añadido, además, dicha disposición final, en su apartado 3, un nuevo número, el 12, al art. 107<sup>16</sup> de ésta última relativo a los bienes y derechos que pueden ser hipotecados, referente a la hipoteca del derecho del rematante.

Completan esta regulación los preceptos del Reglamento Hipotecario que no se ven afectados por el apartado 3 de la disposición derogatoria única de la LEC, el cual

---

<sup>15</sup> *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados, Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Ed Bosch, septiembre 2001, pág. 7

<sup>16</sup> Estipula el artículo 107 de la LH que podrán también hipotecarse:

Primero. El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin. Segundo. La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario. Tercero. Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar. Cuarto. El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho. Quinto. Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real. Sexto. Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario. Séptimo. Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato vendedor, a fin de que si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial. Octavo. El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria. Si el vendedor ejercita el derecho de retracto no sólo subsistirá la hipoteca, sino que ésta recaerá directamente sobre los bienes retraídos. Noveno. Los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito. Décimo. Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante. Undécimo. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8. Duodécimo. El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.

considera derogadas, conforme al art. 2 del CC, cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la nueva ley procesal.

La intención de la LEC al tutelar directamente este tipo de procesos es meridianamente clara, y al margen de la efectividad de su regulación que sólo la práctica puede demostrar, ha supuesto unidad y sistematización<sup>17</sup> en la ejecución forzosa en general y, en particular, en la ejecución hipotecaria. Así, la Exposición de Motivos, en su apartado XVII, argumenta que *presenta una regulación unitaria, clara y completa, diseñando un proceso de ejecución idóneo para todo título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una atención especial*. El legislador mantiene, asimismo, que la unidad en la regulación no debe impedir el reconocimiento de las particularidades, allí donde las hubiere, como el caso de la oposición a la ejecución, las especialidades razonables en función del carácter judicial o no judicial del título o, como no podía ser de otra manera, las que resultan necesarias cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados.

Que la actual Ley procesal ha supuesto básicamente una simple traslación de lo que ya contemplaba la Ley Hipotecaria en su art. 131, parece una máxima incontestable<sup>18</sup>. No obstante, sin apartarse de este razonamiento, MONSERRAT<sup>19</sup> matiza que, si bien la nueva LEC conserva el procedimiento del art. 131 LH en buena parte de lo sustancial, no lo hace del todo. Cambia, por ejemplo, a juicio de este autor, el punto de partida del legislador. Mientras que para la Ley de 1909,<sup>20</sup> introductora de

---

<sup>17</sup> En palabras de ADAN DOMENECH, uno de los principales objetivos del legislador procesal, respecto de la Ley 1/2000, se concretaba en establecer una nueva tipología procesal, con la finalidad de eliminar la diversidad procedimental existente en una doble dirección, tanto interna, en referencia a la pluralidad de procesos especiales regulados en la interinidad del anterior texto procesal, como externa, respecto de las normas procesales consignadas y desarrolladas en diferentes textos normativos de carácter sustantivo, objetivo anunciado en la propia Exposición de Motivos de la LEC al establecer que *lo exigible y deseable no es unificar a ultranza, sino suprimir lo que resulta innecesario y, sobre todo, poner término a una dispersión normativa a todas luces excesiva*. Ob, cit, págs. 253 y 254.

<sup>18</sup> En este sentido también se pronuncia LASART.E cuando afirma que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria regulado ahora en los arts. 681 y siguientes de la LEC es claramente tributario y continuista del archiconocido procedimiento judicial sumario regulado en el (ahora derogado) artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, al tiempo que reconoce esta realidad, el autor deja entrever una cierta crítica por el cambio de ubicación legal experimentado en la LEC al afirmar que *probablemente el legislador se haya excedido en su prurito competencial y hubiera resultado preferible seguir concentrando en la legislación hipotecaria un procedimiento ejecutivo que, en definitiva, más que especial, es especialísimo*. *Derechos Reales y Derecho Hipotecario. Principios de Derecho Civil V*. Cuarta edición, Ed. Marial Pons, 2005, págs. 129 y 130.

<sup>19</sup> *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Ed. Cuadernos Civitas, 2002, págs. 18 y 19.

<sup>20</sup> Fue la reforma hipotecaria de 1909 la que introdujo, art. 131, un procedimiento especial y rápido conocido hasta hace poco como el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Y la intención no fue otra que la de otorgar mayor eficacia a este tipo de ejecuciones partiendo de la idea de que si el acreedor hipotecario disponía de un procedimiento eficaz, con ello se estimularía la concesión de créditos en beneficio de la economía nacional.

la anterior regulación, estábamos ante un procedimiento judicial de venta del bien hipotecado, más que ante un juicio, para la LEC nos encontramos ante un proceso de ejecución, y muestra de ello es que al notificar el auto por el que se despacha ejecución, se entrega copia de la demanda ejecutiva al deudor, como suele acontecer en todo procedimiento(art. 553)<sup>21</sup>; además, bajo la vigencia del art. 131 LH se podía defender que no siempre se imponía la aplicación supletoria de la LEC, mientras que ahora, en lo no previsto expresamente como especialidad de la ejecución hipotecaria, se habrá de aplicar las normas de la ejecución ordinaria o, en su caso, las normas generales aplicables a cualquier proceso.

El mismo argumento mantiene CARBONELL<sup>22</sup> cuando asevera que la nueva regulación en la LEC ha asumido, casi íntegro, el anterior art. 131 LH y concordantes, admitiendo en numerosos puntos la doctrina de la DGRN y la Jurisprudencia del TS y del TC. Define como gran acierto el haber incorporado la regulación de las ejecuciones hipotecarias al texto procesal civil, porque, de este modo, se realiza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, discutido tradicionalmente por los hipotecaristas, que prefieren hablar de la ejecución hipotecaria como la fase contractualmente prevista, en la que el acreedor ejercita su derecho a instar la realización del bien hipotecado para el cobro de su crédito con el importe de lo obtenido, no siendo, desde su punto de vista, propiamente una labor jurisdiccional al no existir verdadero juicio ni ejecución de lo juzgado. Habrá ocasión de centrarse en este punto y de indagar sobre la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria, permítasenos ahora subrayar, de un lado, la relevancia y el acierto de la inclusión de esta regulación en un texto eminentemente procesal y, de otro, el auténtico carácter jurisdiccional de la ejecución hipotecaria, caracterizada por un intenso control judicial que, a la postre, opera como garantía para ejecutante y ejecutado. Si bien, dentro de esa nueva ordenación jurisdiccionalista que proporciona la LEC de 2000, tal y como indica MIRA ROS, “se ha dejado algún cabo suelto”. A su juicio, ciertos artículos de la Ley Hipotecaria van por libre, como el artículo 153, a propósito de la ejecución de la

---

<sup>21</sup> “El auto que autorice y despache ejecución, así como el decreto que en su caso hubiere dictado el Secretario judicial, junto con copia de la demanda ejecutiva, serán notificados simultáneamente al ejecutado, o, en su caso, al procurador que le represente, sin citación ni emplazamiento, para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución, entendiéndose con él, en tal caso, las ulteriores actuaciones”.

<sup>22</sup> *La Ejecución hipotecaria: presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales, La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Escuela Judicial, CGPJ, Estudios de derecho judicial, 2000, págs. 285 y 286.



hipoteca en garantía de cuentas corrientes, que se manifiesta en abierta contradicción con las normas de la LEC<sup>23</sup>.

Todo ello, al margen de la singularidad propia del proceso de ejecución y en la que también habrá ocasión de detenerse.

#### B) Necesidad de su regulación: una posición crítica.

Con independencia de las diferentes posiciones doctrinales sobre el adecuado tratamiento de la ejecución hipotecaria, conviene indicar que no siempre se ha defendido su existencia, llegando a calificarlo, algún autor, como un *anacronismo de difícil justificación* (FERNANDEZ- BALLESTEROS); para GUASP, el procedimiento no tiene razón de ser como forma especial de ejecución. Incluso, se pregunta hasta qué punto esta especialidad debe subsistir, al recordar las numerosas críticas doctrinales que ha suscitado el procedimiento hipotecario, que ponen de relieve sobre todo, el hecho cierto de su ineficacia y de que los fines que con él pretende el legislador han quedado en su mayor parte sin ser alcanzados.<sup>24</sup>

Por su parte, FERNANDEZ-BALLESTEROS<sup>25</sup>, remontándose a su creación como tal, mantiene que ya entonces era superfluo, debido a la exigencia de la escritura pública (uno de los más antiguos títulos ejecutivos) para que la hipoteca se constituya válidamente. Bastaba con algunas normas complementarias específicas para los casos en que al crédito garantizara una hipoteca, que tuvieran en cuenta sus

---

<sup>23</sup> "Queda, también, a flote toda una porción de artículos del Reglamento Hipotecario no expresamente derogados, aunque automáticamente sin efecto en todo lo atinente a cuestiones procesales, dado el imperativo constitucional que excluya la posibilidad de reglamentos en materia procesal. Y queda, sobre todo, el lastre conceptual arrastrado por la inercia de la situación anterior, que tanto desconcierto y desorientación cosecha aun entre los procesalistas". MIRA ROS, *Hacia una ejecución hipotecaria propiamente jurisdiccional*, www.elnotario.com, nº 20.

<sup>24</sup> "¿Hasta qué punto esta especialidad debe subsistir en una ordenación futura de la ejecución procesal? El procedimiento hipotecario ha suscitado numerosas críticas doctrinales, que ponen de relieve, sobre todo, el hecho cierto de su ineficacia y de que los fines que con él pretendió lograr el legislador han quedado en su mayor parte sin ser alcanzados. Un juicio de conjunto no puede ahora formularse, ya que merecen críticas diferentes las varias innovaciones que contiene con respecto al régimen común. En general, puede decirse que las nuevas soluciones adoptadas responden a un sistema más perfecto que el de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero han incurrido en el defecto de no recoger todos los complementos necesarios para que tengan utilidad real, y así ha quedado a medias la situación de un régimen por otro. Ahora bien, lo que sí puede afirmarse es que no tiene razón de ser la existencia del procedimiento hipotecario como forma especial de ejecución, y, reconociendo la superioridad (que aún puede ser aumentada) del texto hipotecario sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que habrá de hacerse es elevar los preceptos del primero a supuestos de carácter general y ordenar un tipo único de ejecución sobre bienes inmuebles en que se recojan las soluciones mejores de aquel y en el que venga incluida la hipótesis del título hipotecario, al lado de las restantes, sin más que, a lo sumo, la determinación de los pocos artículos específicos que se juzguen indispensables". *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, pág. 64.

<sup>25</sup> *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Iurgium, 2001, págs. 629 y 630.

peculiares características registrales, para que la protección del acreedor hipotecario estuviera asegurada. Asimismo, dicho autor, tilda de mera excusa el argumento habitualmente empleado para justificar la existencia de este procedimiento, que conecta con la idea de favorecer la inmediata tutela judicial de tan importantes derechos (se entiende que los del acreedor hipotecario) y asegurar la fluidez del crédito territorial. En suma, reconoce la importancia del mercado hipotecario para la financiación a largo plazo; sin embargo, a su juicio, ello no es razón suficiente para la existencia de este procedimiento, dado que la misma o parecida finalidad tienen otros títulos ejecutivos como las pólizas de crédito o las letras de cambio y sin embargo, éstas deben conformarse con el “escuálido” privilegio en que el juicio ejecutivo consiste (hoy ejecución dineraria).

En el marco expuesto, la LEC 1/2000, insiste FERNANDEZ-BALLESTEROS, sin necesidad alguna y en inocultable contradicción con el teórico deseo de suprimir los procesos especiales, mantiene este peculiar proceso que va más allá de lo especial, pues es una forma peculiar del ya en sí especial juicio ejecutivo y sólo se diferencia del ordinario en que los bienes sobre los que se proyecta han sido antes convencionalmente afectados por las partes, sea previa hipoteca o previa prenda.

De otro lado, fiel a su idea de rechazar frontalmente cualquier justificación que pueda fundamentar la existencia de la ejecución hipotecaria, va más allá y, sin entender el trato excesivamente privilegiado que, a su juicio, tiene la escritura pública frente a otros títulos ejecutivos, afirma igualmente que le caracteriza su extremada dureza frente a quien aparece como deudor y un intencionado desprecio por la realidad extraregstral. Por mucho que se confíe en el contenido de una escritura pública y por mucho que los registros contribuyan a la seguridad jurídica, ni aquella ni estos son objetivamente más fiables que los que contiene una Sentencia. Lo anterior unido a la reducción de la controversia entre las partes, el escaso margen de decisión que se otorga a los Jueces y la ausencia de una fase declarativa en la que se pueda escuchar las alegaciones del deudor, conduce a este autor a repudiar inexorablemente el procedimiento de ejecución hipotecaria.

## II. PLANTEAMIENTOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION HIPOTECARIA.

## 1) Doctrina del Tribunal Constitucional.

La falta de audiencia del deudor y demás partes e interesados en el procedimiento de ejecución hipotecaria, llevó a plantear numerosas quejas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por estimar que la referida falta de audiencia, generaba una flagrante situación de indefensión y, con ella, consiguiente vulneración del artículo 24 de la CE.

Sin embargo, ante la presunta inconstitucionalidad del procedimiento que a menudo alegaban los recurrentes, el TC tuvo ocasión de manifestar su plena adecuación al texto constitucional, inicialmente en Sentencias de 18 de diciembre de 1981, 17 de mayo de 1985 y 30 de junio de 1993, con pronunciamientos al respecto concluyentes, sin perjuicio de otras Sentencias que, asumen igual doctrina mediante manifestaciones de "*obiter dicta*". No obstante, que el TC haya declarado reiteradamente la constitucionalidad del procedimiento regulado en el artículo 131 de la LH, no le ha impedido señalar en algunas de sus resoluciones la inconstitucionalidad de ciertas actuaciones judiciales de aplicación de la citada regulación, generalmente por determinar una situación de indefensión judicial de la parte perjudicada. Y es que el TC ha diferenciado, de un lado, el contenido del precepto cuestionado (plenamente constitucional), y, de otro, ciertos actos de aplicación de este procedimiento.

Asimismo, es importante señalar que los distintos pronunciamientos de constitucionalidad han recaído en sede de recursos de amparo, promovidos por las personas que en los distintos casos concretos se consideraron perjudicados por la supuesta restricción o vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a consecuencia de la regulación legal del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Ninguno de estos pronunciamientos había sido promovido por Jueces, ni Tribunales, a través de la cuestión de inconstitucionalidad<sup>26</sup> que regula el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, excepción hecha de la promovida

---

<sup>26</sup> Se puede interponer en aquellos casos en los que un órgano judicial considere, de oficio o a instancia de parte, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución. Por tanto, se perfila como un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantenga dentro de los límites establecidos por la Constitución, de tal manera que lo que exceda de los mismos sea declarado nulo por el Tribunal Constitucional. El propio TC la ha definido como un instrumento concreto que los órganos judiciales pueden utilizar para conciliar la doble obligación de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución (Autos 17/1981 y 298/2005, entre otros). No debe confundirse con el recurso de inconstitucionalidad por cuanto puede ser planteado por cualquier órgano judicial y sea cual sea la fecha de entrada en vigor de la norma legal cuestionada.

recientemente por un Juzgado de Sabadell en relación con determinados preceptos de la actual LEC 1/2000.

#### A) Limitación de la contradicción procesal.

La primera Sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia al efecto de fijar la adecuación de la ejecución hipotecaria a la Constitución, data de 18 de diciembre de 1981<sup>27</sup> y lo hace para declarar abiertamente la constitucionalidad de este procedimiento, no sin antes hacer una breve referencia histórica<sup>28</sup>, así como un examen comparativo de la ejecución hipotecaria común y la especial del Banco Hipotecario de España. Con todo, hay que matizar que en el caso al que alude la presente Sentencia, el recurrente no cuestionó el privilegio del Banco Hipotecario, sino el de la ejecución hipotecaria en general, comparándolo con el juicio ejecutivo ordinario. Refiriéndose a los dos procedimientos, el del Banco Hipotecario y el del artículo 131 LH, establece la Sentencia que *“característica común de los procedimientos cuestionados es la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones”*. En efecto, sostiene más adelante el Tribunal, que *“el deudor tiene unas posibilidades de contención muy limitadas. Puede detener la ejecución mediante el pago, y, por ello, la Ley prevé que debe hacerse el oportuno requerimiento, si el acreedor no lo ha hecho antes, mas fuera de esa posibilidad el demandado tiene muy contadas posibilidades”*<sup>29</sup>. No obstante, a pesar de las escasas opciones de defensa

---

<sup>27</sup> Por el camino abierto a partir de la STC 41/1981, ha seguido toda la Jurisprudencia posterior, en la que sólo puede encontrarse mera reiteración de la doctrina fijada por ésta. Muchas de ellas, incluso, se limitan a copiar textualmente párrafos enteros de ésta. Baste citar, entre otras, las SSTC 64/1985, de 17 de mayo, 41/1991, de 17 de enero, 6/1992, de 16 de enero, 217/1993, de 30 de junio, 21/1995, de 24 de enero, 109/1995, de 4 de julio de 29/2003, de 13 de febrero.

<sup>28</sup> Afirma la Sentencia que *“el especial procedimiento de ejecución que estamos examinando supuso, en el momento de su introducción, una singular alteración de las normas de los juicios ejecutivos, pues la Ley Hipotecaria de 1861 no había establecido ningún procedimiento especial para la ejecución de la hipotecas y había por ello que acudir para esto al genérico juicio ejecutivo. Esta situación se mantuvo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tampoco establecía ningún juicio especial para las hipotecas. Así, durante años, el Banco Hipotecario de España ocupó una posición privilegiada respecto de los restantes acreedores hipotecarios, que tenían que hacer valer su derecho a través del juicio ejecutivo ordinario que, a pesar de su tramitación abreviada, resultaba largo y complicado al tratar de hacer efectivo un derecho real que consta en el Registro con todas las seguridades que la inscripción proporciona. Este tipo de consideraciones condujo a la introducción general en el ordenamiento de un procedimiento especial de ejecución de los créditos hipotecarios que recogía en buena medida los principios inspiradores del procedimiento especial del Banco Hipotecario de España. Este procedimiento apareció en la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de junio de 1895, y tras sucesivos intentos de reforma y un larguísimo y sumamente complejo debate, se introdujo en la ley hipotecaria de 1909, y se ha mantenido en las posteriores modificaciones, que lo han alterado en aspectos que carecen de interés para nosotros”*.

<sup>29</sup> Sigue diciendo la presente resolución judicial que *“frente a las once excepciones que permite el artículo 1464 de la LEC para el juicio ejecutivo ordinario, la LH preceptúa que las reclamaciones que pueda formular el deudor, los terceros poseedores y los demás interesados, incluidas las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilaran en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni*

de que dispone el deudor y de la limitación extraordinaria que sufre la contradicción procesal, el Tribunal Constitucional en esta primera Sentencia, de 18 de diciembre de 1981, alega que no significa que se produzca indefensión, porque, en rigor, la *“radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela”*.

Asimismo, afirma el TC que *“la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse con toda amplitud”*.

Finalmente, la Sentencia contiene un último argumento para consagrar la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, apoyándose en el carácter voluntario de la hipoteca, que trae causa de la propia sumisión negocial del interesado y en el conocimiento por el deudor del compromiso que asume, al sostener que *“se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. Con ello no se quiere decir que la inconstitucionalidad quede eliminada por una renuncia al derecho, ya que tal renuncia no sería por sí sola suficiente para sanar el vicio. Aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que al constituir la hipoteca se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución”*. Además, para el TC la impugnación por inconstitucional del citado procedimiento vendría a constituir una actuación contraria a los propios actos.

---

*entorpecer el procedimiento. Esta regla admite únicamente las excepciones que enumera el artículo 132: la cuestión prejudicial penal de falsedad del título; la tercería de dominio que equivale a un improbable error del Registrador, ya que ha de tratarse de inscripción anterior a la del crédito; la cancelación de la hipoteca y la existencia de saldo distinto en la libreta del deudor respecto del que resulte de la presentada por el actor, en la especial hipoteca en garantía de cuentas corrientes. En el procedimiento de ejecución especial del Banco Hipotecario de España la suspensión se regula en términos aún más limitativos, ya que sólo se producen por demanda que se funde en título anteriormente inscrito. Si el procedimiento no se suspende por alguna de las causas mencionadas, se pasa de inmediato a la fase de realización de los bienes y a la entrega del valor al acreedor”*.

B) Posibilidad de acudir al juicio declarativo ordinario.

- a) El proceso declarativo ordinario como garantía de defensa para el ejecutado.

En la Sentencia de 17 de mayo de 1985 el TC confirma la perfecta adaptación del procedimiento de ejecución hipotecaria a las exigencias del texto constitucional y, concretamente, a lo dispuesto en su artículo 24, después de destacar, de nuevo, las peculiaridades<sup>30</sup> de dicho procedimiento, que pasan esencialmente por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla; ya en el caso concreto, respecto de las alegaciones de indefensión mantenidas por el recurrente, al habersele desestimado una tercería de dominio y una nulidad de actuaciones, afirma la STC que *“lo que se le ha negado es la admisión a trámite de una tercería de dominio, capaz de suspender el curso del procedimiento ejecutivo según el artículo 132 LH, por entender el juzgador que su demanda no reúne las condiciones específicas para dicha admisión que impone el citado artículo de la Ley Hipotecaria. Ello no le impide en absoluto defender sus derechos como interesado en un procedimiento declarativo, aunque, claro está, la correspondiente demanda no producirá efecto suspensivo sobre el procedimiento ejecutivo”*<sup>31</sup>.

- b) El proceso declarativo ordinario como garantía de defensa para los arrendatarios.

El TC reitera en la Sentencia de 16 de enero de 1992 uno de sus argumentos capitales para sostener la constitucionalidad del procedimiento regulado en el art. 131 LH: la limitación de la controversia y demás peculiaridades no vulneran el derecho de defensa consagrado en el art. 24.1 de la CE, ya que queda abierta a los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos.

---

<sup>30</sup> *“Este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de la posibilidad de contenerla mediante excepciones. En realidad, se trata de una vía de apremio no precedida de una fase de cognición. Falta la controversia entre las partes y se procura reducir al máximo la intervención tanto del deudor como de terceros, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento, salvo los supuestos taxativamente fijados en el artículo 132 LH. Todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este TC ha afirmado que la ausencia de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución”*.

<sup>31</sup> El recurrente en este caso, alegaba, igualmente, indefensión por habersele denegado su reconocimiento como parte pero, en este punto, la STC sostiene que ello fue debido únicamente a que no acreditó su condición como tal, es decir, su condición de sucesor hereditario del deudor.

Sin embargo, ésta última resolución introduce un argumento de interés, en lo que respecta a la protección del derecho de los arrendatarios al afirmar que éstos no pueden ser lanzados en el procedimiento de ejecución, sino en juicio declarativo ordinario; por consiguiente, el arrendamiento posterior a la hipoteca subsiste a pesar de la ejecución de ésta.

La cuestión debatida se centraba en si el arrendatario de una vivienda adjudicada a un tercero en virtud de subasta pública, celebrada en el curso del procedimiento judicial sumario, se ve afectado por una situación de indefensión, al ser obligado a desalojar la vivienda sin haber sido objeto de audiencia en el proceso en que se acuerda su desalojo. Ante esta disyuntiva, el TC mantiene que dicha situación produce indefensión, ya que el lanzamiento coloca a la arrendataria, sin ser oída en juicio, en posición gravemente disminuida para la defensa de su derecho, obligándola a interponer demanda en juicio declarativo para recuperar la posesión de la que sido unilateralmente privada. Lo anterior, mantiene el Tribunal, no supone desconocer el derecho del adjudicatario de la vivienda, pues la omisión de la diligencia de lanzamiento de la familia arrendataria no provoca pérdida o disminución de su derecho de propiedad, entendiéndose que, para lograr el lanzamiento, el propietario habrá de instar el correspondiente procedimiento declarativo ordinario. (En el mismo sentido, STC de 24 de enero de 1995<sup>32</sup>). Ello, no obstante, se ha de hacer mención al hecho de que el propio TC matizó tal doctrina<sup>33</sup>, al introducir un importante giro en su posición inicial, consciente de que podrían exhibirse títulos fraudulentos; para evitar el amparo de quien presentase contratos fraudulentos o simulados, en Sentencias 158/1997<sup>34</sup>, de 2 de octubre<sup>35</sup>, 223/1997, de 4 de diciembre y, 227/1997, de 15 de

---

<sup>32</sup> “...En efecto, este tribunal ha tenido ya ocasión de recordar que el procedimiento hipotecario del art. 131 LH presenta especificidades derivadas de la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de oponerse a la ejecución solicitada mediante la formulación de excepciones, de ahí la estricta limitación de los llamados al procedimiento como partes legitimadas (SSTC 6/1992; 41/1981;64/1985; 8/1991, entre otras). Estas peculiaridades y la limitación de las partes potenciales en el procedimiento no son, en sí mismas, contrarias a art. 24 CE, desde el momento en que no impiden a los titulares de derechos e intereses legítimos, que puedan verse afectados por el procedimiento y que no puedan defenderlos adecuadamente en él, hacerlo valer en el procedo declarativo correspondiente, que es desde luego una vía apta para alcanzar esta finalidad (STC 217/1993, por todas). En aplicación de esta doctrina, resulta claro que el Juez a quo no ha vulnerado el art. 24 CE, al interpretar las causas de suspensión del procedimiento de forma razonada y acorde con el tenor literal de la norma aplicable, pues ciertamente no lo desconoce una interpretación que concluye que la interposición y admisión a trámite de una querrela por estafa no está contemplada en ninguno de los supuestos del art. 132, ya que la interpretación de los efectos suspensivos de las cuestiones prejudiciales pertenece al terreno de la legalidad cuya interpretación pertenece en exclusiva a los órganos judiciales en tanto que no esté afectada la constitucionalidad del precepto. Por otro lado, no es ocioso recordar que la parte ha tenido abierta la posibilidad de la defensa de sus eventuales derechos a través del oportuno procedo declarativo”.

<sup>33</sup> De auténtica reacción califican este giro jurisprudencial ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tomo IX, ed. Bosch, 8ª edición, pág. 449.

<sup>34</sup> El proceso de la Ley Hipotecaria no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia sólo a los efectos de la ejecución habrá de valorar el Juez, pero sí se opone,

diciembre, declara que será en el examen de cada caso donde el órgano judicial competente podrá apreciar, según las singulares características de la situación posesoria, si ésta debe subsistir, de lo cual resultará si es el poseedor o el ejecutante quien haya de acudir al ulterior juicio en garantía de sus derechos. Además, precisa que el examen concreto de cada situación posesoria se debe producir dentro del propio procedimiento judicial sumario, ya que el proceso de la ley hipotecaria no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia, sólo a efectos de la ejecución, habrá de valorar el Juez, pero sí se opone, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la Ley<sup>36</sup>.

A pesar de lo anterior, se ha de señalar que la STC 158/1997 tuvo votos particulares de tres Magistrados, que entendieron que debió accederse al amparo solicitado dado que la providencia de desalojo y lanzamiento lo fue en ejecución de un auto anterior, extendiendo sus efectos a la arrendataria, quien no fue parte en el mismo. Para estos Magistrados,<sup>37</sup> el arrendatario no es parte por definición, ya que su derecho es personal, no tiene la consideración de gravamen a los efectos del art. 98

---

*por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la Ley. En consecuencia, para la vulneración del art. 24.1 no podría bastar con la consideración formulada acerca de la eventual posición más o menos desventajosa del poseedor en un ulterior proceso, sino que para ello habría de quedar en una situación de material indefensión (STC 8/1997, con cita de la 48/1984), que no se produce si., al tener conocimiento de la ejecución mediante los obligados requerimientos, tiene la posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia puede subsistir. En suma, y teniendo en cuenta las precisiones anteriores, hemos de afirmar una vez más que la remisión efectuada por el art. 132 de la LH al proceso declarativo correspondiente para ventilar todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y demás interesados proporciona desde el punto de vista constitucional un instrumento de defensa general a las partes y a todos los interesados, sin exclusión alguna, cualquiera que sea su posición y los títulos de su situación posesoria, con el que debe entender en general suficientemente garantizado el derecho de defensa de todos ellos. Y tal es la cuestión de constitucionalidad que únicamente compete a este tribunal, es decir, la de si los órganos judiciales en la tramitación de aquel procedimiento se han pronunciado sobre esa posibilidad de defensa. Mas la decisión en cada una de las situaciones posesorias, como cuestión de legalidad, habrá de acordarse por el Juez o Tribunal estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien si, por constatar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo. Debemos por todo ello declarar que el procedimiento de ejecución (llamado sumario) de los arts. 131 y 132 de la Ley Hipotecaria no se opone al art., 24.1 CE, porque, como siempre hemos venido diciendo, en términos generales queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos (STC 217/1993) y singularmente por cuanto las diligencias de desalojo y de lanzamiento otorgan a los poseedores la posibilidad de alegar un derecho que, en su caso, pueda tener fuerza para enervarlas y que, en cuanto determine una decisión fundada del órgano jurisdiccional adoptada en el ámbito de la legalidad ordinaria, no es susceptible de revisión por este Tribunal.*

<sup>35</sup> Esta Sentencia, dictada en Pleno, no accedió al recurso de amparo porque se suspendió la puesta en posesión del adjudicatario y luego fuere reanudada, tras conocer el título posesorio del arrendatario. El TC sostiene que éste fue oído y el juez decidió fundadamente en el plano de la legalidad.

<sup>36</sup> En síntesis, ante la posibilidad de que el arrendamiento sea instrumento de fraude, y ante el razonamiento de que no existe indefensión para el arrendatario que cuenta con la posibilidad de exhibir su título posesorio al tiempo de ser requerido de desalojo, aun cuando no haya tenido otra intervención en el procedimiento de ejecución, la jurisprudencia del TC se suaviza permitiendo al Juez realizar una valoración sobre la legitimidad del título posesorio exhibido, evitando con ello el resultado de facilitar el fraude, frustrando correlativamente los derechos del adjudicatario, al eliminar la imposibilidad apriorística del lanzamiento en caso de existir un poseedor arrendatario en la finca, lo cual dependerá de la casuística del caso y de la valoración que de la misma realice el Juez.

<sup>37</sup> MENDIZABAL, JIMENEZ DE PARGA Y GARCIA MON



LH, ni entra en el tenor del 132 LH por el hecho, precisamente, de que no es parte. En este supuesto pudo personarse en el proceso, enterarse de sus vicisitudes, pero no alegar, ni defenderse, para lo que ya tiene el proceso declarativo. Es aquí donde aprecian la inconstitucionalidad, pues los Magistrados disidentes consideran que el arrendatario no sólo puede exhibir su título, sino que también puede hacer valer sus derechos e intereses ante los órganos jurisdiccionales, en el seno del procedimiento regulado en el artículo 131 LH. Asimismo, invocan la doctrina contenida en las SSTTC 66/82, 265/88 y 209/91, conforme a la cual a nadie se le puede exigir el seguimiento de un nuevo proceso para remediar, en su caso, una violación del derecho fundamental de defenderse, ocurrida en un proceso distinto y agotado. Añaden que de admitirse el criterio de la mayoría, el recurso de amparo sólo podría darse contra Sentencias con efecto de cosa juzgada y nunca en las dictadas en procesos de desahucio, ejecución, sumarios o interdictales, por existir siempre abierta la posibilidad del juicio declarativo. Afirman que el caso del usufructuario o de cualquier titular de un derecho real de uso y disfrute posterior, es distinto, pues sí pueden ser parte en el proceso, por su condición de terceros poseedores, quedando protegidos por el régimen de notificaciones y el del art. 132 LH. Pero el arrendatario, sostienen, no es parte contractual, ni procesal, ni puede subrogarse en ellas.

Como consecuencia, mantienen los Magistrados en sus votos particulares, las limitaciones del art. 132 LH lo son respecto de las partes y terceros poseedores intervinientes en tal concepto. Pero no guardan relación con los derechos de los arrendatarios. Este precepto trata de impedir la suspensión del procedimiento del art. 131, pero ésta no tiene sentido en el desalojo del arrendatario. Su derecho sólo interacciona cuando, terminado el proceso se pretende la extinción del contrato y de la posesión arrendaticia como consecuencia del procedimiento hipotecario. No es el art. 132 LH el que garantiza la tutela efectiva del arrendatario, sino el art. 24 CE, para el caso de que sea desalojado. Así, no es constitucional respecto del arrendatario despojado, cuyo derecho no se salva por el art. 132 LH. No cabe olvidar que la desposesión del arrendatario, ex art. 132.17 se produce a partir de la terminación del proceso, luego no puede aplicarse el art. 132 a quienes ostentan unos derechos que no pueden suspender, ni entorpecer el procedimiento hipotecario.

Por último, afirman los Magistrados discrepantes que el art. 131.17 LH no requiere necesariamente la puesta en posesión real e inmediata del adjudicatario de finca hipotecada, de aquí la necesidad de audiencia contradictoria del arrendatario en el procedimiento, para que pueda hacer valer sus derechos ante los órganos

jurisdiccionales, sin necesidad de tener que tomar necesariamente la iniciativa en un declarativo posterior<sup>38</sup>.

c) La posibilidad de decretar la nulidad de actuaciones.

a) Irregularidades en las notificaciones.

En el supuesto a que hace referencia la Sentencia de 17 de enero de 1991, el TC debía resolver sobre la nulidad de actuaciones derivada de la irregular notificación del procedimiento al tercer poseedor, a quien se da cuenta del mismo tan sólo a partir del trámite de la tasación de costas y liquidación de intereses, mediante el sistema del acuse de recibo en vez de la notificación personal o por cédula, que establece el artículo 131 LH. Dicha irregularidad fue denunciada por el afectado, personándose en el Juzgado al tiempo de notificársele la providencia de desalojo de la vivienda ejecutada.

Lo verdaderamente interesante de esta Sentencia, de 17 de enero de 1991, es que declara expresamente anticonstitucional la interpretación del artículo 132 LH en el sentido de que impide la declaración de nulidad de oficio por el mismo Juez que conoce del procedimiento hipotecario, en el que no se han hecho los requerimientos y notificaciones oportunas, enviando al interesado a un declarativo ordinario. En este sentido, afirma el TC, que *“ningún límite resulta del artículo 132 de la Ley hipotecaria a la facultad que a los Jueces y Tribunales otorga el artículo 240.2 de la LOPJ<sup>39</sup>, de*

---

<sup>38</sup> En todo caso, actualmente, la cuestión se encuentra resuelta en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo artículo 13.1 establece que *si durante los cinco primeros años de duración del contrato, el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1. En contratos de duración pactada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, En este caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada.* Y lo mismo establece respecto de los arrendamientos constituidos por usufructuario, superficiario o titulares de derechos análogos de goce sobre el inmueble.

<sup>39</sup> En el caso que recoge la STC 108/1999, de 14 de junio, se declaró improcedente decretar la nulidad de actuaciones en el juicio ejecutivo, después de la sentencia firme de remate. El recurrente alega vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, en su aspecto de inmodificabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales y el TC declara: *“...desde la STC 15/1990, por la que se declaró la constitucionalidad del art. 240.2 LOPJ(en su redacción anterior a la modificación operada por la LO 5/1997), cuya sentencia supuso una rectificación de la doctrina de la STC 110/1988, nuestra Jurisprudencia viene proclamando que el recurso de amparo es el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído*

*declarar de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, la nulidad de las actuaciones por vicios procesales que determinen efectiva indefensión....cuyo ejercicio no solamente resulta contrario a las características del proceso sumario del art. 131 de la LH, sino conforme a la salvaguarda de las garantías procesales de las partes y al principio de economía procesal, ante el absurdo de continuar un trámite a sabiendas de un defecto que vicie el proceso por indefensión y evitar así el dispendio de un juicio declarativo....”*

En síntesis, lo que alega el TC en la presente resolución, es que la nulidad de actuaciones puede declararse en el mismo procedimiento hipotecario, sin tener que acudir para ello a un declarativo posterior, lo que supondría vulneración del derecho fundamental a la tutela. Sin embargo, en el caso concreto, no admite que se haya producido indefensión, al aplicar su doctrina sobre la indefensión en sentido material<sup>40</sup>, y dando por probado que el recurrente tuvo conocimiento del procedimiento antes de la celebración de las subastas, entiende que la indefensión devenida fue fruto de su propia pasividad y negligencia al no personarse en el procedimiento hasta después de dictado auto aprobando el remate.

---

sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios(SSTC 72/1991,199/1993 Y 168/1994). Tal doctrina se llevó incluso a la consecuencia de que el intento de utilización de la nulidad de actuaciones, rebasando con él el plazo establecido para la interposición del recurso de amparo contra la resolución, cuya nulidad se pretende, determinaba la extemporaneidad de aquél, distinguiendo no obstante, en relación con tan drástica consecuencia, según el intento referido tuviera lugar antes(SSTC 130/1992,131/1992,156/1992,74/1993,105/1993,192/1993 y 75/1994) o después de la publicación de la STC 185/1990, siendo sólo a estos últimos casos, no a los primeros, a los que se aplica tal extemporaneidad(SSTC 199/1993, 221/1993, 338/1993, 34/1994, 168/1994 y 175/1995, entre otras). Y, por ello, cuando el órgano judicial, con olvido de la limitación referida, y acudiendo al art. 240.2 de la LOPJ(se insiste, en su redacción anterior a la LO 7/1997), declaraba la nulidad de una sentencia firme, y esa declaración de nulidad se recurría en amparo, este tribunal entendía que se vulneraba el art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales que han adquirido fuerza de cosa juzgada, habiéndolo declarado así la STC 151/1995. Esa intangibilidad o inmodificabilidad de las sentencias y demás resoluciones firmes, como contenido del art. 24.1 CE, garantiza a quienes han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales firmes no serán alteradas o modificadas fuera de los cauces legalmente previstos para ello, produciéndose en caso contrario la vulneración de tal derecho. Nuestra Jurisprudencia ha sido rigurosa en la preservación de esos cauces, como lo evidencia el que, además del rechazo de la nulidad de actuaciones, se rechaza igualmente la posibilidad de modificaciones por la vía de la aclaración de las sentencias”.

<sup>40</sup> Ejemplos concretos en los que el TC y el TS han optado por dar prevalencia a esa tutela efectiva material, en materia de notificaciones y requerimientos, en los que no prosperó la alegación del deudor, son, entre otros, STC 223/97: al deudor le afectaron las modificaciones habituales del número de policía de las calles, cuando el domicilio determinado era provisional, y no comunicó su variación o cuando el domicilio era realmente inexistente o no se podía determinar. En este supuesto, el Juez puede hacer uso de los edictos en la forma prevista por la legislación procesal. Así, la constancia del domicilio en el Registro es una importante garantía del deudor. Pero su falta de adecuación a la realidad no implica una renuncia a su derecho, aunque no cabe duda que disminuye momentáneamente la eficacia de su defensa en el procedimiento judicial sumario; STS 19 de julio de 1994: en este caso, también perjudicó al deudor su conocimiento extraprocesal acreditado, aunque su notificación fuera irregular. No existe indefensión si se subsana *a posteriori*.

La Sentencia introduce el matiz de entender suficiente para enervar el amparo constitucional por indefensión, no ya que se tenga conocimiento efectivo del proceso, sino incluso que se tuvieran oportunidades razonables de conocer cuál era la situación en que se encontraba el procedimiento. Declara, en este sentido el Alto Tribunal que *“la indefensión con trascendencia constitucional es la de carácter material y no exclusivamente formal”<sup>41</sup>, de modo que no podrá alegarse en esta sede, si, aun existiendo una omisión judicial lesiva, en principio, del derecho a ser oído en un proceso en el que ostenta la condición de parte, no se ha observado frente a aquella, en el curso de las diferentes fases procesales, la debida conducta diligente con miras a propiciar su rectificación. Por ello, al tener conocimiento del juicio, ello obligaba a los terceros poseedores a comparecer, pues ya se les tuvo en cuenta en el procedimiento a pesar de ser adquirentes en documento privado”<sup>42</sup>.*

En definitiva, de esta Sentencia en concreto y del resto de la jurisprudencia existente al respecto, especialmente prolija en materia de requerimientos y notificaciones, puede concluirse que no hay indefensión si el deudor tuvo o pudo tener cumplido conocimiento de la existencia y desarrollo del procedimiento judicial sumario, por las sucesivas notificaciones o, extraprocesalmente, de manera que siempre pudiera realizar tempestivamente sus alegaciones en el mismo, o para pagar o consignar e impedir la ejecución. Tampoco hay indefensión cuando es el propio deudor el que se coloca por conducta propia en esta posición<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Ejemplos concretos en los que el TS otorga especial tutela al deudor por haberse verificado irregularmente la notificación son, entre otros, STS 29 de junio de 1992: el requerimiento se efectuó únicamente al tercer poseedor pero no al deudor, lo que le provocó indefensión; STS 8 de junio de 1994: el requerimiento no se realizó en el domicilio señalado en el Registro, lo que supone la nulidad de la notificación efectuada; STS 18 de marzo de 1992: es nulo el requerimiento del notario a puerta cerrada, sin poder comprobar su receptor, su idoneidad, capacidad, ni figurar si le fue entregada la cédula; también lo es el realizado por mero depósito en oficina de correos (STS 30 de octubre de 1982). Es válido, sin embargo, el realizado a empleados o parientes idóneos y capaces (STS 28 de febrero de 1992 y de 20 de marzo de 1995).

<sup>42</sup> En efecto, es inherente a la tutela judicial efectiva el derecho de las partes a ser oídas en juicio. Los órganos judiciales deben poner el máximo empeño en que no se creen situaciones de indefensión por error o funcionamiento deficiente de la administración de justicia. Sin embargo, no toda indefensión formal o procesal lleva consigo una indefensión material, que es la única tutelada por el art. 24 CE. Corresponde a las partes intervinientes en el proceso la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con la diligencia razonablemente exigible. Si la parte afectada por la indefensión formal tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al procedimiento, de la tramitación del juicio, la diligencia que le es exigible en el ejercicio de sus intereses, le obliga a personarse en el proceso, subsanando así la posible infracción cometida por el órgano judicial. De modo que, sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación judicial generadora de indefensión (SSTC 1/83, 22/87, 36/87, 72/88, 205/88, entre otras).

<sup>43</sup> Si se traslada concretamente esta argumentación al tema del requerimiento de pago en la ejecución hipotecaria, regulada en la LEC 1/2000, la conclusión es la misma, si bien, hubo de pronunciarse el TC, dadas las distintas posiciones asumidas por los tribunales en este aspecto. Habrá ocasión de profundizar en este punto, baste señalar lo siguiente: para poder incoar un proceso de ejecución de bienes inmuebles hipotecados, el art. 682 de la Ley procesal exige dos requisitos básicos: que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva

---

de tipo en la subasta, y que, en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y notificaciones. Por su parte, el art. 686 de la LEC establece que *“en el mismo auto en que se despache ejecución se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro”*. Ahora bien, el art. 683 del mismo texto legal contempla la posibilidad de cambiar el domicilio señalado inicialmente para requerimientos y notificaciones, pero con sujeción a una serie de reglas tendentes a evitar en la medida de lo posible que ausencias provocadas por el propio ejecutado frustren el derecho de crédito del ejecutante y le coloquen en situación de indefensión. Tratándose de bienes inmuebles hipotecados, no será necesario el consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado enclavado en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del juzgado. Asimismo, los cambios de domicilio se harán constar en Acta Notarial y, en el Registro correspondiente, por nota al margen de la inscripción de la hipoteca. En este contexto, cabe preguntarse qué ocurre cuando se intenta sin éxito el requerimiento en el domicilio señalado, normalmente, el de la propia finca hipotecada. Dos grandes soluciones están adoptando los tribunales, aunque según el tenor y espíritu de la LEC, tan solo una es la correcta. De un lado, cuando, intentado el requerimiento en el domicilio vigente en el registro, el demandado-ejecutado no es hallado, algunos tribunales instan a la parte ejecutante para que aporte nuevos domicilios o, en su caso, solicite medidas de averiguación conforme a lo previsto en el art. 156 de la LEC. Y si tales medidas resultan infructuosas de suerte que resulta imposible requerir fehacientemente al demandado, puede acudir a la comunicación edictal en los términos previstos en el art. 164. Con respecto a esta última, la STC 37/1987 argumenta que *“las notificaciones por medio de edictos tienen carácter supletorio y consideración de remedio último...”*. Qué duda cabe que el asunto que ahora nos ocupa está íntimamente ligado al derecho a la Tutela Judicial Efectiva que consagra la CE en su art. 24, sin embargo el Tribunal Constitucional, que ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido, entre otras, en las Sentencias 105/1995 y 86/1997, señala los presupuestos necesarios para que un emplazamiento por edictos pueda vulnerar tal derecho fundamental. A saber, la indefensión alegada ha de ser material y no meramente formal, lo que implica que ese defecto formal haya supuesto un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa. Pero además, es necesario que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del demandado.

De otro lado, como segunda respuesta frente a la controversia suscitada y respetando escrupulosamente la esencia de un procedimiento informado por el principio de dualidad de partes, pero en el que la igualdad se ve atenuada a favor del demandante, otros tribunales dan por válido el requerimiento y siguen adelante con el proceso hasta llegar a la subasta del bien gravado con la hipoteca que se ejecuta. Esta última parece la solución más acertada, pues, aunque a priori puede parecer desproporcionado llegar a subastar una finca sin “conocimiento” de los demandados, lo cierto es que en la mayoría de los casos, cuando los ejecutados permanecen en paradero desconocido es, precisamente, porque han buscado esa situación a propósito para evitar ser localizados en un intento por frustrar, de esta forma, el derecho del acreedor a obtener una tutela rápida y efectiva de su crédito. Es de esencia de cualquier proceso de ejecución que el ejecutante asuma una posición de superioridad, tanto es así que pueden realizarse actos procesales sin su audiencia, entre ellos el propio despacho de la ejecución.

Es inquestionable que la ley debe arbitrar mecanismos para no colocar a ninguna de las partes en situación de indefensión, pero dado que el deudor tiene la obligación de comunicar el cambio de domicilio, el incumplimiento de este deber, nunca debe favorecerle a él. Le bastaría con “desaparecer” voluntariamente para frustrar los fines del proceso, tal y como viene sucediendo muchas veces en la práctica, dilatándolo hasta extremos impropios y llegando incluso a la realización del requerimiento por edictos con el consiguiente encarecimiento que ello supone para el ejecutante, aun a pesar de disponer de un título ejecutivo a su favor. En este sentido, la Audiencia Provincial de Valencia, en auto de fecha 21 de Septiembre de 1993, afirma que *“Ante una situación de abandono del domicilio que tenían los demandados y de falta de notificación del domicilio a los acreedores, no se puede exigir a estos que realicen pesquisas para averiguarlo. Si no fuera así podría ampararse, involuntariamente, una posible situación creada maliciosamente por el deudor para eludir el cumplimiento forzoso de su obligación.”* En la misma línea argumentativa se pronuncia, el Tribunal Constitucional en Sentencias 72 y 205/1988; de 12 de Noviembre de 1990; 30 de Junio de 1993 y 15 de febrero de 1995, sosteniendo el *“carácter fundamental del requerimiento de pago, íntimamente vinculado a la tutela judicial efectiva y tendente a no consentir cualquier clase de indefensión; pero este principio básico no se violenta cuando las partes intervinientes en un proceso dejan de mostrar la debida diligencia, colocándose a sí mismos en una situación de indefensión, que fácilmente hubieran podido evitar actuando razonablemente, como sería si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio dentro o fuera del proceso, de la tramitación del juicio, obligándole la diligencia mínima exigible a defender sus intereses, personándose en el procedimiento...”*. Por último, con carácter general y en cuanto a la exigencia de recepción de las comunicaciones, el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Septiembre de 1981, manifiesta literalmente que *“... aunque toda notificación sea un acto receptivo, puesto que lo que se comunica debe llegar a su destinatario, como esto implica una colaboración del notificado que debe aceptar, o recoger la notificación, la notificación debe entenderse efectuada cuando la colaboración no se produce, como son*

b`) Momento en que debe decretarse la nulidad de actuaciones.

Las Sentencias 217/1993<sup>44</sup>, de 30 de junio y 296/1993, de 18 de octubre, en contra del criterio sentando anteriormente por la de 17 de enero de 1991, limitan al máximo la posibilidad de utilizar el incidente de nulidad de actuaciones, a través de la vía de amparo pues, exigen la interposición previa del juicio declarativo ordinario, tal y como prevé el artículo 132 LH. Y del tenor literal en el que se pronuncian, cabe concluir que, no hay indefensión en el artículo 131 porque, el deudor tiene la posibilidad de defenderse a través de hasta tres vías diferentes como son, el juicio declarativo ordinario, las causas tasadas de suspensión y la opción de pedir la anotación de la demanda en el juicio ordinario. El TC reitera su doctrina de que la remisión de la controversia con plenitud de cognición por causas ajenas a las del artículo 132 LH al juicio declarativo ordinario, no quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el acceso al órgano judicial ha de tener lugar por las vías que en cuanto a procedimiento y competencia establece libre y discrecionalmente el

---

*los casos de rehúse de la cédula o de cambio de domicilio sin notificarlo al Banco acreedor, pues no debe dejarse en manos del notificado la producción o no del efecto jurídico pretendido”.*

En síntesis, con apoyo en las resoluciones judiciales anteriormente citadas, cabe concluir que se debe tener por requeridos a los demandados que se han ausentado haciendo imposible la comunicación para impedir la efectividad del proceso, pues algún mecanismo debe adoptarse para evitar que al socaire de una sola voluntad, la de aquel que tiene contra él un crédito vencido y exigible, el proceso se convierta en un instrumento inútil y sin virtualidad práctica alguna. ¿Existe algún deudor que desconozca el estado de impago de su préstamo hipotecario? Si hay que posicionarse en un sentido concreto y tomando como referente el contenido de la LEC baste decir, que considerando la naturaleza del proceso de ejecución, que el deudor señala voluntariamente un domicilio a efectos de notificaciones, que puede cambiar ese domicilio y tiene además el deber de comunicar dicho cambio, el incumplimiento en ningún caso puede amparar a incumplidor, y si bien, hay que tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, entiendo que en un procedimiento hipotecario, intentado el requerimiento de pago en el domicilio vigente en el registro, aun siendo negativo, debe prescindirse de las medidas de averiguación y mucho más de los edictos, para seguir adelante con el procedimiento. Lo contrario supondría favorecer a la parte que permanece voluntariamente en paradero desconocido con la sola intención de evitar la satisfacción del derecho de su acreedor. Debe ser así para dar cumplida cuenta del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra la CE en su art. 24. Lo dicho en este sentido para el deudor, resulta también de aplicación para el tercer poseedor, de manera que únicamente se vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva cuando queda en una situación material de indefensión que no existe, si al tener conocimiento de la ejecución tiene la posibilidad de aducir un derecho que en apariencia puede subsistir (STC 8/1997). Sí hay indefensión, cuando el conocimiento procesa o extraprocesal es tardío e impide defender sus derechos o si se le deniega indebidamente su personación (STC 22/1987).

<sup>44</sup> Vuelve a enfatizar el TC en esta sentencia las características fundamentales del juicio ejecutivo sumario, tales como la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la disminución de posibilidades de defensa en estos términos: *“este tipo de procedimiento se caracteriza por la fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización y, que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el artículo 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquellos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional, ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 de la CE”.*

legislador ordinario. Asimismo, reitera que es el concepto de indefensión material, no formal, el que se garantiza por la Constitución y, afirma que es suficiente para asegurar la falta de indefensión material, el hecho de haber tenido conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, pues, la diligencia razonablemente exigible al recurrente en defensa de sus intereses, le impone la obligación de personarse en el procedimiento.

Por su parte, la Sentencia 296/1993<sup>45</sup>, de 18 de octubre, en la línea anunciada por la anterior, asienta la doctrina de declarar la inadmisibilidad del recurso de amparo, por no haberse agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial, reclamando la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, sin haber acudido previamente al declarativo ordinario previsto por el artículo 132 LH, pues admitir el recurso de amparo entrañaría, no sólo prescindir de las vías de recurso legalmente previstas para el procedimiento de ejecución hipotecaria, desnaturalizando su finalidad, sino también que quedase afectado el carácter del recurso de amparo, por acudir “*per saltum*” al Tribunal Constitucional.

Puestas así las cosas, no puede por menos que destacarse la confusión que generaron estas resoluciones contradictorias, pues, en este punto, a la luz de la doctrina constitucional, no puede dilucidarse con nitidez si cabe la nulidad de actuaciones en el propio procedimiento sumario, al amparo de la STC 17 de enero de

---

<sup>45</sup> “ Parece obvio que el demandante antes de hacer valer sus pretensiones en la vía de amparo necesita acudir a la jurisdicción ordinaria a ejercitar su derecho por el trámite del juicio declarativo que por la cuantía le corresponda.....Como este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar en sus SSTC 41/1981 y 64/1985, las eventuales infracciones que en el procedimiento judicial sumario de la ley Hipotecaria se produzcan no son susceptibles de ser enmendadas por la vía del recurso de amparo ya que el demandante dispone, además, de cauces procedimentales adecuados para hacer valer sus derechos, como meridianamente se desprende del párr.8 del art. 132 LH, que prevé la petición y adopción de medidas cautelares capaces de asegurar la Sentencia que en el procedimiento declarativo se dicte, lo que en definitiva, hace superflua la vía de amparo, de modo directo, contra las actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario del art. 131 LH. Doctrina que se ha reiterado posteriormente en otras muchas resoluciones (AATC 202/1989,282/1991,6/1992 y 13/1992), y, últimamente, en la STC 217/1993, donde frente a la alegación del recurrente de que era contrario al art. 24.1 CE el obligar a los ciudadanos a acudir a un procedimiento declarativo largo y costoso, este tribunal ha dicho que por lo que se refiere en concreto al criterio jurisprudencial de rechazar, en aplicación del art. 132 LH, la posibilidad de instar la nulidad de actuaciones en el seno del procedimiento ejecutivo del art. 131 LH y la consiguiente emisión al declarativo correspondiente, hemos declarado que la pretensión del recurrente en amparo no trasciende del plano de la legalidad ordinaria, ya que si bien es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho del interesado a acceder a la jurisdicción, sometiendo a su conocimiento las pretensiones que ante ella se deducen, no lo es menos que no puede hacerlo sino por los cauces y de acuerdo con las normas legalmente establecidas, cauces y normas que compete interpretar y aplicar a la jurisdicción ordinaria(art. 117.3 CE). Agregándose que, en aquel supuesto, tanto el juzgado de instancia como la Audiencia provincial, han considerado, en aplicación del citado precepto legal, que la nulidad de actuaciones del procedimiento ejecutivo del art. 131 LH había de hacerse valer en el juicio declarativo ordinario tal interpretación no puede en modo alguno ser considerada arbitraria ni infringe el art. 24.1 CE al quedar abierta a todos los interesados la vía del declarativo, por lo que se ha de concluir que la aplicación del art. 132 LH realizada por los órganos jurisdiccionales en las resoluciones impugnadas no vulneran el art. 24.1 CE”.

1991, o, si por el contrario, hay que decretarla en el correspondiente declarativo ordinario, como postulan las SSTC 217<sup>46</sup> y 296/1993. La Sentencia de 30 de junio de 1993 entiende que prohibir la declaración de oficio de la nulidad por el Juez hipotecario no es contraria a la Constitución, ya que el presuntamente lesionado puede acudir a un declarativo ordinario aunque sea un proceso más largo y costoso. Pero la Sentencia de 18 de octubre no dice esto, sino que el recurso de amparo no se puede plantear si el recurrente tiene un cauce procesal ordinario, en este caso, el art. 132 LH, aunque sea más largo y costoso.

De tal confusión han partido Sentencias posteriores, con lo que la situación de inseguridad jurídica se hace evidente. Así, la STC 28/2006, de 30 de enero aboga por la posibilidad de declarar la nulidad de actuaciones en el mismo procedimiento, en tanto que la STC 104/2008, de 15 de septiembre, opta por exigir para ello el declarativo ordinario.

Para MONSERRAT VALERO, la doctrina más justa<sup>47</sup> es la que considera inconstitucional entender que el artículo 132 LH impide al Juez de primera instancia la declaración de nulidad de oficio cuando ésta tiene su origen en la violación del derecho de audiencia, pues la Justicia lo es más cuanto más rápida y más barata. No obstante, a su juicio, la constitucionalidad de la interpretación del artículo 132 LH en el sentido de imponer un declarativo ordinario para decretar la nulidad de un procedimiento hipotecario, no impide que el juez hipotecario la decrete si entiende que la ley lo permite. En efecto, sostiene que el Tribunal Constitucional sólo es competente para pronunciarse sobre una cuestión que afecta al derecho constitucional del artículo 24.1 de la Constitución, no sobre una cuestión de legalidad ordinaria, en este caso, la de la correcta aplicación del artículo 132 LH. Es decir, cuando el Tribunal Constitucional considera conforme a la Constitución entender que el artículo 132 LH impide que el Juez hipotecario declare de oficio la nulidad del procedimiento, no dice que tal interpretación del artículo 132 es la correcta, la cual corresponde hacer a los tribunales ordinarios. Si a un Juez de Primera Instancia le parece que la Ley le permite declarar la nulidad de oficio de un procedimiento hipotecario del que conoce, puede hacerlo sin contravenir la Sentencia del TC de 30 de junio de 1993. Es más, si la LOPJ limita la facultad del Juez que conoce de un procedimiento de declarar la nulidad de

---

<sup>46</sup> Para MONTERO esta Sentencia incurre en una contradicción interna pues, de un lado, considera que el artículo 132 LH no vulnera la Constitución cuando, incluso para la nulidad de actuaciones remite al juicio declarativo, pero, de otro, entró a examinar si en el caso concreto concurrió indefensión en el procedimiento sumario, de modo que si hubiera concluido que existió indefensión habría otorgado el amparo, declarando la nulidad de actuaciones. ob, cit, pág. 246.

<sup>47</sup> Ob, cit, págs. 508 y siguientes.



oficio hasta el momento en que deviene firme la sentencia, parece lógico que dicho límite también lo tenga el Juez del procedimiento hipotecario y, *mutatis mutandi*, no la pueda declarar después de firme el auto de adjudicación con que finaliza el procedimiento.

### C) Vulneración del principio de igualdad.

La Sentencia 128/1994, de 5 de mayo, declara la nulidad de los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España, y de los artículos 10, 11,12 y 13 del Real Decreto-ley 104/1928, de 4 de agosto, Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la pequeña propiedad. Dicha sentencia se dicta a consecuencia del planteamiento de inconstitucionalidad formulado por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Sevilla y de otros Juzgados que igualmente plantearon tal inconstitucionalidad, siendo acumuladas todas las cuestiones que llegan hasta dieciocho peticiones de inconstitucionalidad por diferentes Juzgados de Primera Instancia.

En efecto, la referida Sentencia, se pronuncia sobre la presunta inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria del Banco Hipotecario. En esta ocasión, no se cuestiona el procedimiento por vulneración del derecho previsto en el art. 24 de la CE, sino por violación del principio de igualdad, recogido en el art. 14. Vaya por delante, que la STC declara la incompatibilidad del procedimiento con el referido art. 14 y, en consecuencia, así lo declara de forma expresa, al no encontrar justificadas las diferencias de regulación entre acreedores hipotecarios<sup>48</sup>, es

---

<sup>48</sup> En su Fundamento Jurídico 3, la Sentencia señala las diferencias entre el procedimiento de ejecución del Banco Hipotecario y el procedimiento judicial sumario, destacando las siguientes: a) en relación con el modo de determinar la extensión objetiva de la hipoteca respecto del crédito garantizado, la Ley Hipotecaria(art. 114, siguientes y concordantes), sigue un sistema que descansa sobre la aplicación de un tope máximo para el caso de que exista un tercer interesado, asegurando tan sólo, además del principal, los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto en contrario y sin que en ningún caso pueda pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años. En cambio, el último inciso del artículo 34 LBHE establece que con el precio del remate se pagarán en primer lugar el capital y los réditos devengados por el Banco, hasta el día del pago, los gastos de subasta y enajenación y un 3 por ciento del capital que con anticipación recibe el mismo Banco a consecuencia de la rescisión del préstamo. De esta norma (y del segundo párrafo del art. 35 LBHE y del art. 12 EOBH) deducen los órganos proponentes que no existen límites temporales a la cuantía hipotecaria en los casos descritos, dentro del proceso especial que se examina. Asimismo, en las cuestiones promovidas por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sevilla, se pone de manifiesto la desigualdad y el privilegio generado por la exigencia al deudor ejecutado del abono de un 3 por 100 del capital por rescisión del préstamo que no tiene paralelo en el procedimiento hipotecario común. b) Frente al sistema de asunción convencional de la deuda total garantizada en el supuesto de venta de la finca hipotecada (art. 118LH),el artículo 36LBHE y 13 EOBH establecen un sistema de subrogación legal del adquirente, cuando la finca cambie de dueño en todas las obligaciones que por razón de ella hubiere contraído su causante con el Banco, debiendo dar conocimiento a éste de la adquisición dentro de los quince días siguientes de forma que si no lo hiciera le perjudicarán los procedimientos que aquel dirija contra su causante para el cobro de los créditos. c) En contraposición a lo previsto en el artículo 131,

decir, entre el Banco Hipotecario de España y las demás entidades crediticias. En este sentido, afirma el TC que *el proceso en cuestión fue configurado originariamente como específico del Banco Hipotecario sólo cuando se reconoció competencia exclusiva de esta entidad en materia de préstamos hipotecarios, y puede haber visto vaciada su razón de ser hasta el punto de transformarse en un proceso de ejecución, particularmente rápido y ágil, al servicio de los intereses de un único acreedor, el referido Banco. Esta estrecha vinculación entre el proceso y la entidad acreedora no sería, en sí misma, inconstitucional por contraria al principio de igualdad, si en la referida entidad concurren características que permitiesen individualizar el objeto del proceso atendiendo a la especialidad de la materia que lo constituye o a la de los intereses que en el proceso se ventilan. Pero, no parece posible hallar tal justificación en este caso. El Banco Hipotecario ha dejado de ser la única entidad crediticia que veía reconocida competencia para la concesión de préstamos hipotecarios. En la actualidad, esta capacidad la comparten numerosas entidades financieras, de ahí que, por razón de la materia objeto de las pretensiones que se ventilan en el proceso, no pueda ya mantenerse su justificación inicial, que, conviene reiterarlo, no era proteger los intereses de un determinado acreedor, sino favorecer el crédito territorial como instrumento útil para la propiedad y la riqueza en general, acelerando y simplificando*

---

regla 5ª LH, que posibilita la intervención del último titular del dominio o posesión inscritos que sean distintos el deudor hipotecario requerido de pago, así como los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca, en la normativa de aplicación al Banco Hipotecario no está prevista la notificación a los citados sujetos a fin de que, en su caso, participen en la subasta o satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas en los términos previstos en la Ley. Al no preverse esta participación, el sobrante de la subasta, si no ha sido embargado, será entregado al hipotecante, con la potencial frustración de los intereses de terceros en los términos ya expuestos. d) En tanto que el artículo 131 LH concede al deudor un plazo de 10 días para hacer efectivo el crédito, una vez que haya sido requerido de pago, el artículo 33 LBHE y concordantes, del EOBH conceden tan sólo un plazo de dos días a este fin. Incrementándose la dificultad de pago por el acortamiento del plazo, el deudor ve empeorada su condición, pues por fuerza, de no pagar, habrá de iniciarse el procedimiento, y aun en el caso de que abone la cuantía adeudada antes del remate, le habrán de ser impuestas las costas. El mismo carácter privilegiado cabe predicar, a juicio de los órganos jurisdiccionales proponentes del acortamiento del plazo para la celebración de la subasta, que en la Ley de 1872 deberá acordarse de inmediatamente, mediando como máximo 15 días ente su anuncio y su celebración, en tanto que en el procedimiento hipotecario común sólo podrá acordarse la subasta transcurridos treinta días desde el requerimiento de pago. Y la última notificación a los acreedores posteriores, en su caso, anunciando el remate con veinte días de antelación como mínimo. e) En el procedimiento especial que ahora se contempla se prevé un número de causas de suspensión sensiblemente inferior al establecido en el artículo 132 LH, con ser éste ya reducido. De hecho, sólo se prevé una: la demanda fundada en título anteriormente inscrito. f) Por último, y ya en relación con la Disposición Final primera, 2, de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, podría detectarse otra diferencia trascendente de régimen. Así, en la referida norma se da nueva redacción a la regla 1ª del artículo 131 LH, de tal suerte que queda atribuida la competencia para conocer al Juez de Primera Instancia donde radique la finca, eliminándose la posibilidad de alterar el fuero territorial mediante la sumisión expresa. Tal cosa no es posible en relación con el procedimiento especial a favor del Banco Hipotecario, que puede, por tanto, centralizar las ejecuciones en el lugar que estime más adecuado o más conveniente a sus intereses. Con esta diferencia, se empeora la condición de los deudores, hipotecarios frente al Banco, pero también se mejora la de éste en relación con los demás acreedores hipotecarios.

las formalidades de cualquier índole conectadas con él, incluso las estrictamente procesales<sup>49</sup>.

En definitiva, se declara la inconstitucionalidad del procedimiento por vulneración del artículo 14 de la CE, al no existir justificación objetiva y razonable para legitimar un tratamiento procesal diferenciado a favor del Banco Hipotecario, puesto que dicho tratamiento sólo se vincula a la identidad del acreedor. Y, además, afirma el TC que, dadas las características de las normas procesales, orientadas teleológicamente a la satisfacción de pretensiones determinadas de modo genérico en atención a la naturaleza de los intereses que con ellas se defienden, es claro que la entidad subjetiva de un acreedor hipotecario no es un fundamento objetivo o razonable para justificar un cauce procesal específico al que han de someterse los deudores hipotecarios del Banco hipotecario y diverso de aquel al que se encuentran sometidas las restantes entidades acreedoras, y los restantes deudores hipotecarios. Por ello, el TC no puede por menos que declarar los preceptos cuestionados contrarios al artículo 14 CE.

#### D) Carácter voluntario de la hipoteca.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 2003 compendia claramente los argumentos que ha venido sosteniendo este Tribunal en sus Sentencias anteriores, para declarar la constitucionalidad del procedimiento de

---

<sup>49</sup> Continúa diciendo la sentencia que *“tampoco es posible hallar una justificación específica, en atención a la naturaleza de los intereses gestionados por el Banco mencionado en esta faceta de su actividad. Es cierto que el Banco Hipotecario es, como afirma el Ministerio Fiscal, una entidad de crédito hoy integrada en la Corporación Bancaria de España, pero el carácter público que esta caracterización comporta no le es exclusivo, lo mantienen también el resto de los Bancos y entidades de crédito integrados en la Corporación, ni es por sí solo, justificativo de un tratamiento privilegiado o diverso del propio de las demás entidades crediticias, cuando actúa sometido a Derecho privado; pese a lo cual, como bien afirman los órganos judiciales proponentes, las restantes entidades de crédito de titularidad pública distintas del Banco Hipotecario no podrían utilizar el cauce procesal previsto en los artículos 33 a 36 de la LBHE, incluso cuando concedan préstamos con garantía de esta naturaleza. En esta misma línea, ni en la normativa específica reguladora del Banco Hipotecario, ni en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario, existen datos que permitan deducir que la mencionada entidad prestataria quede vinculada, como tal, a la consecución de finalidades sustancialmente diversas de las que, en esta materia, incumben a las restantes entidades mencionadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, y que justifiquen un tratamiento procesal distinto y diferenciado. Y, así, comunes son las normas sobre finalidad de las operaciones de préstamo (art. 4), formas de garantía de los préstamos concedidos bajo esta modalidad (art. 5), avales para garantía de devolución de crédito ajenos (art. 6) y, en general, sobre operaciones activas y pasivas (Sección tercera, de la Ley 2/1981). Abundando en ello y culminando el proceso, ya en la Ley 25/1991, de 21 de noviembre, sobre Entidades Públicas de crédito se hace constar, como finalidad expresa de la misma la conversión de éstas en auténticas entidades de crédito que, compitiendo en igualdad de condiciones con el resto de las entidades, amplíen su actividad crediticia (Exposición de motivos de la Ley), previéndose que la Sociedad estatal de nueva creación, que ha de asumir la titularidad de las acciones que lo fueran del Estado, tengan la consideración de “Entidad de Crédito” y el “estatuto del Banco”, en los términos establecidos en el artículo 1.2 de la referida ley, que, a su vez, prevé la afectación por este proceso del Banco Hipotecario (art. 3)*

ejecución hipotecaria, al tiempo que fija la posición de los terceros poseedores, en el caso concreto, adquirente *secundum tabulas* con título inscrito en el Registro de la propiedad, sin haber sido oído.

Así, reconoce, una vez más, que el procedimiento sumario ejecutivo previsto en el art. 131 LH se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de la posibilidad de contenerla mediante excepciones. Sin embargo, tal procedimiento de ejecución no se opone al artículo 24.1 CE en general, pues quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados<sup>50</sup>. Respecto de terceros, con la necesaria remisión a las especialidades de cada supuesto en concreto, vuelve a matizar el Tribunal que la existencia de este procedimiento no se opone a su derecho de defensa, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo en defensa de sus derechos<sup>51</sup>. No obstante, afirma la Sentencia que ello no impide que los terceros poseedores, en el momento de ser necesariamente requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia, sólo a los efectos de la ejecución, habrá de valorar el Juez, lo que impone dar la oportunidad a quien alega la existencia de un título que, evitaría la desposesión, de aducir la existencia de un derecho que, en apariencia, puede subsistir.

En definitiva, la doctrina del TC exige que esos terceros puedan, antes del desalojo y lanzamiento, exhibir su título ante el Juez, quien a la vista de ello deberá tomar en consideración las circunstancias del caso, el título exhibido y los demás datos que considere oportuno, y decidir lo conveniente en orden a proseguir o no el lanzamiento. Para permitir que los ocupantes puedan hacer valer el título que justifique su posesión antes de entregar la posesión a quien resulte adjudicatario de la vivienda, el TC exige que se posibilite el conocimiento de la decisión de proceder al desalojo a través del “obligado requerimiento”, lo que debe extenderse con mayor razón a quienes ostentan la posesión en concepto de dueños y además están protegidos por la fe pública registral<sup>52</sup>.

## 2) Conclusiones a la luz de la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional.

---

<sup>50</sup> Con cita de las SSTC 41/1981, de 18 de diciembre, 8/1991, de 17 de enero y 6/1992, de 16 de enero.

<sup>51</sup> Con cita de la STC 158/1997, de 2 de octubre.

<sup>52</sup> Con cita de las SSTC 158/1997, 174/1997, de 27 de octubre, 223/1997, de 4 de diciembre, 227/1997, de 15 de diciembre, 42/1998, de 24 de febrero y 6/1999, de 8 de febrero.

A la vista de las Sentencias que se han pronunciado en torno a la, inicialmente dudosa, constitucionalidad del procedimiento regulado en el art. 131 LH, y, en particular, de las que se han referenciado anteriormente, puede colegirse, sin ambages, la perfecta adaptación del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria a las exigencias derivadas del texto constitucional.

Sus especiales características, basadas esencialmente en la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la limitación de las posibilidades de defensa concedidas al deudor, a quien, prácticamente, se le pone en la única tesitura de pagar, tras el requerimiento judicial, o alegar razones muy tasadas en aras a la suspensión del procedimiento, no implican, a juicio del TC, indefensión, ni por ende, vulneración del artículo 24 de la CE.

Actúa, en este sentido, el artículo 132 LH como auténtica pieza de cierre del sistema, dado que es este precepto el esencial para mantener la constitucionalidad del procedimiento, al permitir a las partes y demás interesados acudir al proceso declarativo ordinario en reclamación de su derecho. Según se ha visto, para el Tribunal Constitucional, la remisión al declarativo ordinario es garantía más que suficiente del respeto a la tutela judicial efectiva. A esta afirmación, puntualiza el TC, no se opone el hecho de que el proceso declarativo sea más largo y costoso, pues la tutela efectiva comprende el derecho del interesado de acceder a la jurisdicción, pero no por cauces determinados sino por los que marquen las normas legalmente establecidas. Y es que no se eliminan tanto las posibilidades de contradecir, como las de suspender el procedimiento, remitiendo cuantas cuestiones controvertidas puedan plantearse, al eventual proceso declarativo.

La constitucionalidad del procedimiento se basa, igualmente, en la voluntariedad de la hipoteca que decide constituir el deudor. Para el TC la libertad negocial de éste determina la sumisión a un procedimiento especialmente ágil, con elementos de cognición limitados e impugnarlo podría suponer actuar contra los propios actos.

Por último, especial consideración ha merecido la posición de terceros y demás interesados en el procedimiento; en relación a ellos el Alto Tribunal ha tenido ocasión de conformar toda una doctrina en materia de requerimientos y notificaciones. El cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva pasa por una escrupulosa realización de los actos de comunicación; sin embargo, errores o defectos formales en su verificación, por parte del Juzgado, no supone obligatoriamente infracción de este

derecho. Aquí se distingue entre indefensión formal e indefensión material<sup>53</sup>, siendo ésta última la única que protege el art. 24 CE. Cuando la objetiva situación de indefensión ha sido provocada por la parte, aun existiendo una omisión judicial lesiva, no existe vulneración del derecho fundamental previsto en el art. 24 CE.

En cualquier caso, la declaración de constitucionalidad del procedimiento regulado en el art. 131 de la LH no ha merecido total aprobación por parte de la doctrina. MIRA ROS<sup>54</sup> se muestra muy crítica con el hecho de que este procedimiento superara sin repartos el test de constitucionalidad. Considera que el automatismo de un juicio ejecutivo, falto de contradicción, merecería serios reparos de inconstitucionalidad y la cuestión nunca debiera haberse solventado sin considerar su posible confrontación con el art. 117.3 CE, desde la perspectiva del significado y alcance del principio constitucional de monopolio de la jurisdicción.

### 3) Constitucionalidad de la ejecución hipotecaria a raíz de la crisis económica.

#### A) Necesidad de un nuevo pronunciamiento constitucional.

La actual situación de crisis económica ha provocado que algunos Juzgados de Primera Instancia dicten resoluciones, en el marco de procesos de ejecución hipotecaria, que niegan su prosecución en contra de lo dispuesto en el artículo 579 LEC, esgrimiendo entre otros, argumentos de justicia social. Habrá ocasión de detenerse en esas resoluciones<sup>55</sup> con motivo del análisis de la problemática que suscita el citado precepto; en este punto, en lo que aquí interesa, sirva detenerse en

---

<sup>53</sup> En consonancia con la doctrina sentada por el TC, el Tribunal Supremo, así lo ha reconocido, entre otras en la Sentencia de 11 octubre de 1996, al advertir que tal doctrina se asienta en tres pilares: a) las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (STC 145/1986, de 24 de noviembre); b) la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la CE no nace de la simple infracción de las normas procesales, sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC 102/1987, de 17 de junio y 155/1988, de 22 de julio) y c) que la Constitución española no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se haya podido causar un perjuicio a alguna de las partes (STC 161/1985, de 29 de noviembre.....La resolución judicial "in audita parte" no implica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que se produzca indefensión, cuando el afectado no ha puesto la debida diligencia en la defensa de sus derechos o cuando pueda deducirse que poseía un conocimiento extraprocésal de la existencia de un proceso en el que no fue personalmente emplazado (SSTC 56/1985, 150/1986, 141/1987 Y 182/1987, entre otras. Afirma la STC 58/1990, de 29 de marzo, también citada por el TS, que la obligación de todo Tribunal de emplazar personalmente, no exime de la debida diligencia de los afectados en la defensa de sus derechos e intereses, así como tampoco contradice el carácter material de la noción constitucional de indefensión; de tal forma que no puede alegarse ésta cuando se ha tenido conocimiento del proceso aun sin haber sido emplazado personalmente.

<sup>54</sup> Hacia una ejecución hipotecaria propiamente jurisdiccional, ob, cit.

<sup>55</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010 (nº 111/2010); Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de enero de 2011 (nº 4/2011) y Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011.

una resolución concreta: el Auto de 30 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad<sup>56</sup> contra los artículos 695, 698 y 579 de la LEC.

Dicho Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010 ha obligado al Tribunal Constitucional a pronunciarse de nuevo sobre la constitucionalidad del proceso de ejecución hipotecaria, esta vez, el que se regula en los artículos 681 y siguientes de la LEC 1/2000, y no el del antiguo artículo 131 LH, cuya constitucional ha sido declarada reiteradamente por el Alto Tribunal.

La cuestión se plantea en relación a la imposibilidad de examinar en sede de oposición presuntas nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió tanto la obligación garantizada, como la garantía hipotecaria o, al mismo contenido objetivo de las cláusulas contractuales, eventualmente determinante de su carácter abusivo<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Afirma textualmente el Fundamento Quinto, referido a la finalidad y ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad: “La finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es en modo alguno resolver controversias interpretativas sobre la legalidad entre órganos jurisdiccionales o dudas sobre el alcance interpretativo de determinado precepto legal, sino enjuiciar la conformidad a la Constitución de una norma con rango de ley que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo....se cuestiona, aunque sea en forma de duda(fórmula aceptada por el Tribunal Constitucional en su STC 17/1981, fundamento jurídico 1º), es la constitucionalidad de tres preceptos previstos para la ejecución hipotecaria en relación con los artículos de la Constitución ya mencionados. Al mismo tiempo, la cuestión de inconstitucionalidad no es cauce adecuado para la impugnación de un bloque o una parte del sistema normativo o del ordenamiento jurídico, o de una concreta institución. En el presente caso, si bien la cuestión afecta de modo genérico al sistema procesal legal de oposición a la ejecución hipotecaria, se concreta en tres artículos perfectamente identificados, en concreto, el artículo 695 de la LEC, puesto en relación con los artículos 698 y 579 del mismo texto legal”.

<sup>57</sup> En cuanto a los motivos de oposición alegados, se reproducen los razonamientos contenidos en el párrafo primero: “Expone la parte ejecutada en su escrito de oposición que si bien suscribió la escritura de préstamo, no conocía, ni comprendía el alcance del contrato. Expone que se trata de una señora mayor, que percibe una pensión baja, con pérdida de audición y un nivel cultural bajo. Ante la posibilidad de cambiar de vivienda, acudió a una inmobiliaria, donde le informaron que vendiendo su vivienda actual podía acceder a una nueva vivienda, pagando una pequeña hipoteca. Las dos operaciones, venta de la vivienda e hipoteca, se harían el 27 de julio de 2007.....La inmobiliaria puso en contacto a la ejecutada con la entidad bancaria para la concertación de la hipoteca. Debido a dificultades en la operación, motivadas por la situación del mercado inmobiliario, la vivienda de la ejecutada no se vendió el día fijado para elevar el contrato a escritura pública. La inmobiliaria planteó la posibilidad de que la ejecutada pidiera un crédito por 157.000 euros con la garantía de la vivienda que pretendía vender, devolviendo el crédito un año después. Dados los ingresos de la ejecutada, tanto la inmobiliaria como la entidad bancaria podían prever que no se realizaría el pago si no lograba vender la vivienda, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un solo pago en el plazo de un solo año. La entidad bancaria no sólo concertó esta operación sino que al mismo tiempo concedió a la ejecutada un crédito de 179.000 euros con la garantía de la vivienda que compra. Las condiciones y plazos que se concedieron ambos créditos sería abusivos y temerarios. Aparentemente, se trataría de una concesión de una hipoteca como medio de financiación temporal, pero con sujeción a la condición de que se vendiera la primera vivienda, hecho que no dependía únicamente de la ejecutada, ya que intervenían factores como la situación del mercado inmobiliario o la facilidad de acceso a los créditos. Por todo ello, considera esta parte que la entidad no puede exigir al amparo de la cláusula de amortización el reintegro en un pago único del capital prestado más intereses, al integrar una cláusula abusiva. Se da la circunstancia de que la misma ha presentado demanda de ejecución hipotecaria por el préstamo de 179.000 euros, lo que agravaría la situación de la ejecutada.

Afirma el Auto del Juez proponente que, dada la actual regulación procesal, es imposible, no ya abordar jurisdiccionalmente estos supuestos, sino ni siquiera detectarlos, puesto que las facultades de examen de la procedencia del despacho de la ejecución por parte del Juez y los motivos de oposición que puede articular el ejecutado son extraordinariamente limitados. Sostiene el Juzgador, en su resolución, que es innegable que la misma naturaleza jurídica de la garantía hipotecaria justifica un ámbito de cognición de la ejecución limitado, pero no (al menos, no necesariamente en términos constitucionales) que lo sea de un modo absoluto y respecto de todos los supuestos que puedan darse, incluso cuando el bien hipotecado es la vivienda.

Centrado de la forma expuesta, el ámbito objetivo de la cuestión de inconstitucionalidad que plantea el Juzgado de Sabadell, el auto plasma una serie de argumentos tendentes a justificar la necesidad de un nuevo pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional. Así, afirma que incluso en el supuesto en que una normativa legal no haya cambiado (y no es el caso), un nuevo análisis de constitucionalidad puede venir impuesto por la nueva realidad social y económica del momento histórico concreto; pone de manifiesto, asimismo, que lo que resolvió el TC a partir de la STC 41/1981, se refería a la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria (para declararla sin fisuras) de la anterior regulación, la vieja LEC de 1881 y la, entonces vigente, Ley hipotecaria, siendo menester abordar ahora la misma cuestión respecto de la vigente LEC, máxime cuando ha cambiado profundamente la realidad social y económica.

#### B) Nuevas causas de inconstitucionalidad.

Según el Juez del Juzgado de Sabadell promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, actualmente se plantean numerosas dudas de constitucionalidad sobre el proceso de ejecución hipotecaria, tal y como lo regula la vigente LEC, siendo así que el pilar fundamental en que se asienta, a su juicio, la inconstitucionalidad reside en el régimen de oposición; la regulación procesal impide de modo absoluto entrar en el fondo y obliga a la instancia judicial a desestimar la oposición si no se alega un motivo legalmente tasado, como ocurre en el supuesto específico. Como quiera que, estima el Auto, los argumentos expuestos en el escrito de oposición son de la suficiente entidad como para determinar la procedencia de continuar o no con la ejecución, se hace necesario el planteamiento de la cuestión para que resuelva el Tribunal.



Reconoce el Juzgador que ambas regulaciones, la antigua y la actual, responden a unos mismos principios, extraordinariamente restrictivos, pero en la regulación vigente se han introducido ciertas modificaciones en perjuicio del ejecutado, añadidas a las ya existentes, que generan dudas serias de constitucionalidad. De esta forma, se mencionan de manera accidental, la eliminación del requerimiento previo obligatorio, a través del cual el prestatario podía efectuar alegaciones; la información que el ejecutante debe incluir en la demanda y las extraordinariamente exigentes condiciones que se le imponen actualmente al ejecutado para que el procedimiento declarativo al que debe acudir tenga algún efecto en el ejecutivo. Pero en donde la resolución judicial pone el énfasis y centra la cuestión de inconstitucionalidad, es precisamente en el régimen de oposición que establece el artículo 695 de la LEC, al sentar un sistema aun más tasado de motivos de oposición que el de la ejecución ordinaria<sup>58</sup>. Concretamente, tratándose de la ejecución de bien inmueble, sólo dos causas de oposición se contemplan: extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía, y error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. La esencia de la inconstitucionalidad apreciada por el juzgador reside en que ninguno de estos motivos de oposición (de fondo)<sup>59</sup> parece incluir la posibilidad de examinar las concretas condiciones y circunstancias específicas en que, en cada caso, se ha producido el impago o se suscribió la obligación de pago o se pactaron ciertas cláusulas eventualmente abusivas y nulas.

### C) Incumplimiento de la obligación de pago.

El incumplimiento de la obligación de pago por parte del deudor es uno de los presupuestos objetivos para el despacho de la ejecución. Concurriendo los presupuestos legalmente establecidos, el órgano jurisdiccional debe despachar ejecución, sin entrar a ponderar las circunstancias que propiciaron la situación objetiva de impago; subraya el auto que tales circunstancias son ajenas a la naturaleza de la

---

<sup>58</sup> En este sentido, se echa de menos la alusión al principio de igualdad que recoge el art. 14 de la CE, pues el auto centra la inconstitucionalidad en la vulneración del derecho de defensa del art. 24 de la CE y en el derecho a una vivienda digna del art.47 CE.

<sup>59</sup> Razonamiento Jurídico DECIMOTERCERO, Auto de 30 de septiembre de 2010: “...Las limitaciones se refieren únicamente a los motivos de oposición de fondo, mientras que los motivos de oposición procesales, generales para la ejecución de título no judicial, resultan, por su propia naturaleza, de plena aplicación a la ejecución hipotecaria, por la remisión que efectúa el artículo 681 de la LEC”.

ejecución hipotecaria, irrelevantes a los efectos de despachar ejecución y que tal presupuesto no está definido expresamente en la normativa procesal<sup>60</sup>, sino que implícitamente se remite a lo pactado entre las partes, de manera que la noción “incumplimiento de la obligación de pago”, como presupuesto para el despacho de la ejecución, queda suficientemente integrada, en términos de garantías constitucionales, a través de la simple alegación escrita por el acreedor hipotecario de un mero dato, objetivo, aséptico y carente de cualquier referencia a las circunstancias fácticas concurrentes, relativo a la inexistencia o insuficiencia del pago de una cuota hipotecaria. Sin embargo, para el juzgador, lo anterior no es un acierto, sino que, antes al contrario, *“podría tener alguna relevancia, en cuanto a la ponderación de la procedencia del despacho o de la continuación de la ejecución, el examen de tales circunstancias, a los efectos de apreciar la realidad misma de un incumplimiento imputable al deudor hipotecario, con efectos de resolución anticipada de la deuda hipotecaria o, para valorar, en su caso, la posible concurrencia de un vicio en el consentimiento al tiempo de suscribir la obligación o la posible nulidad de una cláusula pactada, dado su eventual carácter abusivo”*.

En definitiva, lo que se sostiene en el presente auto, en cuya virtud se plantea la cuestión de inconstitucionalidad a que se viene aludiendo, es que las circunstancias previas al impago han podido potenciarlo y el hecho de que el juez no pueda a entrar a valorarlas perpetúa una situación de indefensión, máxime si parten de un vicio en el consentimiento o de alguna cláusula abusiva incluida en el contrato.

Concretamente, el Auto mantiene que es evidente que en el supuesto fáctico de autos, al tratarse (la deudora) de una persona de edad avanzada, con problemas de audición, y escaso nivel cultural, además de haberse previsto el pago de la garantía en un solo plazo, se ha podido provocar un situación de indefensión, al desconocerse el alcance de lo que firmaba. Sostiene, asimismo, atendiendo al desenvolvimiento efectivo del sector hipotecario inmobiliario que, seguramente se ha llegado a un momento en el que puede afirmarse, sin temor a faltar al rigor, que los contratos principales no son efectivamente negociados entre las partes, sino, en su mayoría, predispuestos por la entidad prestadora del dinero, lo que puede explicar los habituales desequilibrios y abusos que recogen. Todo ello, con independencia de que

---

<sup>60</sup> El auto critica la falta de definición en la normativa procesal al afirmar que *“debemos plantearnos qué se entiende por “incumplimiento de la obligación de pago”, entre otros motivos porque la normativa procesal indicada no lo define de ningún modo (podría haberlo hecho o, incluso, lo razonable, es que se hubiera hecho, especialmente en un ámbito de tanta sensibilidad social como es la ejecución hipotecaria)”*.

se haya producido una intervención subsiguiente del Notario o del Registrador. Es por esta razón por lo que debe plantearse la aplicación de ciertos aspectos de la normativa de protección de los consumidores en la interpretación de las cláusulas escrituradas<sup>61</sup>.

Como quiera que, con la regulación actual, el tribunal no dispone de la información necesaria para ponderar si el incumplimiento es verdaderamente imputable al deudor o si en la suscripción se produjo algún vicio del consentimiento invalidante, viéndose compelido a despachar ejecución con la única información que le suministra el ejecutante en la demanda, concluye que se ve claramente comprometido el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>62</sup>. La manera de salvar tal compromiso consistiría en permitir que el ejecutado, en sede de oposición, pudiera introducir este tipo de alegaciones<sup>63</sup>, pero al no hacerlo ahí reside la base de la inconstitucionalidad

---

<sup>61</sup> En este punto, creemos interesante plantear la necesidad de instaurar una especie de “consentimiento informado” en el ámbito hipotecario, para garantizar, al menos, que el particular, consumidor de hipotecas, conoce exactamente el alcance de aquello a lo que se compromete y, sobre todo, las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Y que aun así, las acepta libremente. Con todo, habría que instaurar las cautelas adecuadas para que en la práctica, dicho consentimiento informado tuviera virtualidad, sin sufrir deriva semejante a la acontecida en el ámbito sanitario, donde la mayor parte de las ocasiones, el consentimiento es un puro trámite que no se traduce en una adecuada información al paciente, quien no suele recibir información de facultativo alguno, limitándose a firmar un documento que, como mucho, se ha limitado a leer, sin que nadie se cerciore de que ha entendido exactamente el alcance de lo que firma.

<sup>62</sup> Con cita de las SSTC 20/1981 Y 185/1987: “...este Tribunal ha declarado reiteradamente, ya desde su temprana STC 20/1981, que el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce en el art. 24.1 de la CE, comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, que, no obstante, se satisface también cuando se obtiene una resolución de inadmisión, si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial. Es, así, el derecho a la tutela judicial un derecho prestacional de configuración legal, cuyo ejercicio y prestación está supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente (STC 185/1987).

<sup>63</sup> Fundamento jurídico DECIMONOVENO: “... En cuanto a los motivos básicos de oposición, se constata que el legislador no permite que el tribunal pueda entrar a valorar de ningún modo las circunstancias fácticas que han rodeado el impago, la suscripción de la escritura pública o la negociación de determinadas cláusulas, eventualmente abusivas y, por ello, nulas. Según hemos visto, ello es así, tanto si consideramos que esta cuestión excede del marco de los requisitos procesales y presupuestos que pueda examinar el tribunal antes de despachar ejecución o, incluso admitiendo esta eventualidad, por no disponer de la información necesaria al efecto (no hay requerimiento previo). En cuanto a la oposición del ejecutado, esta cuestión no puede integrar un motivo de oposición de fondo y, si lo admitimos como motivo procesal (realizando una interpretación a él favorable), el trámite procesal previsto al efecto (escrito) es absolutamente inadecuado e insuficiente. Evidentemente, no puede esperarse que se permita la tramitación exhaustiva y sin límites cognitivos, como si se tratara de una especie de procedimiento declarativo en el que puedan sustanciarse todos los motivos de oposición imaginables. Únicamente, se está indicando que no parece admisible, desde el punto de vista del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que en marco de una ejecución hipotecaria que afecta a un bien de primera necesidad como es la vivienda, el propio sistema legal impida, de modo absoluto y sin ninguna alternativa interpretativa por parte del tribunal, que se introduzca en el proceso de ejecución un mínimo examen de estas circunstancias, objetivamente relevantes para la viabilidad jurídica de la fuerza ejecutiva del título. Debemos plantearnos si la mera naturaleza ejecutiva del proceso y la especial fuerza ejecutiva del título (una escritura pública de garantía en forma de préstamo hipotecario) justifican, por sí mismas, este tan restrictivo y perjudicial régimen procesal. No parece razonable ni, quizás, constitucional, que, en atención a los delicados bienes e intereses afectados cuando el bien que desea ejecutarse es una vivienda

detectada por el juzgador. Ni las peculiares características del proceso de ejecución hipotecaria, presididas por la especial fuerza ejecutiva del título, ni la remisión al proceso declarativo ordinario subsiguiente<sup>64</sup> que prevé el art. 698 LEC evitan la referida indefensión sustancial.

Por si no fuera suficiente todo lo anterior, concluye el auto reafirmando la inconstitucionalidad actual del sistema de ejecución hipotecaria, aludiendo a lo dispuesto en el artículo 579 de la LEC que, a su juicio, constituye un nuevo argumento, de especial importancia, en aras a sostener la pretendida inconstitucionalidad. Ahora bien, si tal precepto se entendiera en el sentido de permitir una nueva oportunidad de oposición, según el sistema general de motivos de oposición fijado para la ejecución ordinaria de título ejecutivos no judiciales, podría salvarse la inconstitucionalidad de este precepto. Sin embargo, de no admitirse tal postura (y no se admite en la práctica forense), la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario frente al acreedor hipotecario adquiere unas dimensiones absolutamente inadmisibles en el seno de una Estado constitucional, democrático, social y de Derecho.

Por último, para el Juzgador, se observa conculcación simultánea de otro derecho constitucional como es el derecho a un vivienda digna, pues, a su juicio, un régimen legal procesal respetuoso con la Constitución seguramente debería prever un régimen de motivos de oposición más amplio, al menos cuando el bien contra el que se dirige la ejecución hipotecaria constituya vivienda efectiva y actual del ejecutado hipotecario.

Llegados a este punto, se deduce la posible inconstitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579 LEC, dado que *es innegable que para poder ejercitar una garantía como la hipotecaria el acreedor prestador no tiene que probar*

---

*habitual, ni el modo en que suelen suscribirse estos documentos(a pesar de la intervención notarial, suelen estar predispuestos por la entidad que presta el dinero, como parece admitir la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2009), se siga un régimen procesal en el que ni siquiera se permita, en abstracto, con independencia absoluta de las concretas circunstancias concurrentes, que el tribunal pueda llegar a tener conocimiento de los antecedentes fácticos relevantes, como presupuesto para el despliegue de la garantía hipotecaria”.*

<sup>64</sup> Establece el razonamiento jurídico VIGESIMOCUART.O: “...las garantías que ofrece al ejecutado hipotecario la posibilidad de acudir a un proceso declarativo ulterior son en todo caso insuficientes para poder concluir que con ellas se elude la indefensión generada por el hecho de no poder tratar esta cuestión en el marco procesal adecuado y oportuno, es decir, la misma ejecución hipotecaria. Como es evidente, el legislador no podía limitar de modo absoluto las reclamaciones que con ocasión de la ejecución hipotecaria pudiera instar el deudor. Por ello, lo que hace es desplazar gran parte de las mismas a otro proceso declarativo futuro, con la problemática de que algunas de ellas constituyen precisamente un presupuesto esencial del despacho de la ejecución hipotecaria, que, paradójicamente, no podrá ser examinado en la misma...”

*exhaustivamente las circunstancias fácticas que han llevado a la concurrencia jurídica de la cláusula de vencimiento anticipado y resolución, a cuyo efecto parece razonable exigirle la mera referencia en el escrito de demanda ejecutiva a las circunstancias temporales e importe del impago. Ello no obstante, ya no es tan evidente que sea proporcionado, adecuado e idóneo, en términos constitucionales, negarle al ejecutado hipotecario cualquier facultad procesal de efectuar alegaciones sobre las circunstancias del impago referido en la demanda ejecutiva, de los posibles vicios del consentimiento al tiempo de la suscripción del título o de posibles nulidades de algunas de las cláusulas, dado su eventual carácter abusivo o desequilibrante.*

D) Nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del proceso de ejecución hipotecaria.

a) Nuevas causas de inconstitucionalidad.

La anterior cuestión de inconstitucionalidad, planteada por un Juzgado de Sabadell, ha merecido respuesta por parte del Tribunal Constitucional, en virtud de Auto de 21 de julio de 2011<sup>65</sup>; dicho auto inadmite la cuestión con base en una serie de consideraciones que se exponen seguidamente, las cuales recogen sustancialmente lo manifestado por la Fiscalía, que interesó la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad por falta de requisitos procesales y por ser notoriamente infundada.

En primer lugar, respecto de las dudas suscitadas sobre los artículos 579 y 698 LEC, el TC centra su argumentación en dos extremos, al hilo de lo sostenido por el órgano judicial proponente y el Ministerio Fiscal. De un lado, mantiene que los defectos de procedimiento aducidos por el Ministerio público en torno a la defectuosa celebración del trámite de audiencia de las partes y del Fiscal, por carecer de la debida precisión las dudas de inconstitucionalidad de los preceptos legales cuestionados en relación con el derecho de igualdad proclamado en el art. 14 CE, deben ser rechazados. El TC apoya su rechazo en que, en el presente caso, la

---

<sup>65</sup> Dictado por el Pleno, nº de registro 7223-2010, sobre los artículos 695,698 y 579 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por posible vulneración de los arts. 9.3, 24 y 47 de la CE. El Pleno lo integraban los siguientes Magistrados: Pascual Sala Sánchez, Eugeni Gay Montalvo, Javier Delgado Barrio, Elisa Pérez Vera, Ramón Rodríguez Arribas, Manuel Aragón Reyes, Pablo Pérez Tremps, Francisco José Hernando Santiago, Adela Asua Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

consideración del tal derecho por el Juez se proyecta sobre la esfera procesal (art. 24.1. CE), habida cuenta que *“la esencia de la inconstitucionalidad cuestionada por el órgano proponente se suscita en torno a la limitación de la cognición del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria y la desigualdad que, a su parecer, entraña la posición procesal de la parte ejecutada, materia ésta sobre la efectivamente se ha cumplido trámite de audiencia en los términos exigidos por la ley”*. En este punto, el TC alude a su propia doctrina, ya consolidada, cuando recuerda que *“la referida faceta del principio de igualdad se integra, no en el ámbito genérico del referido art. 14, sino en el propio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa dentro de las actuaciones procesales”*.<sup>66</sup>

De otro lado, para el TC presentan mayor consistencia las alegaciones formuladas por el Fiscal General en lo referente al cumplimiento del presupuesto del *juicio de relevancia*<sup>67</sup> exigido por el art. 35 de la LOTC. A juicio del Fiscal y, del TC, no se cumple este requisito ineludible, es decir, no superan el necesario *juicio de relevancia* las cuestiones suscitadas en relación con los artículos 579 y 698 de la LEC, relativas, la primera, a la omisión legal de un nuevo trámite de oposición a la ejecución cuando ésta prosiga con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución, por la cantidad que falta para cubrir la suma adeudada, por resultar insuficiente el producto de la subasta y, la segunda, concerniente a la insuficiencia del reenvío legal al procedimiento ordinario como garantía del ejecutado, por cuanto excluye la posibilidad de suspensión de la ejecución (art. 698). Pues bien, según determina el TC en su resolución, *“ambos preceptos cuestionados carecen de conexión directa y efectiva con la resolución o fallo pendiente, ya que el primero de ellos se refiere a una fase ulterior del proceso de ejecución que no se corresponde con el momento actual del proceso a quo en el que se promueve la cuestión de inconstitucionalidad o se suscita la duda de inconstitucionalidad (oposición al despacho de la ejecución), y el segundo versa sobre el régimen legal de un procedimiento que no es el sustanciado, sino aquel al que puede acudir el ejecutado hipotecario al margen del juicio sumario*. En definitiva, sostiene el Tribunal, que de la validez de ninguno de los dos preceptos cuestionados

---

<sup>66</sup> Con cita de las SSTC 4/1982 y 217/1993, entre otras.

<sup>67</sup> Tal y como recuerda el Tribunal, el *juicio de relevancia constituye uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto a través suyo se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto, pues para realizar este tipo de control carece el juez de legitimación. Dicho juicio de relevancia ha sido definido como el esquema argumental dirigido a robar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada y constituye una de las condiciones esenciales para la admisión de la cuestión, pues, en la medida que garantiza una interrelación necesaria entre el fallo del proceso a quo y la validez de la norma cuestionada, asegura la realización efectiva del antedicho control concreto de la constitucionalidad de la ley.* (Con cita de las SSTC 17/1981, de 1 de junio, 28/1997, de 13 de febrero y 64/2003, de 27 de marzo, 166/2007, de 4 de julio, entre otras).

se hace depender el fallo en el proceso de ejecución hipotecaria, por consiguiente, no cabe efectuar lo que sería un improcedente control abstracto y directo sobre la constitucionalidad de dichos preceptos legales que no son paso obligado para la continuación del proceso y condicionantes de la decisión a tomar en el trámite de oposición.

En segundo lugar, en lo atinente al régimen tasado de oposición fijado en el art. 695 de la LEC, punto clave de inconstitucionalidad para el Juzgado de Sabadell, concluye el TC que es cuestión ya resuelta en reiteradas ocasiones en el sentido de entender que la limitada capacidad de defensa de que dispone el ejecutado en el proceso de ejecución hipotecaria, se compensa con la opción de acudir al juicio declarativo ordinario que corresponda. Si bien se limita extraordinariamente la contradicción procesal, ello no significa que se produzca indefensión.

En efecto, recuerda expresamente la resolución que el Pleno del TC ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la conformidad de la disposiciones legales que limitaban los motivos de oposición, tanto en el proceso especial de ejecución hipotecaria establecido en la ley de 2 de diciembre de 1872 (para el desaparecido Banco Hipotecario de España), como en relación con el proceso sumario de ejecución introducido por la ley de 1909, que es el que se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor de la actual ley procesal civil. Lo hizo por primera vez en la STC 41/1981, de 18 de diciembre y lo reiteró en sucesivas resoluciones, entre otras, en la STC 217/1993, en las que se concluye que la limitación extraordinaria de la contradicción procesal no implica indefensión, pues no conlleva el carácter definitivo del procedimiento, no produce efecto de cosa juzgada y, por tanto, deja abierta la puerta al declarativo posterior. En síntesis, lo que se limita a través del régimen tasado de oposición, son únicamente las posibilidades de suspender el proceso de ejecución hipotecaria pero, no de alegar lo que se considera oportuno en el juicio declarativo que corresponda. Asimismo, recuerda el TC que el deudor acepta de antemano una defensa momentáneamente disminuida en sede de ejecución, lo cual se justifica por la especial naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria.

b) Voto particular: examen de las circunstancias concurrentes.

No puede finalizarse este punto sin aludir al voto particular concurrente que formula uno de los magistrados<sup>68</sup> respecto del auto de 21 de julio de 2011 por el que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado nº 2 de Sabadell.

El Magistrado disidente comparte con la mayoría el fallo del presente Auto, así como, parcialmente, la argumentación que lo fundamenta; sin embargo, se aparta en el sentido de afirmar que el desarrollo de los motivos debería comprender también una consideración expresa de las circunstancias especiales por las que atraviesa la actual situación económica y financiera de todo el mundo y, particularmente, de España. Por tanto, a juicio del Magistrado que redacta el voto particular concurrente, los artículos 698 y 579 de la LEC, por regir en un momento posterior del procedimiento de ejecución hipotecaria y, no en la precisa decisión que el juez promovente de la cuestión tiene ante sí, no superan el *juicio de relevancia* necesario, ya que el tribunal no puede proceder a la verificación abstracta de su constitucionalidad. Coincide, igualmente con la mayoría, en el criterio según el cual el régimen tasado de motivos de oposición que contempla el art. 695 de la LEC respeta la integridad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario y, en consecuencia, el art. 24.1 de la CE, pero este Magistrado se aparta del desarrollo argumental en la medida en que no analiza y, según su particular criterio, debería hacerlo, el contexto social y económico en que dichas disposiciones legales han de ser aplicadas, limitándose a referirse a la doctrina sentada a part.ir de la STC 41/1981, de 18 de diciembre, a pesar de que la realidad social de aquel tiempo dista mucho de asemejarse al actual, no solo por el lapso de tiempo que media entre ambos momentos, sino por la inesperada y vertiginosa deriva a la que venimos asistiendo los últimos años.<sup>69</sup> En definitiva, no le parece suficiente, para desechar como infundada la

---

<sup>68</sup> El voto particular concurrente es de Don Eugeni Gay.

<sup>69</sup> Afirma Eugeni Gay: *“En efecto, al exponer únicamente los contornos esenciales de esta evolución con el objeto de sintetizar las ideas que podrían tener una clara influencia en la cuestión de inconstitucionalidad aquí suscitada, es importante advertir que, mientras los mercados financieros de entonces tenían un ámbito principalmente local y los productos que comercializaba eran relativamente sencillos, los del tiempo presente, culminando una evolución pendular de varias décadas, tienen una proyección global y sus actividades se caracterizan por su altísima sofisticación. En otras palabras, la ingeniería financiera del momento actual, en la que se imbrican, como una de sus unidades básicas, los créditos con garantía hipotecaria como el que subyace en el pleito de que trae causa este proceso constitucional, es exponencialmente más compleja y prácticamente imposible de someter a un control, no externo ni siquiera interno de parte de las propias entidades financieras, lo que desemboca, como ha quedado demostrado por los recientes acontecimientos en su deriva impredecible. Todo ello con el agravante que un importante sector de los operadores profesionales del sistema financiero, con más motivo los ciudadanos que intervienen en él a título individual como adjudicatarios de un crédito con garantía hipotecaria, desconocían por completo la deriva que iban a tener los acontecimientos, así como la de los datos que pudieran haberla hecho más o menos previsible para quienes fueren iniciados en la materia. Este panorama de fondo atestigua, sin que sobre ello quepa la más mínima duda, que los ciudadanos, como los recurrentes en el proceso a quo, contrataron en estos últimos años productos*



presente cuestión de inconstitucionalidad, la extensión automática de la doctrina constitucional establecida en la citada STC 41/1981 y reiterada en otras posteriores, entre otras, la STC 217/1993, 269/1993 Y 223/1997. Por el contrario, en su opinión, sería necesario examinar si los preceptos cuestionados, interpretados a la luz del nuevo contexto económico y social, son compatibles o no con los valores constitucionalmente protegidos, aducidos por el órgano judicial promovente.

En cualquier caso, se echa de menos, tanto en el cuerpo principal del Auto como en el voto particular concurrente, lo que hubiera sido un paso adelante en la superación del lastre o confusión conceptual que viene caracterizando, desde sus orígenes, a la ejecución hipotecaria, pues, cuando el TC alude a su propia doctrina, sigue orillando la definición de la hipotecaria como verdadero proceso de ejecución y sigue insistiendo en su consideración como simple vía de apremio. La discusión está completamente superada en la actualidad, sin embargo, ciertas reminiscencias del pasado parece que impiden, todavía a día de hoy, afirmar sin complejos que la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria es la propia de un proceso de ejecución con particularidades y nada más. Asimismo, hubiera sido deseable un nuevo pronunciamiento sobre el fondo tendente a consolidar la constitucionalidad (o no) del procedimiento, tomando como base la regulación vigente para no tener que seguir recurriendo a lo ya dicho por el TC en relación al procedimiento del art. 131 LH<sup>70</sup>.

---

*hipotecarios como medio de obtener el dinero necesario para adquirir su vivienda habitual sin poderse percatar al tiempo de otorgar su consentimiento de unos riesgos muy distintos de los que ciertamente implicaba la operación; riesgos, que, debido a la complejidad y la opacidad que ha presidido el sistema financiero, muy posiblemente también desconocían las entidades de crédito prestadoras del dinero y beneficiarias de la garantía hipotecaria. En consecuencia, las partes contratantes, adoleciendo de errores sustanciales acerca de las condiciones que afectaban la operación que concluían, prestaban un consentimiento imperfecto, cuando no completamente viciado”.*

<sup>70</sup> En este sentido, SÁNCHEZ-TEMBLEQUE reconoce el acierto de la resolución del TC que verifica una adecuada acogida del juicio de relevancia, disuadiendo con ello a los jueces y tribunales de planteamientos abstractos que no conectan la norma cuestionada con la cuestión de legalidad ordinaria que han de resolver otorgando al TC la naturaleza de un Tribunal de consultas constitucionales, lo que, afirma este autor, no quiso el legislador cuando reguló el procedimiento del artículo 35 LOTC. Asimismo, afirma, el TC acierta también en el fondo toda vez que la conculcación del derecho de defensa por la asignación al demandado de unas limitadas opciones de defensa, ha sido negada no sólo como pone de manifiesto el TC en los juicios hipotecarios, sino en todos los procesos sumarios contemplados en la legislación procesal, por lo que el principio general de inexistencia de indefensión debe trascender a la situación aquí enjuiciada. *La cuestionada constitucionalidad del juicio hipotecario*. Diario La Ley, nº 7775, 13 de enero de 2012. En este mismo sentido, recuerda CORDON MORENO, que, en efecto, no existe en éste último Auto dictado por el TC pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto; ahora bien, no al menos un pronunciamiento expreso, porque sí existe uno implícito propiciado por la concreta causa de inadmisibilidad sobre la conformidad a la CE del art. 695. Por tanto, afirma CORDON, el debate sigue abierto y no se puede decir que el Auto de julio de 2011 haya terciado en la polémica. A lo sumo, lo ha hecho indirectamente. *El auto del TC de 19 de julio de 2011 y la confirmación de una vieja doctrina sobre la conformidad a la Constitución de la ejecución hipotecaria*. [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com) Noticias Breves.



## CAPÍTULO II

### NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SOBRE BIENES INMUEBLES.



## CAPÍTULO II

### NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SOBRE BIENES INMUEBLES

#### I. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: EN LA DOCTRINA.

Resulta innegable la importancia de establecer con precisión la naturaleza jurídica de cualquier institución, pues servirá de cauce a los efectos de definir su esencia para la resolución de los aspectos dudosos o controvertidos que se puedan plantear. Allí donde el legislador no aclare, a través de la técnica legislativa, todos esos aspectos, la concreta naturaleza jurídica será determinante para hacerlo en uno u otro sentido. De esta forma, se pronuncia FUENTES SORIANO<sup>71</sup> cuando afirma, refiriéndose al antiguo procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, recogido ahora de forma sustancial en la vigente LEC, sin alteraciones de fondo reseñables con respecto a la regulación anterior<sup>72</sup>, que *la importancia de determinar la naturaleza jurídica del procedimiento reside en que sólo a partir de una correcta ubicación del mismo en el marco de los distintos procedimientos regulados en nuestro ordenamiento, se obtendrá la clave desde la que interpretar los principios y preceptos por los que se rige y facilitará, asimismo, la posibilidad de encontrar las soluciones adecuadas por vía analógica en todos aquellos supuestos no expresamente regulados por la ley. Sólo a partir de este momento será posible comprender el alcance de las posibilidades que se ofrecen.*

Así las cosas, tomando como base la relevancia de prefijarla<sup>73</sup>, se han formulado diversas teorías por parte de los autores en un intento por matizar la naturaleza jurídica de la denominada ejecución hipotecaria<sup>74</sup>, antes procedimiento judicial sumario del antiguo art. 131 LH, hoy, más concretamente, ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados o pignorados; en la actualidad, puede anticiparse que la

---

<sup>71</sup>FUENTES SORIANO, O, *El proceso de ejecución hipotecaria*, Ed. EDIJUS, 1998, pág. 23.

<sup>72</sup> En efecto, el procedimiento especial de ejecución hipotecaria regulado ahora en los artículos 681 y siguientes de la LEC es claramente tributario y continuista del archiconocido procedimiento judicial sumario regulado en el derogado artículo 131 LH. LASARTE, C, *Derechos reales y Derecho hipotecario, principios de derecho civil V*, cuarta edición, Ed. Marcial Pons, pág. 129.

<sup>73</sup> Relevancia en la que insiste MONTERO, *Sobre el concepto de naturaleza jurídica*, Anuario de Filosofía del Derecho, 1956, cuando concluye que la determinación de la naturaleza jurídica de una institución, de cualquiera de ellas, no es una elucubración de profesores, sino que tiene una utilidad práctica indudable. Cuando un jurista pretende hallar la naturaleza jurídica de una institución, está buscando la institución jurídica general (el género) en la que pretende encuadrar la especie que está estudiando, y su esfuerzo responde a tratar de determinar ante el silencio de la ley, ante la laguna legal, qué normas son aplicables supletoriamente.

<sup>74</sup> Tal y como recuerda LASARTE, E, ejecutar una hipoteca significa tanto como promover la enajenación de las cosas sujetas a la garantía para cobrar el crédito garantizado. *Ob, cit*, pág. 127.

discusión doctrinal se antoja superflua a tenor del tratamiento que recibe en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>75</sup>, donde se regula dentro de los procesos de ejecución y en cuanto tal así se le denomina de forma expresa.

Históricamente, sin embargo, se ha negado la consideración de auténtico proceso; las dos posiciones centrales en torno a la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria gravitaban en torno a la idea de afirmar, de un lado, que nos encontramos ante un proceso de ejecución (GUASP, MONTERO, ARAGONESES) y, de otro, negarlo (LOPEZ DE HARO y MORELL Y TERRY).

#### 1) Teorías abolicionistas de la naturaleza procesal de la ejecución hipotecaria.

Antes de examinar las distintas teorías que se han formulado en relación a la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria, es conveniente recordar que todas ellas se plantearon en relación al antiguo procedimiento sumario de ejecución, regulado en el artículo 131 de la LH; la discusión doctrinal, actualmente, no tiene sentido, habida cuenta de la nitidez con que, en este aspecto, se presenta la vigente LEC 1/2000. Ello no obstante, como quiera que la esencia de su naturaleza jurídica resulta importante a fin de resolver problemas prácticos no previstos por el legislador, sigue siendo de interés la alusión a los distintos posicionamientos doctrinales sostenidos al respecto, siquiera sea de una forma elemental. En este primer grupo de teorías que niegan carácter procesal a la ejecución hipotecaria, destacan las siguientes: la que lo define como simple procedimiento, (entendido como sucesión de actos dirigidos a un fin), la teoría de la ejecución hipotecaria como acto específico de jurisdicción voluntaria, como simple “efectuación de una relación jurídica”, y la tesis que define a la ejecución hipotecaria como simple enajenación, sin que exista proceso en sentido técnico.

##### A) Naturaleza procedimental.

La primera tesis explicativa de la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria se debe a ARAGONESES<sup>76</sup>, quien no identifica procedimiento con proceso y, en

---

<sup>75</sup> La promulgación de la LEC de 2000 puso fin a un largo debate, doctrinal pero, con importantes repercusiones en la jurisprudencia, sobre la naturaleza jurídica del hasta entonces llamado procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Hoy está fuera de duda que las ejecuciones hipotecarias de la LEC son realmente un proceso especial de ejecución por obligaciones dinerarias, radicando la especialidad, no tanto en el procedimiento de la ejecución, cuanto en la oposición a la ejecución. MONTERO, *Tratado de las ejecuciones hipotecarias*. Ed. Tirant lo Blanch, pág. 201.

consecuencia, afirma con contundencia que “*este procedimiento no es un juicio*”,<sup>77</sup> porque no hay controversia ni puede haberla, dado que en él no se declara un derecho, ni se admite excepción u oposición, ni las partes reciben los nombres de demandantes ni demandados, de modo que es tan solo un procedimiento, es decir, una serie de trámites para hacer efectivo un derecho. No obstante, la negación de ARAGONESES no se limita a la naturaleza procesal de esta clase de ejecución, sino que le niega, igualmente, la consideración de acto de jurisdicción voluntaria, porque, según afirma, “no puede suspenderse ni el juez revocar sus acuerdos”. Sea suficiente indicar en este punto que lo determinante de cualquier acto de jurisdicción voluntaria es la ausencia de controversia entre las partes; cuando el autor se refiere a la revocación de acuerdos en el seno de un acto de jurisdicción voluntaria, no centra su argumento en lo que realmente define a ésta, es decir, en que nos encontramos ante una actividad judicial, que no jurisdiccional, en la que no existe litigio. Tanto es así que, constanding la oposición de uno de los interesados, el expediente se convierte en contencioso, sujetándose a partir de ahí a los trámites del juicio declarativo que corresponda, según la cuantía.

Definida en sentido negativo, ni como proceso, ni como acto de jurisdicción voluntaria, ARAGONESES va más allá en su concepción de la ejecución hipotecaria como simple procedimiento, al calificarlo de procedimiento especial de apremio.

---

<sup>76</sup> Afirma este autor que para poder interpretar con acierto la ley, es indispensable tener en cuenta que el procedimiento marcado no significa juicio; así que ni hay contención, ni puede haberla, no admitiéndose, en su consecuencia, reclamación que lo haga contencioso, aun dentro de sus mismos trámites; por ello hasta las apelaciones lo son en un solo efecto, y por ende además que no hay rebeldía, pudiendo comparecer el deudor y los terceros cuando lo crean conveniente, sin que tengan perjuicio, puesto que el procedimiento no puede detenerse ni suspenderse. Pero tampoco puede considerarse como de jurisdicción voluntaria, porque ni puede suspenderse ni el Juez revocar sus acuerdos; así que la verdadera calificación o nombre es la de un procedimiento especial de apremio, el de ejecución de una sentencia. Por ello, rigiéndose por los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la forma de dictar las resoluciones, de practicar las notificaciones, los requerimientos, las citaciones y las demás diligencias judiciales, en cuanto no estén taxativamente marcados, la forma de llevarlas a cabo, es, sin embargo, una forma especial que, dentro de la jurisdicción contenciosa, dará lugar en su día a que se añada un nuevo título a la Ley de enjuiciamiento civil. Dentro de la jurisdicción contenciosa no es ningún juicio, porque en él no se declara el derecho, ni se admite excepción u oposición que tenga por objeto dejarlo sin efecto, ni las partes reciben los nombres de demandantes y demandadas, de modo que es tan solo un procedimiento, o sea, una serie de trámites para hacer efectivo un derecho, a semejanza del procedimiento de apremio, que aunque figura como una de las secciones del juicio ejecutivo, en rigor debiera figurar al final de los juicios, por ser común a todos ellos, ya que se trata de la manera de hacer efectiva la declaración, que reviste el carácter de cosa juzgada. GARCIA GARCIA, ob, cit págs. 39 y 40.

<sup>77</sup> En contra de esta afirmación GONZÁLEZ-ALEGRE cuando afirma: “no sé por qué no se puede dar a este procedimiento el calificativo de juicio; es claro que si tomamos como modelo el de mayor o menor cuantía, e identificamos ambos conceptos, no le corresponderá tal denominación, pero si entendemos por juicio la legítima discusión de un negocio entre dos o más personas ante el Juez o Tribunal competente, y bajo unas normas procesales especiales para cada supuesto, no veo inconveniente en así calificarlo. LOPEZ LIZ, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*. Ed. Bosch pág. 22.

Esta concepción encierra para MONTERO dos graves errores: de un lado, parte de una noción de “juicio” antigua que proviene de las Partidas donde el término “juicio” se empleaba como sinónimo de sentencia, pero, ya en la LEC, dicho concepto equivale a cualquier proceso, declarativo o de ejecución, de modo que no puede estimarse que sólo hay juicio en los procesos de declaración, que son aquellos en los que se dicta sentencia; de otro, presupone que existe jurisdicción contenciosa sin proceso, sólo un mero procedimiento, lo que equivale a desconocer que no puede existir actuación jurisdiccional que no sea procesal, pues actividad jurisdiccional y proceso son conceptos idénticos<sup>78</sup>.

#### B) Naturaleza de acto de Jurisdicción voluntaria<sup>79</sup>.

La tesis según la cual en la ejecución hipotecaria no hay contienda, ni controversia alguna<sup>80</sup>, ha inducido a algunos autores, como GARCIA FERNANDEZ<sup>81</sup> a sostener que nos encontramos ante un acto de jurisdicción voluntaria<sup>82</sup>. Para MONTERO<sup>83</sup> esta tesis descansa en el mismo error que la de ARAGONESES, dado que acepta la premisa de que el verdadero proceso se basa siempre en la existencia de un juicio, entendido como contraposición de actitudes ante el órgano jurisdiccional, decidiéndose por medio de sentencia que declara el derecho de las partes, olvidándose de los procesos de ejecución en los que, por definición, no se declara el derecho previamente, pero en los que sí hay controversia entre litigantes.

---

<sup>78</sup> Ob, cit, págs. 203 y 204.

<sup>79</sup> Tradicionalmente, la jurisdicción voluntaria ha venido a caracterizarse como una actividad judicial solicitada, sin que exista litigio. La diferencia esencial entre la jurisdicción voluntaria y el proceso contencioso es que haya contradicción o controversia entre partes, ya que la primera viene definida por la ausencia de contradicción y el carácter no litigioso de los expedientes. Tanto es así que constando oposición se destaca lo inconciliable de dicha jurisdicción con la actuación en ella de una verdadera pretensión procesal, que viene a transformar en contencioso el expediente (SAP Valencia de 7 de julio de 2003).

<sup>80</sup> Precisamente, tal y como recuerda MONTERO, en la actividad judicial ejecutiva, el presupuesto es el contrario, es decir, que sí existe contienda entre partes conocidas y que una de ellas se opone a la actividad, la cual se realiza coactivamente; si el ejecutado formula oposición, lo que hay que resolver es cuál puede ser el contenido de ésta y por qué cauce procesal debe conocerse. Ob, cit, pág. 205.

<sup>81</sup> *Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1912, II, Pág. 289.

<sup>82</sup> La Dirección General de los Registros y del Notariado ha definido su esencia en Resolución de 8 de mayo de 1995 al incidir en la idea de que constituye una cierta función de administrativización del Derecho al afirmar, refiriéndose a las actas notariales de notoriedad reguladas en el Reglamento notarial, entre las que se encuentran las de declaración de herederos, que pertenecen a la esfera de la jurisdicción voluntaria, caracterizada por la ausencia de contienda u oposición, que hace, según la opinión mayoritaria, que esta esfera no constituya una verdadera jurisdicción, sino una cierta función de administrativización del derecho, realizada por órganos judiciales o no, encaminada a tutelar el orden jurídico, mediante la constitución, aseguramiento y modificación de estados y relaciones jurídicas.

<sup>83</sup> Ob, cit, págs. 204 y 205.



Recuerda, asimismo, que la jurisdicción voluntaria es una actividad del poder estatal con finalidades constitutivas de creación, desenvolvimiento o modificación de relaciones o estados jurídicos, en la que se incluyen cuatro categorías posibles: formación de sujetos jurídicos, integración de la capacidad jurídica, formación, documentación y publicidad del estado de las personas y seguridad del tráfico jurídico, en ninguna de las cuales tiene acomodo la actividad judicial por la que se procede coactivamente a llevar a la realidad lo declarado en una sentencia o, en un documento notarial al que el legislador dota de fuerza ejecutiva. Si por su naturaleza puede afirmarse que los actos de jurisdicción voluntaria no son verdaderos procesos, ni representan el ejercicio de actividad jurisdiccional alguna, no puede decirse lo mismo respecto de la actividad ejecutiva. En ambas se atribuye un papel importante al juez, pero su intervención no convierte a la jurisdicción voluntaria en contenciosa (salvo en caso de oposición), ni a la ejecutiva en voluntaria. En la primera, el juez se limita con su intervención a ejercer cierta labor constitutiva, mientras que en el proceso de ejecución, su actuación entra de lleno en la órbita de la función jurisdiccional, pues su ejercicio no exige el presupuesto necesario de la previa declaración del derecho<sup>84</sup>.

### C) Naturaleza de “efectuación” de una relación jurídica.

Esta teoría, sostenida esencialmente por LOPE DE HARO<sup>85</sup>, niega la existencia de contienda entre partes y, a raíz de tal falta de controversia, mantiene que en el procedimiento judicial sumario “*no hay ejercicio de una acción en juicio, sino que se trata simplemente de la efectuación judicial de una relación jurídica*”. Tampoco existe acción en el sentido técnico procesal de la palabra, sino que se trata tan solo de proceder a la enajenación judicial de la finca hipotecada<sup>86</sup>. En términos semejantes, MORELL Y TERRY sostiene que el procedimiento judicial sumario que reglamenta la

---

<sup>84</sup> Por su naturaleza, los actos de jurisdicción voluntaria no son verdaderos procesos, ni representan el ejercicio de una actividad jurisdiccional porque, no presuponen la existencia de un litigio. Se trata de actividades heterogéneas relacionadas con el Derecho civil, que se atribuyen a los jueces por sus conocimientos en esta materia y su imparcialidad; por tanto, se acude al juez, no como árbitro o dirimidor de una contienda, sino como sujeto dotado de autoridad y como sujeto que también está dotado de potestad jurídica. Por todo ello, la doctrina ha destacado la finalidad constitutiva como nota diferencial de la jurisdicción voluntaria. En ese sentido, GOMEZ ORBANEJA expuso que es una actividad, no jurisdiccional sino administrativa, del Estado dirigida a la constitución de relaciones jurídicas, a su desarrollo y modificación.

<sup>85</sup> *Acciones del acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1932, I, pág. 172.

<sup>86</sup> Con todo, GUASP, aun afirmando que hay litis pues, hay conflicto de intereses entre acreedor y deudor y una pretensión insatisfecha, dada la falta de pago del deudor, reconoció también que algo de razón hay en estos autores, pues la existencia actual del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria no se explicaría si se entiende que hay litis, lo que demuestra que estamos ante una situación especial.

ley hipotecaria no es un juicio, porque ni existe en él controversia, ni se admite que pueda promoverse durante su sustanciación<sup>87</sup>.

El principal inconveniente de esta tesis reside en la dificultad de definir qué es exactamente lo que se denomina *efectuación judicial de una relación jurídica*, pues queriendo huir de cualquier concepción de la hipotecaria como auténtica ejecución, el autor aporta una teoría difícil de comprender, si no fuera porque lo que él define como *efectuación de una relación jurídica* encaja en lo que es materialización, cumplimiento forzoso, en definitiva, ejecución propiamente dicha. En este sentido, GUASP, criticando el planteamiento de LOPE DE HARO, sostiene que lo que se denomina *efectuación judicial de una relación jurídica* equivale a lo que comúnmente se conoce como ejecución y que cuando a dicha ejecución se subordina un poder de voluntad atribuido a un sujeto, se está ante lo que se denomina acción. El concepto de acción, según GUASP, sirve para designar precisamente aquella facultad por la que la voluntad de un sujeto puede provocar una actividad del órgano jurisdiccional; cuando esta actividad se dirige a la actuación, realización, puesta en práctica de una relación jurídica, existe en puridad un supuesto de ejecución, y la facultad de iniciar o poner en marcha la ejecución constituye una acción ejecutiva. Junto a ello, si por litis debe entenderse el conflicto de intereses (elemento material), calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro (elemento formal), es evidente que ésta se da en el caso presente, pues hay un conflicto de intereses entre acreedor y deudor y una pretensión insatisfecha causada por el incumplimiento del segundo<sup>88</sup>.

En la misma línea crítica de esta teoría, MONTERO afirma que dicha concepción presupone un desconocimiento palmario de lo que es la acción en general y la acción ejecutiva en particular, pero también de lo que es el proceso de ejecución en sí mismo. Recordando a GUASP, alega que con la palabra *acción* se designa la facultad por la que la voluntad de un sujeto puede provocar una actividad del órgano jurisdiccional, y cuando esa actividad del órgano jurisdiccional consiste en la actuación, realización o puesta en práctica de una relación jurídica, estamos ante un proceso de ejecución, por el que se ejercita ante un órgano jurisdiccional la acción ejecutiva. Con todo, MONTERO<sup>89</sup> considera conveniente hacer una serie de precisiones: tratándose de intereses privados, el órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio su actividad; todavía en el siglo pasado se identificaba el derecho subjetivo

---

<sup>87</sup> *Comentarios a la Legislación hipotecaria, Tomo 4, artículos 118 a 264*. Ed. Reus, Madrid, 1918, pág. 88.

<sup>88</sup> FUENTES SORIANO, ob, cit, págs. 23 a 34.

<sup>89</sup> Ob, cit, págs. 206 a 208.

material de naturaleza privada con la acción, de modo que ésta era el aspecto con el que se presentaba aquél cuando había sido violado y de ahí que las acciones se identificaran y clasificaran conforme a los criterios distintivos de los derechos subjetivos; la ruptura entre derecho subjetivo y acción se produce cuando se distingue entre derecho subjetivo material, que se dirige frente a un particular y tiene naturaleza privada, y acción como derecho autónomo, que se dirige contra el Estado y tiene naturaleza pública; define la acción, en definitiva, como derecho frente al Estado actuando jurisdiccionalmente, es decir, frente al Juez como titular exclusivo de la potestad jurisdiccional del Estado, por medio del que se pide la actuación del mismo; no puede existir actuación jurisdiccional sin ejercicio del derecho de acción, de modo que la efectuación judicial de una relación jurídica tiene que presuponer necesariamente el ejercicio de la acción; finalmente, MONTERO aporta las dos precisiones más importantes para rebatir la tesis de LOPE DE HARO; siguiendo a la doctrina mayoritaria, distingue entre acción identificada con el derecho a la tutela judicial efectiva y pretensión como declaración de voluntad petitoria que se dirige a un órgano judicial existiendo tantas clases de pretensiones como tipos de tutela judicial pueden pedirse y actuarse (declaración, ejecución y cautela). En este punto, la pretensión ejecutiva implica una petición de tutela judicial que se resuelve en la realización por el órgano jurisdiccional de una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior, para acomodarlo a lo establecido en el título ejecutivo, de modo que no existe ejecución sin acción y sin título.

Dado lo anterior, concluye MONTERO que no puede pedirse al Juez “*la efectuación de una relación jurídica*” sin estar ejercitando el derecho de acción y, sin que ello suponga la interposición de una pretensión ejecutiva que dará lugar al correspondiente proceso de ejecución.

#### D) Naturaleza de simple enajenación sin proceso.

Para esta tesis, como una variante en definitiva de aquellas otras teorías que sostienen que en la ejecución hipotecaria no hay verdadero proceso, lo importante es la venta o subasta de la finca hipotecada, “sin previo juicio, sin pleito, ni procedimiento”. Para GARCIA HERGUEDAS<sup>90</sup>, lo importante en la llamada ejecución hipotecaria es la facultad del acreedor de instar, en caso de impago, la venta judicial de la finca hipotecada.

---

<sup>90</sup> GARCIA GARCIA, ob, cit, pág. 37

Recuerda MONTERO<sup>91</sup>, en este sentido, que el punto de partida es el paralelismo que se establece entre dos derechos reales de garantía, prenda e hipoteca, al estimarse que del mismo modo que en el derecho real de prenda el acreedor tiene derecho a vender la cosa pignorada, tal y como establece el artículo 1872 del Código Civil<sup>92</sup>, un derecho similar debe tener el acreedor hipotecario en la hipoteca, respecto de la cosa hipotecada, dado que el artículo 1858 establece que es de esencia de la prenda y la hipoteca que, vencida la obligación principal, pueda ser enajenada la cosa pignorada y la hipotecada para pagar al acreedor.

Con esta base legal, se afirma que el artículo 1880 CC se remitía a la Ley Hipotecaria para los efectos de la hipoteca y que en estos efectos debían distinguirse dos etapas:

1ª) En las leyes de 1861 y 1869 se entendía que la enajenación de la finca tenía que producirse por el medio procesal que era el juicio ejecutivo, en el que se preveía únicamente que, si existían bienes hipotecados, habría de procederse contra ellos en primer lugar.

2ª) En la ley de 1909 se había dado un paso más y el acreedor podía proceder a la enajenación de la finca hipotecada sin juicio ejecutivo, de una manera similar a como dispone el artículo 1872 CC para la prenda, de modo que el Juez procedía a realizar la subasta pública de la misma manera en que el Notario procedía a la enajenación por subasta de la cosa pignorada.

La idea de la supresión del juicio ejecutivo, incorrecta a juicio de MONTERO<sup>93</sup>, llevó a otra idea: la supresión del proceso en general. De esta manera, se entendía que si el deudor no podía formular oposición era, simplemente, porque no existía juicio, esto es, porque el Juez no realizaba un proceso, sino una simple actividad procedimental en el sentido de mero trámite, un puro acto de jurisdicción voluntaria, una simple efectuación judicial de una relación jurídica. En síntesis, desde esta teoría

---

<sup>91</sup> Ob, cit, págs. 208 y 209.

<sup>92</sup> Este precepto contempla el proceso de enajenación de la cosa pignorada, es decir, las normas para la realización de su valor, siempre que medie el incumplimiento de la obligación asegurada. Su regulación debe completarse con lo establecido en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre valoración previa a la subasta, anuncio público de la misma. Alude, asimismo, al hecho de que la segunda subasta quede desierta; en dicho caso el acreedor podrá apropiarse de la cosa entregando carta de pago al deudor por la totalidad del crédito. Para O'CALLAGHAN, esto no es más que una modalidad del pacto comisorio, pero no hay que olvidar que sólo surge tal derecho después de haber seguido los trámites para la realización del valor de la cosa sin que se haya conseguido resultado positivo alguno, por lo que, en realidad, no es más que un modo subsidiario de saldar la deuda entre las partes.

<sup>93</sup> Ob, cit, págs. 208 y 209

se postula que la subasta que supone la enajenación de la finca no se integra en un proceso, es un mero trámite, no jurisdiccional, aunque esté dirigido por un Juez. En el mismo sentido, y comparando de nuevo la enajenación de bien hipotecado con la prenda, ALVAREZ GUIJARRO<sup>94</sup> sostiene que “no estamos ante un juicio sino ante un procedimiento para enajenar el bien hipotecado.

## 2) Teorías procesalistas sobre la ejecución hipotecaria.

En este segundo grupo se contienen las distintas tesis doctrinales que afirman la naturaleza puramente procesal de la ejecución hipotecaria; si bien, cada una con su propio matiz, todas ellas coinciden en señalar que el procedimiento que nos ocupa es un proceso de ejecución. Existen: la tesis que postula que nos encontramos ante un proceso ejecutivo documental (MENEDEZ PIDAL), la tesis que configura la ejecución hipotecaria como vía de apremio (GONZALEZ-ALEGRE, GARCIA GARCIA) y, por último, la tesis de quienes defienden que nos encontramos ante un proceso de ejecución especial (GUASP) u ordinario con particularidades (ROCA SASTRE, ARAGONESES, SASTRE PAPIOL).

### A) Naturaleza de proceso ejecutivo documental hipotecario.

Para MENEDEZ PIDAL<sup>95</sup>, el denominado procedimiento judicial sumario del art. 131 LH era un proceso ejecutivo documental,<sup>96</sup> derivado históricamente del proceso

---

<sup>94</sup> Afirmó este autor que “el gobierno de S.M. ha traído el proyecto en que se propone, en todos sus artículos, una sola cosa: suprimir todo juicio donde no cabe haberlo... así como se vende la prenda en la Notaría en subasta pública, así se venda el bien hipotecado en el Juzgado en subasta judicial”. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Tomo II, vol.1, Madrid, 1974, pág. 460.

<sup>95</sup> *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid 1935, pág. 830

<sup>96</sup> GUASP critica esta concepción de MENEDEZ PIDAL del modo siguiente: en primer término, una de las características del proceso documental está, no en la denegación al demandado de toda posibilidad de oposición dentro del procedimiento, sino solamente de aquella oposición que no venga fundada en una prueba documental o en el juramento, del mismo modo que se limita el carácter de las pruebas que el actor ha de presentar en apoyo de su demanda. No es éste un proceso de ejecución, sino un proceso que tiende precisamente a la obtención de un título ejecutivo, mediante un examen sumario del asunto, es decir, que hay en él una fase de cognición sumaria desde luego, que impide incluirlo dentro del tipo genérico de la ejecución procesal. Pero en el procedimiento de la Ley Hipotecaria, como fácilmente se comprende, no concurren estas características; es cierto que la única posibilidad de que el deudor promueva un incidente, en las diversas hipótesis del artículo 132 supone la presentación de un documento por parte del demandado; es cierto, asimismo, que la pretensión del actor viene acompañada de una justificación de su derecho, también de índole documental; pero no es menos evidente que dentro del procedimiento no existe normalmente una fase destinada a la presentación de tales alegaciones y pruebas documentales por parte del deudor, sino que éste es un caso excepcional, un incidente, en el mismo; ni cabe oponer, además, todas las defensas que acaso existen con un fundamento documental, sino solamente las que de un modo taxativo enumera el citado artículo 132. El procedimiento hipotecario no es, en consecuencia, un procedimiento documental por la razón de que éste constituye una modalidad

monitorio, el cual tiene por objeto hacer efectivos los créditos garantizados con hipoteca, mediante la enajenación de las fincas hipotecadas o su posesión interina por el acreedor. Una de las características del proceso documental radica, no tanto en la denegación al demandado de toda posibilidad de oposición dentro del procedimiento, sino solamente de aquella oposición que no venga fundada en una prueba documental. La exigencia del documento limitaría también las pruebas que el actor va a poder presentar en apoyo de su demanda.

Para LOPEZ LIZ, sin embargo, esta tesis resulta desacertada, pues en el procedimiento que contempla la ley Hipotecaria no concurren estas características, razón esencial por la que no procede, a su juicio, la alusión al procedimiento monitorio para señalar la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria<sup>97</sup>

Esta concepción ha tenido escasa trascendencia, pues no se defiende hoy por nadie ni está implícita en sector alguno de la doctrina actual.<sup>98</sup>

#### B) La ejecución hipotecaria como vía de apremio especial.

No faltan autores<sup>99</sup> que con base en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo establecen una clara similitud, entre la ejecución hipotecaria y la vía de apremio, aunque sin definir exactamente qué se entiende por vía de apremio. En este sentido,

---

especial del proceso de cognición o declaración, y aquél una manifestación auténtica del proceso de ejecución. La crítica de GUASP está tomada de GARCIA GARCIA, ob cit, págs. 38 y 39.

<sup>97</sup> Ob cit, págs. 25 y 26.

<sup>98</sup> Son palabras de MONTERO, ob, cit, pág. 209.

<sup>99</sup> GONZALEZ-ALEGRE alude a lo interesante del estudio histórico verificado por PIETRO CASTRO con base en Sentencias del TS de 10 y 16 de enero de 1945 que califican este procedimiento de ejecutivo, y de las que manifiesta que le ofrecen la oportunidad de sentar algunas afirmaciones sobre la naturaleza del procedimiento en cuestión, del que falta la investigación histórica necesaria, para definir dicho procedimiento de ejecución. Era práctica, que el deudor se declarase sometido en su persona y bienes a los actos de ejecución que quisiera realizar el acreedor al ser incumplida la obligación sin intervención de ninguna autoridad judicial, avanzando el tiempo, de éstas prácticas de reforzamiento del crédito personal derivó una cláusula que estuvo en uso en España hasta antes del año 1480, y era insertada por los Notarios en los documentos públicos que autorizaban que el contenido de que por ella el deudor otorgaba potestad a todos los Jueces a los que el instrumento fuere presentado, para que hicieran ejecución en su persona y bienes, lo mismo que si contra él se hubiere dictado una sentencia firme con efectos de cosa juzgada. Por otro lado, una Ley de Enrique III de 20 de mayo de 1396 introduce en Sevilla el juicio ejecutivo, a base de documentos que contienen la confesión de una deuda por el obligado, primeramente hecha ante Juez ordinario, y más tarde ante *iudex chartularius*, o sea, Notario, recogida en documento, que recibe el nombre de guarentigio o garantizado, extendiéndose a toda España por la Ley de 1480. La diferencia estriba en que la ejecución se lleva a efecto por virtud de una confesión equiparada a la sentencia, y la consecuencia es que no se admite defensa alguna del demandado o deudor puesto que hay una renuncia a ella, siendo natural que sólo se le admitieran las mismas excepciones y defensas concedidas contra la cosa juzgada. Esta escueta mención histórica, es el más fuerte argumento a favor de la tesis de que el llamado procedimiento judicial sumario, como derivación ideológica y real del pacto de sumisión a la ejecución del derecho español primitivo, no es un juicio cognitorio, sino un procedimiento de apremio, donde todo lo más que cabe son simples motivos de suspensión. Ob, cit, págs. 23 y 24.

ya ROCA SASTRE<sup>100</sup> identificó los dos conceptos: proceso de ejecución y vía de apremio, al afirmar que la ejecución hipotecaria no es más que el ejercicio judicial por el acreedor del derecho a realizar el valor de la finca hipotecada.

Por su parte, GARCIA GARCIA<sup>101</sup> afirma que no hay inconveniente en calificar este procedimiento como proceso de ejecución o vía de apremio, pues así resulta de algunas Sentencias del TS<sup>102</sup> y del TC<sup>103</sup>, pero se trata, en todo caso, de un proceso

---

<sup>100</sup> *Derecho hipotecario*, 7ª edición IV 2ª Barcelona, 1979, págs. 1102 y siguientes.

<sup>101</sup> Ob, cit, pág. 44.

<sup>102</sup> La STS de 24 de marzo de 1983 señala que *el procedimiento judicial sumario regulado en los artículos 129 y siguientes, como un simple proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca hipotecada, carece de fase contenciosa y se atiene estrictamente a los datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa contra los bienes hipotecados, según señala aquel precepto, sin más trámite previo que la comprobación de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito en cuanto encaminado a que la consecución del valor se obtenga de forma rápida, para lo cual, además de suprimir trámites y eliminar trabas hace llevar al momento de constitución de la garantía hipotecaria, como requisito esencial para su existencia, todos aquellos datos y elementos susceptibles de ser previstos, logrando con ello no solo que la hipoteca tenga el carácter privilegiado que le hace superior a todos los contratos de garantía, sino que su efectividad sea lograda sin demora en el procedimiento. En atención a su naturaleza sumaria, el procedimiento de que se trata se ajusta a la constancia tabular.* Por su parte, la STS de 12 de noviembre de 1985 señala que *el artículo 131 LH no regula un juicio declarativo, ni siquiera un ejecutivo, sino simplemente una vía de apremio dirigida directamente contra los bienes hipotecados, no precedida de fase alguna de cognición, es decir, no hay acción personal, ni previa discusión o contención, y en la tramitación se reduce al máximo la intervención tanto del deudor como de terceros, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento, salvo en los cuatro supuestos excepcionales taxativamente fijados por el artículo 132 LH, lo que hace que no haya indefensión. Ni el deudor ni el tercer poseedor o los demás interesados son verdaderas partes procesales a los que en algún caso la ley ordena hacerles notificaciones pero no emplazamientos ni citaciones, pues es proceso puramente de ejecución o apremio.* Más recientemente, la STS de 10 de diciembre de 1991 insiste en la idea de vía de apremio al concluir que *el artículo 131 LH regula simplemente una vía de apremio dirigida directamente contra los bienes hipotecados, lo que exige que la deuda cuya efectividad se pretende por esta vía sea líquida y exigible, requisito que si no plantea dificultades en el caso de préstamos hipotecarios de vencimiento único e interés fijo, sí requiere unas previas operaciones de liquidación en los casos de préstamos de amortización gradual que fijen exactamente la cuantía de la deuda reclamada, liquidación que, por la apuntada naturaleza del procedimiento del artículo 131, no puede ser discutida en el mismo, habiendo de acudir para ello al juicio declarativo que corresponda.*

<sup>103</sup> La STC de 18 de diciembre de 1981 la define como un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición y en el que el Juez realiza el derecho del acreedor de realización del valor de la finca, al no poderlo efectuar éste por sí solo por razones de paz jurídica. Abunda en su consideración como procedimiento de apremio, la STS de 17 de mayo de 1985 cuando afirma que *el procedimiento del artículo 131 LH se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del titular y la paralela disminución de la posibilidad de contenerla mediante excepciones; en realidad, se trata de una vía de apremio no precedida de una fase de cognición, donde falta la controversia entre las partes y se procura reducir al máximo la intervención tanto del deudor como de terceros, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento, salvo en los supuestos taxativamente fijados en el artículo 132 LH.* Por último, más recientemente, la STC 69/1995, de 9 de mayo insiste en su naturaleza de proceso especial al afirmar que *el llamado procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH es un proceso especial de ejecución dirigido a la realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición, y que se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de defensa; se trata de un procedimiento que excluye la controversia entre las partes y reduce al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento fuera de los cuatro supuestos taxativamente señalados en el artículo 132 LH, remitiendo todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados al correspondiente juicio declarativo. Es, precisamente, esta posibilidad que queda abierta a todos los interesados de acudir a la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos lo que ha llevado a este tribunal a declarar que la regulación legal de los arts. 131 y 132 LH no vulnera el derecho a la defensa reconocido en el art. 24.1 CE. Por otra parte, la sumisión del deudor al proceso de ejecución hipotecaria que deriva del carácter voluntario del título que abre la ejecución (art. 130 LH), y la naturaleza real del derecho de garantía de la hipoteca determinan que la presentación que la demanda con los documentos preceptivos y el requerimiento de pago al deudor, así*

de ejecución o vía de apremio muy especial, que no encaja en la normativa procesal ordinaria, que basa el proceso de ejecución en una sentencia previa, cuando aquí no la hay, ni fase de cognición alguna, por lo que , bajo esa denominación de proceso de ejecución, lo que hay en realidad es una ejecución de la base registral de la hipoteca.

En definitiva, GARCIA GARCIA insiste en su concepción de vía de apremio, enfatizando la base estrictamente registral de este procedimiento, de tal modo que lo que no está en el Registro no puede ejecutarse, de acuerdo con los principios de inscripción constitutiva de la hipoteca y de legitimación registral.

Dado lo anterior, podría hacerse una crítica a esta teoría, pues sin atreverse a calificar abiertamente a la hipotecaria como auténtico proceso de ejecución, se empeña en definirlo sin más como vía de apremio, negando la existencia de partes procesales y controversia entre ellas, cuando en realidad no es así, toda vez que, como se verá más adelante, existe litis, controversia, conflicto entre partes, que tiene su origen en el incumplimiento del deudor y posterior reclamación del acreedor, fundamentada en su título ejecutivo y, en consecuencia, existe proceso.

La confusión en que incurre esta teoría, al identificar la vía de apremio con el proceso de ejecución, se plasma expresamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1998, cuando afirma que, indudablemente, el procedimiento judicial sumario del artículo 131 Ley hipotecaria constituye un medio de realización del crédito real, a través de una vía de apremio o proceso de ejecución en sentido estricto, tratándose, en definitiva, de un procedimiento de apremio y, aun cuando su regulación se tiene que acomodar a las específicas reglas contenidas en el precitado artículo 131, ello no impide su sometimiento a las prescripciones propias de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, en cualquier caso, siempre será de aplicación supletoria.

Por su parte, el Tribunal Constitucional incurre en la misma confusión conceptual al advertir en la Sentencia 64/1985 que, en realidad, se trata de una vía de apremio no precedida de una fase de cognición. Según el Tribunal citado, falta la controversia entre las partes y se procura reducir al máximo la intervención tanto del deudor como de terceros, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento, salvo

---

*como la notificación, en su caso, de la existencia del procedimiento a los terceros poseedores, acreedores y titulares de derechos reales limitados sobre la finca gravada, sean suficientes para iniciar la fase de apremio o de realización del valor, sin que se reconozca al deudor y a los demás interesados más legitimación o intervención en el procedimiento que la dirigida a evitar la enajenación forzosa de la finca gravada mediante el pago de la cantidad reclamada, o a permitir su participación en la subasta.*



en los cuatro supuestos taxativamente fijados en el art.132 de la LH; todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores, y los demás interesados, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda<sup>104</sup>. Subsiste dicha confusión incluso en la regulación vigente de la LEC de 2000 pues no falta algún posicionamiento doctrinal que proclama que la ejecución hipotecaria se concibe ahora como una especialidad del procedimiento de apremio ordinario.<sup>105</sup>

### C) La ejecución hipotecaria como proceso de ejecución.

Tal y como ha quedado dicho, actualmente está fuera de duda la naturaleza jurídica de la ejecución sobre bienes inmuebles en cuanto proceso de ejecución especial, dado que concurren una serie de especialidades que no tienen mayor trascendencia, como son los presupuestos de tasación de la finca hipotecada y la determinación del domicilio del deudor o como son las normas de competencia territorial, pero también las hay con mayor relevancia, como la que atiende al incidente de oposición a la ejecución<sup>106</sup>. Esta es la línea doctrinal mantenida sin fisuras vigente la actual Ley procesal civil.

Fue GUASP<sup>107</sup> el primer autor que se atrevió a definir la ejecución hipotecaria como un verdadero proceso de ejecución; para él<sup>108</sup>, la naturaleza jurídica del

---

<sup>104</sup> Insiste, entre otras, en la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria como simple vía de apremio, la Sentencia de la AP de Barcelona de 14 de febrero de 1990 cuando refiriéndose a la notificación del procedimiento al tercer poseedor, afirma que tiene por objeto una invitación al pago, evitar la ejecución de la hipoteca. No tiene, pues una asimilación a citación o emplazamiento para constituirse en parte o ser llamado a la litis, sino que se trata más bien de brindar al tercer poseedor la posibilidad de evitar el apremio sobre la finca mediante el pago de la cantidad señalada por el acreedor. De la misma manera, si el deudor debe tener conocimiento de esa vía de apremio no es para que se defienda en ella, sino sólo para que pueda pagar.

<sup>105</sup> GÓMEZ SALCEDO, *La Ley de Enjuiciamiento civil tras dos años de vigencia*, (Directores): LÓPEZ LÓPEZ y ALEGRET, Estudios de Derecho Judicial, nº 44, CGPJ 2004, pág. 845.

<sup>106</sup> Tal y como sintetiza MONTERO, el incidente de oposición a la ejecución es común a todas las ejecuciones, con la única excepción de las que tengan por finalidad exclusiva la realización de una garantía real, las cuales tienen régimen especial. Este régimen se centra, primero, en la tramitación procedimental del incidente, que se regula en el artículo 695.2 de modo distinto al previsto en general en los artículos 557 y 560 para la oposición por motivos de fondo cuando la ejecución está fundada en títulos no judiciales ni arbitrales, y, segundo, en las causas de oposición admisibles. Con relación a estas causas, que es lo trascendente en la ejecución, el artículo 695 distingue entre causas especiales y causa general. Las primeras atienden, por un lado, a la hipoteca constituida en garantía de cuenta corriente de crédito, y, por otro, a la hipoteca sobre bienes muebles, y en los dos casos se trata de supuestos que no pueden servir para caracterizar la ejecución hipotecaria. Lo que nos importa es la causa general, la que sí sirve para explicar la oposición a la ejecución hipotecaria. Y, esa causa, aparentemente, permite que el ejecutado oponga la extinción de la garantía hipotecaria y la extinción de la obligación garantizada.

<sup>107</sup> Todo lo cual explica MONTERO, ob, cit, págs. 212 a 218.

<sup>108</sup> En efecto, GUASP llega a la conclusión de que el procedimiento del artículo 131 LH es un proceso de ejecución partiendo de lo siguiente: "en el proceso de ejecución no se trata, pues, de examinar una pretensión para formar la orden de que sea actuada, sino pura y simplemente de actuarla; de aquí que en el desarrollo de esta manifestación específica de la tutela procesal falte normalmente una fase destinada a que el Juez reciba y compare las posibles alegaciones contradictorias de las partes. Y como precisamente tal falta era la nota específica que se había encontrado en el procedimiento hipotecario, de

procedimiento judicial sumario del art. 131 LH es la propia de un proceso de ejecución<sup>109</sup> y, a partir de tal consideración, centra sus esfuerzos doctrinales en dilucidar en cuál de los procedimientos de ejecución que se contemplaban en la LEC de 1881 podía incardinarse. En este sentido, dicho autor se remite a los orígenes del procedimiento en la Ley de 1909, que lo habría regulado con la finalidad de salvar los inconvenientes que el juicio ejecutivo presentaba en la ejecución sobre inmuebles hipotecados, existiendo entre éste y aquél profundas diferencias, que se centran en que en el juicio ejecutivo faltaba la característica específica más relevante del procedimiento hipotecario, es decir, la ausencia de un periodo procesal destinado a que el Juez examine las posibles alegaciones contradictorias de las partes. Dicho lo anterior, GUASP afirma que el juicio ejecutivo, a pesar de su nombre, no es un verdadero proceso de ejecución, pues en él existe una fase de *cognitio* judicial, de modo que el acto de voluntad a ejecutar no está contenido en el título que da origen a la ejecución, sino en la sentencia de remate.

Excluido que el proceso sumario hipotecario pueda incardinarse dentro del juicio ejecutivo (que, a juicio de GUASP no era verdadero proceso de ejecución), atiende a la ejecución de sentencias para determinar si la hipotecaria puede incardinarse en este ámbito y, a tal fin, se remite a los artículos 919 a 958 de la LEC de 1881 y dentro de ellos, más concretamente, a los relativos a la sentencia que condena al pago de una cantidad líquida, es decir, a los artículos 921 y 922, concluyendo, en síntesis, que el procedimiento de apremio de la LEC y, más concretamente, el apremio sobre bienes inmuebles es la forma común del proceso de

---

aquí que quepa afirmar ahora que su propia naturaleza jurídica está en ser un proceso de ejecución". GARCIA GARCIA, ob. cit, pág. 40.

<sup>109</sup> Explica la diferencia entre proceso de ejecución y proceso de declaración GUTIERREZ DE CABIEDES, *La enajenación forzosa*, Universidad de Navarra, 1966, págs. 15 y 16, y lo hace en función del tipo de actividad que en uno y otro despliega el órgano jurisdiccional. Así, mientras que en el proceso de declaración se pide al Juez que emita una declaración de voluntad, en el de ejecución se solicita de él una manifestación de voluntad. El proceso de declaración produce una transformación o fijación ideal de la realidad jurídica. El proceso de ejecución una transformación real y sensible de esta realidad. El primero suele ser el antecedente del segundo. El segundo, un complemento necesario del primero cuando éste no baste. La ejecución propia forzosa supone una obligación incumplida y reconocida por una sentencia de condena o un título que lleva aparejada ejecución. Cuando el título ejecutivo es una sentencia, sólo las de condena son aptas para producir la ejecución; no las declarativas y constitutivas, que en la misma declaración o transformación ideal agotan su fin y que, en todo caso, sólo podrán lugar a una ejecución impropia. La sentencia de condena, los títulos para judiciales que causen ejecución y los contractuales que la lleven aparejada son los únicos títulos aptos para producirla fundando la ejecución ejecutiva. El reconocimiento de la deuda en un título de esta índole no basta si el deudor no quiere voluntariamente cumplir la obligación declarada. Es necesario en este caso acudir al instrumento forzoso de la ejecución para lograr una satisfacción efectiva del crédito. La función del proceso de ejecución es respecto al derecho tan de carácter instrumental como lo es la función del proceso de declaración respecto a éste. Ambos son el instrumento que el Estado crea para el cumplimiento del Derecho. La diferencia estriba, y en ello radica la independencia de cada uno de los procesos, en el modo de realizarse esa instrumentalidad. Mientras el proceso de declaración la lleva a cabo enjuiciando, valorando, el proceso de ejecución la realiza expropiando, pagando. Satisfacer coactivamente la obligación incumplida, he ahí la función del proceso de ejecución.

ejecución cuando el título es una sentencia, y el procedimiento judicial sumario de la LH es una forma especial de ese proceso, en la que el título es la escritura de constitución de la hipoteca.

Toda vez que GUASP considera que el procedimiento judicial sumario hipotecario, es un proceso de ejecución, niega la vigencia del principio de contradicción;<sup>110</sup> para este autor no existe tal principio, pero ello no es una especialidad, sino una consecuencia de su naturaleza de proceso de ejecución, pues admitir que el deudor pudiera oponerse a la actuación del título ejecutivo, alegando motivos de fondo o de forma, sería tanto como desnaturalizar la ejecución. Ahora bien, admite que de *lege ferenda* y, con relación a la forma procesal (no al fondo), podría admitirse una solución permisiva para evitar el carácter rígido del procedimiento, solución que en cualquier caso, no implica que pueda aplicarse la vigencia de este principio en el proceso de ejecución.

Quizás la principal crítica que actualmente pueda hacerse a la anterior afirmación de GUASP radica precisamente en la afirmación de la falta de vigencia absoluta del principio de contradicción en el procedimiento judicial sumario; no puede admitirse con rotundidad, antes al contrario, aun aceptando que este principio, igual que otros que rigen sin fisuras en el proceso de declaración, lo hace de manera disminuida en el de ejecución, está presente y, la falta de contradicción no puede presentarse como una característica más de éste<sup>111</sup>. Cuestión distinta es que pueda preconizarse su vigencia atenuada, pero, nunca su falta absoluta<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Para GUASP tampoco rigen los principios de oficialidad ni el de buena fe.

<sup>111</sup> En el Capítulo primero se examinaron los principios que informan el proceso de ejecución con carácter general y uno de ellos era precisamente el de contradicción; atenuada o disminuida pero un principio más también de la ejecución hipotecaria.

<sup>112</sup> MONTERO alerta de lo que a su juicio es una notoria contradicción en el argumento de GUASP cuando afirma: *"Guasp parece olvidar que en el procedimiento de apremio de la LEC, su artículo 1531 se refiere a los recursos de apelación, distinguiendo cuando se admiten en uno o en dos efectos, con lo que la falta de la contradicción ya no puede presentarse como el elemento que caracteriza en su esencia a este procedimiento, pero destaquemos, sobre todo, que a partir de este punto en la exposición de Guasp se produce un salto en el vacío que desconcierta al lector. Hasta ahora aludía a la oposición respecto de la forma, de los defectos procesales, y sin embargo, dice inmediatamente después que en el procedimiento judicial sumario de la LH se ha optado por la solución de denegar al deudor la impugnación de los defectos procesales, salvo en los cuatro casos del artículo 132 LH. El salto en la argumentación radica en que en los supuestos de dicho artículo 132, en que se admite la oposición, no se refieren al desarrollo procesal de la ejecución. El salto se confirma cuando luego sigue diciendo Guasp que todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones, o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilaran en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente ley, con lo que copia la ley sin distinguir ente lo que queda desplazado para el proceso declarativo. Ob, cit, pág. 216.*

Abundando en la tesis de GUASP, LA PLAZA afirma que se trata de un caso típico de proceso de ejecución o de ejecución procesal, cualificado por la circunstancia de que versa precisamente sobre bienes inmuebles.<sup>113</sup>

Igualmente, ARAGONESES<sup>114</sup> califica a la ejecución hipotecaria como un proceso especial, dentro de los procesos de ejecución, dado que se da para hipótesis concretas y particulares; concretamente, reconoce el autor citado que, la Ley parece configurarlo como una especialidad del proceso de ejecución común (la ejecución dineraria), cuyo régimen se aplica con carácter subsidiario. No en vano, los artículos que regulan la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (681 a 698) se incluyen a su vez dentro de la ejecución dineraria, y el propio artículo 681 somete a este procedimiento, las disposiciones de dicha ejecución con sus especialidades propias reseñadas en los artículos citados.

Para SASTRE PAPIOL, puede afirmarse sin ambages que nos hallamos ante un proceso de ejecución dineraria, con singularidades subrayadas en la propia ley<sup>115</sup>. Así lo confirma<sup>116</sup> cuando concluye que se trata de un proceso de ejecución singular caracterizado por las notas de especialidad y sumariedad. Con la primera nota de “especialidad”, el autor quiere destacar que se trata de la ejecución de un bien concreto gravado con el derecho real de hipoteca, debidamente inscrita en el Registro de la propiedad, lo que lleva a que la actuación ejecutiva merezca una inserción sistemática dentro de la ejecución dineraria a que hace referencia el Capítulo V, titulado “*de las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*”. El carácter sumario se desprende de la brevedad de los trámites procesales, eludiendo distintas normas del procedimiento de apremio relativas a la valoración del bien a efectos de subasta. Por consiguiente, no se emplea aquí el término *sumario* en sentido técnico, entendido como procedimiento cuya sentencia no

---

<sup>113</sup> Afirma, igualmente, que la acción que en él se ejercita tiene naturaleza real, aunque el lastre del vínculo personal que tiene por base no quede totalmente abandonado. Y que es inexacta y además expuesta a confusión, la calificación de sumario con que se pretende establecer la última diferencia de este procedimiento. Lo sumario supone siempre abreviación de trámites de un procedimiento ordinario, no establecimiento de un procedimiento distinto. Por último, matiza que nos hallamos ante un procedimiento dispositivo, por oposición al convencional, en el sentido de que como dice el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, sus trámites no pueden ser alterados por convenio entre las partes. LOPEZ LIZ, ob, cit, págs. 22 y 23.

<sup>114</sup> *Derecho Procesal Civil, Tomo II, Parte especial: procesos declarativos y de ejecución*. Guasp. y Aragonese. Ed. Thonsom Civitas, séptima edición, 2006, pág. 738.

<sup>115</sup> En contra de esta afirmación BERNALDO DE QUIRÓS, que refiriéndose al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 afirmó que *en él la actuación del derecho de hipoteca puede, en rigor, desenvolverse sin enfrentamientos entre partes y, por tanto, sin verdadero proceso. Derechos reales. Derecho hipotecario, tomo II*. Ed. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 3ª edición, Madrid, 1999, págs. 163 y 164.

<sup>116</sup> Ob, cit, págs. 390 y 391.

produce los efectos de cosa juzgada material, sino como sinónimo de brevedad, rapidez o celeridad de trámites<sup>117</sup>.

En esta misma tendencia argumentativa, FUENTES SORIANO<sup>118</sup> enmarca la ejecución hipotecaria dentro de los procesos de ejecución. La autora, partiendo del hecho de que la función jurisdiccional no se reconduce exclusivamente al proceso declarativo, sino también a la ejecución, y que esta última puede basarse tanto en títulos jurisdiccionales como extra jurisdiccionales, encuentra en la falta de cognición (o, por mejor decir, limitación de la cognición) el elemento clave a partir del cual catalogar como de ejecución al procedimiento que nos ocupa. En íntima conexión con esto último, reconoce, la autora citada, que precisamente la existencia de un título ejecutivo previo (la escritura pública de constitución de la hipoteca debidamente inscrita en el registro) es lo que permite igualmente considerar que nos encontramos ante un proceso de ejecución sobre cuya base cabe despachar ésta sin necesidad de ulterior cognición.

Por último, MONTERO insiste en la calificación de la ejecución hipotecaria como proceso de ejecución especial y al hacerlo subraya que es así con todas las consecuencias inherentes a dicha concepción. Para empezar, sostiene, que, dado que nos encontramos ante un auténtico proceso, operan necesariamente los principios que definen la esencia de todo proceso, como son los de dualidad de partes, contradicción e igualdad. No puede existir un proceso en el que no haya partes o en el que alguna de ellas pueda quedar indefensa. En consecuencia, las normas generales de la LEC son de perfecta aplicación también a las ejecuciones, y, lo son igualmente, las normas generales que sobre ejecución contiene el mismo texto legal.

---

<sup>117</sup> Recuerda GIMENO que los procesos sumarios y, también los especiales, aparecieron en la historia de nuestras instituciones procesales como consecuencia de la lentitud, carestía e ineficacia de los procesos ordinarios. Subraya como nota diferencia de los procesos sumarios, frente a los ordinarios y especiales, la ausencia de los efectos de cosa juzgada material de la sentencia dictada en los mismos. Dicha ausencia se produce como consecuencia de que el proceso sumario ostenta una cognición limitada a uno o a determinados aspectos de la relación jurídica material, por lo que, naturalmente, tales efectos de la cosa juzgada habrán de limitarse a esos aspectos concretos que han sido objeto de cognición., produciéndose una limitación objetiva de la cosa juzgada, la cual no se extiende a aquella parte de la relación jurídica material que no ha sido objeto del proceso sumario y, con respecto a la cual, no obstante, haber recaído sentencia firme en dicho procedimiento, puede replantearse el litigio a través del procedimiento declarativo correspondiente. Como características secundarias, menciona GIMENO, la limitación de los medios de ataque y defensa de las partes, así como la de determinados medios de prueba, todo ello en punto a obtener una mayor rapidez en el tratamiento del objeto procesal, si bien, ni ésta última nota configura por sí sola a los procesos sumarios, ni es la celeridad un fin exclusivo de tales procedimientos, puesto que también es perseguida por los denominados plenarios rápidos (actual juicio verbal) o por determinados procesos especiales (tutela civil de los derechos fundamentales o impugnación de acuerdos). *Derecho procesal civil, II, Los procesos especiales*. Ed. Colex, 2005, págs. 77 y 78.

<sup>118</sup> Ob, cit. págs. 23 a 34.

En todo caso, del tenor literal de la vigente LEC no puede deducirse conclusión contraria a la de la doctrina mayoritaria, pues en la propia Exposición de Motivos se habla expresamente de proceso de ejecución de créditos garantizados con hipoteca. En el texto de la Ley, el Capítulo V se intitula *De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*, dentro del Título IV, que es el que se ocupa de la ejecución dineraria y, por último, el artículo 579 habla de la ejecución que se dirige exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de una deuda dineraria, con lo que resulta inequívoca su voluntad de atribuir a la hipotecaria la naturaleza jurídica de proceso de ejecución especial que se viene afirmando y no cualquier otra distinta.

## II. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN LA JURISPRUDENCIA.

La naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria o del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, se ha movido en el terreno jurisprudencial con poco debate, pues la mayor parte de las Sentencias que se han pronunciado al respecto lo han hecho con poca diferencia: o bien la califican de procedimiento de apremio o bien de proceso de ejecución, al margen de si en éste último caso le añaden el calificativo de especial, singular, peculiar o especialísimo.

Ya afirmamos anteriormente la confusión conceptual en que se incurre cuando se identifican absolutamente expresiones como vía o procedimiento de apremio y proceso de ejecución, confusión que se ha trasladado a los tribunales y que se mantiene en parte porque se reitera en la nueva LEC, que al igual que su antecesora utiliza la expresión “procedimiento de apremio” no sólo para referirse a la fase de realización<sup>119</sup> de los bienes embargados y su conversión en dinero (que es lo que tradicionalmente ha sido), sino como sinónimo de procedimiento de ejecución de condenas pecuniarias (lo que incluye también el despacho de la ejecución, la búsqueda de bienes, la traba y la medidas de garantía de la traba). Esta confusión de la parte por el

---

<sup>119</sup> La fase de realización de los bienes o procedimiento de apremio equivale a venta o adjudicación de ciertos bienes para obtener una cantidad de dinero, pero para el proceso de ejecución debe entenderse en sentido amplio, de modo que incluya tanto las actividades que culminan en la venta o enajenación como aquellas que consisten en que el acreedor se resarza de su crédito cobrándose con los productos que produzcan los bienes embargados son necesidad de que estos salgan del patrimonio del deudor, o aquellas otra en que, de modo principal o subsidiario, el resarcimiento consiste en la adjudicación en pago a acreedor ejecutante de los bienes embargados. La LEC prevé tres grandes formas de realización: a) la venta de los bienes embargados a la que puede llegarse de tres formas: tras una pública subasta; a través de la intervención de una persona o entidad especializada; o, finalmente, en virtud de lo que se haya pactado en un convenio de realización; b) la adjudicación forzosa (a favor del ejecutante y en pago de su crédito); y c) la administración forzosa o para pago.

todo se produce en el artículo 242, late en el art. 375.2 y es especialmente desafortunada en el artículo 528.3, pues antes de realizar, (que es lo propio del procedimiento de apremio), es preciso encontrar y afectar aquello que va a ser realizado<sup>120</sup>.

En la línea ya anunciada de considerarlo como un procedimiento de apremio, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 1992 señala que el *procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del art. 131 LH tiene carácter especialísimo y lo es de apremio directamente, careciendo de fase procesal de oposición o controversia entre las partes y por supuesto con terceros; no es un juicio propiamente dicho sino un simple proceso de ejecución en que se ejercita la acción hipotecaria que, como real que es, lo hace directamente sobre los bienes hipotecados como señala el art. 129, siendo indiferente quien sea el propietario al momento de la ejecución y más el poseedor con título posterior a la hipoteca, siendo por principio un proceso privilegiado tendente a la realización del crédito hipotecario y de ahí sus limitaciones de oposición en cualquier forma que pretenda su suspensión y la de sus efectos, que sólo son las recogidas con carácter de “numerus clausus” en el art.132, que añade que todas las demás reclamaciones que se pueden formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer este especial procedimiento.* El presente auto que, de un lado, tal y como se ha podido constatar, nos habla de la ejecución hipotecaria como una vía de apremio y, de otro, como un simple proceso de ejecución, incurre más adelante en un error importante cuando afirma contundentemente que en este especial procedimiento del art. 131 de la Ley hipotecaria no hay partes<sup>121</sup> propiamente dichas, obviando que es de esencia de cualquier proceso que lo sea en verdad la existencia de partes, es decir, de un lado,

---

<sup>120</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Lurgium, 2001, pág. 367.

<sup>121</sup> Y esto al margen del criterio clasificatorio que se utilice. Siguiendo a GARBERÍ, *Introducción al nuevo proceso civil, volumen I*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, págs. 73 y 74, las partes de un proceso, según la posición que ocupan en el mismo pueden ser activas cuando ejercitan el derecho de acción y deducen la pretensión, y pasivas, cuando se oponen a la misma, deduciendo la oportuna resistencia; en función de si la pretensión se ejercita de manera autónoma o subordinada y de la afectación por los efectos de cosa juzgada, hay partes principales, que formulan su pretensión o resistencia de manera autónoma, resultando afectadas directamente en sus derechos subjetivos por los ulteriores efectos de la cosa juzgada, y partes accesorias que actúan de modo subordinado, encontrándose afectadas por la cosa juzgada tan solo de manera indirecta. Las partes principales son dueñas del ejercicio del derecho de acción, ostentan el pleno dominio sobre las pretensiones deducidas y pueden realizar cualesquiera actos procesales. Las subordinadas o accesorias, en cambio, no pueden modificar el objeto litigioso delimitado por las partes procesales, ni provocar ninguna crisis procesal que determine la finalización anticipada del pleito, limitándose la congruencia de la sentencia a lo pedido y resistido por las partes principales, si bien las accesorias estarán facultadas para ejercitar todos los medios de ataque, defensa e impugnación que coadyuven al triunfo de la pretensión de alguna de las partes principales. Por último, distingue entre parte en sentido material, que es la que ostenta la titularidad del derecho o interés litigioso, y parte en sentido formal o procesal, que es la que comparece en juicio como parte demandante o demandada.

parte activa que ejercita el derecho de acción y deduce la pretensión y, de otro, parte pasiva que se opone a dicha pretensión deduciendo la oportuna resistencia. ¿Está considerando el auto que en el proceso de ejecución no hay partes? ¿Es la ejecución hipotecaria una vía de apremio o un proceso? El caso es que el referido auto llega a afirmar que la personación de quien comparece por cualquier motivo no tiene la misma importancia y trascendencia que en un proceso ordinario, pero como quiera que si en algo se caracteriza un proceso es por la existencia de partes y la vigencia del principio de contradicción<sup>122</sup>, el auto yerra cuando niega la existencia de partes en la ejecución hipotecaria y se contradice abiertamente, porque, o bien estamos ante un proceso y, por consiguiente, hay partes procesales, o no estamos ante un proceso ni hay partes procesales. Insiste en la misma argumentación el auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 8 de febrero de 1994 cuando afirma que este procedimiento no es desde luego declarativo, ni siquiera ejecutivo, sino directamente un procedimiento de apremio que se dirige contra los bienes hipotecados<sup>123</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de diciembre de 1991, establece que el art. 131 LH regula simplemente una vía de apremio dirigida directamente contra los bienes hipotecados, lo que exige que la deuda cuya efectividad se pretende por esa vía sea líquida y exigible.

Por el contrario, la consideran como proceso de ejecución, entre otros, el Auto de la AP de Córdoba de 5 de junio de 1995 que después de caracterizar a la ejecución hipotecaria por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de posibilidades de defensa mediante la formulación de excepciones, lo que no afecta al derecho de defensa<sup>124</sup>, la define expresamente como peculiar procedimiento ejecutivo<sup>125</sup>. O el Auto de la AP de Asturias de 22 de julio de 1997, que la cataloga como de proceso especial de ejecución dirigido a la realización del valor de la finca hipotecada que carece de una fase de cognición, y que se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades

---

<sup>122</sup> Es el de contradicción, junto con el principio de igualdad, uno de los principios inherentes a la estructura del proceso, de tal forma que, recuerda GIMENO, si vienen a faltar, podrá hablarse de la existencia de una fórmula autocompositiva, de un mero procedimiento, pero nunca de un proceso. Tienen dimensión constitucional por encontrarse implícitos en el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE. *Introducción al derecho procesal*, Ed Colex, 2003, pág. 263.

<sup>123</sup> En el mismo sentido, SSTs de 21 de febrero de 1985 y de 25 de abril de 1998; ésta última afirma textualmente: *la naturaleza peculiar que corresponde al proceso judicial sumario, es la propia de ser un medio de realización de un crédito real a través de una vía de apremio o proceso de ejecución estricto*. También, entre otros, el Auto de la AP de Lleida, sección 2ª, de 24 de noviembre de 1999.

<sup>124</sup> En perfecta consonancia con lo declarado en las SSTC 4/1981, 64/1985 y 8/1991, entre otras.

<sup>125</sup> El auto de la AP de Madrid de 25 de abril de 2002, vuelve a definirla como excepcional procedimiento, mientras que el auto de 30 de abril de 2009 lo entiende como proceso de ejecución.



de defensa<sup>126</sup>. El Auto de la AP de Madrid, sección 18ª, de 17 de marzo de 1998, señala que el procedimiento judicial sumario establecido en el artículo 131 de la Ley hipotecaria, es un procedimiento en el que se ejercita la acción hipotecaria directamente contra los bienes inmuebles que garantizaban el cumplimiento de una obligación, es decir, un verdadero procedimiento de ejecución al que se accede en virtud del título de constitución de la hipoteca, que aparece regulado en la Ley hipotecaria, sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado convencionalmente.

Para finalizar con la presente alusión a la Jurisprudencia menor, baste con señalar que la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, en Auto de 14 de febrero de 2002<sup>127</sup>, remitiéndose a lo ya dicho por doctrina y Jurisprudencia, declara que nos encontramos ante un proceso de ejecución, extremo que confirma la propia Exposición de motivos de la vigente LEC y la propia sistemática de su regulación en el Libro III.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente acerca de la especial naturaleza del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria y su constitucionalidad. Considera que es un proceso especial de ejecución mediante el cual el acreedor hipotecario ejercita el *ius distrahendi* que le confiere el derecho real de hipoteca para conseguir la realización del valor de la finca hipotecada y obtener así la satisfacción de su derecho de crédito.

El incumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca es una *conditio iuris* de la realización. Durante la fase de seguridad de la hipoteca se produce una sujeción potencial de la finca a la hipoteca. Cuando se incumple, esa sujeción potencial se actualiza sobre su valor en cambio, merced al procedimiento de ejecución (STC 18 de diciembre de 1981).

Más recientemente, la STC 69/1995, de 9 de mayo, insiste en su naturaleza de proceso especial al afirmar que *el llamado procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH es un proceso especial de ejecución dirigido a la realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición, y que se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de defensa; se trata de un procedimiento que excluye la controversia entre las partes y*

---

<sup>126</sup> Con cita, además de las SSTC 6/1992 Y 217/1993. En el mismo sentido, Auto de la AP de Barcelona, sección 14ª, de 20 de julio de 2004.

<sup>127</sup> Con cita de la STC 223/1997, SSTs de 31 de julio de 1986, 4 de febrero de 1987, 10 de diciembre de 1991, y de 25 de abril de 1998.

reduce al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento fuera de los cuatro supuestos taxativamente señalados en el artículo 132 LH, remitiendo todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados al correspondiente juicio declarativo.

### III. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN LA LEC 1/2000.

#### 1) Proceso de ejecución especial.

Desde la más estricta literalidad de la Ley, no podría definirse el procedimiento de ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados como proceso especial encuadrable en el Libro IV de la LEC, porque si el legislador del año 2000 hubiera querido concederle ese tratamiento distintivo, lo hubiera regulado en dicho ámbito que es donde se ubican este tipo de procedimientos bajo esa denominación específica. No obstante, el matiz carece de trascendencia práctica, dado que, al margen de si se le llama genéricamente proceso especial o proceso ordinario de ejecución con especialidades, resulta innegable que la ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles descansa en una serie de particularidades que la separan de la ejecución ordinaria, lo que la convierte “*de facto*” en proceso de ejecución especial. Como señala GIMENO, el propio texto procesal regula otros muchos procedimientos especiales fuera del Libro IV que bien merecerían recibir directamente esa consideración, habida cuenta que la reducción de los procesos especiales que hace el legislador es más aparente que real, pues, tras el compendio de lo que llama procesos especiales en el Libro IV, con la voluntad declarada de reducirlos al máximo, subyace un buen número de procedimientos con especialidades importantes que convierten a estos en especiales “*strictu sensu*” a pesar de no quedar incluidos en dicho Libro de la LEC<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> Así lo indica GIMENO, *Derecho procesal civil, II, proceso especiales*, Ed. Colex, 2005, pág. 235, cuando afirma que nuestro sistema procedimental se caracteriza por la yuxtaposición de los procesos ordinarios con los especiales y sumarios, pudiéndose entender por procesos especiales los destinados exclusivamente al enjuiciamiento de determinadas relaciones jurídicas materiales, con respecto a las cuales el legislador ha decidido que se tramiten con arreglo a determinadas normas procesales específicas, con exclusión de los juicios ordinarios, de tal suerte que si el actor decidiera acudir a un juicio ordinario para plantear alguno de los referidos objetos litigiosos, habrá de prosperar la excepción de procedimiento inadecuado conforme el art. 423 LEC y se remitirá a las partes al procedimiento adecuado. Pero en la vigente LEC, tal y como recuerda, la regulación de los procesos especiales, cuyas sentencias, en ellos recaídas, y al igual que en los procesos ordinarios, gozan de la plenitud de los efectos de cosa juzgada (a diferencia de los sumarios), se realizan en dos ubicaciones sistemáticas: de un lado, en el Libro IV (arts. 748-827) y en los arts. 249.1 y 250.1, de otro, si bien legalmente tan solo merecen dicha calificación de procesos especiales los contemplados en dicho Libro IV, lo que hace que califique al primer grupo de procedimientos como especiales típicos, para diferenciarlos de los contemplados en los

Sentado el carácter de proceso, no procede catalogar a esta ejecución como manifestación específica de jurisdicción voluntaria<sup>129</sup>, tal y como han hecho algunos autores, si se repara en su carácter netamente jurisdiccional como consecuencia de la existencia de un conflicto; además, tal carácter viene confirmado por la inclusión de su regulación en el texto procesal civil, extrayéndola<sup>130</sup> de la Ley hipotecaria en donde no debía figurar por constituir un procedimiento claramente judicial y jurisdiccional<sup>131</sup>; si bien es cierto que esta ejecución hipotecaria se caracteriza esencialmente por una limitación extraordinaria de la cognición judicial<sup>132</sup>, también puede decirse que cierta labor cognitiva por parte del Juez es necesaria en todo proceso de ejecución, en el que se puede formular oposición<sup>133</sup>, incluso tras la reforma producida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial<sup>134</sup>, que a pesar de conferir al secretario judicial la mayor

---

referidos arts. 249.1 y 250.1, con respecto a los cuales la doctrina es pacífica a la hora de conceptuarlos como procesos ordinarios con especialidades procesales. Para GIMENO y MORENILLA ALLARD, la calificación que ha efectuado el legislador de la LEC 1/2000 de los procesos especiales no puede ser más defectuosa, por cuanto, de un lado, dentro del libro IV se regulan procedimientos, que como es el caso de los procesos monitorios y cambiario, no son procesos especiales y, de otro, no todos los procesos previstos en los arts. 249.1 y 250.1 son procesos ordinarios con especialidades, pues también en dichos preceptos se contemplan procesos sumarios, como el derecho de rectificación, el desahucio por falta de pago, los procesos posesorios, los de tutela de derechos inscritos en el Registro de la propiedad, los de alimentos o ventas a plazos, circunstancias todas ellas que abonan por una reordenación sistemática de todos ellos dentro de las tres grandes categorías doctrinales, cuales son los procesos ordinarios, especiales y sumarios.

<sup>129</sup> Controvertida en el seno de la doctrina es la cuestión de su naturaleza jurídica, habiendo opiniones para casi todos los gustos, destacadas por FERNANDEZ DE BUJAN quién recuerda que se la considera como actividad netamente jurisdiccional, pero también como actividad administrativa. Asimismo, desde una óptica conciliadora e intermedia, se ha mantenido que es una actividad sustancialmente administrativa desarrollada bajo formas jurisdiccionales y se ha afirmado, igualmente, que la jurisdicción voluntaria se encuadraría en una zona limítrofe entre la función jurisdiccional y la función administrativa. También se ha propugnado por parte de la doctrina, su consideración como actividad autónoma del Estado y su inclusión en el denominado sistema cautelar o garantista de derechos. Incluso se ha llegado a cuestionar la validez del carácter convencional de la propia expresión. FERNANDEZ DE BUJAN, *Hacia una teoría general de la Jurisdicción voluntaria (I)*. Ed. Iustel 2007, págs. 48 y siguientes.

<sup>130</sup> Con excelente criterio por parte del legislador, a juicio de GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución forzosa en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Civitas, 2003, pág. 867.

<sup>131</sup> La cuestión de dónde debían ubicarse las normas atinentes a la ejecución hipotecaria, antes procedimiento judicial sumario, ya fue objeto de discusión en el debate parlamentario que se produjo en el Senado con motivo del proyecto de ley de 1909 en el que SANCHEZ ROMAN sostuvo que la introducción del procedimiento judicial sumario no debía hacerse en la Ley Hipotecaria sino que debía esperarse a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, ya se era consciente que se estaba ante normas procesales que debían estar en la LEC y que si no era así se debía a razones contingentes. La LEC del año 2000, precisa MONTERO, no hace sino volver las aguas a su cauce; los procesos de ejecución se deben regular en la ley procesal civil.

<sup>132</sup> Así lo confirma SASTRE PAPIOL, *La ejecución de bienes hipotecados, Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, Volumen III*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Pág. 389, cuando asevera que nos encontramos ante un proceso de contradicción limitada. Acaso sea esta característica la que haya llevado a los autores a afirmar que la nueva ejecución hipotecaria de la garantía hipotecaria se destaca por su continuidad.

<sup>133</sup> Precisamente, la existencia de un cauce formal de oposición ha servido para que algunos autores (PEDRAZ) haya afirmado que con ello que se desvirtúa el primigenio proceso de ejecución hipotecaria más cerca ahora en verdad de un juicio ejecutivo.

<sup>134</sup> Estipula el artículo 695.2 que formulada oposición, *el secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día*. Por consiguiente, a pesar del protagonismo que se concede a los secretarios

parte de las competencias dentro del proceso de ejecución<sup>135</sup>, sigue atribuyendo al juez la resolución de las escasas cuestiones controvertidas que, en su seno, puedan plantearse.

En definitiva, nos hallamos ante un auténtico proceso, por cuanto hay “*litis*”, controversia, intereses contrapuestos entre acreedor y deudor; en ocasiones, oposición formal por causas tasadas<sup>136</sup>, pero oposición al fin y al cabo. Cuestión distinta es que sobre la base del título ejecutivo no exista fase cognitiva propiamente dicha en la que las partes puedan formular alegaciones.

En cualquier caso, está ausente en la ejecución hipotecaria la nota esencial de la jurisdicción voluntaria (a tenor de la definición que postula el art. 1811 de la LEC de 1881), vigente en este punto,<sup>137</sup> cual es la ausencia de contradicción o contenciosidad; por el contrario, la existencia de conflicto en una ejecución hipotecaria está fuera de duda, toda vez que el acreedor solicita al juez que despache ejecución frente a su deudor con base en el incumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca y el título ejecutivo correspondiente.

---

judiciales en el proceso de ejecución con la referida reforma es voluntad del legislador que allí donde existe cierta cognición, aun limitada, tenga que ser resuelta por parte del tribunal, único titular de la función jurisdiccional.

<sup>135</sup> Clara en este punto es la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009 cuando refiriéndose a la ejecución, confirma no obstante que la atribución de competencias al Secretario no es absoluta: “*el artículo 456.3 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Secretarios Judiciales la ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados. Como consecuencia de esta atribución ha sido preciso modificar profundamente el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratando de delimitar claramente las competencias que pueden ser asumidas por los Secretarios judiciales de aquéllos a que se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando reserva a los Jueces y Tribunales determinadas decisiones. Entre las atribuciones destacadas, se encuentra la decisión de las medidas ejecutivas concretas para llevar a cabo lo dispuesto por la orden general de ejecución. Habiéndose otorgado a los Secretarios judiciales la mayor parte de las actuaciones del proceso de ejecución, ello lleva consigo que también se les atribuya la decisión acerca de la acumulación de las ejecuciones.*”

<sup>136</sup> Habrá ocasión de dedicar atención específica al tema de la oposición en la ejecución hipotecaria actual. Sirva de momento anunciar, sin ánimo exhaustivo, tal y como recuerda GÓMEZ SALCEDO, *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Estudios de Derecho Judicial, nº 44, CGPJ 2004, págs. 851 y 852. que se regula en los arts. 695 a 698 y que en ellos se adopta un régimen más amplio que el anterior contenido en el derogado artículo 132 de la LH. Antes dicho artículo admitía como causa de suspensión de la ejecución la cancelación de la hipoteca, hecho que se debía justificar mediante certificación registral acreditativa de la cancelación o mediante escritura de cancelación presentada en el Registro. Ahora el artículo 695 va más allá y se refiere, no sólo a la extinción de la garantía, también alude a la extinción de la obligación garantizada, lo que cabe justificar al margen del Registro mediante escritura pública de carta de pago o cancelación de la garantía. Hay que hacer notar que el artículo 695 alude a la oposición del ejecutado por extinción de la hipoteca o de la obligación garantizada, sin embargo no parece lógico que exista impedimento para que cualquier interesado pueda formular, como antes, oposición por extinción de la hipoteca ante la certeza de que la ejecución carece en tal caso de objeto.

<sup>137</sup> Elemento que ha destacado, asimismo, la Jurisprudencia. Entre otras, en Sentencias de 5 de julio de 1994 y 1 de octubre de 1996, en relación al juicio de testamentaria.

En esta línea argumentativa, MONTERO<sup>138</sup> considera resuelta de forma definitiva la cuestión de la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria al definirla como proceso especial de ejecución por obligaciones dinerarias, radicando su especialidad, no tanto en el procedimiento, cuanto en la oposición; asimismo, afirma que sólo desde esa naturaleza puede explicarse que las ejecuciones hipotecarias se regulen en la LEC, que los artículos 681 a 689 contengan algunas especialidades y que para todo lo demás se esté a lo previsto para el proceso de ejecución ordinario. De todas formas sigue siendo de interés conocer el debate doctrinal mantenido a lo largo del siglo XX sobre el procedimiento judicial sumario, porque, continua el autor citado, es muy revelador de errores de concepto<sup>139</sup> y demuestra la falta de claridad sobre la naturaleza jurídica del proceso de ejecución<sup>140</sup>. Para este autor, los legisladores anteriores a la LEC de 2000 partían de falta de claridad conceptual, pues lo único que tenían claro era el objetivo político de la normativa hipotecaria<sup>141</sup>, cuya finalidad consistía exclusivamente en la difusión del crédito territorial y la reducción del interés del dinero, pero desconocían la naturaleza del instrumento que estaban creando para lograr ese objetivo.

Buena muestra del desconcierto conceptual al que se alude resulta inequívocamente de la terminología utilizada para definir la esencia del proceso de ejecución hipotecaria, (se proyecta directamente sobre el bien inmueble), que los

---

<sup>138</sup> *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, MONTERO Ed Tirant lo Blanch, pág. 201 y siguientes.

<sup>139</sup> MIRA ROS habla concretamente del lastre conceptual, arrastrado por la inercia de la situación anterior, que tanto desconcierto y desorientación cosecha todavía. Ob, cit, pág. 5

<sup>140</sup> Ob, cit, pág. 201.

<sup>141</sup> Tal y como recuerda MONTERO, ese objetivo no se estaba logrando con la Ley hipotecaria de 1861 ni con su reforma de 1869, en las que se partía de que los créditos hipotecarios, en cuanto constituidos en escritura pública, podían ejecutarse por el juicio ejecutivo regulado en la LEC, primero en la de 1855 y luego en la de 1881. Se encuentran así constantes referencias a la complicación del juicio ejecutivo y a la necesidad sentida socialmente de encontrar otro medio o instrumento jurídico con el que satisfacer las exigencias o necesidades políticas de rapidez y economía. Se trata, por tanto, de que la tutela judicial privilegiada que atribuía fuerza ejecutiva a la escritura pública, para dar lugar al juicio ejecutivo, no se estimaba suficiente tratándose de los créditos hipotecarios y se aspiraba a otra tutela aún más privilegiada. La búsqueda de ese privilegio mayor es lo que hizo despertar alguna voz de alarma, como las de Sánchez Román y Blanco Rajoy que, conformes con el objetivo a alcanzar, disientían del instrumento que pretendía utilizarse. No faltan tampoco alusiones, más o menos veladas, a que se estaban defendiendo los intereses de los acreedores frente al de los deudores, es decir, los intereses de un grupo social frente a los de otro. A partir de ahí todo es confusión. Unas veces se habla, más o menos claramente, de mantener la esencia del concepto de documento notarial título ejecutivo, pero suprimiendo trámites (el embargo, la previa tasación, excusiones, exhortos), otras de considerar que la inscripción de la hipoteca define un estado de derecho que se asimila a la sentencia de remate del juicio ejecutivo o a la sentencia firme dictada en un proceso declarativo, y no faltan alusiones más o menos directas a que lo que se pretende es suprimir la misma idea de juicio ejecutivo, de juicio sin más, de pleito y aun de procedimiento como equivalente a proceso, estimándose que se trata sólo de realizar la finca hipotecada, de la misma forma como puede realizarse en subasta pública notarial la prenda. Mucho más tarde, ya en 1944, se habla de ejecución hipotecaria y en 1986 de proceso especial de ejecución. Ob, cit, págs. 201 y 202.

hipotecaristas describen como ejercicio de acción real<sup>142</sup>, mientras que desde la óptica procesal, única en que debe definirse el procedimiento que nos ocupa, resulta obligada la distinción entre pretensión declarativa y pretensión ejecutiva, siendo el criterio distintivo el tipo de tutela jurisdiccional que se pide lo que lleva a una distinción entre pretensiones<sup>143</sup>.

En este sentido, JURADO reconoce que nos hallamos ante un procedimiento de ejecución especial, pero lo hace desde un punto de vista escasamente procesal, al enfatizar la idea de que es un procedimiento de base estrictamente registral<sup>144</sup>, debido al carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca. No podría ser de otra forma, afirma, si se tiene en cuenta que la hipoteca en sí misma no existe si no está inscrita en el registro, dado el carácter constitutivo de dicha inscripción. Así lo establece el art. 1875 del Código Civil<sup>145</sup> con carácter general y se desprende, igualmente, de lo

---

<sup>142</sup> Señala MONTERO que en la actualidad no tiene sentido discutir sobre la naturaleza real o personal de una acción y que esto carece de utilidad porque la misma existencia de las acciones en plural está superada al responder a una concepción según la cual se confundía el derecho subjetivo y la acción, tanto que Delombe llegaba a decir que hablar de derechos y acciones era un pleonasma. Tal concepción monista se mantiene hasta el siglo XIX, aunque en éste ya se produce una inversión de los términos, de modo que el derecho subjetivo es el *prius* y la acción el *posterius*. Recordando la teoría de Savigny, afirma que la acción es el aspecto bajo el que se presenta el derecho subjetivo; el origen de la acción se encuentra en la violación o incumplimiento del derecho subjetivo, de modo que si el derecho no existe, la violación no es posible; y si no hay violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción; naturalmente el titular de una acción es el ofendido, en cuanto titular del derecho violado y el destinatario de la misma es el que ha realizado la violación. Evolucionado el concepto de acción, ya separado del de derecho subjetivo para marcar de modo nítido la ruptura con el pasado, hoy se está hablando de clases de pretensiones, y no de clases de acciones, esto es, de clases o tipos de tutela jurisdiccional a prestar por los órganos de esta naturaleza. La doctrina procesal distingue entre acción en singular, que se identifica con el derecho a la jurisdicción o con el derecho al proceso o con el derecho a la tutela judicial efectiva y pretensión, como declaración de voluntad petitoria que se dirige a un órgano jurisdiccional, y respecto de la que sí se habla de clases con referencia al tipo de tutela judicial que se pide. La referencia legal a las clases de acciones sigue encontrándose en el CC (arts. 1962 y 1963) pero la inutilidad de la distinción entre acciones reales y personales se evidencia en que hasta el Tribunal Supremo ha sostenido que la alusión a la “clase de acción” que contenía el artículo 524 de la LEC de 1881, como requisito de la demanda, sólo tenía sentido cuando se trataba de determinar la competencia territorial. Ob, cit. págs. 283 a 286.

<sup>143</sup> El artículo 5 de la LEC por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico ha hecho referencia directa a las clases de tutela, de manera que se puede pretender frente a los tribunales: 1º Declaración, relativa a la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de determinados derechos y situaciones jurídicas y la constitución, modificación o extinción de éstas últimas; 2º Ejecución y 3º Adopción de medidas cautelares, aparte de cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley.

<sup>144</sup> Insiste en este carácter SASTRE PAPIOL cuando afirma que se trata de una acción específicamente registral si se contempla desde la óptica del nuevo artículo 130 LH. Afirma, asimismo, que nos hallamos ante el ejercicio de una acción real, sin perjuicio de que en base al procedimiento iniciado, agotada la garantía hipotecaria, por insuficiente tras el resultado de la subasta, pueda proseguirse una acción personal contra el deudor, por los trámites de la ejecución ordinaria, persiguiendo otros bienes de su patrimonio, como autoriza el artículo 579 LEC. Ob, cit pág. 388.

<sup>145</sup> En efecto, tal precepto contempla el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca. Tal y como recuerda O’CALLAGHAN, *Comentarios al Código Civil, 6ª edición*, La Ley, el fundamento de dicha inscripción se encuentra en el hecho de que la hipoteca supone, por su propia naturaleza, la ausencia de traslado posesorio del bien sobre el que se impone el gravamen, y tal falta de posesión implica, para el acreedor hipotecario, un obstáculo a la publicidad de su derecho a la vez que una excepción al carácter de inmediatez del que participan todos los derechos reales. La inscripción resuelve tanto el problema de la publicidad como el de la inmediatidad del derecho real, dado que ésta última se materializa a través de las facultades que le corresponden al acreedor hipotecario (siempre que la hipoteca haya sido

preceptuado en el actual art. 688.3 de la LEC cuando afirma que, *si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el Secretario Judicial dictará decreto poniendo fin a la ejecución*. La declaración anterior no es más que una consecuencia directa de la presunción de veracidad y exactitud que se otorga a los asientos registrales, de manera que, ante una discordancia entre lo que pide el ejecutante y lo que consta en el registro, la sola discordancia habilita al Secretario judicial competente para poner fin al procedimiento;<sup>146</sup> de esta nota o carácter se ha hecho eco el propio Tribunal Supremo al advertir en Sentencia de 9 de febrero de 1995 que el *proceso de ejecución hipotecaria ha de dirimirse a través de la disciplina estricta y exclusiva de la constancia en el Registro de la Propiedad*<sup>147</sup>. Tanto es así que, tal y como recuerda el mismo Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de noviembre de 2006, si la hipoteca no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad es inexistente en tanto que derecho real de garantía.

Un ejemplo más de la visión puramente civilista, más que procesal, con que aborda la cuestión JURADO lo encontramos en la configuración como acción real de lo que, en puridad, es ejercicio de la pretensión ejecutiva hipotecaria de los arts. 681 a 689 de la LEC. De este modo, subraya dicho autor que “nos encontramos ante un procedimiento en el que se ejercita una acción real por cuanto se dirige directamente

---

constituida válidamente) por el hecho de la constitución del gravamen. Respecto a las consecuencias de la necesidad de inscripción, son básicamente dos, la primera: si faltase tal inscripción aun cumpliéndose todos los requisitos exigidos para la válida constitución de la hipoteca, ésta no existirá como tal hipoteca, es decir, no se entenderá constituido el derecho real; y la segunda: entre las partes, existirá un contrato de préstamo, un reconocimiento de deuda o cualquier otro contrato típico o atípico, con efecto *inter partes*, ya que es válido el negocio jurídico de constitución de hipoteca, quedan obligadas y deberán practicar la inscripción.

<sup>146</sup> Ya el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de junio de 1948 se pronunció en este sentido al decir que *“es por tanto inconcuso que este procedimiento exclusivamente peculiar para el ejercicio de la acción hipotecaria, hay que encuadrarlo en el marco restringido del Registro de la Propiedad en cuanto a las personas, cosas, derechos y acciones, ya que sobre lo que de estos elementos resulte en cada caso y momento de los asientos registrales, será la verdad legal respecto de los mismos y las realidades jurídicas diferentes que se produzcan no tendrán virtualidad por sí mismas para alterar, modificar o influir en el procedimiento”*. La cita de la Sentencia está sacada del libro de JURADO, ob, cit, pág. 17.

<sup>147</sup> En idéntico sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983 cuando afirma: *“el procedimiento de que se trata se ajusta a la constancia tabular”*. O Sentencia de 11 de julio de 1990: *“la hipoteca voluntaria, dice el artículo 145 de la ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título”*.

contra el bien hipotecado”<sup>148</sup>, realizando su valor para cobrarse con el producto de lo obtenido. Subyacen en los términos en lo que se produce tal afirmación reminiscencias de la tesis romanista de la acción, ya superada, pues, actualmente, es más adecuado referirse al derecho de acción<sup>149</sup>, definido como el derecho fundamental que asiste a todo sujeto de derecho a acceder libremente al Poder Judicial, a través de un proceso con todas las garantías y a todas sus instancias, deducir una pretensión u oponerse a ella y obtener de los Juzgados y Tribunales una resolución definitiva, motivada y razonada, fundada en Derecho, congruente y, a ser posible, de fondo, que ponga irrevocablemente término al conflicto, así como a obtener la ejecución de lo resuelto.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> La ejecución judicial hipotecaria o prendaria supone el ejercicio de una acción real que desemboca en un procedimiento judicial especial y sumario, en el cual el acreedor insta al órgano jurisdiccional, la realización del bien sujeto al derecho real, por los medios legalmente establecidos, tratando de obtener con ellos el montante económico que compense el incumplimiento. DORADO PICO, GUZMAN FLUJÁ, DORADO PICÓN y TOMÉ GARCIA, *Manual práctico de procedimientos civiles*. Ed. El Derecho, noviembre, 2010, pág. 992.

<sup>149</sup> La elección de una u otra de las posibilidades procesales que asisten al acreedor hipotecario depende de su discreción, siempre en el marco de la naturaleza y de los requisitos exigidos legalmente para cada una. La acción declarativa, debido a su carácter personal, presenta la ventaja de poder dirigirse contra todo el patrimonio del demandado; otras de sus cualidades (es la única con que se puede reclamar el cumplimiento específico de una obligación de hacer, permite obtener una sentencia definitiva) parecen de menos utilidad para un acreedor hipotecario y el conjunto no basta para contrapesar su gran inconveniente, que es la lentitud del procedimiento. La venta extrajudicial no precisa el paso por los tribunales ni la intervención de procurador ni abogado, requiere haberse pactado previamente en la escritura y no es aplicable a hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente indeterminada, es decir, hipotecas en garantía de obligaciones futuras e hipotecas de máximo. Más discutido es el margen de elección entre los procedimientos ejecutivos ordinario e hipotecario. Tradicionalmente se entendía que ambas vías son totalmente alternativas: el acreedor puede hacer uso de su título hipotecario o bien de su crédito escriturario, nacido de la misma escritura pública en que se documenta la hipoteca pero conceptualmente distinto de ella, que le permite ejercitar el juicio ejecutivo ordinario de carácter personal. Un sector de la doctrina mantiene, sin embargo, que el acreedor hipotecario debe emplear primero la acción hipotecaria y sólo subsidiariamente la ejecución ordinaria, con base en el antiguo artículo 1447.1 LEC (que manda proceder en primer lugar contra los bienes hipotecados o pignorados) y en el perjuicio que se le produciría al deudor y a sus otros acreedores si el hipotecario pudiera ejecutar primero otros bienes. A esto se puede responder que la hipoteca no altera la responsabilidad del deudor (art. 105 LH), la ley no parece imponer el juicio hipotecario cuando dice “podrá ejercitar” y la preferencia en ejecutar lo hipotecado no es incompatible con la libertad de elegir la vía de ejecución, ya que al legislador le interesa el orden de agresión de los bienes del deudor, no el procedimiento por el que pueda tener lugar. La nueva LEC ha venido a fijar los términos del problema de un modo distinto. Por un lado, la nueva redacción del articulado abona la libertad de elección del acreedor. Con la nueva ley, como con la anterior, sigue habiendo una serie de circunstancias en las que el acreedor resulta mejor o únicamente protegido con el ejecutivo ordinario. Así ocurre cuando la escritura constitutiva carezca de los requisitos del artículo 682.2 LEC, el acreedor quiera reclamar otras deudas junto a las hipotecarias o la insuficiencia del bien hipotecado aconseje una acción personal que permita dirigirse contra otros bienes del deudor además de los hipotecados. El tribunal deberá proceder entonces al embargo teniendo en cuenta la menor onerosidad de la enajenación para el embargado (art. 592.1 LEC), criterio que, sin duda, recoge el mejor sentido del antiguo 1447: imponer la prioridad para enajenar el bien hipotecado o pignorado, con independencia del procedimiento en que tenga lugar la enajenación. Por otro lado, es verdad que si la ejecución se dirige sólo contra bienes hipotecados en documento que cumpla los requisitos del art. 682.2 cuya venta presumiblemente bastará para satisfacer la deuda, lo más normal es que al acreedor le interese interponer la ejecución hipotecaria en lugar de la ordinaria. La LEC ha subrayado esta conveniencia con varias novedades significativas: el artículo 579 canaliza casi obligatoriamente hacia el proceso hipotecario las reclamaciones que se dirijan exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados; el juego conjunto de los artículos 692.111 y del citado 579 otorgan al ejecutante hipotecario nuevas facultades para el cobro más allá de la cobertura de su derecho real que refuerzan más aún la ya fuerte posición del acreedor. Por tanto, aunque la LEC permite la libertad de elección, favorece notablemente el empleo del procedimiento hipotecario. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Volumen II, arts. 517 al final*, Ed. Thomson Aranzadi, págs. 500 a 502.

<sup>150</sup> GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Colex, 2003, pág. 234.



El acreedor hipotecario que ha visto frustrado inicialmente su derecho de crédito, por el incumplimiento del deudor, tiene diversas opciones procesales para satisfacerlo posteriormente; según la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2006, el acreedor hipotecario puede elegir cualquier de las vías procesales legalmente establecidas, en atención a las circunstancias del caso concreto y en orden a la mejor obtención de su derecho. Que la posibilidad de iniciar la ejecución hipotecaria con base en los artículos 681 y siguientes de la LEC es una vía no obligatoria, si concurren los presupuestos legales para ello, es algo que se deduce abiertamente de lo estipulado en el art. 681.1 cuando afirma que *“la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados...”*; por tanto el acreedor puede iniciar en reclamación de la deuda este procedimiento, dirigiéndose directamente contra el bien, de ahí su carácter inequívocamente real<sup>151</sup>, o ejercitar cualquiera de las otras alternativas ya apuntadas<sup>152</sup>.

Concretamente, hablando de alternativas para la realización, GÓMEZ GÁLLIGO<sup>153</sup> considera que nada impide que la hipoteca sea susceptible de ejecutarse por el procedimiento de ejecución ordinario, ya que la propia escritura por la que se constituye es de por sí un título que lleva aparejada ejecución; de hecho, afirma, es un procedimiento adecuado, cuando el propio bien hipotecado es insuficiente para cubrir el importe de la deuda reclamada, puesto que, a través del procedimiento de apremio ordinario, podrán trabarse otros bienes del deudor, aunque los bienes hipotecados serán los primeros en responder de la deuda. Ello no obstante, alerta este autor del peligro que entraña esta opción, cual es que surjan cargas o titulares de derechos reales intermedios entre la hipoteca base de la ejecución y la anotación de embargo

---

<sup>151</sup> Tal y como confirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de noviembre de 1985 cuando dice que estamos *“ante un proceso puramente real directamente dirigido contra los bienes gravados”*.

<sup>152</sup> Las compendian muy bien MORENO CATENA Y MONTERO, *Manual práctico de procedimientos civiles*. Ed. El Derecho, noviembre 2010, pág.994 al señalar que cuando pretenda el ejecutante el cumplimiento de una obligación garantizada con hipoteca constituida sobre un inmueble, se abren al acreedor cuatro alternativas procesales para obtener judicialmente la satisfacción de su crédito, que son las siguientes: promover el juicio de ejecución común previsto en la Ley 1/2000 de 7 de enero, al disponer el acreedor de un título ejecutivo, concretamente el previsto en el art. 517, apartado 2, núm. 4, ejercitando la acción personal fundada en el derecho de crédito documentado en la escritura pública de hipoteca; promover el juicio ejecutivo ejercitando la acción hipotecaria, conforme se dispone en los arts. 126 y 127 LH, 222 y 223 RH y 579 LEC, sujetándose a la realización preferentemente el inmueble hipotecado; instar la ejecución forzosa ante la autoridad judicial, realizando la finca, de conformidad con lo previsto en los arts. 681 a 698 LEC, 129.I y 130 a 135 LH y 225 a 233 RH siempre que concurren los presupuestos del art. 682 LEC; acudir a un procedimiento extrajudicial ante Notario, tendente a la realización del valor del inmueble. Sin perjuicio de ello siempre podrá el acreedor, ejercitando una acción personal, acudir al procedimiento declarativo ordinario que corresponda por la cuantía (ordinaria o verbal).

<sup>153</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, *Práctica hipotecaria, Repertorio de Casos de derecho inmobiliario registral*, núm. 6, Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 153 y 154.

que deriva del procedimiento de apremio seguido contra el bien hipotecado. Por ello, en la práctica, resulta habitual el ejercicio preferente de la acción en el procedimiento de ejecución hipotecaria, y ello por la seguridad que ofrece al acreedor hipotecario, quién únicamente en el caso en que el producto de lo obtenido sea insuficiente se decidirá a continuar por la vía de apremio ordinaria<sup>154</sup>.

Precisamente dicha práctica la regula el artículo 579<sup>155</sup> de la LEC vigente, en el que habrá ocasión de profundizar; sea suficiente señalar aquí que este precepto ha venido a recoger de forma explícita la hipótesis más habitual en la práctica de los Tribunales, a saber, que se ejercite primeramente la pretensión ejecutiva hipotecaria, sometida la ejecución a las normas que establece la LEC (las particularidades del Capítulo V, Libro III), y sólo en el caso de que no se hubiere satisfecho la deuda totalmente pueda procederse con arreglo a las normas ordinarias. Ello no excluye que se ejercite “*ab initio*” una acción con pretensión declarativa de condena, o la ejecutiva mediante el juicio ejecutivo ordinario, basado en un título ejecutivo<sup>156</sup>. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 17 de diciembre de 2002 (nº

---

<sup>154</sup> De la cuestión ya se ocupó la Jurisprudencia menor al amparo de la antigua LEC de 1881. Así, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 4ª), núm. 74/1999, de 29 de enero, confirma que, en efecto, después de haberse ejecutado la hipoteca por el procedimiento judicial sumario de los arts. 129 y ss. LH sin haber obtenido plena satisfacción de su crédito, puede el acreedor reclamar en juicio ejecutivo la parte de deuda no satisfecha. Dejando a un lado supuestos especiales en los que la ejecución hipotecaria haya terminado de manera anormal, se impone una respuesta afirmativa en atención a las siguientes consideraciones: a) es incuestionable que en tal hipótesis el acreedor tiene acción frente al deudor para reclamarle el resto de la deuda; b) dicha acción está representada por un título, la escritura pública, que lleva aparejada ejecución en virtud del artículo 1429.1 LEC, sin que haya causa bastante para privar al acreedor de los privilegios que su título conlleva, remitiéndole obligadamente al juicio declarativo ordinario; c) en efecto, la acción que ha de entenderse agotada en la subasta es la acción real que nace de la hipoteca y sujeta directa e inmediatamente la finca o fincas que constituyen su objeto, cualquiera que sea su poseedor, pero permanece incólume, con la lógica salvedad de reducción del importe de la deuda, la acción personal derivada del crédito, que se dirige frente al deudor para hacer efectiva su responsabilidad en relación con todos sus bienes y derechos (art. 1911 CC) y que ante la falta de una previsión legal expresa en sentido contrario debe poder ejercitarse por todos los medios admisibles en Derecho.

<sup>155</sup> “Cuando la acción se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el Capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”.

<sup>156</sup> En esta dirección ya se pronunció, vigente la LEC de 1881, la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de febrero de 2000 al afirmar textualmente que “el acreedor tiene dos títulos ejecutivos perfectamente compatibles entre sí e instrumentados en un único documento, siendo el primero la escritura constitutiva del derecho real de hipoteca, que se puede ejecutar por el procedimiento de ejecución sumario del art. 131 LH y el segundo, esa misma escritura, en cuanto reúne los requisitos del art. 1429.1º LEC para servir de título ejecutivo en cuanto a la cantidad restante, si con el primer procedimiento no se pudo conseguir el cobro de la totalidad, persiguiendo con este segundo procedimiento todo el patrimonio del deudor, presente o futuro, con el que responde de sus obligaciones en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 CC y ello porque en tales casos coexisten en un mismo título dos tipos de deudas, una real y otra personal, que se pueden ejecutar por cauces completamente diferentes pero compatibles entre sí”. En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (nº 4/2006), de 11 de enero de 2006.

74/2002) define muy bien la esencia del artículo 579 LEC<sup>157</sup> cuando reconoce que, en no pocas ocasiones, el proceso de ejecución de bienes hipotecados no basta para satisfacer el crédito del acreedor ejecutante; para tal supuesto la nueva LEC ha introducido una serie de normas que protegen mucho más enérgicamente al acreedor cuyo derecho ofrezca suficiente constancia jurídica; fehaciencia que, indudablemente, concurre en los casos de títulos de crédito habilitantes para el despacho de la

---

<sup>157</sup> Habrá ocasión de dedicar atención específica a lo dispuesto en el artículo 579 de la LEC y sus consecuencias prácticas, baste de momento recordar en esta sede lo que afirma la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5ª) en Sentencia de 16 de marzo de 2004, cuando recuerda que, en definitiva, lo que se contempla en el artículo 579 LEC es una facultad del acreedor; al no tratarse de una norma taxativa o imperativa, no excluye que pueda elegir la vía del declarativo correspondiente. En efecto, el auto referenciado declara: “entendemos que el artículo 579 de la LEC confiere al acreedor una facultad privilegiada para conseguir el resarcimiento de la deuda total dentro del mismo proceso especial de ejecución hipotecaria, en el que como es sabido, se ejecuta únicamente el bien inmueble hipotecado, mediante la posibilidad de embargar otros bienes del deudor por la cantidad que falte, prosiguiendo entonces la ejecución con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Sin duda es una norma que da un tratamiento muy beneficioso al acreedor para conseguir una más rápida y eficaz satisfacción del préstamo garantizado con hipoteca, garantía que se reveló insuficiente, evitándole tener que presentar una nueva demanda de ejecución al amparo del art. 517.2.4º LEC, dado que se está pretendiendo la satisfacción de aquellas cantidades a cuyo pago se obligaron los prestatarios en el contrato de préstamo contenido en la escritura pública y que no fueron cubiertas con la ejecución de la finca especialmente hipotecada, o acudir al proceso declarativo que corresponda. Pero como facultad o derecho procesal del acreedor que es poder hacer uso de él o no, pidiendo en el proceso de ejecución hipotecaria el embargo de otros bienes del deudor o, si lo prefiere, puede acudir a la vía del juicio declarativo que por la cuantía corresponda. Si acude a este último procedimiento ningún perjuicio causa al deudor. Antes al contrario, éste podrá ejercitar en plenitud su derecho de defensa al disponer de un proceso que no limita los motivos de oposición y que le permitirá desplegar una completa actividad probatoria. En definitiva, que la renuncia del acreedor a hacer uso de la facultad del art. 579 LEC aumenta la calidad de las posibilidades de defensa del deudor, sin merma, menoscabo o detrimento de alguno de sus derechos. Por tanto, la previsión legal se concibe como una posibilidad pero no como una imposición, de manera que la parte ejecutante puede utilizar cualquiera de los demás procedimientos legalmente establecidos, ya sea la vía del declarativo ordinario, ya la del juicio ejecutivo, incluyendo el juicio monitorio, en tanto que dispone de una escritura pública en la que se reconoce la deuda, y la cantidad líquida reclamada resulta de una simple operación aritmética, consistente en restar la deuda inicial objeto del juicio hipotecario, el producto obtenido por la subasta del bien (Auto de la AP de Barcelona, sección 1ª, de 20 de noviembre de 2006). Por último, no quería dejar de destacar el reciente Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010 (nº 111/2010) (el primero de una serie en el mismo sentido) que además de suponer un sobresalto para las entidades bancarias, puede determinar un giro radical, de confirmarse la tendencia iniciada por el mismo, en el modo de entender las ejecuciones hipotecarias y, en particular, la facultad procesal que el artículo 579 LEC otorga a los acreedores-ejecutantes. Dicho Auto establece que no ha lugar a la continuación de un procedimiento de ejecución para seguir reclamando deuda después de la ejecución hipotecaria y lo hace en base a un argumento que soslaya la interpretación literal de la ley, para colocarse en un plano de justicia y afirmar que si bien formalmente la actuación del banco se ajusta a la literalidad de la ley y que efectivamente tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, por lo que cabría entender que no existe el abuso de derecho que se le imputa, ello no obstante no deja de plantear una reflexión, cuando menos moralmente intranquilizante, relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el auto recurrido, por considerar que en realidad el valor de la finca subastada y adjudicada materialmente al banco, hoy por hoy, tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta. En este punto, la AP de Navarra sostiene que decir lo anterior en base al argumento de que la realidad del mercado actual ha dado lugar a que no tuviera la finca el valor que en su momento se le adjudicó como tasación, disminución importante del valor debida a la actual crisis económica, no puede desconocerse que ello también tiene en su origen una causa precisa que es la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias. Moralmente, dice el Auto, es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero. Así las cosas, el Auto viene a decir que no puede ser imputable al deudor la pérdida de valor de la finca y en consecuencia mantiene que no procede la prosecución de la ejecución en cuanto al principal, que ha quedado cubierto y algo más (*sic*).

ejecución sobre bienes hipotecados. Dicha protección enérgica tiene un exponente claro en el artículo 579 LEC, pues al tiempo que recoge el principio de economía procesal suprime los inconvenientes del mismo tipo que obstaban a una total superposición, en un mismo proceso de las acciones que el acreedor tiene a su favor. Afirma, el Auto citado, que se trata no de otro procedimiento, sino de la transformación y prosecución del iniciado que, en suma, el ejecutante puso en marcha para la realización de su derecho de crédito, y ello con fundamento en un título en el que igualmente “latía “*ab initio*” la acción personal o responsabilidad patrimonial universal”<sup>158</sup>.

Con todo, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 579 exige el previo agotamiento de la vía hipotecaria, es decir, que el producto de lo obtenido con la ejecución de la garantía real haya sido insuficiente, tal y como precisa el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 11ª), de 9 de abril de 2003 (nº 72/2003)<sup>159</sup>.

Como señala la doctrina, aun cuando resulte usual que, en las escrituras de préstamo hipotecario, las partes convengan expresamente que el acreedor pueda usar cualquier de estos caminos procesales, lo cierto es que tales estipulaciones resultan superfluas, salvo para el hipotético caso del procedimiento ejecutivo extrajudicial, ya que la determinación de las vías procesales adecuadas, siempre que se cumplan sus presupuestos, viene establecida por normas imperativas que se escapan a la voluntad de las partes<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> En el mismo sentido, insistiendo en planteamientos ya superados, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª), de 9 de enero de 2003, cuando afirma: “la sobrevenida acumulación de una acción personal a la real hipotecaria originariamente promovida no estaba contemplada en la anterior regulación de los artículos 129 y siguientes, cuyo procedimiento de ejecución sólo admitía el ejercicio de la acción real en pos de la realización de bienes hipotecados, sujeta al principio de especialidad propio de la inscripción registral. Buena prueba de ello es que se daba por descontado que en la realización del bien afecto tanto pudiera obtenerse más de lo adeudado al acreedor hipotecario, en cuyo caso el sobrante debía aplicarse a otros destinos, como menos del importe total del crédito del actor, en cuya hipótesis ese acreedor carecía de instrumentos dentro del propio procedimiento para lograr su integra satisfacción. Tal insuficiencia ha venido a ser colmada por el ya citado artículo 579 LEC, pero es indudable que ese precepto concede al acreedor hipotecario o pignoraticio una específica facultad procesal (la de insertar una acción personal complementaria en un procedimiento que cobija inicialmente sólo una acción real, siempre que la realización de ésta no haya procurado la integra satisfacción del acreedor) de la que carecían los actores en el procedimiento especial que reguló hasta enero de 2001 el artículo 131 LH.”. Asimismo, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (nº 49/2004), de 27 de abril de 2004.

<sup>159</sup> En el mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 2ª) de 10 de septiembre de 2003 (nº 177/2003).

<sup>160</sup> DORADO PICO, GUZMAN FLUJÁ, DORADO PICÓN y TOMÉ GARCIA, ob, cit, pág. 994.

## 2) Caracteres.

El hecho de que en la actualidad se afirme sin matices que la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados es un proceso de ejecución especial o común con particularidades, no impide, sin embargo, que algunos de los caracteres que la doctrina y la Jurisprudencia<sup>161</sup> habían establecido para el procedimiento judicial sumario, cuya naturaleza jurídica inicialmente no resultaba tan clara, puedan aplicarse actualmente al procedimiento que regulan los arts. 681 y siguientes de la LEC. Así, GARCIA GARCIA, partiendo de la especialidad de este procedimiento, asevera que tiene claro sustrato registral; definido por la ausencia de una fase previa de audiencia; informado por los principios de rogación y buena fe procesal; y en el que no se pueden alterar sus trámites por convenio de las partes.

### A) Procedimiento de base registral.

Es cierto que, tal y como se ha dicho, nos encontramos ante un procedimiento de base registral, por cuanto se exige la previa inscripción de la hipoteca; dicho carácter no puede negarse con la actual regulación, habida cuenta que constando inscrita la hipoteca (y debe estarlo porque la inscripción tiene aquí alcance constitutivo) ésta puede ejecutarse directamente. El procedimiento judicial responde a una función judicial de garantía de derechos con base en los asientos, y los derechos resultantes de los mismos están bajo la salvaguardia de los Tribunales mientras no se declare su inexactitud<sup>162</sup>. En términos semejantes se pronuncia el Auto de la AP de Barcelona, sección 17ª, de 13 de marzo de 2001, al recordar que en el procedimiento no existe

---

<sup>161</sup> La STS de 8 de junio de 1948 establece: “*el procedimiento judicial sumario que la Ley de 21 de abril de 1909 introdujo en la legislación hipotecaria estableció un nuevo medio, además de los existentes o que pudieran pactarse, para que el acreedor hipotecario pudiera ejercitar su acción directamente sobre los bienes del deudor de un modo breve y rápido en tal forma rígida, delimitado y peculiar que constituye una destacada excepción en el ordenamiento procesal patrio... y es por tanto inconcuso que por este procedimiento exclusivamente peculiar para el ejercicio de la acción hipotecaria, hay que encuadrarle en el marco restringido del Registro de la propiedad en cuanto a las personas, cosas, derechos y acciones, ya que sobre lo que estos elementos resulte en cada caso y momento de los asientos registrales, será la verdad legal respecto de los mismos y las realidades jurídicas diferentes que se produzcan no tendrán virtualidad por sí mismas para alterar, modificar o influir en el procedimiento, habida siempre cuenta de su privilegiada especialidad, a menos que mediante la adopción de la vía registral se suscite su presencia en aquel para que se produzca la presunta eficacia de su intervención*”. En el mismo sentido, la STS de 24 de marzo de 1983 afirma que se “*atiene a los datos del registro y se apoya en su constancia tabular*”.

<sup>162</sup> Así lo reconoció ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6ª edición, IV-II, Pág. 1026 al afirmar que en este procedimiento tiene plena vigencia el principio de legitimación pues se presume que el bien pertenece al acreedor como titular del derecho real de hipoteca y como tal el Registro lo presenta; por tanto, si se encuentra en situación operante, tiene derecho a ejercitarlo, mientras no se pruebe en forma oportuna la inexactitud registral.

fase previa de discusión o contención relativa al crédito, que se funda en los datos del Registro y en la presunción de titularidad efectiva derivada de sus asientos<sup>163</sup>.

#### B) Ausencia de contradicción.

Otra de las características del entonces procedimiento judicial sumario, a juicio del autor citado, era y, sigue siendo, la ausencia de fase de audiencia o de contradicción procesal. En el buen entendimiento de que ésta característica no implica la anulación del principio de contradicción, sino tan sólo la ausencia de una fase específica para que las partes formulen alegaciones. Nos encontramos, por tanto, ante un proceso en el que se limitan los medios de ataque y defensa, si se quiere, como consecuencia del carácter privilegiado del título ejecutivo, pero, ello no significa el sacrificio absoluto del principio procesal de contradicción. El deudor tiene la posibilidad de oponerse por causas tasadas, establecidas en la LEC y, en último término, es libre de iniciar el juicio declarativo ordinario en el que, como es sabido, no hay limitación de los medios de ataque y defensa.

#### C) Principio dispositivo y buena fe procesal.

Los principios dispositivo y de buena fe procesal rigen también con plenitud en el procedimiento que nos ocupa. El juez debe actuar siempre a instancia de parte; así se desprende de lo preceptuado en el artículo 549 LEC cuando afirma que “*sólo se despachará ejecución a petición de parte, en forma de demanda*”. Asimismo, los artículos 690 y 691 del mismo texto legal recogen sendas manifestaciones específicas de este principio cuando afirman, respectivamente, que el acreedor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca o, tal y como dispone el art. 691, que se procederá a instancia del actor, el deudor o el tercer poseedor a la subasta de la finca o bien hipotecado. Muy expresiva es en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1993, cuando afirmaba que nos encontramos ante un procedimiento privilegiado y especial, que no puede ser examinado ni resuelto a la luz de las normas generales y cuyo trámite singular “está transido hasta la

---

<sup>163</sup> Dice el Auto reseñado que es el mismo espíritu del art. 38 de la ley el que atribuye al acreedor una presunción de titularidad efectiva, sin perjuicio de que después, en el juicio plenario, se compruebe si su pretensión carecía de base jurídica. Pero mientras esto no se demuestre, hay que sostener los pronunciamientos registrales. El contenido del Registro, en lo relativo a certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito hipotecario, cobra sustantividad al concedérsele al menos provisionalmente, pleno valor de verdad. La inscripción de la hipoteca revela una situación jurídica no menos digna de legitimidad que una sentencia de remate obtenida con contadas excepciones y defensas. La demostración o prueba en contra de la presunción de legitimidad del contenido del registro, en lo referente a la subsistencia de la hipoteca, la admite, naturalmente, la ley, pero fuera del procedimiento ejecutivo.

saciedad del impulso potestativo de las partes interesadas, en que poco o nada juega el de la dirección de oficio”.

Asimismo, conviene destacar otro carácter predicable de este tipo de ejecución; es el que alude a la inalterabilidad de sus trámites por convenio entre las partes. Se debe a la naturaleza procesal y, como tal, de orden público de sus normas reguladoras. Ahora bien, lo que implica esta característica es que no cabe introducir en el procedimiento trámites no previstos legalmente, nunca que las partes no puedan pactar determinados extremos, como, por ejemplo, la fijación del domicilio a efectos de notificaciones o el tipo de tasación para subasta.

Por su parte, el principio de buena fe procesal rige por mor de lo dispuesto en el art. 247 de la vigente LEC<sup>164</sup>. Es cierto que no existe en nuestro código procesal civil una manifestación expresa de dicho principio en la regulación de la ejecución hipotecaria, de modo semejante a como contemplaba la regla 2ª del antiguo art. 131 LH, que obligaba al acreedor a responder por los daños y perjuicios irrogados al deudor o a terceros interesados por malicia en la exposición de hechos y de las demás circunstancias, pero tampoco lo es menos que se desprende con carácter general de lo estipulado en el precepto mencionado y, como tal, al imponer el mandato de la buena fe a los intervinientes en todo tipo de procesos, es de perfecta aplicación a los procesos de ejecución en general y, en particular, a los de ejecución hipotecaria.

---

<sup>164</sup> En el plano procesal es el mandato a los intervinientes en todo tipo de procesos de que se ajusten en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. La reforma de la LEC operada por la Ley 13/2009 potencia decididamente este principio, asociándolo con especial intensidad al antiformalismo. Por ejemplo, en materia de subsanación de oficio, frente a la anterior petición de parte. La Jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en torno a lo que significa este principio. Así, entre otras, la STS 2 de octubre de 2000 afirma que la buena fe, como principio general del Derecho, obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico; la STS de 15 de abril de 1998, dice, por su parte, que conlleva que la conducta de quien ejercita un derecho se ajuste a normas éticas exigidas por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado. En su profundo sentido, la buena fe obliga, en el ejercicio de los derechos, a una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y avenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confina ajena. El TS en Sentencia de 6 de junio de 2002, confirma que la buena fe no necesita ser probada, de forma que corresponde la carga de la prueba a quien sostenga su inexistencia; siendo la mala fe un hecho impeditivo del nacimiento del derecho, se entiende que incumbe probarlo a quien lo afirma, en la inteligencia de que la buena fe forma parte de la normalidad de las cosas. Finalmente, la STS de 5 de junio de 1999 afirma que la existencia o no de la buena fe es una cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del juzgador de instancia.





## CAPÍTULO III

# EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO OBJETO DE LA TUTELA EJECUTIVA.

## CAPÍTULO III

### EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO OBJETO DE LA TUTELA EJECUTIVA

#### I. HACIA UN ENFOQUE PROCESAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Objeto principal y objeto accesorio de la pretensión ejecutiva hipotecaria.

Tal y como se ha venido afirmando, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 introduce la regulación del proceso de ejecución hipotecaria en su seno, rompiendo con la situación anterior, en la que un texto de naturaleza sustantiva, la Ley Hipotecaria, regulaba fundamentalmente lo que, en puridad, no es otra cosa que un proceso<sup>165</sup>. De esta forma, se afianza el carácter propiamente jurisdiccional de dicha ejecución y se inicia el camino, rompiendo con una tradición de años, hacia la consideración definitivamente procesal de la denominada ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados<sup>166</sup>.

Ello no obstante, puede decirse que falta todavía mucho camino que recorrer hasta otorgar a dicha ejecución, de forma definitiva, la consideración que merece,

---

<sup>165</sup> Ello, sin perjuicio de la indudable dimensión comercial y bancaria de los préstamos hipotecarios convertidos en instrumento estandarizado de adquisición de bienes inmuebles por parte de los ciudadanos. SÁNCHEZ GONZÁLEZ sostiene que se ha puesto suficientemente de relieve la extraordinaria importancia que en nuestra economía tiene la financiación mediante garantía hipotecaria (adquisición de viviendas y locales de negocio; movilización del crédito hipotecario en el mercado secundario, mediante cédulas, participaciones y bonos hipotecarios, certificados de transmisión de hipoteca, etc.). Y afirma, igualmente, que factores que han contribuido a ello son la regulación específica del mercado hipotecario y el declive de algunas otras garantías alternativas antes muy utilizadas, como la condición resolutoria de la compraventa en garantía de precio aplazado. Asimismo, la eficiencia de la financiación hipotecaria tiene como base, en el plano jurídico, el buen funcionamiento de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva sobre los dos apoyos básicos: escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, VV.AA, Consejo General del Notariado, Civitas-Thomson Reuters, 2010, págs. 577 y 578.

<sup>166</sup> No obstante, sigue sin haber unanimidad a la hora de asumir el estudio de la ejecución hipotecaria, pues hay autores que lo hacen desde una perspectiva civilista y, sin negar que nos hallamos ante una ejecución, afirman que ésta no pierde sus características específicas como acción puramente registral. En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO para quien el proceso de ejecución sobre bienes especialmente hipotecados en la LEC mantiene las características del procedimiento judicial sumario, aunque potenciando su vertiente de acción registral y manteniendo las debidas garantías del deudor. *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento*. Revista Crítica de Derecho inmobiliario, nº 659 mayo-junio 2000, pág. 1892. Por el contrario, PAZ-ARES afirma que la ejecución hipotecaria encierra siempre, dejando a salvo la venta extrajudicial, un acto inequívocamente procesal, un acto de jurisdicción. No existe propiamente, a su juicio, una acción directa o real hipotecaria. Ni es directa, pues en todo caso ha de dirigirse contra el deudor (sea o no el dueño de la cosa gravada), ni constituye una acción autónoma, sino que, a pesar de sus especialidades, es una mera variante del juicio ejecutivo ordinario, que tiene por objeto el cobro privilegiado sobre los bienes afectos de deudas garantizadas por prenda e hipoteca. *La hipoteca al servicio del crédito*. (Reflexiones sobre el modelo hipotecario de la Ley 41/2007). Revista El Notario del Siglo XXI, nº 20, julio-agosto 2008, pág. 92.

pues quedan, en palabras de MIRA ROS<sup>167</sup>, algunos lastres conceptuales que superar, derivados esencialmente de la preponderancia que se otorga a la hipoteca frente al crédito-préstamo y al Registro de la Propiedad frente al título ejecutivo. Aunque, a juicio de esta autora, podría decirse que el proceso judicial se ha deshipotecarizado, dado que no se trata, simplemente, de un procedimiento de base registral, el legislador sigue introduciendo elementos de confusión entre lo que es, de un lado, el título ejecutivo, (la obligación debida y documentada) y, de otro, la garantía constituida para mayor seguridad del préstamo o crédito. Un buen ejemplo de esto último resulta de la dicción del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, cuando afirma que “*el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*”<sup>168</sup>. Para PAZ-ARES<sup>169</sup> esta interpretación nos podría inducir a una clara confusión entre el título ejecutivo, (fundamento del proceso de ejecución), y la garantía, con el consiguiente resultado, si se lleva a cabo una interpretación literal del precepto, de considerar inejecutable el contenido del título no inscrito.

En este contexto, la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modernización del mercado hipotecario<sup>170</sup> surge con vocación de reconducir el orden hipotecario, al

---

<sup>167</sup> *Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria*. Revista General de Derecho Procesal 16(2008), pág. 9.

<sup>168</sup> MIRA ROS insiste en que la reforma hipotecaria producida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, supuso un retoque desacertado del artículo 130 LH, al limitar el contenido reclamable de la obligación garantizada a los extremos derivados del título que figuran en el asiento de la hipoteca. Ello ha traído como consecuencia, mantiene, que, tras la presión de la banca, se haya llegado a la componenda, ahora prevista en el artículo 12 LH, de volcar en la inscripción todas las cláusulas no inscribibles de carácter financiero y contenido puramente obligacional del título, incluida la cláusula de vencimiento anticipado, a efectos de mera noticia, sin trascendencia jurídico real, ni oponibilidad frente a terceros y fuera del alcance de la calificación registral, lo que supone una confusión superlativa y una desnaturalización del registro. Ob cit, págs. 13 y 14. En efecto, no hay mayor ejemplo de desviación de la esencia de lo que es el Registro de la Propiedad, que la redacción dada al art. 12 de la LH por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre; para SÁENZ DE JUBERA la nueva regulación ha alterado el proceso de calificación registral que hasta la fecha llevaban a cabo los Registradores; en cierta medida, afirma, puede decirse que esa labor se ha visto limitada en cuanto a su ámbito de aplicación: respecto de las cláusulas financieras y los pactos de vencimiento anticipado ya no deben proceder a su calificación, de manera que sólo deben calificar las cláusulas con trascendencia real. Sin embargo, no debemos olvidar que en puridad no todas las cláusulas que conforman el contenido del crédito tienen por qué acceder al Registro. El mero hecho de que el crédito esté garantizado con hipoteca no es base suficiente para pretender dotar a todo el contenido del crédito de trascendencia real y oponibilidad a terceros. *Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007*, Diario La Ley, nº 6950, 21 de mayo de 2008.

<sup>169</sup> Ob, cit, pág. 89

<sup>170</sup> GÓMEZ GÁLLIGO señala que se trata de una ley de carácter fundamentalmente jurídico, aunque los medios de comunicación destacaron más sus aspectos económicos. Su principal objetivo consiste en lograr un sistema hipotecario más flexible, superando el principio de accesoriedad que permita admitir nuevos productos demandados por el mercado y que facilite la refinanciación sin pérdida de rango de la hipoteca. *Principios generales de la reforma del mercado hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre*, en *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Coordinadores: MUÑIZ ESPADA, NASARRE AZNAR Y SÁNCHEZ JORDÁN. Edisofer, 2009, pág. 32.

tiempo que favorece la adaptación de la hipoteca a la creación de nuevas figuras crediticias.

En definitiva, se trata de acomodar el rigor de la garantía real con la naturaleza más variable y flexible del crédito al que debe servir<sup>171</sup>, tomándose como base la idea de que crédito e hipoteca son dos conceptos distintos, si bien relacionados por el elemento de la accesoriedad<sup>172</sup>. Ciertamente es que la hipoteca no tiene un valor propio, sino en cuanto refuerzo de un crédito; es algo accesorio, económica y jurídicamente, dado que nace y sólo se justifica para asegurar el cumplimiento forzoso de una obligación

---

<sup>171</sup> En efecto, PAZ-ARES afirma que, la Ley 41/2007, acomete el reto de reconducir y restaurar el orden hipotecario, precisando el derecho de hipoteca. Por un lado, señala, estamos ante un derecho real. Por otro, matiza su utilidad, que no es otra que la de servir al crédito, al título ejecutivo, garantizado, facilitando y asegurando su recuperación. De esta forma, el legislador, consciente de lo que busca, va a incidir en dos puntos fundamentales, que constituyen el eje de la reforma: por una parte, la definición del contenido de la hipoteca y su trasvase tabular; por otra, la recomposición del papel de la hipoteca en el proceso, como figura que privilegia la ejecución del título de crédito asegurado, pero sin suplantarla. En definitiva, definir un modelo hipotecario en el que sin merma de la seguridad que ofrece la hipoteca, prevalezca la libertad de configuración contractual del crédito. Ob, cit pág. 89.

<sup>172</sup> Precisamente, el concepto de accesoriedad fue uno de los pilares fundamentales en la reforma producida por la Ley 41/2007; tal y como recuerda GÓMEZ GÁLLIGO, había que superar la aplicación rígida y, a su juicio, excesiva, del principio de accesoriedad, que impide la admisión a inscripción en el Registro de la Propiedad de figuras demandadas en el tráfico bancario (como las denominadas hipotecas flotantes) y que excluye la posibilidad de refinanciación del deudor con cargo a la misma hipoteca sin pérdida de prioridad, lo que le obliga a constituir una nueva hipoteca y cancelar la anterior, con los elevados costes que ello supone. En consecuencia, aun reconociendo que la hipoteca en nuestro Derecho tiene carácter accesorio respecto de un crédito concreto y es, por tanto, eminentemente causal, el principio de accesoriedad debe entenderse en sus justos términos y no debe impedir el desenvolvimiento de figuras exigidas en el tráfico o impuestas por la práctica bancaria. La propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha contribuido a mantener la rigidez de dicho principio, pues, hasta la Ley 41/2007, no admitió una hipoteca única en garantía de las diversas obligaciones existentes o que en el futuro puedan contraerse. Tan solo admitía hipotecas en garantía de un contrato causalmente único (préstamo o concesión de crédito) o que haya existido un pacto de novación expresa de las diversas obligaciones que se carguen en cuenta, de manera que la única obligación garantizada sea el saldo resultante del cierre de la cuenta al vencimiento pactado (hipoteca en garantía de cuenta corriente). La resolución de la DGRN que más claramente estableció esta posición fue de 23 de diciembre de 1987. En ella se trataba de asegurar diversas operaciones bancarias ya concertadas entre los hipotecantes y el banco acreedor, así como las cantidades que en cualquier concepto se adeuden al banco, en cualquiera de sus sucursales, durante el periodo de vigencia de la hipoteca, sin que sufrieran alteración, modificación o novación alguna las obligaciones derivadas de los títulos en que se fundan los créditos a favor del banco. Pues bien, la DGRN entendió que no se podía inscribir esta hipoteca, ni siquiera por vía del artículo 153 LH, por entender que se trata de una hipoteca flotante, en la que si bien quedaba reflejada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, quedaba, sin embargo, al arbitrio del banco, el determinar los importes de las obligaciones a integrar en dicha cifra, sean las obligaciones existentes o las futuras que pudieran contraerse; se trata, por tanto, de una mezcla de obligaciones presentes y futuras, causalmente diversas, en las que no existe pacto novatorio, por lo que sería necesario constituir diversas hipotecas para cada una de las obligaciones. Esta posición, mantenida por la RDGRN de 23 de diciembre de 1987, se reiteró en otras posteriores, entre otras, de 24 de julio de 1998, 6 de noviembre de 1999 y 27 de septiembre de 2000. En este contexto, se concluye, así lo hacen los integrantes de la comisión redactora de la reforma, sobre la necesidad de flexibilizar el principio de accesoriedad para permitir, entre otros mecanismos financieros, las hipotecas flotantes, y estimular, con ello, el desarrollo económico. *Principios generales de la reforma*....Ob cit, págs. 35 a 38. De accesoriedad habla, igualmente, la DGRN en Resolución de 5 de noviembre de 1999, que identifica la accesoriedad de la hipoteca con la íntima dependencia respecto del crédito garantizado. Afirma, en el caso concreto, la citada Resolución que el *carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito, de modo que siendo fijo el tipo de interés remuneratorio estipulado, no cabe que su cobertura hipotecaria quede definida por referencia a un tipo de interés distinto del estipulado.*

dineraria. Precisamente por ello todavía cuesta trabajo asumir que a la hora de definir el proceso de ejecución hipotecaria se sigan resaltando elementos registrales y la importancia de los asientos del Registro, cuando lo realmente definitivo es, tiene que ser el título ejecutivo en el que consta la deuda, cuyo pago se exige a través del procedimiento judicial. Esa y no otra es la finalidad principal del proceso de ejecución hipotecaria: el pago de la deuda por el deudor o, si se quiere, el cobro del crédito por el acreedor. No se trata de un procedimiento dirigido a la venta del bien dado en garantía, ni de la tutela ejecutiva de un derecho real inscrito, sino de la tutela ejecutiva de un crédito que está garantizado con hipoteca; la finalidad no es la realización del bien hipotecado, sino el cobro de la deuda. Así se desprende de los términos en que se pronuncia el art. 681 de la LEC cuando afirma que “la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados...”<sup>173</sup>. Por consiguiente, lo que se persigue en el proceso de ejecución hipotecaria, y así lo destaca el precepto citado, no es tanto la realización del bien inmueble, como el cobro de la deuda por parte del acreedor hipotecario. Cuestión distinta es que para el cobro sea necesaria la realización del bien, como medio para el pago, pero no como fin en sí mismo; antes al contrario, la hipoteca se presenta como una garantía, un refuerzo para el crédito que no tendría sentido sin éste. Se trataría de una garantía accesoria porque nace y sólo se justifica para asegurar el cumplimiento forzoso de una obligación dineraria existente o prevista. En este punto, PAZ-ARES afirma con rotundidad: “no tiene sentido concebir a la hipoteca sino como un cualificado instrumento de seguridad, al servicio de la relación jurídica que garantiza. Es un mero añadido al crédito”<sup>174</sup>.

La Jurisprudencia<sup>175</sup> ha reconocido expresamente la accesoriidad de la hipoteca; ya la STS de 29 de junio de 1989 afirmó el carácter accesorio del crédito, de modo que “subsiste en tanto éste también subsiste, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica y lo lleva a reconocer que

---

<sup>173</sup> MIRA ROS afirma que “el viejo planteamiento de un expediente judicial de realización de un derecho inscrito bajo condición suspensiva, (el *ius vendendi* del acreedor hipotecario), para cuyo ejercicio bastaba la prueba de cumplimiento de la condición mediante un requerimiento de pago inatendido en forma notarial o judicial, ha quedado superado. No se trata ya de un procedimiento dirigido a la venta del bien dado en garantía ni de la tutela ejecutiva de un derecho real inscrito, abstracción hecha de la deuda, sino, al contrario, de la tutela ejecutiva de un crédito mediante un proceso dirigido al cobro de una deuda asegurada con una traba preconstituida para acelerar la vía de apremio”. Ob, cit, pág. 9

<sup>174</sup> Pero también, afirma el autor, en el orden estrictamente técnico son figuras heterogéneas. El crédito es un derecho personal. Es la fuente de la obligación de entrega o devolución dineraria, y por ello el título para su ejecución. Su gran elasticidad permite que se moldee en función de las necesidades de las partes. La hipoteca, aunque para el acreedor es un potenciador de la seguridad del crédito (de su cobro), técnicamente constituye un gravamen inmobiliario, un derecho real. Como tal derecho real que grava una propiedad inmobiliaria es susceptible de acceso registral. Ob, cit, págs. 89 y 90.

<sup>175</sup> Entre otras, STS de 26 de marzo de 1999, 6 de octubre de 1995 y 18 de noviembre de 1993.

corresponde a la misma persona que sea titular del crédito garantizado, al no ser la hipoteca un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio del crédito, estando conectada a éste y que sigue su suerte; y así viene calificado por el art. 1528 del CC<sup>176</sup>.

## II. EL PAGO DE LA DEUDA COMO ELEMENTO PRINCIPAL DE LA PRETENSIÓN EJECUTIVA HIPOTECARIA.

El pago de la deuda por el deudor (ejecutado) constituye la finalidad principal del proceso de ejecución hipotecaria; dicha deuda, especialmente garantizada, se caracteriza de forma esencial porque se encuentra reflejada en un documento que ostenta legalmente la condición de título ejecutivo.

Resulta importante matizar, aun a riesgo de incurrir en excesos reiterativos, justificados por la trascendencia de lo que se afirma, que el objeto de la tutela ejecutiva no es otro que la deuda hipotecaria, es decir, una deuda que se encuentra garantizada a través de un derecho real como es el de hipoteca, constituido para asegurar su cumplimiento; la relación que existe entre ambos conceptos, deuda y garantía, está presidida por el principio de accesoriedad<sup>177</sup>, de manera que la hipoteca

---

<sup>176</sup> No obstante, GOÑI confirma que, hoy día, son muchos los autores que empiezan a dudar de la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito y citan determinados supuestos en los que no se cumple exactamente dicha accesoriedad, sino que demuestran una cierta separación e independencia de la hipoteca con respecto al crédito garantizado. Ejemplos de esta separación son: la existencia de hipotecas en garantía de obligaciones futuras, condicionales o la hipoteca de responsabilidad limitada. También quiebra la accesoriedad por la propia indivisibilidad de la hipoteca, pues extinguido parcialmente el crédito, la hipoteca permanece íntegra. A juicio de esta autora, la accesoriedad no es un dogma absoluto pues admite figuras como las mencionadas; considera que la hipoteca puede ser accesorio del crédito en cuanto nace para garantizar una obligación, y, en ese sentido, depende de ella; pero esto se deriva de la función de garantía que cumple, al igual que el resto de los derechos reales de igual categoría. Se trata, en consecuencia, de una accesoriedad funcional o finalística, para cumplir la función que tiene asignada, de garantía. No comparte GOÑI la idea de la unidad inescindible del *crédito hipotecario*, según la cual la influencia de la hipoteca en el crédito va a ser tal que, desde el momento en que se constituye para asegurarlo, nace una nueva entidad compleja que es el *crédito hipotecario*, distinto del simple crédito. Ya no hay un crédito más una hipoteca, unidos por una relación de accesoriedad o separados por una mayor o menor autonomía, sino que ambos elementos se funden en una nueva y única figura: el *crédito hipotecario*. El mayor precursor de esta tesis es AMORÓS GUARDIOLA. GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, *La adjudicación de la finca hipotecada al acreedor ejecutante por menos valor de la deuda garantizada: ¿debe extinguir la deuda?* Anuario Jurídico Villanueva, número V, año 2011, págs. 221 y 222.

<sup>177</sup> Este concepto no tiene un significado único; el sentido mayoritario se centra en la hipoteca como elemento subordinado o sometido al principal, el crédito hipotecario. Sin embargo, algunos autores defienden la tesis de la *unidad del crédito hipotecario*, según la cual los dos elementos se integran o fusionan en una unidad compleja distinta de las anteriores. Por último, hay autores que dan más preponderancia al elemento real frente al crédito asegurado, en el sentido de que la garantía o aseguramiento del crédito no queda sometida a éste sino que recibe un tratamiento separado o se rige en ciertos casos por sus propios principios. Concretamente, para HERBOSA, la regulación legal de la hipoteca refleja que la relación existente entre la garantía y el crédito asegurado va más allá de una simple función de garantía o aseguramiento; se trata de una relación de estricta dependencia o subordinación de la hipoteca respecto del crédito. Frente a la tesis de que el crédito y la hipoteca se fusionan en una realidad compleja y unitaria (el crédito hipotecario), sostiene que ambos elementos

por sí misma no tendría sentido, sino es para servir de refuerzo a la relación jurídica principal (préstamo o crédito inmobiliario). Por ello, cuando se inicia una ejecución lo que persigue la parte activa no es tanto la realización de la hipoteca como el cobro de la deuda, en síntesis, el cumplimiento forzoso por el deudor de su obligación de pago, que no cumplió de forma voluntaria, al margen de cuáles fueron los motivos que propiciaron el incumplimiento. Cuestión distinta es que para lograr ese objetivo, como medio, nunca como fin, sea menester ejecutar la garantía y con ello realizar el bien inmueble.

La denominada *deuda hipotecaria*, constituye, por tanto, el objeto de la pretensión ejecutiva que se ejercita a través del proceso especial de ejecución<sup>178</sup>. Esta

---

mantiene su independencia, en cuanto la relación de garantía se superpone o yuxtapone al crédito asegurado, sin que la primera, contrariamente a lo que sostienen algunos autores, pueda sobreponerse ni desnaturalizar éste. Esta concepción de la accesoriedad se pone de manifiesto dentro del proceso de ejecución, en cuanto la relación jurídica documentada en el título ejecutivo es la deuda asegurada con la hipoteca, conservando ambos elementos su identidad y ligados por una relación de estricta accesoriedad de la garantía respecto del crédito. Así se explica que la ejecución pueda paralizarse si se acredita la extinción de la obligación garantizada aunque sea dentro de los reducidos límites del artículo 695 LEC. HERBOSA, *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*. Centro de estudios, 2006. págs. 38 y 39. En el mismo sentido, VÁZQUEZ-PASTOR que, citando a MORALEJO IMBERNÓN, concluye que la constitución de la hipoteca inmobiliaria genera un complejo entramado de relaciones jurídicas superpuestas. Así, cabría distinguir, en primer lugar, el propio contrato de hipoteca de aquel otro que da origen a la obligación garantizada. No obstante, añade, en la práctica lo más frecuente es la coincidencia negocial y documental de ambos contratos a través de la figura de los préstamos hipotecarios, concedidos normalmente por entidades crediticias que celebran con sus clientes en un mismo acto la operación de crédito y la constitución de la garantía. Ciñendo la cuestión al préstamo hipotecario, se plantea la duda de si se trata de un solo contrato o bien son dos contratos distintos (préstamo e hipoteca) y, en éste último caso, qué tipo de relación liga a ambos. Para VÁZQUEZ-PASTOR nos hallamos ante un único negocio jurídico, un solo contrato, pues no se trata de dos negocios jurídicos típicos e independientes con virtualidad separada, sino de un negocio complejo y unitario que resulta de la fusión de ambas declaraciones negociales; ello se deduce de la contemporaneidad de las referidas declaraciones de voluntad y de su confluencia para conseguir el resultado práctico deseado, en otras palabras, el pacto de constitución de hipoteca está ligado al contrato de préstamo que, de no existir aquel, no hubiera tenido lugar ésta, pues la cláusula de constitución de la hipoteca tiende a reforzar la posición del banco o entidad prestamista frente al diferimiento en el tiempo en que se halla la prestación de restitución del principal y pago de intereses, objeto de la obligación del prestatario. Las diversas causas concurrentes se unifican, dando al negocio de préstamo hipotecario una naturaleza peculiar que lo diferencia de cada uno de los negocios, independientemente considerados, que lo integran. A lo que hay que añadir que en este caso el préstamo se concede para la adquisición de la vivienda que se hipoteca, por lo que no hay libre disposición del prestatario. VÁZQUEZ-PASTOR, *El préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda: una cuestión de riesgos*. Actualidad Civil, 1<sup>ª</sup> quincena de julio de 2011, nº 13, págs. 1455 y 1456. Por su parte, GOÑI considera que no es relevante la distinción de si la relación de crédito –hipoteca es de accesoriedad, de yuxtaposición, o de unión, sino que lo que debe guiarnos a la hora de practicar una inscripción, debe ser el considerar que debe acceder al registro todo aquello que deba ser oponible a terceros porque, una vez inscrito en el asiento de inscripción del crédito hipotecario, sea en su origen personal o real, será verdadero derecho de hipoteca y gozará de todos sus efectos y privilegios. *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, Cuadernos de Derecho Registral, 2006, págs. 21 y 22.

<sup>178</sup> Sin embargo hay autores como GARCIA GARCIA que consideran necesario diferenciar entre un objeto mediato y otro inmediato. El objeto directo o inmediato vendría constituido por la solicitud de ejecución o, lo que es lo mismo, por la solicitud de *realización del valor de la finca hipotecada por haberse producido el impago*; frente a ello el objeto mediato consistiría en obtener el cobro de una determinada cantidad de dinero (como consecuencia mediata de la realización del valor de la finca hipotecada. Para este autor, no se trata propiamente de una reclamación de pago de cantidad, sino de la *solicitud de ejecución*, es decir, de la *realización del valor de la finca hipotecada*, por razón de haberse producido el impago. La obtención del cobro de la cantidad opera como el resultado o consecuencia mediata de la realización del valor de la finca hipotecada, pues con el importe de la subasta se ha de hacer el pago. Pero eso no obsta para que el

deuda deriva de una relación jurídica previa entre acreedor y deudor que aparece debidamente constatada en un documento que reviste naturaleza de título ejecutivo; ese título constituye la esencia y fundamento del proceso de ejecución. Tanto es así que, tal y como advierte MIRA ROS<sup>179</sup>, no se ejecutan los bienes dados en garantía, sino la obligación garantizada; por consiguiente, el fundamento de la demanda será el título constitutivo de la deuda y no la inscripción de la hipoteca. La ejecución, en definitiva, se despacha a la vista del documento, siempre que se trate de alguno de los revestidos por la ley de fuerza ejecutiva. En tanto que la inscripción de la hipoteca al revestir carácter constitutivo, es requisito imprescindible para su existencia.

1) Caracteres de la deuda ejecutiva: certeza, subsistencia y exigibilidad.

En el proceso especial de ejecución para que judicialmente pueda admitirse la reclamación de la deuda garantizada con hipoteca, es menester que en el momento de dicha reclamación se acredite que la deuda ha existido, que sigue existiendo y que es exigible. Estos tres conceptos deben ser analizados de forma independiente ya que constituyen los elementos esenciales de la deuda reclamable a través del procedimiento regulado en los arts. 681 y siguientes de la LEC.

A) Certeza y subsistencia de la deuda.

En la demanda ejecutiva<sup>180</sup>, a la que acompañará el título ejecutivo, (fundamento de todo proceso de ejecución) debe expresarse la cantidad que se reclama, la cual debe ser cierta, es decir, se requiere comprobar que la deuda asegurada con la hipoteca ha nacido y existe<sup>181</sup>.

La *certeza* se refiere, por tanto, a la realidad del crédito hipotecario, en definitiva, implica que el crédito se ha concedido y ha surgido la obligación de pago por parte del deudor. HERBOSA recuerda, en este sentido, que la exigencia de examinar la certeza de la deuda requiere comprobar que la cantidad asegurada con la hipoteca ha nacido y existe. Asimismo, la existencia inicial de la deuda, en el momento judicial

---

objeto directo del procedimiento sea la ejecución de la finca hipotecada pues no se discute en el procedimiento la cantidad que ha de ser pagada. GARCIA GARCIA, ob cit, pág. 132.

<sup>179</sup> *Hacia una ejecución hipotecaria propiamente jurisdiccional*, Revista el Notario del Siglo XXI, nº 38, julio-agosto 2011.

<sup>180</sup> Hasta la reforma de la Ley hipotecaria de 1946 se empleó el término *escrito*; de esto se derivaba la decidida intención del legislador de no conceder a la ejecución hipotecaria, antes procedimiento judicial sumario, naturaleza jurisdiccional.

<sup>181</sup> No debe confundirse *cantidad reclamada* con *obligación principal garantizada* pues, esta última puede consistir en una cantidad de dinero determinada (hipoteca de tráfico), indeterminada (hipoteca de seguridad) o de una prestación periódica (hipoteca de renta). Y el concepto *cantidad reclamada* se integra a su vez por una serie de variables como son principal, intereses y costas.



de su reclamación, debe identificarse con el concepto de subsistencia, al que hace expresa referencia el art. 688.1 de la LEC. Aunque, este precepto tan solo refiere el concepto de subsistencia a la hipoteca, debe predicarse igualmente de la obligación garantizada, pues el ejecutado puede oponer hechos extintivos referidos exclusivamente al crédito y no sólo a la hipoteca que se ejecuta. No tendría ningún sentido exigir en el proceso de ejecución el cumplimiento forzoso de una obligación de antemano inexistente.

La vigente LEC no exige expresamente que se fije en la demanda que el crédito se halla subsistente, ni que el tribunal compruebe este extremo, aunque resultaría oportuno realizar esta comprobación con alcance preceptivo, ya que el despacho de la ejecución de un crédito inexistente carecería de toda lógica y sería contrario al principio de economía procesal. En todo caso, tal exigencia lógica puede deducirse de los términos en que se pronuncia el artículo 551 de la propia Ley, según el cual el tribunal dictará auto conteniendo la orden general de ejecución, siempre que concurren los presupuestos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título. Asimismo, habida cuenta de que en esta primera fase procesal no se da audiencia al demandado-ejecutado para alegar lo que estime procedente en orden a la existencia y/o subsistencia del crédito, razones de seguridad y hasta de justicia, además de la propia economía procesal, imponen este examen de oficio por el tribunal a fin de evitar el despacho de una ejecución que, desde el principio, podría resultar improcedente. Naturalmente, se trataría de un examen que se produce *in audita parte debitoris*, posponiéndose para el momento procesal de oposición la posibilidad de que el ejecutado alegue lo que considere oportuno en relación a la extinción del crédito asegurado.

MARTIN DIZ<sup>182</sup>, en este sentido, recuerda que el Juez competente debe controlar la regularidad formal del título dotado de especial fuerza ejecutiva, y sostiene que en una primera aproximación, la referida comprobación pasa por examinar que el título cumpla las exigencias generales de la LEC, además de los requisitos especiales del art. 682.2 LEC. La ausencia de cualquiera de estos presupuestos, continua el citado autor, no invalidaría la hipoteca y los efectos que le sean propios; únicamente su carencia veda el acceso a la ejecución por la vía privilegiada de los arts. 681 y siguientes. El referente obligado es el art. 685.2 de la LEC, al recoger que “a la

---

<sup>182</sup> *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Comares, 2000, págs. 148 a 155.

demanda se acompañarán el título o títulos de crédito revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución...”. Estima el autor anteriormente citado que la finalidad pretendida no es otra que la de asegurar la regularidad del instrumento detonador de la inminente actuación procesal, cuyos efectos expansivos son tan briosos que han de estar estrictamente testados con antelación por parte del Juez que va a despachar ejecución. He aquí una razón más para comprobar la regularidad del título y la subsistencia de la hipoteca en un momento incipiente del proceso.

La postura de MARTIN DIZ es crítica con el régimen legal dispuesto en el artículo 685.2 LEC<sup>183</sup>, al afirmar que el precepto debería haber suprimido las remisiones del título de ejecución a los requisitos generales de la LEC por ser suficiente la información registral atinente a la hipoteca que constase por vía de certificación emitida por el Registrador de la Propiedad

Esta opinión no implica para el autor citado que deba prevalecer la característica registral del procedimiento sobre la judicialidad del mismo. Sostiene que la LEC recurre de nuevo a la escritura de constitución de la garantía hipotecaria como título ejecutivo, puntualizando el segundo párrafo del art. 685 que en caso de ejecución sobre bienes hipotecados, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Afirma, por último, que, si realmente nos interesa para el despacho de la ejecución constatar la vigencia y subsistencia de la garantía hipotecaria, con la certificación registral ha de ser suficiente, ya que, si el crédito hubiese sido satisfecho o desaparecido, la inscripción hipotecaria sobre el bien inmueble que garantiza dicho pago habría sido cancelada<sup>184</sup>.

De los términos en que se pronuncia la LEC puede deducirse que utiliza como sinónimos los conceptos de *título de crédito* y *título inscrito* y concretamente exime de la presentación del *título inscrito*, cuando no pudiese presentarse, acompañando

---

<sup>183</sup> “ A la demanda se acompañarán el título o título de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley. En caso de ejecución sobre bienes hipotecados o sobre bienes en régimen de prenda sin desplazamiento, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca”.

<sup>184</sup> MARTIN DIZ, Ob cit, págs. 153 a 155. No deja el autor de manifestar su crítica hacia la regulación actual por lo que estima falta de audacia en este aspecto, como en otros muchos, al encorsetarse innecesariamente en la línea continuista que le caracteriza, verificable sin esfuerzo al comprobar que la mayoría de sus preceptos, en este tema, son calco fidedigno de los que estuvieron vigentes en el texto hipotecario donde se regulaba la ejecución judicial de la garantía hipotecaria inmobiliaria.

entonces a la demanda ejecutiva certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. No obstante, se hace necesario puntualizar, tal y como hace PAZ-ARES y se viene repitiendo hasta la saciedad, que una cosa es el crédito y otra la hipoteca. El crédito y el título del que resulta nace y se desenvuelve *extra tabulas*. La hipoteca ni es título ejecutivo, ni es susceptible de constituir la base para que se despache la ejecución de una deuda, a diferencia de lo que ocurre en la deuda inmobiliaria alemana. No cabe olvidar que a través de la acción ejecutiva se puede solicitar al Juez que ejecute el título de crédito mediante la realización del valor de la hipoteca. El título de crédito, mantiene el autor citado, acompañado en su caso de los documentos complementarios previstos, se convierte en el único vehículo que permite el acceso directo a la tutela judicial ejecutiva, mientras que la hipoteca carece de entidad suficiente, por sí sola, para suplirlo. De la misma manera que no se ejecuta el embargo, tampoco se ejecuta la hipoteca, que es una suerte de traba anticipada, aunque muy cualificada<sup>185</sup>.

En todo caso, el examen del requisito de la certeza y subsistencia de la deuda puede complicarse en determinados supuestos, precisamente en aquellos en los que la propia existencia de la deuda deba concretarse en un momento posterior. Originan tal incidencia las siguientes situaciones:

- a) Hipotecas en garantía de obligaciones sujetas a condición y de obligaciones futuras.

La accesoriedad de la hipoteca, tal y como se viene entendiendo, supone que como derecho real de garantía es un complemento del crédito que garantiza sin el cual su existencia no se concibe<sup>186</sup>. La presente aseveración obliga a plantearse la cuestión de cómo es posible constituir una hipoteca sobre una obligación que todavía no ha nacido<sup>187</sup>; en estos supuestos el requisito de la certeza y subsistencia adquiere

---

<sup>185</sup> PAZ-ARES, *La hipoteca al servicio*.....ob, cit, págs. 93-95.

<sup>186</sup> Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 30 de diciembre de 2002, cuando afirma que el carácter accesorio de la hipoteca implica que está al servicio de un crédito para garantizar su satisfacción, pero no de cualquier crédito, sino sólo de aquel para cuya seguridad fue constituida.

<sup>187</sup> La DGRN ha reconocido expresamente la flexibilidad con que se constituyen las hipotecas, al decir en la Resolución de 17 de marzo de 2000: "...la amplitud con que el legislador ha admitido la garantía hipotecaria, aplicable a toda clase de obligaciones, incluso las futuras o sujetas a condiciones suspensivas inscritas, surtiendo en tal caso efectos contra terceros desde su inscripción si la obligación llegase a contratarse o la condición a cumplirse(art. 142 de la LH), relativiza en cierto modo la tradicional controversia sobre la naturaleza jurídica del contrato de préstamo, pues tanto puede asegurar un préstamo real, perfeccionado con la entrega o en del que exista ya libre disponibilidad por el prestatario aunque no haya hecho uso de la misma, como aquellos otros convencionales en que estén esa entrega o disponibilidad aplazadas, condicionadas o tan solo convenientes. Ahora bien, la distinta naturaleza de la hipoteca en uno y otro caso, como hipoteca normal o de tráfico en el primero, en que el Registro

especial relevancia. Se trata de casos en los que no podrá instarse la ejecución, sin que conste la nota marginal que acredite la existencia de la hipoteca, porque si se despachara la ejecución sin esta información concurriría la causa de oposición prevista en el art. 695.1 de la LEC, que, aunque habla tan solo de extinción de la obligación garantizada, debiera servir igualmente para denunciar las obligaciones todavía no nacidas.

La hipoteca constituida en garantía de una obligación condicional no plantea especial problemática, pues es opinión común entender que sí existe obligación desde el momento de la constitución de la garantía hipotecaria<sup>188</sup>.

Sin embargo, no sucede lo mismo respecto de la hipoteca constituida en garantía de una obligación futura. En tal caso se exige que la obligación futura quede claramente determinada en el título constitutivo de la garantía. En este sentido, la RDGRN de 10 de julio de 2001 afirma: “debe tenerse en cuenta la específica naturaleza de la hipoteca como derecho real de carácter accesorio que se constituye en garantía de una obligación determinada, a fin de asegurar al acreedor su cumplimiento (arts. 104 de la LH y 1857 del CC), y de ahí la exigencia de su adecuada identificación. No se precisa, ciertamente, que la obligación a asegurar tenga ya existencia jurídica, puede constituirse también en garantía de una obligación futura (art. 142 de la LH), pero no por ello queda comprometida su accesoriedad y su esencial finalidad de garantía de un crédito específico, por cuanto también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de la constitución, la relación jurídica de la que deriva la obligación a asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria”. Ello no obstante, debe exigirse que la relación entre el deudor y el posible acreedor esté identificada, pues no debe admitirse la hipoteca a favor de cualquier deuda futura y de cualquier posible acreedor que pueda ser determinado por un tercero. En definitiva, es necesario que al constituirse la hipoteca exista ya una relación jurídica básica preliminar vinculante de la que emanen futuros créditos eventuales.

---

garantiza la existencia tanto de la deuda como de la garantía, o como hipoteca de seguridad en los segundos, en que aquella garantía tan solo alcanza a la hipoteca y no a la obligación garantizada, distinción de especial relevancia, tanto a la hora de pretender la ejecución de la hipoteca como el tráfico posterior del crédito, imponen que a la hora de practicar su inscripción quede debidamente reflejada una u otra situación, dado que en ella ha de constar la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se inscribe, sin perjuicio de que, de haberse garantizado una obligación futura o condicional, pueda hacerse constar posteriormente su nacimiento o el cumplimiento de la condición por nota marginal (art. 143 de la misma Ley), surtiendo a partir de entonces la hipoteca inscrita los efectos propios de la de tráfico.” En el mismo sentido, Resolución de la DGRN de 27 de julio de 1999.

<sup>188</sup> Resolución de la DGRN de 17 de enero de 1994.

b) Hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito.

Si en algo se caracteriza esencialmente la apertura de crédito en cuenta corriente<sup>189</sup>, es por la indeterminación del importe de la obligación del acreditado en cuanto depende precisamente del uso efectivo y cuantía en la que se disponga del crédito concedido, lo que plantea dos problemas básicos a la hora de constituir una hipoteca que lo garantice: de un lado, el respeto al principio de determinación exigido con especial rigor por el art. 12 de la LH; y de otro, la viabilidad de los procedimientos de ejecución, habida cuenta de que el título del acreedor no acredita el importe del crédito que se puede reclamar ni esta información consta en el Registro. Con respecto al primer interrogante planteado, la DGRN ha mantenido que solamente cuando la cuenta corriente bancaria aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente, deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en aquella; tal exigibilidad se funda entonces en un convenio previo<sup>190</sup>.

En lo que concierne a las posibilidades de ejecución, habría que decir que el título constitutivo por sí mismo no es título ejecutivo, pues no acredita la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda, sin que se desprenda del mismo una cantidad líquida imprescindible para que pueda despacharse ejecución. Por ello, es necesario aportar junto con la demanda y con el título constitutivo de la hipoteca, documento en el que se acredite el importe líquido de la cantidad adeudada, siendo objeto inicial de análisis por parte del Juzgador los referidos documentos a fin de admitir el despacho de la ejecución o denegarla para evitar una ejecución inviable en los términos exigidos por el principio de economía procesal.

---

<sup>189</sup> Dentro del tipo genérico de las hipotecas de seguridad, como subespecie de las hipotecas de máximo, la hipoteca en garantía de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, a la que se refiere el art. 153 de la LH, se caracteriza por constituirse en garantía o seguridad del saldo definitivo que resulte al liquidar un contrato consensual de apertura de crédito en cuenta corriente, en virtud del cual el acreedor pone a disposición del deudor, durante un tipo fijo y con el límite de una cantidad máxima, una suma de la que éste puede disponer de una vez o fraccionadamente. En el momento de constituirse la hipoteca el prestatario aún no ha recibido cantidad alguna de dinero, existiendo indeterminación sobre si va a utilizar, y en qué medida dentro del límite pactado, el crédito que se pone a su disposición. RIVERA FERNANDEZ, *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Editorial Dilex, 2004, pág. 139.

<sup>190</sup> Resolución de la DGRN de 10 de julio de 2001.

c) Hipoteca global o flotante.

GÓMEZ GÁLLIGO recuerda que la hipoteca flotante no tenía fácil encaje en nuestro Derecho positivo actual en base al principio de accesoriedad de la hipoteca. La doctrina de la DGRN había negado siempre, por esa razón, la posibilidad de que una sola hipoteca asegure varias obligaciones distintas. Sólo lo venía admitiendo cuando se articula a través de la técnica de las hipoteca en garantía de cuenta corriente regulada en el art. 153 de la LH y se estipulaba un pacto novatorio expreso. Y siempre que no quede al arbitrio de la entidad acreedora la determinación de cuáles son las obligaciones que se cargan en cuenta y no se mezclen obligaciones presentes y futuras (RDGRN 23 de diciembre de 1987). Lo que en definitiva significa que las varias obligaciones aseguradas por la hipoteca tienen que irse cargando en una única cuenta, y perder su virtualidad separada a través de un pacto novatorio expreso: sólo el saldo final exigible, fruto de la novación en una de todas las obligaciones, quedará cubierto por la hipoteca. Con ello, queda claramente cumplido el principio de la accesoriedad. Enumera como características de la nueva hipoteca global las siguientes: a) puede garantizar varias obligaciones al mismo tiempo, bajo la cobertura de una sola hipoteca, de cualquier clase que sean, pudiendo mezclarse obligaciones presentes o futuras; b) no es necesario pacto novatorio expreso de las obligaciones garantizadas, por lo que cada obligación garantizada seguirá teniendo su virtualidad propia y será susceptible de ejecución separada; c) bastará que se especifique su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; d) deudores en esta hipoteca pueden ser consumidores o empresarios, mientras que la condición de acreedor hipotecario está restringida a las entidades financieras y también a las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social; e) requisitos básicos de esta hipoteca son además de la especificación de los actos jurídicos básicos antes referidos, la fijación de una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria, el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado<sup>191</sup>.

La denominada hipoteca flotante<sup>192</sup> es una modalidad de hipoteca de máximo, que se caracteriza por asegurar una pluralidad de obligaciones. A diferencia de la

---

<sup>191</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, *Principios generales...* ob, cit, págs. 39 a 42.

<sup>192</sup> Regulada en el artículo 153 bis LH, se le ha denominado también *hipoteca ómnibus, percha, paraguas o sumidero*. Y ha sido objeto de todo tipo de comentarios, no siempre favorables. Desde su calificación como anómala figura, pasando por la afirmación de su abierta inconstitucionalidad y la consideración de su carácter discriminatorio y excesivo.

hipoteca ordinaria o de tráfico que, en principio, asegura una única obligación, de cuyo importe, cuantía y existencia da fe el Registro de la Propiedad, la hipoteca flotante asegura dos o más obligaciones. Por eso se dice que flota sobre ellas, aunque puede terminar posándose en sólo una.

La existencia concreta de las obligaciones no está cubierta por la publicidad registral, que se limita a fijar una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria. Será necesario un acto posterior extra registral para la determinación del importe concreto exigible, sin lo cual no podrá acudir al proceso de ejecución y si se acude, el juez no podrá comprobar si se cumple el requisito de certeza y subsistencia de la deuda. Normalmente, para evitar un nuevo convenio entre acreedor y deudor sobre determinación del saldo exigible, suele pactarse que se podrá fijar unilateralmente por la entidad acreedora.

Para GÓMEZ GÁLLIGO resulta evidente que para la ejecución hipotecaria de obligaciones garantizadas con hipoteca global se exige la previa determinación del saldo final exigible, pero no será suficiente la presentación de la certificación bancaria de liquidación efectuada por el acreedor, sino que será también necesario siempre acompañar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, junto con aquellos otros que acrediten haberse notificado al deudor y fiador si lo hubiere la cantidad exigible<sup>193</sup>.

#### B) Exigibilidad de la deuda: especial referencia al vencimiento anticipado.

Como regla general, el concepto de *exigibilidad del crédito* hace referencia al vencimiento<sup>194</sup>. En los contratos de vencimiento único, el crédito es exigible cuando haya transcurrido el plazo convenido sin haberse realizado el pago.

Lo mismo puede decirse en el supuesto de que se hayan pactado vencimientos sucesivos (suele ser lo habitual), pero en este caso será preciso distinguir entre la

---

<sup>193</sup> *Principios generales*.....ob, cit, pág. 42.

<sup>194</sup> En términos muy precisos, afirma RIVERA que cuando se habla de este requisito, se está haciendo referencia al hecho de haber vencido el plazo establecido para el cumplimiento de la obligación garantizada quedando ésta incumplida. A partir de ese momento puede exigirse el cumplimiento coactivo de la misma. Sucede, no obstante, que la exigibilidad de la obligación garantizada con hipoteca se hace depender en numerosas ocasiones, no sólo del impago, total o parcial, de la obligación garantizada, sino de múltiples hechos establecidos en la hipoteca accesoría del crédito y que son aceptados por la parte prestataria (habría que decir, obligado a aceptar, de lo contrario no hay préstamo) y que se configuran como *cláusulas de vencimiento anticipado*. RIVERA FERNANDEZ, ob, cit, pág. 145. Para MONTERO AROCA, la exigibilidad de la obligación va unida lógicamente al vencimiento de la misma, *Tratado*...ob, cit.

reclamación parcial de la obligación asegurada por el vencimiento de algunos de los plazos de capital o intereses, o la reclamación total de lo adeudado, por efecto de la denominada *cláusula de vencimiento anticipado*<sup>195</sup>; ambas posibilidades (reclamación sólo de cuotas impagadas o del total adeudado) se regulan expresamente en el artículo 693 de la LEC<sup>196</sup>, si bien con un alcance práctico muy diverso: mientras que la primera opción es excepcional, por no decir inverosímil en la realidad judicial<sup>197</sup>, la segunda es habitual en la práctica forense, en la que se plantean continuamente *vencimientos anticipados* reclamando el total de lo adeudado (no solamente la parte vencida no pagada), dada la legalidad de este tipo de cláusulas, reconocida expresamente.

La legalidad de la cláusula de vencimiento anticipado, pese a las opiniones mantenidas por un sector de la doctrina y el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de marzo de 1999, viene avalada por su expresa regulación normativa en la vigente LEC<sup>198</sup>. Ello no obstante, puede ya aventurarse que la “doctrina” sentada por la referida Sentencia no fue confirmada por otras posteriores y, en consecuencia, la nulidad del vencimiento anticipado, referida al impago parcial de cuotas, (la más habitual) no deja de ser anecdótica; por el contrario, otras cláusulas que también

---

<sup>195</sup> El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 23 de abril de 2004, define este pacto como aquel mediante el cual el impago de uno de los plazos tiene como consecuencia la reclamación total de la deuda asumida, independientemente de que no hayan sido vencidos los siguientes plazos. En sentido más amplio, la Resolución de la DGRN de 2 de octubre de 2006, define los pactos de vencimiento anticipado como aquellos por los que mediando determinada conducta del deudor o concretas circunstancias especificadas en el contrato, el crédito podría darse por vencido anticipadamente y la hipoteca que lo garantiza ejecutarse.

<sup>196</sup> “...Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos. 1. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha. 2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro....”

<sup>197</sup> DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS afirman que esta modalidad, como es lógico, no tiene ninguna importancia en la práctica y sólo se explica por haber querido el legislador mantener el texto derogado del art. 135 LH, trasladándolo a la LEC. Ninguna entidad de crédito acudiría a esta vía, que no le proporciona la ventaja de provocar el vencimiento de la totalidad del préstamo; que le generará unos gastos de ejecución completamente desproporcionados en relación con la posibilidad de obtener sólo el cobro de la cuota o cuotas impagadas; y que tampoco tendrá ningún atractivo para los posibles adquirentes en la subasta porque, verificada la enajenación del bien hipotecado, éste se transfiere al adquirente con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha. Es como si el legislador pensara que éste es el supuesto más habitual, aplicable a falta de pacto de vencimiento anticipado inscrito, lo cual no puede estar más alejado de la realidad, pues la práctica totalidad de las hipotecas incorporan este pacto. *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Ed. Lex Nova, págs. 83 y 84.

<sup>198</sup> La Sentencia del TS de 27 de marzo de 1999 generó una avalancha de artículos y opiniones doctrinales en sentidos muy opuestos.



favorecen el vencimiento anticipado por incumplimiento de otras obligaciones accesorias, se han declarado válidas<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> Hay distintos tipos de cláusulas de vencimiento anticipado, si bien, la más habitual es la que supone el vencimiento anticipado por el impago de cuotas, cuya validez e inscribibilidad queda fuera de toda duda, salvo por el argumento que defendemos en el sentido de privarles de tal validez, en la medida que no exista verdadero consentimiento por parte del deudor. Sin pretender hacer un análisis exhaustivo, conforme a la doctrina que ha ido conformando la DGRN, nos encontramos con las siguientes: a) por deterioro o destrucción de la finca hipotecada. En ciertas ocasiones, la calificación registral de tales pactos, en cuanto a su inscripción, ha sido negativa, bien al considerarse que la obligación del deudor de cuidado y conservación de la finca es de contenido estrictamente obligacional, obligación que en todo caso viene impuesta por la ley (art. 7 CC) y cuyo incumplimiento supondría la aplicación del art.117 de la LH, que regula la acción de devastación, o bien al declararse su falta de concreción. (Resoluciones de 8 de noviembre de 1993 y 2 de febrero de 1998). No obstante, admitiendo la trascendencia real de esta cláusula al amparo del art. 1129.3 CC, se admite su inscripción (resoluciones de 12 y 20 de julio de 2000); b) Por disminución de la solvencia del deudor: es relativamente frecuente que se pacte el vencimiento anticipado en aquellos casos en que el deudor es ejecutado parcialmente o se le declara en estado de insolvencia, suspensión de pagos o quiebra. Pero la DRGRN ha denegado su inscripción (resoluciones de 24 de abril de 1992) y hasta su nulidad (resolución de 27 de enero de 1986); c) Por existencia de cargas no reflejadas en la escritura o derechos preferentes a la hipoteca constituida. Se consideran relevantes a efectos reales e perfectamente inscribibles (resolución de 26 de diciembre de 1990); d) por impago de contribuciones e impuestos que afecten al préstamo o finca hipotecada. Sin embargo, se ha negado su inscripción (resolución de 14 de marzo de 2000) cuando se plantea de un modo genérico, sin indicar en qué modo y qué impuestos por conculcar el principio de especialidad registral, pues un vencimiento anticipado de este modo previsto podría dar entrada a supuestos que en modo alguno implicarían un riesgo para el acreedor hipotecario; e) por incumplimiento de la obligación de asegurar el inmueble o por impago de la prima de seguro. Aquí la DGRN ha distinguido entre el impago de las primas(cláusula válida e inscribible) y el incumplimiento de la obligación de asegurar la finca(no inscribible per se una obligación personal(resoluciones de 2 de febrero de 1998 y 12 de junio de 2000); f) por inexactitud de los datos o documentos aportados: pacto no inscribible, pues la resolución no puede depender de la voluntad del deudor, ni del incumplimiento de una obligación no específicamente determinada, Es ese carácter absolutamente indeterminado el que impedirá en todo caso sus inscripción(resolución de 23 de octubre de 1987; g) Si la finca hipoteca fuere objeto de cualquier gravamen, enajenación, embargo, anotación o administración judicial. Pero la cláusula ha sido vetada por la DGRN al considerar que contradice la esencia misma del derecho real de hipoteca, no aporta ninguna garantía nueva a la ya estipulada, ni aporta utilidades adicionales apreciables por el acreedor y menoscaba de manera evidente la aptitud circulatoria y crediticia del bien gravado (resolución de 5 de junio de 1987). Igualmente, para la DGRN debe vetarse este vencimiento anticipado en cuanto la sobrevenida de embargos o anotaciones sobre el bien hipotecado, toda vez que al no concretarse a trabas que pudieran ser preferentes a la hipoteca, o a anotaciones que pusiesen en entredicho la propia subsistencia y prioridad de ésta, supondría el vencimiento anticipado del crédito hipotecario por circunstancias que no menoscaban en absoluto la garantía real constituida y que no tienen por qué comprometer la solvencia misma del deudor(resolución de 15 de julio de 1998); h) por arrendamiento de la finca: la cláusula que establece la prohibición absoluta de arrendar no es inscribible, pero, si resulta admisible que en la escritura de constitución de la hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieren no estar sujetos al principio de purga y que, por la renta estipulada pudiera disminuir gravemente el valor de la finca hipoteca, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque contenga, en caso de que la renta anula capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por cien o más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta(resoluciones de 28 de enero de 1998 y 2 de febrero de 1998); i) por incumplimiento de la cualesquiera obligaciones consignadas en la escritura: no se admiten su inscripción por su completa indeterminación(resolución de 23 de octubre de 1987. RIVERA, Ob, Cit, págs. 161 a 166. No obstante, lo dicho, hay que hacer mención a la STS de 16 de diciembre de 2009 que, respecto de las cláusulas dudosas ha servido para poner cierto orden. Cuando esta sentencia confirma el carácter abusivo de ciertas cláusulas lo hace por su carácter desproporcionado y por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento; afirma, en este sentido: “sólo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida”. Afirma, igualmente, la sentencia que, de entenderlo de otro modo, se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la entidad financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario. De esta forma, la STS considera legales, no abusivas las siguientes cláusulas: las referidas a la cobertura hipotecarias de las futuras costas de la ejecución; las que admiten como prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad; los pactos de compensación de la deuda con cualquier crédito que el mismo deudor tenga con la entidad, excepto cuando se refiera a la totalidad de un crédito indistinto de varios titulares; las de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota del préstamo; la de vencimiento anticipado

- a) El elemento temporal en el cumplimiento de la obligación: la cláusula de vencimiento anticipado.

El préstamo hipotecario suele desenvolverse como un contrato a plazo en la medida en que la obligación por parte del deudor de devolver el capital prestado, junto con los intereses correspondientes, se aplaza en el tiempo<sup>200</sup>, y se va materializando en sucesivos vencimientos. Este elemento temporal adquiere una relevancia vital, porque se traduce para el deudor en la carga de abonar intereses, así como por los imponderables susceptibles de afectar al devenir ordinario de la relación jurídica entre acreedor y deudor.

Cada uno de los vencimientos sucesivos determina la posibilidad de que el acreedor, si el deudor no ha cumplido puntualmente, nunca antes, pueda exigirle el cumplimiento forzoso. Por tanto, en principio, vencimiento implica exigibilidad.<sup>201</sup> Es la

---

exclusivamente por arrendamiento urbano de vivienda porque, según el art. 13.1 LAU, en todo caso ha de respetarse la duración mínima de cinco años, y está excluido de la purga en la ejecución forzosa. Por el contrario, la sentencia considera ilegales por abusivas las siguientes estipulaciones: la de vencimiento anticipado cuando se produzca un embargo o resulte disminuida la solvencia del deudor por cualquier causa; las de vencimiento anticipado por arrendamientos posteriores sujetos a purga, excepto el de vivienda, y las de prohibición o limitación de la facultad de enajenar; las de renuncia del deudor a ser notificado de la cesión de crédito; las de vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias y por falta de la inscripción de la hipoteca por motivos ajenos al prestatario. Finalmente, tal y como matiza SAENZ DE JUBERA, hay que considerar que no todas las cláusulas de vencimiento anticipado deben ser inscritas y dotadas de trascendencia real. El simple hecho de vincular el incumplimiento de una obligación esencialmente personal y meramente accesorio a la principal garantizada (pago de impuestos o la de respeto al destino pactado para el dinero prestado o para la finca gravada) al vencimiento anticipado del crédito (y, en consecuencia, de la hipoteca) no puede determinar la eficacia real frente a terceros de tales cláusulas. No todas las obligaciones accesorias a la obligación principal garantizada pueden tener su incumplimiento ligado al vencimiento anticipado del préstamo por mucho que las partes así lo expresen. *Ejecución hipotecaria de vivienda...*ob, cit, págs. 91 y 92.

<sup>200</sup> LOPEZ LIZ, asevera parafraseando a Camilo José Cela, con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 que declaró la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, mostrándose en contra de lo dispuesto por el Alto Tribunal y a favor de la validez de la referida cláusula que, “el tiempo impone una seria cadencia a la vida de todo lo que vive e impide que los sucesos se atropellen. El paso del tiempo permite al hombre recordar y a los astros no salirse de sus órbitas más que cuando le conviene al azar, al déspota”. Ciertamente, nadie niega que las determinaciones temporales pueden ser establecidas por la voluntad de las partes, por la ley, por la costumbre e incluso por el Juez. También es cierto que esas determinaciones temporales pueden quedar cerradas, es decir, realizarse de un modo completo y concreto, o bien pueden quedar abiertas, es decir, incompletas como es el caso en que el acreedor o el deudor o un tercero queda facultado para establecer cuando se ha de realizar la prestación. Cerrado es el término o plazo final y abierto el que, en caso de producirse el evento de impago del deudor, se anticipa por voluntad, o ejercicio de la facultad pactada, del acreedor. La determinación temporal en que consiste el término tiene en la relación obligatoria pluralidad de funciones. Así, para Díez Picazo se puede establecer una distinción entre el tiempo de la obligación considerada estructuralmente (vencimiento total) y el tiempo de la prestación o tiempo de pago (vencimiento, o más bien, forma de pago de las cuotas) que además va a funcionar como un límite de las facultades de las partes (la facultad del acreedor de anticipar el vencimiento total queda limitada al impago de las cuotas). *Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas*, LOPEZ LIZ, Diario La Ley, Sección doctrina, 1999.

<sup>201</sup> A pesar de lo que manifestó el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de marzo de 1949, en la que afirmó que se debían separar ambos conceptos argumentando que antes de la llegada del vencimiento, el acreedor puede estar en situación de exigir la prestación, o el deudor en la de imponer su cumplimiento. Así, el acreedor puede exigir anticipadamente, aunque no se haya producido el vencimiento, con carácter general en los casos del art. 1129 CC.

regla general, pues el art. 1125 del Código Civil<sup>202</sup> estipula: “las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue”. Según el art. 1127 del mismo texto legal, *el término* ha de presumirse establecido en beneficio de las dos partes, acreedora y deudora. Excepto que del tenor literal de la obligación o de otras circunstancias resultara haberse puesto a favor de uno o de otro, en principio puede afirmarse que el plazo se impone para cumplirlo, y las dos partes deben respetarlo al operar como un límite a las facultades de ambos, pues el plazo limita la facultad de recibir del acreedor e igualmente condiciona la pretensión de liberarse del deudor.

Conforme a lo expuesto, el acreedor no puede exigir el cumplimiento antes del plazo señalado, y si así lo hace, el deudor puede enervar la pretensión oponiendo la falta de vencimiento. Por su parte, el deudor tampoco puede obligar al acreedor a recibir el pago antes de tiempo, de modo que éste puede rechazarlo sin temor a incurrir en *mora credendi*. Ello no obstante, el artículo 1129 del Código Civil contempla una serie de excepciones<sup>203</sup> a la regla general antedicha que sancionan al deudor con la pérdida de todo derecho a utilizar el plazo y, en contra de lo pactado, habilitan al acreedor para reclamar el cumplimiento antes del día señalado<sup>204</sup>.

La pérdida por el deudor del derecho a utilizar el plazo cuando sobrevienen circunstancias que modifican la seguridad del cumplimiento o su solvencia, tal y como se regula en el art. 1129 del CC, es el argumento en que LOPEZ LIZ se basa para sostener la perfecta validez de la cláusula de vencimiento anticipado en el préstamo

---

<sup>202</sup> Obligación a plazo es aquella cuya eficacia, deber del deudor(deuda) y derecho del acreedor(crédito) viene determinada por un plazo a partir del cual (término inicial) o hasta el cual se produce(término final)

<sup>203</sup> Cuando después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda; cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido; y cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando pro caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

<sup>204</sup> Para DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS, cuando el art. 1129 del CC se refiere a la pérdida del beneficio del plazo utiliza una expresión incorrecta porque el contenido del artículo tiene aplicación, no sólo cuando el plazo beneficie al deudor, sino también cuando se establezca en beneficio del acreedor y deudor. Lo esencial afirman, es que el acreedor no tenga inicialmente la facultad de exigir antes del vencimiento, pues en caso contrario no existirá para él ninguna limitación. Más que una pérdida del beneficio del plazo, lo que se produce es un levantamiento de las barreras que se oponían al ejercicio del derecho de crédito, o al menos la posibilidad de que el acreedor las levante. Por ello, prefieren hablar, no de vencimiento anticipado, sino de exigibilidad anticipada, dado que lo único que permite el art. 1129 CC es que, sin que técnicamente se haya producido el vencimiento, el acreedor pueda exigir antes del tiempo fijado, por considerar que ha habido una pérdida sobrevenida de la confianza en el deudor. Así pues, los supuestos recogidos en el art. 1129 tienen sentido partiendo de la regla general consagrada en el 1127. Por ello, si por acuerdo inicial de las partes es el acreedor quien puede exigir antes de que llegue el día señalado, lo dispuesto en el artículo 1129 no le añade ninguna protección suplementaria. Ob, cit, págs. 82 y 83. En el mismo sentido, MONTES PENADES, para quien el fundamento del artículo 1129 CC reside en una pérdida sobrevenida de la confianza en el deudor y, por tanto, en la necesidad de conceder al acreedor una protección más vigorosa. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Director: ALBALADEJO, Tomo XV-2º. Artículos 1125 a 1154. Edersa, 1983, pág. 129.

hipotecario. Especialmente si se tiene en cuenta, como afirma el autor, que el principio de subordinación de la exigibilidad de la obligación al vencimiento del plazo va por detrás, y por debajo del principio *pacta sunt servanda*, positivizado en los arts. 1091, 1256 y 1258 del Código Civil.

En el contrato de préstamo hipotecario con causa de vencimiento anticipado, continua el autor, se establece no un término, sino dos: uno, ordinario, para el caso de que el deudor cumpla puntualmente su obligación de pago; y otro, extraordinario, que se denomina anticipado porque se adelanta al término llamado ordinario, para el caso de que el deudor no cumpla puntualmente su obligación de pago de las cuotas. En ninguno de los dos casos, la obligación está sujeta a condición alguna y, por tanto, no resultan aplicables, ni el tercer párrafo del art. 1125 del CC, ni tampoco el 1124 y anteriores que regulan las obligaciones condicionales<sup>205</sup>.

Que el plazo se impone para respetarlo, salvo que concurra alguna de las circunstancias excepcionales a que alude el art. 1129 del CC o exista voluntad acorde de las partes, es algo que ha confirmado recientemente el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de diciembre de 2011, al afirmar que no puede alegarse el incumplimiento de la demandada cuando aún no ha expirado el plazo en el que se ha pactado la entrega.

En el caso concreto a que se refiere la citada resolución, no existe incumplimiento, porque según el art. 1125 CC, que se declara infringido en el supuesto de autos, las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue. Está absolutamente probado (en el caso) que la demanda origen del litigio se presentó meses antes del día fijado por las partes para el cumplimiento. Al no producirse ninguna circunstancia que permitiera sospechar que se iba a producir el incumplimiento del deudor, no puede sancionársele con la pérdida del plazo pactado.<sup>206</sup>

Cuestión distinta es que las partes hubiesen acordado un pago anticipado al día en que sea exigible, que satisfaga su interés con efectos solutorios inmediatos, pues la regla del artículo 1127 del CC tiene carácter interpretativo, y es subsidiaria de la voluntad de las partes; en función del principio de autonomía de la voluntad, las

---

<sup>205</sup> Ob, cit.

<sup>206</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2011, (nº recurso 2130/2008). Ponente Doña Encarnación Roca Trías.

partes pueden válidamente pactar que el acreedor pueda exigir antes de que el día llegue, o bien que sea el deudor quien pueda imponer este cumplimiento anticipado al acreedor<sup>207</sup>.

Con carácter general, el argumento de la autonomía de la voluntad sirve para mantener la validez de la cláusula de vencimiento anticipado; muy simplificada, dentro de los límites<sup>208</sup> de la autonomía privada, si las partes lo han querido, quedan vinculadas por el acuerdo firmado. Tratándose de contratos de préstamo hipotecarios, sin embargo, cabría negar la premisa mayor, pues prácticamente en el 100% de los casos no existe verdadero consentimiento por parte del deudor, ni voluntad, ni siquiera conocimiento de lo que implica el vencimiento anticipado ante un eventual impago parcial<sup>209</sup>. Esta es la razón por la que, a nuestro juicio, la referida cláusula es inválida desde el principio. Una correcta información previa al cliente-deudor-ejecutado podría eliminar vicios de nulidad de la referida cláusula, de ahí que vuelva a postularse la necesidad de implantar un verdadero consentimiento informado (que no desinformado) en los preliminares de la firma del contrato. Este compromiso no es tarea fácil dado el carácter de contrato de adhesión que en la actualidad tienen todos los contratos de préstamo hipotecario, pero, ello no obstante, los intereses de la parte más débil, el consumidor, exigen un replanteamiento de la cuestión, especialmente cuando el objeto de la garantía hipotecaria es, con frecuencia, vivienda habitual del ejecutado.

---

<sup>207</sup> MONTES PENADÉS, *Comentarios a los artículos 1126 y 1127 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil y Complicaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 2º, Madrid, 1983.

<sup>208</sup> Esencialmente, los límites establecidos en el art. 1255 del CC: Ley, moral y orden público, la prohibición de ejercicio abusivo de un derecho que establece el art. 7.2 del CC, y el principio de la buena fe que rige la ejecución de los contratos, señalado en el art. 1258 del CC; ello, sin obviar las exigencias derivadas de la LGDCU que excluye las condiciones abusivas del crédito y la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación.

<sup>209</sup> Compartimos las palabras de MARTINEZ DE AGUIRRE cuando afirma que "la situación de inferioridad del consumidor viene determinada por la propia estructura de un mercado dominado por la ley de la oferta y también por el carácter *amateur* de la participación del consumidor en dicho mercado (con consecuencias importantes, tales como falta de conocimientos y de experiencia, así como carencia del tiempo y dedicación necesarios para adquirirlos y para desarrollar el papel que le es propio: el consumidor, por definición es un aficionado en el mercado; no hay consumidores profesionales), frente al carácter profesional que incumbe a la participación en el mercado del comerciante o empresario (con las correspondientes consecuencias respecto a la información, los conocimientos, la experiencia y la dedicación de quienes sí son profesionales del mercado). Desde esta perspectiva, puede afirmarse que se trata de una situación de inferioridad típica o estructural, agudizada por el empleo de mecanismos e instrumentos jurídicos característicos del tráfico en masa, frente a cuyos riesgos el consumidor no puede protegerse adecuadamente, precisa a causa de esa inferioridad. *Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVII, Fascículo I, enero-marzo 1994, págs. 43 y 44. En sentido coincidente, ANGUITA ROS afirma que aun habiendo proliferado normas generales de protección del consumidor, entre ellas, las referidas a la transparencia de la actuación bancaria, no se han erradicado por completo las malas prácticas de las entidades financieras arraigadas en el más puro interés comercial. A su juicio, la legislación aplicable a los préstamos hipotecarios contribuye parcialmente a paliar los malos usos, pero no los elimina totalmente, ni impiden que surjan nuevas cláusulas abusivas. *Constitución y ejecución del crédito*, ob, cit, págs. 28 y 29.

O'CALLAGHAN<sup>210</sup> recuerda, con carácter general, que el contrato, y el préstamo hipotecario lo es, representa la máxima expresión del principio de autonomía de la voluntad, la cual se manifiesta en un doble sentido: *libertad de contratar*, en el sentido de que los sujetos puedan celebrar o no el contrato; y *libertad contractual*, que afecta al contenido y se traduce en que sus elementos se fijen y determinen por las dos partes. Este último aspecto, sin embargo, no existe en el contrato que analizamos, el de préstamo con garantía hipotecaria, pues su contenido se encuentra prefijado de forma unilateral por la parte más fuerte, mientras que la más débil, el consumidor, se limita a aceptar o no lo que desde la entidad bancaria se le impone. La única autonomía de la voluntad que se deja entrever en la operación crediticia se relaciona con el primer aspecto, la *libertad de contratar* (o no hacerlo), pero brilla por su ausencia en el segundo de los aspectos mencionados, de ahí la necesidad de instaurar mecanismos que tiendan a equilibrar en la medida de lo posible la posición igualitaria de las partes contratantes.

Por último, conviene precisar que el pacto de vencimiento anticipado no forma parte de la hipoteca. GARCIA GARCIA puntualiza que es un *aditamento* a la hipoteca, ajeno al contenido natural de la misma, conectado a la obligación garantizada; no forma parte del contenido de la hipoteca, ni tiene por qué formarlo, pero sí de la obligación garantizada que constituye la hipoteca<sup>211</sup>.

b) El vencimiento anticipado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1999, originó un gran revuelo entre las entidades de crédito y los operadores jurídicos al declarar la nulidad de los pactos de vencimiento anticipado por resultar contrarios a las Leyes<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*, ob, cit, pág. 1255.

<sup>211</sup> *Los llamados pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y negativo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999*, Boletín del Colegio de Registradores. Información Jurídica, nº 53, 1999, pág. 2902.

<sup>212</sup> La Sentencia de 27 de marzo de 1999 declara la nulidad de determinados pactos de vencimiento anticipado y de paso, a modo de *obiter dicta*, resuelve sin ser el objeto principal del asunto planteado, y, por tanto, sin declararlo en el fallo que, la facultad de exigir el cumplimiento íntegro de la cantidad prestada, previo el impago parcial, es contraria a la ley y, consiguientemente, nula. Declara el Fundamento de Derecho quinto: "Conviene, por los perjuicios irrogados al actor con el ejercicio de esta cláusula y por la generalidad con que la vienen empleando las firmas crediticias, estudiar jurídicamente el alcance de estas estipulaciones, que visibilizan frecuentemente actitudes contra legem. En estos últimos años se han generalizado, en los préstamos hipotecarios, unas cláusulas que pueden precipitar los vencimientos anticipados de los préstamos y de sus garantías. Cabe preguntarse si estas condiciones son aceptables. El art. 1255 del CC consagra en nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes. Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del art. 6 del Código Civil: "Los actos

Posteriormente, el devenir bancario ha demostrado que la amenaza que inicialmente representó la citada Sentencia no estaba justificada<sup>213</sup>, pues la teoría que mantiene no tuvo continuidad en la Jurisprudencia y la práctica totalidad de las

---

contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...." Los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria demuestran elocuentemente que la condición que precipita el vencimiento del préstamo constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios, tal como los regula nuestro Derecho sustantivo. Entronizando esta condición se puede abortar anticipadamente la biología del préstamo garantizado. Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, éste tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido. Esta obligada estoicidad financiera del prestamista resulta del juego combinado de los dos artículos mencionados en la Ley Hipotecaria. Solo conseguiría enervar esa obligada paciencia recaudatoria si consigue incluir en el contrato la mal denominada condición resolutoria del préstamo, por virtud de la cual puede precipitarse el impago hacia el vencimiento anticipado del contrato. Según las cláusulas habituales de las escrituras, el impago de un plazo del capital o de los intereses actúa como condición resolutoria del aplazamiento. Por ello, como esta condición consigue adular las coordenadas temporales de los préstamos hipotecarios representa un pacto de gran trascendencia práctica, que influye poderosamente en el devenir de la relación jurídica. Es un añadido de gran importancia que modifica el curso normal de estos créditos y, por tanto, capaz de engendrar evidentes secuelas civiles y fiscales. El art. 127 de la Ley Hipotecaria claramente preconiza la necesaria perdurabilidad del crédito hipotecario en los contratos habituales, en los que no se pacta la condición resolutoria del crédito. Dice este precepto. "Si el comprador no quiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes". La hipoteca vigente, el deudor-propietario ha desfallecido en el pago de uno de los vencimientos semestrales o no ha atendido su obligación para saldar un período de intereses. El acreedor, impaciente, mueve los resortes para la oportuna enajenación forzosa del bien hipotecado. El mejor postor consigue la adjudicación de la finca, pero la hace suya con la carga de la hipoteca que garantiza los plazos todavía no devengados. Este es el desenlace preestablecido por la ley. Pero el artículo 127 le concede una opción: o asume el bien y soporta la hipoteca hasta el futuro vencimiento del último plazo convenido o bien puede recibir la finca libre de cargas, cancelándose el gravamen, si previamente consigna la cantidad debida, que habrá descontado del precio de venta. El artículo 127 demuestra elocuentemente que la situación crediticia ha de prolongarse hasta el último día convenido al contratar. Si el legislador no se sintiese constreñido por la necesidad de respetar el plazo convenido hasta sus últimas estridencias temporales, propiciaría en el artículo 127 un resultado amortizador similar al que se consigue con la condición resolutoria, lo que simplificaría las cosas desde el momento en que el adquirente se ha desprendido del principal de la deuda y hasta se han calculado todos los intereses pendientes con vistas al futuro. El acreedor podría cobrar inmediatamente y se extinguiría la relación jurídica sin perjuicio para nadie. Pero la ley lo que postula es todo lo contrario. El dinero se entrega de presente pero sólo se puede cobrar en el futuro. La locución legal es diáfana expresiva a este respecto: se deposita el dinero "para pagar al acreedor (no ahora, simultáneamente a la percepción del numerario, que parecería cronológicamente congruente) al vencimiento de los plazos pendientes. El legislador pretende que la pendencia se mantenga hasta el final y no permite yugarla anticipadamente. Hubiese sido más cómodo para todos (incluso para el acreedor al que se le respeta el montante de los intereses por todo el tiempo que ha de transcurrir) que la ley se decantase no hacia un depósito proyectable en el tiempo, sino por la fórmula del pago por consignación, con eficacia momentánea. Esta pertinacia del legislador hipotecario (congruente con el Código Civil, según el cual el plazo se entiende establecido en beneficio del acreedor y del deudor), que no hace ninguna concesión hacia la posibilidad de resolver prematuramente el préstamo, nos sugiere la convicción de que los pactos resolutorios devienen contra legem y están teñidos de nulidad. Si se considera que cumplen una finalidad lícita debieran derogarse los preceptos del Código Civil que contradicen las anticipaciones resolutorias y los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria y los preceptos concordantes. En bastantes casos la condición resolutoria visibiliza una actitud leonina y prepotente de las entidades financieras".

<sup>213</sup> MARTIN MARTIN confirma la profunda preocupación que provocó la Sentencia cuando afirma: "Cuando apareció la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999, lo menos que puede decirse es que quienes llevábamos ya bastantes años ejerciendo la profesión registral nos quedamos estremecidos por la contundencia con que se descartaba la viabilidad de una cláusula de acceso ordinario (lógicamente con matices) a las inscripciones de hipoteca que por entonces se practicaban, circunstancia perfectamente conocida por el Magistrado ponente....La mayoría teníamos claro que una cosa es que hubiera que analizar con prudencia cada caso y otra es que no pudiera establecerse un vencimiento anticipado del préstamo (y por ende de la hipoteca que garantizara su cumplimiento) prácticamente en ningún caso. *Supremo VS Supremo (doctrina sobre las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios)*."

entidades siguieron incluyendo el vencimiento anticipado por el impago de algún plazo en sus contratos; actualmente, la cláusula está perfectamente legalizada merced a su regulación expresa en la vigente Ley procesal civil<sup>214</sup>.

Sin embargo, tanta polémica propició que se elaboraron distintas respuestas doctrinales aun a pesar de que la Sentencia en cuestión había declarado la nulidad, tan solo a modo de *obiter dicta*, es decir, sin declararla en el fallo; por tanto, no hubiera podido ser tenida en consideración como doctrina reiterada del Tribunal Supremo a los efectos de conformar Jurisprudencia<sup>215</sup>.

En efecto, el Tribunal Supremo afirmó en esta Sentencia, sin declararlo en el fallo, que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes("a los varios preceptos del CC y a los artículos 127 y 135 LH a los que se opone frontalmente"), salvo en los casos excepcionales del artículo 1129 del CC"<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> CHAMORRO POSADA escribía sobre la confusión generada en nuestro ordenamiento respecto de este tipo de cláusulas y calificaba de ligereza, en clara alusión a la STS de 27 de marzo de 1999, lo dispuesto con relación al vencimiento anticipado. Apuntaba textualmente: " Los Juzgados y Tribunales en su inmensa mayoría se han encargado de mantener su trayectoria precedente y sepultar algunas ligerezas cometidas por alguno de ellos, la doctrina más autorizada ha rebatido algunas opiniones surgidas, y la legislación no apoya la confusión suscitada, la cual debe terminarse de clarificar..." *Vencimiento anticipado por incumplimiento en las obligaciones financieras(los préstamos con garantía hipotecaria)*, Diario La Ley, sección doctrina, 2000, Ref. D-263, tomo 7.

<sup>215</sup> En este sentido PRATS alude a la atención que suscitó entre los servicios jurídicos de las entidades de crédito y ahorro, asociaciones de consumidores y usuarios, así como entre los juristas preocupados por la evolución de la interpretación jurisprudencial de las normas, pero considera infundada la alarma generada. *Préstamo hipotecario: incumplimiento y pretendida nulidad de cláusula de vencimiento anticipado (o.....La estoicidad financiera del prestamista...)*. *Comentario a la Sentencia del TS de 27 de marzo de 1999*. RdP, Nº 3, 1999, Pág. 471.

<sup>216</sup> Así lo explica el Tribunal: "Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, éste tendrá que esperar el transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido. Esta obligada estoicidad financiera del prestamista resulta del juego combinado de los dos artículos mencionados (127 y 135) de la LH....esta pertinacia del legislador hipotecario (congruente con el CC según el cual el plazo se entiende en beneficio del acreedor y del deudor), que no hace ninguna concesión hacia la posibilidad de resolver prematuramente el préstamo, nos sugiere la convicción de que los pactos resolutorios devienen "*contra legem*" y están teñidos de nulidad". Ante la contundencia de la declaración judicial, LOPEZ LIZ, vaticinando que sería difícil que a esta sentencia siguiera otra igual se pregunta: "¿Quién es capaz de negar validez al pacto de que el impago de las cuotas de amortización del capital y de los intereses provoca el vencimiento anticipado? Ya lo sabemos: la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de marzo de 1999, ¡qué pena! A esa pregunta una persona sin demasiados conocimientos podría contentar con otra pregunta:" ¿Pues si no se constituye la hipoteca para esa contingencia, para qué sirve la garantía hipotecaria? Amigos todos, la definición legal de la hipoteca contenida en lo arts. 104 de la LH y 1876 del Código Civil no deja lugar a dudas:....la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya finalidad fue constituida. La hipoteca solamente sirve y se constituye para garantizar su ejecución en caso de incumplimiento por parte del deudor de su obligación de pago....El impago de la obligación desata el vencimiento del préstamo y la ejecución de la hipoteca, es decir, pasa ésta de la fase de seguridad a la fase de ejecución. El pacto es válido y eficaz y tiene acceso al Registro...". *Perfecta legalidad....ob, cit.*



Frente a la anterior declaración del Alto Tribunal, los autores se han posicionado claramente a favor o en contra, tomando como referente la esencia del contrato de préstamo hipotecario y la regulación que el Código Civil establece respecto de las obligaciones a plazo, de donde se deduce que el plazo puede establecerse en beneficio de acreedor y deudor, no solamente de éste último. Así, para PRATS, la interpretación que hace el Tribunal Supremo, según la cual sólo puede admitirse el pacto de vencimiento anticipado cuando sea *secundum legem* (art. 1129 CC) o *praeter legem*, es decir, interpretando o precisando lo dispuesto por el art.1129 CC, no es aceptable, y además no puede deducirse de ella la existencia de límite a la autonomía de la voluntad, porque tal límite debe resultar expresamente establecido en la Ley, y no puede derivar de una interpretación extensiva de un precepto, como se pretende en el caso al que alude la Sentencia. Asimismo, afirma que en la STS no sólo se extrae un límite de una norma excepcional sino que además se extrae de una regla prevista para un supuesto distinto, con el que no presenta identidad de razón: el de la insolvencia del deudor que se intenta aplicar a otro diverso, el del incumplimiento. Dicho de otro modo, el problema que plantea el Tribunal Supremo es que asimila a la situación de insolvencia todo tipo de incumplimiento, y concluye que si no hay vencimiento anticipado en caso de insolvencia si la obligación está garantizada, tampoco lo podrá haber para cualquier otra situación de incumplimiento.

En definitiva, PRATS postula que no puede negarse a las partes capacidad para pactar el vencimiento anticipado de la obligación. El propio respeto a la regla *pacta sunt servanda* debe llevar a esta conclusión y no se puede obligar al acreedor a permanecer vinculado en virtud de una pretendida *estoicidad financiera* cuando el obligado no está respetando sus obligaciones, y mucho menos cabría fundamentar esta solución con el argumento finalista de que la satisfacción del derecho de crédito está asegurada. Tanto más cuando no se busca sólo un resultado, sino una conducta que se desarrolla durante la vida de la relación contractual. El deber de respetar el contrato no puede verse afectado por las cautelas adoptadas ante su eventualidad<sup>217</sup>.

---

<sup>217</sup> Y sigue diciendo textualmente PRATS "...la conducta del deudor durante la vigencia del plazo no conforme con algún deber *accessorio* puede tener por consecuencia la exigibilidad del cumplimiento de la obligación principal, tanto más cuanto la relación contractual se ha concebido como un todo. Adverada esta conducta, al ser ya exigible la obligación de devolución del capital prestado más sus intereses, la garantía cumplirá con su función cuando sea precisa su utilización para la satisfacción del interés del acreedor, es decir, cuando el deudor no cumpla voluntariamente.....Tampoco resulta admisible la conclusión a la que llega la STS desde la interpretación de los arts.. 127 y 135 LH, y que pretende reforzar la intangibilidad del plazo, ya que, de un lado, obtiene la conclusión descontextualizando los preceptos, y, de otro, olvidando que las acciones personales no quedan neutralizadas con la garantía...En conclusión, el art. 127 LH contempla una de las varias facultades de defensa del acreedor hipotecario, la de exigir el pago de vencimientos parciales del principal no satisfechos mediante el procedimiento ejecutivo ordinario y de ejecutar la garantía para obtener el pago, y asimismo, regula con carácter especial las consecuencias de la adquisición del bien hipotecado por un tercero y las facultades que le

En idéntico sentido crítico frente a la Sentencia se pronuncia ARIJA SOUTULLO, para quien es posible que la concreta cláusula de vencimiento anticipado (la del supuesto de autos)<sup>218</sup> no deba admitirse, pero cree que tal rechazo no puede extrapolarse a todo pacto de vencimiento anticipado, porque no todo pacto de este tipo es contrario a la Ley, ni, consecuentemente nulo. La Sentencia fundamenta esta nulidad, de un lado, en el art. 127, párrafo 2º de la LH, al considerar que tal precepto demuestra elocuentemente que la situación crediticia ha de prolongarse hasta el último día convenido al contratar y que el legislador pretende que la pendencia se mantenga hasta el final y no permite subyugarla anticipadamente. Sin embargo, para la autora citada, el precepto indicado no puede llevar a tal conclusión, pues lo único que pretende es dar una solución a la situación planteada en el supuesto de hecho de la norma: “si el comprador no quiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer puede depositar su importe con los intereses, pero nada impide que, cuando llegue a un acuerdo con el acreedor, pueda entregarle dicha cantidad antes del vencimiento de la obligación”. La finalidad de la norma es evitar que por voluntad unilateral del comprador de la finca hipotecada venza el préstamo y la hipoteca que lo garantiza antes de tiempo, de acuerdo con la regla general contenida en el art. 1127 del CC”.

De otro lado, en apoyo del art. 135 LH, refiere la Sentencia que este precepto con su literalidad beligerante *versus* condición resolutoria, viene a invalidarla totalmente. Para ARIJA SOUTULLO se incurre de esta forma en una confusión

---

reconoce éste. Lo que no regula el precepto, y no puede hacerlo dada la naturaleza de la LH, es la capacidad de las partes de ordenar su relación obligatoria: pacta que la insatisfacción de un pago parcial precipitará el vencimiento anticipado de toda la obligación es materia sustantiva. No obstante este pacto, el creador, ante el impago de un vencimiento parcial, puede optar sólo por exigir este cumplimiento o el cumplimiento del todo mediante el procedimiento ejecutivo ordinario (arts. 127 y 126 LH). Idénticas consideraciones he de realizar respecto del artículo 135 LH. Este precepto contempla las especialidades para el ejercicio de la acción hipotecaria sujeta al procedimiento judicial sumario (ex arts. 131 y ss. LH) cuando, habiéndose pactado, e inscrito en el Registro, que el deudor pagaría en plazos diferentes el capital o los intereses, no atendiese al pago de alguno de ellos y el acreedor quisiera cobrarlo mediante este procedimiento. Asimismo, la norma regula las circunstancias en que adquirirá quien se adjudique la finca hipotecada si ha de ejecutarse para satisfacer el derecho de crédito. Por los anteriores argumentos no considera que deba ser atendible la conclusión a la que llega la STS tras la interpretación de los referidos preceptos de la LH. Admitirla no supondría más que entender que no de los diversos modos de defensa del derecho del crédito garantizado con hipoteca pueda acabar restringiendo la libertad de pactos, aparte de reconocer menos libertad pacticia a los acreedores que aceptan en garantía la hipoteca frente a los que acepten la pignoraticia o la fianza, que sí podrían pactar el vencimiento anticipado de la obligación por el impago de alguno de los plazos, a no ser que se quiera extraer de los arts. 127 y 135 LH un imposible principio general de intangibilidad del plazo cuando la deuda se encuentre garantizada. Ob, cit, págs. 476 y 477.

<sup>218</sup> En el Fundamento cuatro de la Sentencia se recoge: “...aunque no haya concluido el periodo fijo del préstamo.....2º) el banco podrá exigir la devolución del capital con los intereses y gastos...en los casos de incumplirse *cualquiera de las obligaciones establecidas en las estipulaciones precedentes* (por ejemplo, el deber de abonar intereses al banco, vencimientos semestrales del capital y de los intereses, estar al corriente en el pago de tributos, tener asegurada la obra...) teniendo el banco en estos casos el derecho de exigir por vía de indemnización el 3% del capital que se le adeude”.

evidente entre las denominadas *cláusulas de vencimiento anticipado* y otras figuras; no son causas de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones asumidas por el cliente, aptas para producir los efectos propios del fenómeno resolutorio regulado en el art. 1124 CC, en contra de lo que algunos autores (GARCIA GARCIA)<sup>219</sup> han entendido, porque mediante las cláusulas de vencimiento anticipado, convencionalmente establecidas, se otorga al acreedor la facultad, que puede considerarse de configuración jurídica, que le permite modificar la relación jurídica existente, dado que cuando ésta nació era aplazada, y se convierte en su virtud en una relación pura, no sometida a plazo. La facultad resolutoria recogida en el art. 1124 CC es una facultad que la Ley concede a ambas partes contratantes y exige que se haya producido el incumplimiento de una obligación principal ya vencida, a cargo de una de las partes cuando la otra ha cumplido la obligación recíproca que le incumbía.

Por su parte, el vencimiento anticipado puede darse en relaciones jurídicas no sinalagmáticas y tener como causa el incumplimiento de obligaciones puramente accesorias. Además, mediante la facultad de resolver las obligaciones el acreedor cumplidor se desliga de la relación por el incumplimiento del deudor. Sin embargo, el vencimiento anticipado no extingue la obligación, pues únicamente implica poder exigir el cumplimiento de la obligación antes del día pactado. Por consiguiente, según ARIJA SOUTULLO, los pactos de vencimiento anticipado no son técnicamente condiciones resolutorias del contrato realizado, pues la condición es un acontecimiento futuro y objetivamente incierto del que se hace depender los efectos del contrato, mientras que el cumplimiento es un acto debido; y también porque normalmente la condición produce efectos *ipso iure* de modo independiente de la voluntad de las partes. En definitiva, el vencimiento anticipado no afecta a la existencia de la relación jurídica, sino a su eficacia, antes diferida, ahora inmediata. Cuestión distinta es que los mentados pactos puedan provocar como efecto mediato conseguir más fácilmente la resolución, pues pueden hacer posible que un incumplimiento mínimo por parte del prestatario permita al acreedor pedir la restitución de la cantidad prestada<sup>220</sup>, pero en

---

<sup>219</sup> Para este autor los pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca son equiparables a la condición resolutoria explícita. Equiparación que, aunque estima discutible, justifica porque el incumplimiento del pacto hace que el negocio quede ineficaz. *Los llamados pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999*. Boletín del Colegio de Registradores de España. Información Jurídica, nº 53, noviembre de 1999, págs. 2093 y siguientes.

<sup>220</sup> ARIJA SOUTULLO, M.L., *Los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario y otras cuestiones jurídicas*. Diario La Ley, Sección doctrina, 2000.

cualquier caso, ello no debe inducir a error identificando como equiparables conceptos que no lo son<sup>221</sup>.

Por último, ARIJA SOUTULLO insiste en la incidencia que tiene en nuestro ordenamiento jurídico el principio de autonomía de la voluntad, pilar clave para admitir la validez de los pactos de vencimiento anticipado, siempre y cuando respeten los límites<sup>222</sup> establecidos legalmente. En consecuencia, afirma que las partes en el ejercicio de su autonomía privada pueden establecer supuestos de hecho en virtud de

---

<sup>221</sup> Para RIVERA, desde un punto de vista de estricta técnica jurídica, “los pactos de vencimiento anticipado no siempre se identifican con la condición resolutoria explícita. Por un lado, no se está ante un hecho futuro e incierto, sino ante un incumplimiento de una obligación, principal o accesoria, convencionalmente pactada y debida por el deudor. Por otro, la resolución opera *ex tunc*, debiendo las partes devolverse sus respectivas prestaciones en su totalidad, lo que no acontece cuando se habla de pactos de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios donde la resolución se produce sin efectos retroactivos, hacia el futuro, en relación a los plazos no satisfechos, vencidos o no. Podemos partir de una distinción: por un lado, pactos de vencimiento anticipado relativos al incumplimiento de la devolución del principal del préstamo y el pago de intereses y costas, y, por otro, aquellos pactos de vencimiento anticipado relativos al resto de las obligaciones contenidas en las escrituras de préstamos hipotecarios. Comenzando por éstos últimos, tradicionalmente se señala que no se puede hablar de facultad resolutoria cuando del incumplimiento de obligaciones accesorias se trata. Recuerda RIVERA la interpretación jurisprudencial del art. 1124 del CC que imposibilita la resolución en caso de incumplimiento de prestaciones accesorias que no impiden que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (SSTS de 5 de mayo de 1997 y 21 de septiembre de 1993). Pero, tampoco debe desconocerse la posibilidad de que las partes puedan elevar a la condición de principal la obligación que objetivamente sólo es accesoria, o puede prever que determinados incumplimientos, en principio sin suficiente relevancia objetiva, faculden al acreedor para resolver. (STS de 31 de diciembre de 1991). En tal caso, se podría señalar que nos encontramos ante una más que posible denuncia unilateral del contrato que permite al acreedor exigir el cumplimiento antes del día pactado, con la restitución de lo debido. Pero, ¿esa configuración no genera el mismo efecto que el “pacto resolutorio”?, más bien sí....Tampoco, hay dudas de que, cuando estamos ante un incumplimiento de la obligación principal garantizada, la restitución de las cantidades prestadas(capital y/o intereses, junto a las costas), el pacto de vencimiento anticipado constituye un supuesto de resolución convencional del negocio jurídico de préstamo, cuyo ejercicio no supone otra cosa que la eficacia de la acción de resolución propia del artículo 1124 del Código Civil. En este sentido, se insiste en la imposibilidad de aplicar el art. 1124 CC al contrato de préstamo, lógicamente desde la concepción de contrato real que algunos tienen del mismo y la consideración de que es un contrato de carácter unilateral del que sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes: el prestatario. Sin embargo, aun admitiendo tal posición, con la que no nos consideramos identificados, la resolución del art. 1124 CC es perfectamente aplicable a los contratos de préstamo con obligación de pagar intereses....El pacto de vencimiento anticipado por incumplimiento de la obligación principal de restitución de las cantidades prestadas, de acaecer, no genera otra cosa que un determinado tipo de ineficacia negocial, al quedar anulados los pactos relativos al plazo de restitución, que obliga a restituir antes del día señalado los plazos pactados correspondientes a toda la cantidad pendiente de devolución. No es más que un pacto resolutorio convencionalmente establecido, especial si se quiere, pero pacto resolutorio. Lo que no parece es que sea un pacto resolutorio similar al establecido en el art. 11 de la LH...Pero, aún más, este concreto pacto resolutorio, es un pacto garantizado con hipoteca, ya que ésta se constituye no solo en garantía del pago de las cuotas de amortización del capital y de los intereses, sino también de la obligación del prestatario de amortizar totalmente el capital pendiente en caso de incumplimiento de pago de alguna cuota. Es la hipoteca que garantiza el cumplimiento de la obligación en los plazos pactados la que, igualmente, con la consiguiente ejecución y realización del valor de la finca hipotecada, debe garantizar la eficacia de la resolución y el cobro de los plazos anticipadamente vencidos...”. Ob, cit, págs. 155 a 158.

<sup>222</sup> Esta misma autora analiza los límites a que han de supeditarse los pactos de vencimiento anticipado para que sean admisibles y al hacerlo, cita diversas resoluciones de la DGRN, de cuyo tenor puede concluirse: no son admisibles este tipo de pactos en caso de quiebra, suspensión de pagos o ejecuciones al deudor(resolución de 5 de junio de 1987 y de 15 de julio de 1998); tampoco el que hace depender el vencimiento de la muerte del deudor, ni los que contemplan el incumplimiento genérico por parte del deudor de las obligaciones derivadas del préstamo(resolución de 23 de octubre de 1987). No serán admisibles los pactos por enajenación del bien hipotecado, ni los que infrinjan o alteren las normas imperativas. Tampoco aquellos mediante los cuales se haga depender el vencimiento de la obligación del arbitrio de uno de los contratantes, ni los que no estén suficientemente determinados.

los cuales venza la obligación. Estos pactos pueden recoger o completar las causas legales de vencimiento anticipado, precisando los conceptos que la ley ha dejado indeterminados; incluso podrían establecerse causas totalmente distintas a las legalmente fijadas.

Por su parte, RIVERA<sup>223</sup>, en sentido coincidente, considera que no se pueden ligar los supuestos de vencimiento anticipado a las causas establecidas en el art. 1129 del CC, tal y como hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999, pues ello supondría atribuir al precepto un carácter imperativo que no se vislumbra por ningún lado. Este precepto contiene las causas legales que permiten la exigibilidad anticipada del crédito ante la disminución de las legítimas expectativas de cobro por parte del acreedor, pero no impide en ningún caso que los interesados pacten otras diferentes, o incluso modulen las descritas en el precepto citado. Es más, debe tomarse en consideración que el beneficio del plazo se pierde, no sólo cuando la deuda carezca de garantías, sino cuando se produce un deterioro de la garantía establecida (por actos propios del deudor o por caso fortuito). Asimismo, alude RIVERA a lo mantenido por la DGRN en el sentido de permitir la exigibilidad anticipada del crédito cuando ésta se encuentra sustentada en la idea de deterioro de la garantía prestada, claramente descrita en los arts.1129.3 CC y 117 LH.

No obstante las anteriores aseveraciones, no todo fueron críticas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999; el Ponente de la referida Sentencia, MENENDEZ HERNANDEZ, mantuvo en una publicación posterior una defensa de sus postulados tan contundente como fue su propia postura reflejada en la Resolución, y se mostró contrario a la redacción del art. 693.1 y 2 de la LEC<sup>224</sup>, que admite expresamente el vencimiento anticipado por impago de cuotas.

De esta forma, afirmó la solvencia jurídica de la Sentencia, pues estaba fundamentada en el Derecho vigente de la época en que se pronunció y, por tanto, estimó su acierto desde un punto de vista doctrinal. Además, consideró que el sistema legal protegía al acreedor drásticamente, pero sin que ello suponga la destrucción del negocio jurídico. Insiste en la nulidad del pacto por contravenir los arts. 127 y 135 de la

---

<sup>223</sup> Ob, cit, pág. 151.

<sup>224</sup> Considera que su solución es muy desafortunada pues consigue el milagro de convertir en legal algo que es *contra legem* por el sólo hecho de incorporarlo a un texto normativo. El remedio pertenece al mismo orden de la prescripción extraordinaria; en esta última institución, la taumaturgia se consigue con el apoyo del tiempo, que convierte en derecho lo que es abuso y usurpación. *La reciente Ley de Enjuiciamiento Civil y los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario*. Diario La Ley. Sección doctrina, 2000, Ref. D-131, tomo 4.

LH, así como en las exigencias derivadas de la normativa de protección de los consumidores, y sostiene que la impaciencia recaudatoria de las entidades financieras a la larga contribuirá a frenar la deseable movilización del valor de la propiedad inmueble; el dinero, precipitadamente percibido, se emplearía en nuevas operaciones, aunque también dejaría tras de sí una estela de improductivas manos muertas, al menos temporalmente, ante la ruina de los prestatarios.

Desde luego, algo de razón no le faltaba a este autor, a tenor de la crisis económica que viene padeciendo Europa y, particularmente, España, donde se une a la crisis general su grave y angustiosa crisis inmobiliaria. Este autor vaticinó la movilización del valor de los inmuebles, siendo un hecho que desde el año 2006 (y todavía en el 2012) los inmuebles ya no son un valor seguro.

Hemos sostenido con anterioridad que considerábamos el pacto de vencimiento anticipado nulo, pero conviene subrayar que no se trata de una nulidad intrínseca. Antes al contrario, con base en el principio de autonomía de la voluntad el pacto es válido siempre y cuando se constatare la libertad e igualdad de las partes en la contratación. Esta situación no es muy frecuente en la práctica totalidad de los préstamos bancarios, en los que la autonomía de la parte prestataria no existe realmente, dados los términos puramente adhesivos en los que se produce su asentimiento a las condiciones generales de la contratación, motivado normalmente por la ignorancia o incompreensión de su contenido.

c) El vencimiento anticipado en la vigente LEC: art. 693. 1 y 2.

Como es sabido, característica esencial de los préstamos hipotecarios es que se desenvuelven a lo largo del tiempo, en vencimientos sucesivos, aplazados temporalmente, con una serie de amortizaciones parciales de capital y de intereses. Llegado el momento de cada uno de esos vencimientos, el deudor ha de abonar lo convenido, incurriendo en incumplimiento caso de no hacerlo oportunamente.

Ante la falta de cumplimiento puntual por parte del cliente-deudor, la Ley se plantea dos opciones de reclamación a favor del acreedor: que reclame sólo la cuota concretamente impagada o que reclame la totalidad, opción ésta última que parece basarse en la presunción de insolvencia o pérdida de confianza que genera la aptitud morosa del deudor.

El actual artículo 693 de la Ley Procesal Civil regula dos supuestos distintos de vencimiento anticipado para el caso en que se produzca el impago de una o varias cuotas del préstamo hipotecario: el primero de ellos supone que ante el referido impago se reclame tan solo el abono de las cantidades vencidas y no pagadas; el segundo, más habitual en la práctica judicial, se traduce en la reclamación del total de lo adeudado, a pesar de haberse dejado de pagar tan solo una o varias cuotas concretas<sup>225</sup> y de la muchas veces insignificancia del montante de tales cuotas frente al total del crédito concedido.

a) Reclamación sólo de las cantidades vencidas.

Este supuesto se regula en el número 1 del art. 693 LEC<sup>226</sup>, y, tal y como se encuentra redactado, permite al acreedor instar la ejecución hipotecaria cuando se impaga un plazo de aquellos en los que está dividido el capital o los intereses, sin necesidad de que concurran ambos incumplimientos. Lo anterior es posible siempre y cuando tal estipulación conste inscrita en el Registro.

La consecuencia derivada de la facultad dispuesta en el art. 693.1 resulta de una magnitud desproporcionada en relación con la trascendencia del incumplimiento, pues a pesar de haberse dejado de pagar tan solo alguna cuota, aun reclamando únicamente la cuota o cuotas vencidas y no pagadas, se realizaría la venta (subasta) de la finca hipotecada, transfiriéndose entonces al comprador, quien la adquiriría con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecha.

En definitiva, con el producto de lo obtenido en la subasta se satisfecería al acreedor únicamente en la cuantía de las cuotas de principal e intereses incumplidos y reclamados, y al comprador rematante se le transferiría la finca con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecha. Resulta, de esta forma, que el producto de la ejecución hipotecaria únicamente se aplicaría, en este caso, a los plazos vencidos e impagados, mientras que para los futuros, la hipoteca

---

<sup>225</sup> En la inmensa mayoría de las demandas de ejecución hipotecaria la cantidad vencida y no satisfecha en ese concreto momento es relativamente insignificante respecto al total del crédito garantizado, pendiente de pagar.

<sup>226</sup> "Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecha". Esta redacción se corresponde con los dos primeros párrafos del antiguo art. 135 de la LH, que se presentaba en los mismos términos y, determina, por ello, que resulten de aplicación tanto la doctrina, como la Jurisprudencia anterior.

seguiría gravando la finca, salvo que el adquirente consigne las cantidades pendientes.

A juicio de MOXICA<sup>227</sup> esta primera opción del acreedor plantea dos cuestiones importantes.

La primera de ellas suscita la duda sobre si la subsistencia de la hipoteca implica subrogación o no del rematante o adjudicatario en la parte de la deuda que queda por vencer, lo que supondría la liberación del deudor primitivo. En este sentido, los autores se han mostrado de forma discrepante, pues algunos consideran que se produce una subrogación total con liberación del primitivo deudor (JERONIMO GONZALEZ, GUASP, ROCA SASTRE), mientras que otros (MONTERO AROCA, DOMINGUEZ LUELMO) se inclinan por considerar que, por el contrario, en tales supuestos se produce sólo una subrogación limitada en la mera responsabilidad real pero no en la obligación personal, ya que no es posible la sustitución del deudor sin el consentimiento del acreedor (art. 1205 CC) y, por otro lado, chocaría con lo previsto en el art. 105 LH, según el cual la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor de acuerdo con el art. 1911 del CC<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> *La reclamación del crédito a través de los procedimientos específicos de la Ley 1/2000. Análisis de doctrina y Jurisprudencia. Formularios.* Aranzadi-Thomson, 2002, pág. 579.

<sup>228</sup> "Entendemos que el adjudicatario no puede subrogarse automáticamente, y con efectos liberatorios para el deudor, en el subsistente crédito asegurado por la hipoteca, para lo que sería menester el consentimiento del acreedor hipotecario, según es deducible de los arts. 105 LH y 1205 CC. Se ha dicho que nuestro TS, en Sentencia de 30 de enero de 1999, ponente Menéndez Hernández, mantiene que el mecanismo de la subrogación del licitador adjudicatario comporta un cambio forzoso del deudor en la obligación garantizada por la hipoteca, quedando éste liberado del pago al asumir el rematante el débito; la subrogación es total, o sea, en el crédito y en la hipoteca. Tal aserto quizás ignora el supuesto fáctico de la STS y saca de contexto algunas afirmaciones realizadas en esta resolución por nuestro Alto Tribunal. Esa sentencia versa sobre la confusión en una misma persona de dos derechos reales de diferente volumen jurídico: el de propiedad y el de hipoteca, y habiéndose extinguido la total obligación por la adjudicación al acreedor, la extinción del crédito principal trasciende a la extinción de la cobertura. Evidentemente, parece excesivo afirmar que esa STS de 30 enero de 1999 viola tan radicalmente la doctrina de la subrogación en el crédito personal. Como es sabido, tal doctrina tiene apoyo en las normas del Código Civil que limitan en general la eficacia de los contratos a los sujetos que intervienen....La STS de 30 enero de 1999 admite que el adjudicatario ha sido parte en el negocio causal, luego está obligado por el mismo y, en consecuencia, que puede subrogarse en el crédito personal, ostentando legitimación pasiva (art. 10 LEC). En buena lógica, si se le condenare a satisfacer su importe, más allá de la cobertura hipotecaria, se desconocería además el principio de contradicción (art. 24.2 CE), pues nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. Otrosí, la convocatoria de la subasta, a tenor de los arts. 646 y 668.3º contendrá la advertencia de que el rematante quedará subrogado en las cargas y gravámenes anteriores, si los hubiere, pero en modo alguno se anuncia la responsabilidad del adjudicatario más allá de la cobertura hipotecaria (art. 105 LH), como expresamente además determina el propio art. 693.1 inciso final. Por otro lado, está el tema, no de que el rematante se subroge en la responsabilidad del deudor, sino la de que se extinga ésta por mor de la adjudicación que *per se* está contraída asimismo al límite de la garantía real que se ejecuta fuera de la cual sería ineluctable la aprobación del acreedor. En semejante y correcta postura, bien entendida y no desvirtuada, se han manifestado muchas AAPP, como por ejemplo la de Valladolid (SAP 1ª 559/1997 de 28 de noviembre)". *Proceso Civil Práctico VIII-1, arts. 634 a 720. El procedimiento de apremio. Ejecución no dineraria.* Director: GIMENO SENDRA. Ed. La Ley, págs. 1-493, 1-494.



La segunda cuestión consistiría en determinar si se produce una extinción parcial de la hipoteca o solamente de la obligación garantizada. En este punto, aunque también los autores se han mostrado discrepantes, el art. 122 de la LH se muestra conciso al advertir que la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada. Señala en estos casos el art. 240 del RH que se puede hacer constar por nota marginal de la inscripción hipotecaria el pago de parte de la deuda, cuando no proceda la cancelación parcial.

b´) Reclamación del total de la deuda.

Tal posibilidad se regula en el número 2 del art. 693 LEC<sup>229</sup>. Faculta al acreedor para dar por vencida la totalidad de la deuda. Esta opción es habitual en la práctica, pues se aplica preferentemente para preservar los intereses del acreedor.

Actualmente, esta cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, se considera válida y eficaz, siempre que conste inscrita en el Registro.

Sin embargo, a pesar de los términos en que se pronuncia el precepto procesal, entiende MOXICA que no ha puesto punto final a la controversia suscitada en torno a esta cláusula, cuyo máximo detonante fue la STS de 27 de marzo de 1999, pues, entiende el autor citado, que al supeditar su validez a su constancia en el Registro, deja sin resolver la cuestión de aquellos casos en los que existe este pacto de vencimiento anticipado pero sin constancia registral. Ello no obstante, puede afirmarse con cierta rotundidad, considerando el tenor literal de la Ley y de la Jurisprudencia dictada tras el mismo, que actualmente la polémica no existe, pues en efecto queda supeditada la validez de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas (única a la que hace expresa referencia el art. 693 de la LEC) a su constancia en el Registro<sup>230</sup>. En este sentido, la Sentencia de la AP de Sevilla (sección

---

<sup>229</sup> “Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el registro”.

<sup>230</sup> El Auto de la AP de Castellón (sección 2ª) nº 493/2001, de 5 de noviembre, dictado al amparo del antiguo art. 131 LH, pero una vez promulgada la nueva LEC de 2000, confirma la validez de la cláusula de vencimiento anticipado cuando accede al registro de la propiedad y su falta de validez cuando, por el contrario, no tiene constancia registral. Y ello, en contra de lo sostenido por el Juzgado de primera instancia que aplicó la doctrina sentada por la STS de 27 de marzo de 1999. El citado Auto, después de afirmar que no comparte la consideración como nula del vencimiento anticipado, tal y como hace el TS en la sentencia de 27 de marzo de 1999, pues es una resolución aislada y ha sido contradicha por otras anteriores y posteriores, alude a la esencia de la referida cláusula en los siguientes términos: “...se trataría de una causa de vencimiento que objetivamente considerada, aunque impuesta por el Banco desde su posición de predominio dentro del contrato, no puede considerarse arbitraria e injusta, pues

2ª), 43/2002, de 23 de enero, declara la validez del vencimiento anticipado por impago de cuotas, al considerar insuficiente el criterio sentado en la STS de 27 de marzo de 1999, que no fue respaldado por otras posteriores, así como en base al principio de autonomía de la voluntad y a la propia regulación procesal del art. 693.2 LEC: “ ...al respecto conviene decir que la decisión única del Tribunal Supremo no puede ser argumento a justificar para sin otra motivación rechazar la eficacia de la misma, puesto que fue una sola y novedosa resolución que, no ha tenido luego continuidad, es más, las resoluciones posteriores confirman la validez y efectividad de las cláusulas de vencimiento anticipado (Sentencia de 7 de febrero de 2000). Tales cláusulas las consideramos válidas y son admisibles, al amparo del principio de autonomía de la voluntad reconocido por el artículo 1255 del Código Civil, por no ser contrarias a la ley, a la moral o al orden público, sin que tampoco se deje su cumplimiento al arbitrio de la entidad ejecutante, posibilidad proscrita por el artículo 1256, pues la decisión de vencimiento anticipado por voluntad unilateral de la entidad crediticia tiene su fundamento en una causa justa y objetiva, cual es el no reembolso de las cantidades vencidas y no pagadas en el plazo estipulado. Tanto la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, como la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, en su art. 693.2, expresamente referido a la ejecución hipotecaria, contemplan la facultad de resolución o vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor o prestatario de alguno de los plazos convenidos, con posibilidad de exigir la totalidad de lo adeudado, incluidos los intereses, siempre que se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro”.

En la misma dirección de no considerar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, se muestra la Sentencia de la AP de Pontevedra (sección 3ª), nº 355/2002,

---

parte de la existencia de un incumplimiento por parte del prestatario para con sus obligaciones de pago, que en este caso alcanzaban a tres amortizaciones seguidas. Tan es así que, como se termina de decir, la nueva LEC en su art. 693.2 las permite siempre que conste inscrito tal pacto en el Registro, si bien, para el caso de que el bien hipotecado fuera la vivienda familiar, puede el deudor liberarlo, aun en contra de la voluntad del acreedor, consignando las cantidades debidas, por principal e intereses, a la fecha de presentación de la demanda, más las que procedan del vencimiento del prestado e intereses de demora que se fueran produciendo a lo largo del procedimiento y resultasen impagados en todo o en parte (art. 693.3), formula que no es posible aplicar al presente procedimiento por venir tramitado con arreglo a la antigua LEC en función del momento de su incoación”. Concretamente, el Auto, en relación a la validez de la específica cláusula de vencimiento anticipado, confirma su validez por no constar inscrita en el Registro: “...y es que la hipoteca es un derecho de constitución eminentemente registral (art. 145 LH y 1875 CC), de modo que la inscripción es constitutiva del derecho real de hipoteca. Y aunque las cláusulas de vencimiento anticipado se mueven en el marco obligacional del contrato de préstamo, no puede olvidarse que préstamo y garantía van íntimamente unidos, y que nos encontramos en un procedimiento de ejecución hipotecaria, por medio del cual se trata de hacer efectiva la garantía real convenida. Si el art. 131 LH exige la aportación del título debidamente inscrito, de modo que parece lógico que sólo pueda pretender la ejecución por tal vía en base a cláusulas inscritas en el Registro. Esta exigencia de la inscripción expresa del pacto que permite el vencimiento anticipado, aparece prevista en el actual artículo 693.2 LEC y está en concordancia con la actual redacción del art. 130 de la Ley Hipotecaria”.

de 29 de octubre, cuando afirma que no se puede reputar de abusivo el pacto que venga a establecer el vencimiento anticipado del préstamo y de su garantía (la hipoteca) cuando de una justa y objetiva causa adecuada a la naturaleza del negocio jurídico en cuestión se trata, como es el impago de cualesquiera de las cuotas del préstamo garantizado en los plazos previstos.<sup>231</sup>

Siendo así que la literalidad del art. 693.2 exige la constancia registral, tal presupuesto actúa como *conditio sine qua non* de su validez. Precisamente, el Auto de la AP de Murcia (Sección 3ª), nº 96/2005, de 21 de septiembre, mantiene en el caso específico lo contrario, es decir, la falta de validez de la cláusula a que venimos refiriéndonos por no haberse acreditado su acceso al Registro de la Propiedad y, en consecuencia, desestima seguir adelante con la ejecución instada.<sup>232</sup>

Por último, habría que aludir a una de las Sentencias más recientes del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2011, que resume perfectamente la doctrina dominante en la materia. En esta Sentencia, el Alto Tribunal afirma: “...No cabe sostener la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo objeto de entrada en vigor de la nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, ya que en su artículo 693.2* admite la plena eficacia de tales pactos siempre que estén inscritos en el Registro de la Propiedad. Por otro lado -añade la Audiencia- es obvio que tanto las cantidades adeudadas ya vencidas como las vencidas anticipadamente pueden reclamarse en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria «*debiendo*

---

<sup>231</sup> Esta Sentencia afirma textualmente: “...partiendo de que el préstamo con garantía hipotecaria es un negocio jurídico en virtud del cual el prestatario, sobre la base de la constitución de una garantía real sobre uno o más bienes para asegurar el cumplimiento de la obligación que contrae, recibe de otra persona una determinada cantidad de dinero que hace suyo, con lo que la prestación a cargo de la parte prestamista queda cumplida y agotada, comprometiéndose aquél a devolverla de forma aplazada con unos determinados intereses, no es posible reputar de abusiva la cláusula que venga a establecer el vencimiento anticipado del préstamo y de su garantía (la hipoteca) cuando de una justa y objetiva adecuada a la naturaleza del negocio jurídico en cuestión se trata, como, cual en el supuesto contemplado acontece, el impago de cualquier de las cuotas del préstamo garantizado en los plazos previstos, por estar reñida la misma con toda idea de discrecionalidad y unida a un verdadero incumplimiento del contrato imputable al prestatario-deudor, teniendo en cuenta que en definitiva la protección legal a dispensar a consumidores y usuarios lo es en relación a legítimos intereses económicos y sociales de los mismos y no a conductas ilícitas o antijurídicas por su parte”.

<sup>232</sup> “...de manera expresa no se inscribió en el Registro de la Propiedad el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes, pues no se inscribieron las estipulaciones 1ª y 2ª en cuanto a la concreta posibilidad de exigir anticipadamente, total o parcial, la devolución del capital, con los intereses y gastos, siendo insuficiente la previsión genérica de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las estipulaciones, ello en vista de los propios términos del art. 693 de la LEC, no siendo, pues, compartida la interpretación que sostiene la defensa de la parte apelante, con mención a la estipulación primera y segunda, pues la primera se refiere al capital del préstamo y la segunda a la duración, vencimiento y reembolso anticipado, sin embargo, en cuanto a ésta de reembolso anticipado, estipulación 2, 3, tampoco se inscribió en el Registro, según nota de certificación que obra al folio 49”. Admiten la validez del pacto de vencimiento anticipado por acreditarse su constancia registral, respectivamente, el Auto de la AP de Barcelona (sección 19ª) de 25 de febrero de 2004 y el Auto nº 336/2008, de la AP de Barcelona (sección 11ª), de 21 de octubre.

*descartarse la peregrina idea expuesta por el apelante de que los plazos ordinarios son los únicos que pueden reclamarse en este tipo de procedimientos, mientras que el vencimiento anticipado debería ejercitarse a través de otro procedimiento ordinario destinado a solicitar la resolución del contrato».*

Esta Sala tiene declarado en Sentencia nº 506/2008, de 4 de junio , que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los *artículos 1125 y 1129 del Código Civil* , no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió "obiter dicta", resolvió un supuesto concreto en el que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista. Por esta razón, el criterio de esta Sentencia no fue seguido en otras resoluciones posteriores, en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas, por ejemplo en Sentencia de 9 de marzo de 2001, y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000. Añade la Sentencia nº 506/2008, de 4 de junio, que "... en efecto, como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (*artículo 1255 del Código Civil* ) cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo".

En vista de lo antedicho, puede afirmarse sin ambages la validez del vencimiento anticipado por impago de cuotas; ello no obstante, llegado este punto, cabe preguntarse si se admite por incumplimiento de otras obligaciones y, en ese caso, si cabe instar una ejecución hipotecaria por otro tipo de incumplimientos, con base en los arts. 681 y siguientes de la vigente ley procesal<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> Para que tales cláusulas sean inscribibles es preciso que tengan trascendencia real, y no meramente obligacional entre las partes, debiendo rechazarse la inscripción de aquéllas por las que se prevea el vencimiento anticipado del crédito cuando el prestatario incumpliere cualquiera de las obligaciones contraídas, en virtud del contrato de préstamo hipotecario. Sin embargo, la DGRN ha admitido la inscripción de determinadas estipulaciones en las que se pacta el vencimiento anticipado de la deuda por una disminución de la garantía después de establecida al amparo del art. 1129 CC. En este sentido, ha declarado inscribible, entre otros, el pacto de vencimiento anticipado por incumplimiento de la obligación de pago de concretas obligaciones tributarias (no genéricamente); por falta de pago de la prima de seguro

De nuevo, conviene precisar que la doctrina se halla dividida en este punto. De un lado, autores como DOMINGUEZ LUELMO<sup>234</sup> defienden la posibilidad de acudir a este procedimiento de ejecución ante cualquier cláusula de vencimiento anticipado, siempre que conste inscrita en el Registro de la Propiedad. En el mismo sentido, HERBOSA cuando afirma que, al menos en teoría, no encuentra inconveniente para acudir al proceso de ejecución hipotecaria en los casos en que sea posible aportar un documento que acredite de manera fehaciente la concurrencia de alguna causa de vencimiento anticipado distinta de la falta de pago.<sup>235</sup>

Por contraposición, otros autores, como RIVAS TORRALBA, niegan tal posibilidad al considerar que esta vía ejecutiva está reservada a los casos en que la causa de vencimiento anticipado se refiere al impago de alguno de los plazos adeudados. En su consecuencia, cualquier otro motivo en que pueda fundamentarse el vencimiento anticipado de lo debido sólo puede ser canalizado por el acreedor hipotecario a través de la ejecución ordinaria o del proceso declarativo correspondiente, pero nunca por los trámites de la ejecución hipotecaria regulados en los arts. 681 y siguientes de la LEC<sup>236</sup>.

En este mismo sentido, se pronuncia RIVERA, quien considera que la actual LEC no permite la ejecución por vía de los arts. 681 y siguientes, ante el vencimiento anticipado por causa que no sea el impago de plazos o intereses generados. Ante la multitud de cláusulas de vencimiento anticipado que suelen incluirse en las escrituras de préstamo hipotecario, el autor afirma que aunque pueda entenderse exigible el crédito al cumplirse la causa de vencimiento anticipado, la hipoteca que lo garantiza, ante el veto impuesto por el art. 693.2, no podrá desplegar su eficacia en este procedimiento de ejecución especial; el crédito podrá exigirse y la hipoteca ser eficaz en lo que quepa, pero en juicio declarativo ordinario o ejecutivo<sup>237</sup>.

---

del bien hipotecado y por siniestro que disminuya el valor de dicho bien por encima de un determinado porcentaje.

<sup>234</sup> A su juicio, “de la LEC no se desprende con claridad el carácter excluyente de la utilización del procedimiento de ejecución hipotecaria para otras posibles causas de vencimiento anticipado. Como destaca RAMOS CHAMORRO, puede pensarse también que la ley ha contemplado precisamente el supuesto de impago de cuotas porque es el que más directamente se refiere a la dinámica de la obligación garantizada, pero sin querer impedir que otros pactos válidos y admitidos puedan surtir los mismos efectos”. Ob, cit, pág. 97.

<sup>235</sup> Ob cit, pág. 67.

<sup>236</sup> Igualmente, GARCIA GARCIA niega esta posibilidad, *El procedimiento...* ob cit, pág. 133.

<sup>237</sup> Ob, cit, pág. 169.

Por otro lado, CABANAS TREJO y BORNADELL LENZANO<sup>238</sup> introducen un nuevo matiz, ya que, aunque se admitieran esos otros pactos, la decisión sobre su eficacia anticipadora sigue siendo judicial, pues el incumplimiento de esas obligaciones habrá de existir, pero, en su caso, acreditarse por el ejecutante, y no de cualquier manera. Recuerdan los citados autores a CARRASCO, CORDERO Y MARIN cuando afirman que, vencida aun anticipadamente la obligación garantizada, puede exigirse su cumplimiento también en vía ejecutiva. No obstante, no siempre será posible utilizar cualquiera de los procedimientos sumarios (el judicial o el extrajudicial), pues, como regla general, para ello sería necesario que la concurrencia de la causa que permite resolver anticipadamente la relación de crédito subyacente conste fehacientemente. Por ejemplo, el acreedor no podría resolver anticipadamente el contrato de préstamo por deterioro de la finca, por el incumplimiento de la obligación de conservación del inmueble o por el incumplimiento de la obligación de notificar al acreedor hechos que perjudiquen la finca si estas circunstancias no constan indubitadamente.

En cualquier caso, puede resultar baladí discutir sobre la eficacia de otro tipo de pactos de vencimiento anticipado, pues tal y como afirman los autores últimamente citados, en la práctica tales cláusulas son irrelevantes, dado que el empeño de las entidades financieras en incluirlas en las escrituras, no se corresponde con su interés en hacerlas valer en los juzgados.<sup>239</sup>

C) La determinación de la deuda: principal, intereses y costas.

Cuando se interpone la *pretensión ejecutiva hipotecaria*, primordialmente, lo que el ejecutante persigue no es otra cosa que la obtención de una cantidad de dinero, es decir, saldar una deuda, previa realización del bien inmueble afecto a la hipoteca. De ahí que la demanda ejecutiva deba expresar la cantidad que se reclama por todos

---

<sup>238</sup> Ob, cit Pág. 7.

<sup>239</sup> Afirman textualmente: "...todo lo expuesto sobre causas de vencimiento anticipado, quizás con la única excepción de los vencimientos en cascada por incumplimiento de una de las obligaciones cubiertas por la hipoteca global, pertenece al conocido género de la lírica jurídica. En otras palabras, en la práctica esas causas son irrelevantes, pues el empeño de las entidades financieras por incluirlas en las minutas, después no se corresponde con su interés en hacerlas valer en los Juzgados. En vencimiento anticipado de deudas a plazos casi exclusivamente se insta por el impago de alguno o algunos de estos. Pues bien, como el artículo 693.2 LEC, dice que podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado, si el convenio en tal sentido constase inscrito en el Registro, hay quien distingue entre *inscrito* y *transcrito* a estos efectos, lo que a continuación permite añadir que si a partir de ahora todas las causas de vencimiento anticipado van a figurar *transcritas*, se vayan despidiendo las entidades financieras de adelantar la ejecución, también, por ese motivo. Ob, cit, pág. 8.

los conceptos. Así lo estipulan los arts. 549 y 575<sup>240</sup> de la LEC con carácter general para la ejecución forzosa. Concretamente, este último precepto alude al desglose de los conceptos que deben incluirse, al referirse al principal e intereses (ordinarios, moratorios, así como los que se vayan devengando durante la ejecución) y costas. Respecto de estos intereses y las costas de la ejecución, la propia Ley matiza que la cantidad se fijará provisionalmente y no podrá superar el 30 por 100 de la que se reclame, salvo que el ejecutante justifique que tales conceptos, atendiendo a la previsible duración de la ejecución y al tipo de interés aplicable, superen el límite señalado.

La exigencia de fijar en la demanda la cantidad exacta que se reclama, desglosada en todas y cada una de las partidas aludidas, tiene una justificación lógica, pues, de un lado, el derecho del deudor está condicionado por el conocimiento de la cantidad exacta que se le reclama con el fin de que pueda oponerse, en el momento procesal precedente; de otro, permite comprobar que la reclamación se ajusta a los límites establecidos en la inscripción para la garantía hipotecaria y, en términos más amplios, facilitar el control judicial de la exactitud de la cantidad por la que se despacha ejecución<sup>241</sup>.

La importancia de clarificar desde el principio estos conceptos ha sido puesta de manifiesto por la DGRN que, en Resolución de 2 de marzo de 2000, confirma la utilidad de su determinación para todos los intervinientes en el proceso de ejecución: actor, demandado, titulares de cargas posteriores que pretendan subrogarse en el lugar del acreedor ejecutante, eventuales rematantes y el propio Registrador<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> “La ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y las costas de ésta. La cantidad prevista para estos dos conceptos, que se fijará provisionalmente, no podrá superar el 30 por 100 de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior reclamación...” Señala el AAP de Cáceres de 10 de diciembre de 1996: es inexcusable para despachar ejecución, en la materia hipotecaria inmobiliaria, por este cauce procedimental, que la cantidad reclamada esté fijada con exactitud.

<sup>241</sup> HERBOSA, Ob, cit, pág. 84.

<sup>242</sup> La presente Resolución de la DGRN se refiere a un supuesto de ejecución extrajudicial pero HERBOSA considera que resulta de perfecta aplicación al proceso judicial de ejecución. Ob, cit, pág. 85. En términos parecidos se pronuncia, entre otros, el Auto de la AP de Madrid de 23 de marzo de 1998 cuando afirma que “se pretende que se fije de modo claro y específico lo que se debe en el momento de interponerse la demanda para poder practicar el requerimiento de pago al deudor, si fuese necesario, y para que el Juez pueda comprobar que la reclamación dineraria se ajusta a la garantía hipotecaria, y, así, por ejemplo, evitar que se acumulen los intereses al capital, alterando las garantías hipotecarias específicas que se fijaron para cada concepto, o se incluyan intereses moratorios, comisiones de otros conceptos cuando no se encuentren específicamente garantizados en la escritura de la hipoteca, tal y como accedió al Registro de la Propiedad”.

Empero, el hecho de que los conceptos aparezcan claramente desglosados no significa que hayan tenido que ser liquidados *ab initio*, pues no será posible aún respecto de los intereses que se vayan devengando durante la ejecución, ni de las costas del proceso. Precisamente en este último aspecto, siguiendo a HERBOSA<sup>243</sup>, en lo atinente al modo de practicarse la liquidación, se ha de decir que antes de la actual LEC no existía un procedimiento uniforme para la liquidación de intereses, de manera que era el Secretario Judicial quien la efectuaba, previa aportación de una propuesta de liquidación realizada por la parte ejecutante, si bien se cuestionaba cual era la vía procesal adecuada para su posible impugnación. A tal efecto, no era infrecuente la aplicación del procedimiento de liquidación de costas, regulado en la antigua LEC de 1881, en cuyo caso se procedía al mismo tiempo a la liquidación de costas y de intereses, con traslado de ambas liquidaciones al deudor para que éste pudiera oponerse. Sin embargo, la Jurisprudencia menor<sup>244</sup> estimaba más adecuado el cauce habilitado en la propia LEC para la liquidación de daños y perjuicios. En dicho estado de cosas, nos encontramos con que la LEC de 2000 tampoco resuelve la cuestión, pues no regula de forma específica cómo deben liquidarse los intereses que tiene derecho a cobrar el ejecutante. Parece razonable, a juicio de HERBOSA, aplicar el procedimiento de liquidación de daños y perjuicios previsto en los arts. 713 a 717 de la LEC, pero realizando las oportunas adaptaciones derivadas de las referencias hechas a la liquidación de intereses en las normas dedicadas por la LEC a la ejecución dineraria, (arts. 670.2 y 650.2 LEC).

De cualquier modo, con independencia de cuál sea el procedimiento para efectuar la liquidación de intereses, es obvio que debe verificarse separadamente de la liquidación de costas, ya que se trata de conceptos distintos. En consecuencia, todas las cantidades deben quedar especificadas (cantidad líquida) con carácter autónomo e independiente, exigencia que se corresponde con lo declarado en el art. 12 de la LH cuando asevera “las inscripciones de hipotecas expresaran el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieren estipulado”, lo cual no es más que una manifestación explícita del principio de especialidad que rige en este ámbito.

Pese a ello, nada impide que desde un punto de vista práctico, ambas liquidaciones se realicen al mismo tiempo y se dé traslado de las mismas conjuntamente a las partes, en cuanto ambas deben realizarse por el Secretario, y que se les conceda el mismo plazo para su impugnación.

---

<sup>243</sup> Ob, cit, págs. 144 a 147.

<sup>244</sup> Autos de la AP de Valencia de 19 de junio de 1991 y de 18 de mayo de 1994.



No obstante, lo anterior no supone que la cantidad reclamada se corresponda obligatoriamente con la que perciba finalmente el ejecutante, pues, si en la determinación del principal no debe haber cuestión, señala MONTERO AROCA<sup>245</sup>, ni tampoco en la fijación de los intereses devengados en el momento de la presentación de la demanda, otra cosa puede ocurrir con los intereses que se devenguen en el curso del proceso y con las costas, siempre teniendo en cuenta la garantía hipotecaria.

Asimismo, puede existir cierta dificultad para precisar las cantidades reclamadas por todos los conceptos en los casos en que sean varias las fincas hipotecadas en garantía de un único crédito. La cuestión ha sido resuelta por la DGRN en reiteradas ocasiones en el sentido de eximir que en la demanda se especifiquen, siendo suficiente la expresión de la cantidad global reclamada por cada uno de los conceptos<sup>246</sup> El parámetro a seguir para ello es la distribución de responsabilidad que se realizó al constituir las hipotecas.

Debe regir, en todo caso, en lo que a la cantidad reclamada se refiere, y los sujetos frente a quienes se dirija la ejecución, el principio de buena fe procesal, del que el art. 538.4 de la LEC ofrece una manifestación específica en sede de ejecución general. El principio de buena fe procesal resulta de perfecta aplicación en la materia hipotecaria, en el sentido de establecer la aplicación del ejecutante de responder por los daños y perjuicios irrogados si hubiere inducido al tribunal a extender la ejecución frente a personas o bienes que el título o la ley no autorizan<sup>247</sup>.

a) La determinación del principal: el pacto de liquidez.

Las cantidades que se reclaman en concepto de capital e intereses deben estar claramente determinadas en la demanda ejecutiva. Dicha exigencia de *liquidez*<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> *Las ejecuciones hipotecarias*, ob, cit, pág. 514.

<sup>246</sup> Entre otras, RRDGRN 1 y 17 de octubre de 2001 y 24 de octubre de 2000: "...cuando el acreedor insta a través del procedimiento judicial sumario la ejecución de las fincas dadas en garantía, no está haciendo valer hipotecas diferenciadas de créditos independientes, sino la garantía real única de un único crédito; está persiguiendo la satisfacción de ese crédito frente a las varias fincas que lo garantizan; y de ahí que nada le obligue a señalar en su demanda inicial la cantidad que reclama sobre cada finca; antes al contrario, se le exige únicamente la especificación de la cantidad que por todos los conceptos es objeto de reclamación única, indicando las razones determinante de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito, y acompañando el título del que deriva y que ha de tener fuerza ejecutiva.

<sup>247</sup> Cuestión a la que se refiere la STS de 24 de abril de 2001.

<sup>248</sup> Actualmente, se identifica sin reparo la liquidez de la deuda con su determinación; sin embargo, se han formulado otras teorías en torno a lo que debe entenderse por liquidez de la deuda. SERRANO MASIP las recuerda: liquidez equiparable a facilidad probatoria (concepción que tiene su origen en el Derecho Justiniano y se mantuvo en nuestro Derecho histórico); liquidez como sinónimo de incontestabilidad; y, por último, liquidez de la deuda como su perfecta determinación o determinabilidad mediante simples

no siempre resulta fácil de cumplimentar. Tal y como se ha afirmado, caben dos posibilidades respecto de la reclamación del capital: que se incluyan tan sólo los plazos vencidos y no pagados, o que se reclame la totalidad de la deuda, en este último caso, si se ha pactado expresamente y se hubiere inscrito en el Registro el vencimiento anticipado. Se trata, de cualquier manera, de la cantidad que haya sido garantizada, con lo que basta con determinar en la escritura de constitución a qué cifra asciende la misma y qué bienes responden de ella<sup>249</sup>. Por consiguiente, *cantidad adeudada* es un concepto que puede no coincidir con el de *cantidad garantizada* o asegurada hipotecariamente. Asimismo, la cantidad por la que finalmente se despache ejecución será la que se reclame en la demanda tal y como afirma el art. 575 LEC<sup>250</sup>.

En todo caso, debe tratarse de *cantidades liquidadas*, es decir, cantidades determinadas. En este sentido, según reza el art. 572 LEC<sup>251</sup>, debe entenderse por tal toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles, debiendo prevalecer la cantidad que se haya expresado en letras cuando exista disparidad en el mismo título con la expresada en cifras o guarismos comprensibles<sup>252</sup>.

---

operaciones aritméticas. Esta última concepción, basada en un criterio cuantitativo fue adoptada mayoritariamente por la Jurisprudencia. *El pacto de liquidación. Operaciones garantizadas*. DOMINGUEZ ROMERO, Tirant monografías, Valencia, 2011, págs. 17 y 18.

<sup>249</sup> Para FUENTES SORIANO, la clave del éxito de una futura ejecución hipotecaria reside en determinar con claridad y precisión en el momento de la inscripción de la hipoteca, la afección de la finca a la deuda, lo cual se hace especialmente importante en tres supuestos controvertidos: para el caso de que la cantidad prestada fuera superior a la garantizada con hipoteca, conviene especificar qué cantidad es la que dicha hipoteca cubre y cuáles son los plazos de vencimiento de la obligación, al objeto de diferenciarla de la obligación personal o, al menos, no hipotecaria por la que se responde del resto de la deuda. Otro supuesto controvertido es aquel en que el cumplimiento de la obligación es garantizado por varias fincas, caso en que se ha de fijar con exactitud, en la escritura de constitución de qué parte de la deuda responde cada una de las fincas. El actor no podría interponer una demanda solicitando la realización del valor de las tres fincas, sino que necesariamente debería dirigirse contra cada una de las fincas por la cantidad exacta que respectivamente garantizan. Por último, en el caso en que la hipoteca se hubiese constituido sobre una sola finca y con posterioridad, ésta se hubiese segregado o dividido sin consentimiento del acreedor hipotecario, éste podrá dirigirse contra cualquier de las fincas resultantes por la totalidad de la cuantía garantizada, incluso aun en el supuesto de que hubiese terceros, pues en tal caso, no constará en el Registro ninguna distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas. Ob, cit págs. 47 a 49.

<sup>250</sup> Tal cantidad no coincidirá con la que figure en el título porque se verá incrementada con la cantidad que se reclame en concepto de intereses ordinarios y moratorios.

<sup>251</sup> Este precepto es de aplicación a cualquier clase de ejecución, sea cual sea el título en que se fundamente. Recuerda en este sentido CORDON MORENO que los títulos no judiciales sólo pueden fundamentar una ejecución pecuniaria, es decir, a través de ellos únicamente se puede hacer efectiva una responsabilidad del deudor consistente en entregar una cantidad de dinero (en euro o en moneda extranjera) o alguna cosa o especie computable en dinero. *Comentarios a la Ley de.....ob, cit, pág. 235.*

<sup>252</sup> Tal y como recuerda GARBERÍ, el señalamiento de una cantidad de dinero determinada o líquida es consustancial a los antiguos títulos ejecutivos del art. 1429 de la anterior LEC 1881, la mayoría de los cuales han sido erigidos por la nueva LEC en auténticos títulos de ejecución. Asimismo, el requisito de liquidez se da igualmente respecto de los títulos de ejecución de carácter jurisdiccional, que condenan a cantidad dineraria, dada la vigente prohibición de dictar sentencias con reserva de liquidación, prevista en el art. 219 LEC. En este sentido, el apartado segundo de este precepto contempla la posibilidad de que se fijen tan solo las bases para efectuar la liquidación, siempre que consistan en una simple operación aritmética. Al amparo de esta norma, el requisito de la liquidez de la deuda exigido en el art., 572.1 LEC ni

Ahora bien, la determinación de las cantidades que se deben reclamar puede suscitar problemas en la práctica; tal es lo que ocurre en las ejecuciones por saldo de operaciones, en las situaciones con interés variable, en los casos de pago en moneda multdivisa o extranjera y en las denominadas hipotecas flotantes<sup>253</sup>.

Como quiera que la determinación de cantidades en estos casos, es decir, su liquidez, se ha de hacer constar en ciertos documentos que deben acompañar al título de ejecución para integrarlo o complementarlo<sup>254</sup>, volveremos más adelante, en sede de *título ejecutivo*, a estudiar los casos de iliquidez y, muy especialmente, el novedoso de la hipoteca flotante, al hilo de los documentos en que se tienen que reflejar las operaciones de liquidación de la deuda y los interrogantes que al respecto suscita este tipo de hipoteca global. Sirva, en este punto, una simple referencia a los demás supuestos y, en especial, a lo dispuesto en el art. 572 de la LEC, precepto que sirve de base para resolver vía analógica la falta de liquidez de las deudas en casos no regulados expresamente; en ellos el pacto de liquidez a que hace referencia el precepto citado resulta vital en aras a la determinación de la deuda reclamable.

#### a) Ejecución por saldo de operaciones.

La ejecución por saldo de operaciones no implica ninguna novedad en la LEC de 2000; ya se recogía en el antiguo art. 1435 (LEC de 1881). La novedad, no obstante, estriba en que, actualmente, no se limita a los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, si bien, como es lógico, es en este ámbito donde mayor incidencia práctica presenta. La Jurisprudencia ya había declarado la constitucionalidad del art. 1435 al considerar que si bien deberían tenerse presentes las estipulaciones contenidas en las pólizas a los efectos de llevarse a cabo la liquidación, éstas no pueden comportar ni proteger situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión. No resulta válida, en general, la certificación de haber procedido conforme a lo pactado, sino que con la reseñada certificación se debe cumplir con la exigencia de fijar una deuda determinada, poniendo en conocimiento del

---

impide la admisibilidad de la ejecución de aquellas sentencias firmes de condena que, en lugar de fijar el importe exacto de la condena, se limiten a fijar las bases para su liquidación siempre que ésta se logre mediante la realización de una simple operación aritmética. *El proceso de ejecución*....ob, cit, págs. 287 y 288.

<sup>253</sup> Supuesto al que no podía referirse la Ley procesal del año 2000 por haber sido introducido por la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario.

<sup>254</sup> En el sentido apuntado, DOMINGUEZ ROMERO considera que la idea de liquidez entronca directamente con el propio título ejecutivo, por la exigencia de que la concreción nominal de la deuda conste en el mismo o resulte de él. Ob, cit, pág. 23.

deudor las diversas partidas que correspondan a su débito, lo que le facilita el conocimiento exacto de lo que se le reclama, lo que favorece su impugnación u oposición correspondiente.

Cuando el art. 572 LEC regula *la ejecución por saldo de operaciones*, está pensando en todos aquellos contratos típicamente bancarios que conllevan una situación de cuenta corriente o una línea de crédito abierta al deudor, que éste utiliza hasta un límite máximo, pero con actos de disposición muy variados, que además suelen ir acompañados de ingresos del propio deudor que reducen la cuantía del crédito. Significa esto que la cantidad que el deudor debe cuando la póliza llega a su vencimiento casi nunca coincide con su importe nominal y se plantea la necesidad de fijar la cantidad que se debe a los efectos de despachar ejecución.

Cuando esto sucede, la Ley permite a acreedor y deudor pactar en el propio título ejecutivo una forma de liquidación del saldo, esto es, de determinación de la cantidad por la que debe despacharse ejecución. A este acuerdo se le denomina *pacto de liquidez*<sup>255</sup>, cuya validez ha sido reconocida recientemente por el Tribunal Supremo, entre otras, en la importante Sentencia de 16 de diciembre de 2009(nº recurso 2114/2005), al afirmar que el denominado *pacto de liquidez o de liquidación* es válido porque es un acto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de la ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma. Esta es la finalidad del pacto, concluye la sentencia, el despacho de ejecución, y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de la prueba<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> DOMINGUEZ ROMERO define el pacto de liquidez como un acuerdo de los contratantes por el cual éstos convienen que, en caso de reclamación judicial del acreedor, el importe de la cantidad exigible será el que resulte de la liquidación que practique aquel, y ello al os solos efectos de permitir el acceso a la ejecución de un título extrajudicial (escritura pública o póliza intervenida notarialmente) que no refleja el *quantum* adeudado. Se trata, por tanto, de un pacto de naturaleza procesal (como igualmente tiene tal carácter la norma que lo ampara), en la medida en que únicamente surte efecto dentro del proceso y para el proceso, permitiendo que se despache ejecución por una cantidad derivada de un título que, si bien tiene forma ejecutiva, está inicialmente huérfano de contenido ejecutivo. Ob, cit, pág. 23.

<sup>256</sup> Con anterioridad, el propio Tribunal Supremo había reconocido la validez del pacto de liquidación. Así, en Sentencia de 7 de mayo de 2003(nº 442/2003), en la que afirma que no se opone al concepto de *liquidez de la deuda* el pacto de intereses cuando consta el tipo y el plazo, posibilitando la fijación de su importe por una simple operación aritmética. En el mismo sentido, STS 25 de octubre de 2005 (nº 793/2005). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de febrero de 2000 (nº116/2000) reconoce la validez del pacto de liquidez al no suponer situación de indefensión alguna y la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de 12 de abril de 2000 (nº 331/2000) confirma este planteamiento. Esta última, al hilo de la Jurisprudencia establecida por el TC en la materia, mantiene la validez del referido pacto, siempre y cuando se cumplan dos presupuestos: que la liquidación haya sido

No obstante, el propio Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre el *pacto de liquidación* mucho antes y lo hizo para mantener su perfecta constitucionalidad y, por tanto, validez. Imprescindible en este punto es la doctrina sentada en la Sentencia 14/1992, de 10 de febrero, ratificada por otras resoluciones posteriores<sup>257</sup>. En ella, el TC mantiene que el pacto de liquidez que, por aquel entonces se contenía en el antiguo art. 1435 de la LEC de 1881, en modo alguno determina desmesuradas consecuencias probatorias para el deudor; el precepto no supone excepción alguna de las reglas generales sobre prueba de las obligaciones, y, por tanto, el deudor no se sitúa en posición de indefensión. Afirma, asimismo, el TC que no cabe admitir que el art. 1435 exija al deudor una prueba imposible o diabólica, lo que, si así fuera, ciertamente le causaría indefensión por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa<sup>258</sup>.

En principio, el *pacto de liquidez* es necesario<sup>259</sup> cuando la cantidad debida no consta en el título; por el contrario, no es necesario cuando la cantidad es determinada

---

realizada en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el de la cuenta abierta al deudor.

<sup>257</sup> SSTC 47/1992, 141/1995 y 159/1996.

<sup>258</sup> "...Pero sí debemos afirmar desde un principio que el llamado pacto de liquidez que se contempla en el art. 1435 LEC no determina en modo alguno las desmesuradas consecuencias probatorias que dan por supuestas los órganos judiciales que cuestionan su constitucionalidad. Su párrafo cuarto no dispone que la certificación expedida por la entidad acreedora, en la que se especifica la cantidad exigible de acuerdo con el saldo que aparezca en la cuenta abierta al deudor, sea tenida por verdadera, sino que se limita a declarar que la cantidad exigible, una vez especificada por entidad acreedora en la forma pactada en el título ejecutivo, se tendrá por líquida. Que la Ley establezca que la cantidad reclamada es líquida para poder despachar la ejecución no significa que presuma que es cierta o verdadera, puesto que, como ya tuvimos ocasión de señalar en el ATC 541/1984, tanto en el juicio ejecutivo como en el juicio ordinario que a éste pueda suceder todas las pruebas documentales dimanantes de cualquiera de los sujetos del proceso tienen igual fuerza y no hay ninguna que merezca la calificación de prueba privilegiada". "...En consecuencia, la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio a favor de las entidades de crédito, que contraría el art. 14 de la Constitución, pues no invierte la carga de la prueba, ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público. Y tampoco priva al deudor de un proceso con todas las garantías probatorias, ni lo sume en indefensión por exigirle una pretendida prueba diabólica o imposible, lo que, si ocurriera, sería sin duda contrario a los apartados 1 y 2 del art. 24 de la Constitución".

<sup>259</sup> Sobre la innecesariedad del referido pacto en determinadas situaciones que no lo son de cuenta corriente, se ha pronunciado FERNÁNDEZ-BALLESTEROS. Ob, cit, pág.522. Por su parte, DOMINGUEZ ROMERO considera que la LEC 1/2000 ha superado el debate doctrinal que existió con base en la Ley Procesal de 1881, ya derogada, que tuvo como origen la falta de una definición legal de cantidad líquida, lo que llevaba a que se negara la liquidez del débito pecuniario derivado de ciertos contratos, mientras que sí se reconocía en otros. En los contratos de crédito no existía discusión sobre la necesidad de incorporar el pacto de liquidación a efectos ejecutivos; en cambio, respecto de los contratos de préstamo, el debate se centraba entre quienes defendían el criterio de que la deuda que de aquellos derivaba era líquida *per se*, y las de quienes se negaban a comulgar con esa idea, amparaba normalmente en sede judicial. Con la llegada de la LEC 1/2000 se clarificó la cuestión, pues el mecanismo liquidatorio del art. 572.2 puede ser utilizado tanto en los contratos de crédito como de préstamo. Ahora bien, en los casos en que no siendo estrictamente indispensable el pacto de liquidación, por ser liquidables las cantidades conforme a simples operaciones aritméticas, éste no obstante se introduce, cabe preguntarse acerca de si resulta inocuo. En este punto, la doctrina se halla dividida: CASTILLEJO MANZANARES afirma que sí es

porque en el título se reconozca una deuda pura y simple, o en la propia escritura o póliza se contengan elementos suficientes para que, con simples operaciones matemáticas, pueda determinarse la cantidad líquida exigible. Por ello, no se cumple con lo establecido en el art. 572 LEC cuando la entidad se limita a expresar en su certificación un saldo final, sin consignar las operaciones que indiquen cómo se ha obtenido el saldo. Lo anterior se debe a que la intención del legislador, cuando regula el denominado *pacto de liquidez*, no es otra que la de proteger los intereses del deudor, en un intento por reforzar su posición jurídica, evitando que la determinación del saldo quede al arbitrio de la entidad. No obstante, considerando que en realidad el pacto no es tal, por la falta de intervención del deudor en cualquier negociación contractual, resulta difícil asumir que su posición quede verdaderamente reforzada o protegida por mucho que la Ley aluda a presuntos pactos y voluntades.

Asimismo, entendemos que tampoco queda garantizada la posición del deudor, habida cuenta que la liquidación deberá tomar como base los apuntes contables de la entidad crediticia que ejecuta, y a éste únicamente le queda la opción de oponerse por alguna de las causas reguladas expresamente en el art. 695 LEC y que son más bien escasas. Eso sí, la certificación emitida por la entidad carece de valor probatorio en lo relativo a la existencia y cuantía del débito, pues ningún Juez está obligado a despachar ejecución de manera automática aunque se le presente una certificación de saldo fehaciente, quedando al libre arbitrio del juzgador la apreciación de si de la certificación presentada se pueden inferir los datos necesarios para estimar si procede la ejecución<sup>260</sup>.

Ahora bien, es necesario insistir en que la exigencia relativa a la liquidez de las cantidades dinerarias objeto de ejecución, únicamente hay que referirla al principal, es decir, a aquella cantidad que conste literalmente en el título de ejecución como prestación básica. Igualmente, han de ser líquidos los intereses que ya hubiesen vencido (tanto ordinarios como moratorios) en el momento de presentar la reclamación judicial ejecutiva. Por el contrario, los intereses que se pudieren devengar durante la

---

inocuo, pues no puede confundirse la posibilidad que brinda la ley de incluir el pacto en cualquier escritura o póliza intervenida, con la obligación de que cada vez que se incorpore sea requisito ineludible para el despacho de la ejecución que a la demanda se acompañen los documentos ex art. 573 LEC. Sin embargo, NIETO CAROL Y MARCO COS dan al interrogante planteado una respuesta negativa. Mantienen que incluido el pacto, éste debe respetarse, de modo que aun en el caso de que se entendiera innecesaria su incorporación al contrato, si se hubiera convenido de una forma expresa que la cantidad exigible será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, tal documento expresivo del saldo resultante de la liquidación habrá de aportarse ineludiblemente, así como el fehaciente acreditativo de que dicha liquidación se ha realizado por la entidad conforme a lo pactado y la previa notificación al deudor; todo ello, so pena de no despacharse ejecución.

<sup>260</sup> Lo que se desprende de la STC 14/92, de 10 de febrero y Sentencia 141/95, de 3 de octubre.

ejecución, así como las costas del proceso, al ser una obligación económica aun no devengada, no precisaran ser liquidados en ese primer momento procesal, sino que basta con su posterior determinación conforme a las operaciones aritméticas procedentes<sup>261</sup>.

Por otro lado, se ha afirmado que también pueden incluirse en la ejecución los plazos que vayan venciendo sucesivamente, durante la tramitación del procedimiento. En este sentido, el art. 578 de la LEC<sup>262</sup> regula la posibilidad de ampliar la demanda ejecutiva cuando, despachada ejecución por una cantidad líquida, venciera algún plazo de la misma obligación en cuya virtud se procede o la obligación en su totalidad, a los nuevos vencimientos de principal e intereses; naturalmente, si lo pidiera así el actor y sin necesidad de retrotraer el procedimiento.

La actualización automática que establece éste precepto no tiene otra finalidad que la de otorgar eficacia a la reclamación ejecutiva de prestaciones dinerarias periódicas, pues la opción de obligar al ejecutante a esperar a que concluya la totalidad del plazo pactado para reclamar la totalidad de lo debido, o bien obligarle a reclamar sólo los plazos vencidos en el proceso y, posteriormente, entablar nuevo proceso para ejecutar otros plazos vencidos con posterioridad, resultan opciones absolutamente insatisfactorias y antieconómicas. Por ésta razón, la LEC regula la ampliación del objeto del proceso de ejecución dineraria, instado para reclamar las cantidades ya vencidas, a aquellas otras que vayan venciendo a medida que avanza el proceso<sup>263</sup>.

#### b') Operaciones a interés variable y en moneda multdivisa.

---

<sup>261</sup> Art. 572.1 en relación con el 575.1 LEC.

<sup>262</sup> Si despachada ejecución por cantidad líquida venciera algún plazo de la misma o la obligación en su integridad, la ley contempla dos posibilidades: a) entender ampliada la ejecución por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos de principal e intereses, si lo pidiera el actor y sin necesidad de retrotraer el procedimiento; b) Si el ejecutante solicita la ampliación en la demanda, se advertirá al demandado, en el momento de notificarle el despacho de la ejecución, que ésta se entenderá ampliada automáticamente si, en las fechas del vencimiento, no se hubieran consignado a disposición del juzgado las cantidades correspondientes. En este segundo caso, el ejecutante deberá presentar una liquidación final de la deuda incluyendo los vencimientos de principal e intereses producidos durante la ejecución y, si la misma fuere conforme con el título ejecutivo y el ejecutado no hubiera consignado el importe de los vencimientos incluidos en ella, el pago al ejecutante se realizará con arreglo a lo que resulte de la liquidación presentada.

<sup>263</sup> Los presupuestos que deben darse para que proceda esta ampliación automática de la ejecución son: a) pendencia de un proceso de ejecución dineraria; b) el carácter periódico de la obligación dineraria; c) la solicitud de expresa de ampliación por parte del ejecutante, bien en la propia demanda ejecutiva, bien en un escrito posterior *ad hoc*, en el que se solicitará dicha ampliación. En cualquiera de los dos casos, el ejecutante deberá presentar una liquidación final de la deuda incluyendo los vencimientos de principal e intereses producidos durante la ejecución. La ampliación, cuando se solicita en un escrito posterior, no genera retroacción alguna del procedimiento.

Otro supuesto que presenta dificultades a la hora de efectuar la liquidación de las cantidades a reclamar es el de los intereses variables, al que alude expresamente el art. 574 de la LEC<sup>264</sup>. Para FERNÁNDEZ-BALLESTEROS<sup>265</sup> nada tiene que ver con la liquidez ni con las situaciones de cuenta corriente que precisan de una fijación previa del saldo deudor. Sin embargo, como quiera que cuando los intereses son variables es preciso realizar operaciones, en ocasiones complejas, para hallar la cantidad que debe el deudor por este concepto, resulta evidente que aun en estos casos, nos encontramos ante supuestos de cierta *iliquidez*.

La LEC alude en este punto a dos ejemplos diversos y, por otro lado, frecuentes: que se hubiere pactado un interés variable con referencia a los índices habituales; y, el segundo, que el préstamo sea en moneda multdivisa.

En ambos casos, las operaciones de cálculo viene exigidas porque para determinar la cantidad debida en el momento de presentarse la demanda ejecutiva es necesario tener en cuenta las variaciones experimentadas por el índice de referencia al que se vinculó el interés en el contrato, o por la paridad de la moneda pactada en relación con la moneda nacional. Por consiguiente, en los dos supuestos resulta necesario fijar previamente la cantidad líquida de la deuda en euros. Al igual que en la ejecución por saldo de operaciones es necesario, no solo que se aporte el certificado de saldo final, sino que se hagan constar las operaciones por las que se ha obtenido dicho saldo, pues únicamente esto último favorece la comprobación de su exactitud.

En lo que respecta a la documentación que debe aportarse, debe ser cualquiera que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada en el título (que deberá ser fehaciente) y haberse notificado al ejecutado y, en su caso, al fiador, la cantidad exigible resultante de la misma. Además, en virtud de lo establecido en el art. 573 de la LEC podrán acompañarse a la demanda, cuando el ejecutante lo considere conveniente (por tanto a su criterio), los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono. Y si el acreedor tuviera duda acerca de la realizada o exigibilidad de alguna part.ida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución

---

<sup>264</sup> Establece el art. 574 LEC: "1. El ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución en los siguientes casos: 1º Cuando la cantidad que reclama provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiera pactado un interés variable.2º Cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o crédito en el que sea preciso ajustar las paridades de distintas monedas y sus respectivos tipos de interés. 2. En todos los casos anteriores será de aplicación lo dispuesto en los números segundo y tercero del apartado primero del artículo anterior y en los apartados segundo y tercero de dicho artículo".

<sup>265</sup> Ob, cit, pág. 520.



por la cantidad que le resulte indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución.

Ello no obstante, sostiene FERNÁNDEZ-BALLESTEROS que la LEC al diferenciar en el art. 574 los contratos de préstamo y crédito, provoca el mantenimiento de una discusión estéril sobre si la certificación de saldo es o no necesaria en situaciones distintas a la de cuenta corriente. A su juicio, cuando el contrato es de préstamo el *pacto de liquidación* resulta inútil y superfluo, así como el documento fehaciente y toda notificación al deudor de la cantidad exigible. Sostiene el citado autor que si la operación es de préstamo, en el propio título ejecutivo está expresada la cantidad que debe considerarse determinada y/o todos los datos necesarios para determinarla a los efectos del art. 572. Y cuando la operación es de crédito también, puesto que en el título ejecutivo consta la cantidad hasta la que puede disponer el deudor; y el hecho de que efectivamente ha dispuesto y las cantidades por las que lo ha hecho puede acreditarlas fácilmente el ejecutante con los correspondientes asientos contables<sup>266</sup>.

#### c) Deuda en moneda extranjera.

El art. 577 de la LEC<sup>267</sup> regula posibilidad de que el título fije una cantidad de dinero en moneda extranjera, caso en que se despachará la ejecución para obtenerla y en entregarla. En efecto, si bien por *dinero* debe entenderse la moneda de curso legal en España, en virtud de este precepto la ejecución puede despacharse directamente en moneda extranjera, incluso aunque dicha moneda no esté admitida a

---

<sup>266</sup> Ob, cit pág. 521. Asimismo, matiza este autor que incluso cuando el contrato es de préstamo o crédito, la cantidad nunca sería liquidada en el sentido del art. 572.1. pues la cantidad de dinero determinada debe estar expresada en el título(en la escritura o póliza), y salvo que el préstamo sea sin interés, o del crédito no haya dispuesto en absoluto el deudor, la cantidad que figura en la escritura nunca podrá coincidir con la cantidad por la que se solicita el despacho de la ejecución en concepto de principal, pues a esa cantidad inevitablemente se habrá añadido los intereses devengados que son siempre una cantidad variable (aunque el tipo de intereses sea fijo), en función del tiempo transcurrido. Por esta razón, recuerda el autor, la Jurisprudencia anterior a la vigente LEC distinguía con nitidez entre las operaciones de crédito en las que se producía una situación de cuenta corriente y aquellas otras en las que no era así. Y circunscribía a las situaciones de cuenta corriente cuatro exigencias: pactar la forma de liquidación, hacer la liquidación en la forma pactada antes de pedir el despacho de la ejecución, confeccionar un documento fehaciente en el que conste que la liquidación se hizo en la forma pactada y notificar al deudor el saldo resultante. Ob, cit, pág. 522.

<sup>267</sup> Estipula este precepto "1. Si el título fijase la cantidad de dinero en moneda extranjera, se despachará la ejecución para obtenerla y entregarla. Las costas y gastos, así como los intereses de demora procesal, se abonarán en la moneda nacional. 2. Para el cálculo de los bienes que han de ser embargados, la cantidad de moneda extranjera se computará según el cambio oficial al día del despacho de la ejecución. En el caso de que se trate de una moneda extranjera sin cotización oficial, el cómputo se hará aplicando el cambio que, a la vista de las alegaciones y documentos que aporte el ejecutante en la demanda, el tribunal considere adecuado, sin perjuicio de la ulterior liquidación de la condena, que se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 714 a 716 de esta Ley".

cotización oficial en nuestro país.<sup>268</sup> En el contexto de ejecución de moneda extranjera poco aporta el art. 577, pues tan solo dispone que se despachará la ejecución para obtenerla y entregarla. Asimismo, puntualiza que las cantidades relativas a costas y gastos, así como los intereses de mora procesal se abonarán siempre en moneda nacional. Por consiguiente, el deber de satisfacer la deuda en moneda extranjera únicamente alcanza a la obligación principal objeto de ejecución, quedando excluido, tal y como indica expresamente la propia Ley procesal, el pago de intereses y costas procesales.

#### b) La determinación de los intereses.

Usualmente, todos los contratos de préstamo llevan aparejada la obligación para el deudor de devolver el capital que se le haya prestado y los intereses que dicho capital vaya generando<sup>269</sup>. Los intereses pueden ser de dos tipos: ordinarios, también denominados remuneratorios<sup>270</sup>, definidos como contraprestación del capital entregado

---

<sup>268</sup> A diferencia de lo que establecía en este sentido el antiguo art. 1435 LEC de 1881 que, además, imponía la también la hoy desaparecida condición de que la obligación de pago en moneda extranjera estuviese autorizada o permitida legalmente.

<sup>269</sup> El préstamo hipotecario es un contrato unilateral, pues sólo genera obligaciones para una de las partes, el prestatario. La fundamental, es la de reembolsar la suma obtenida, en el plazo estipulado, junto con los intereses pactados. En lo que concierne a la amortización del préstamo existen cinco sistemas: a) el sistema francés o de cuotas constantes, de más frecuente utilización en España, según el cual la cuantía de las cuotas es siempre la misma durante toda la vida del préstamo, si bien, cada año se va pagando una menor proporción de intereses. Este sistema se puede utilizar tanto en los préstamos con interés fijo, como interés variable; b) el sistema de cuotas crecientes, supone un crecimiento en progresión geométrica o aritmética del importe de las sucesivas cuotas, siendo variables tanto la parte de intereses como la parte del principal que se paga en cada cuota; c) el sistema de cuota decrecientes, en el que la parte de intereses de las sucesivas cuotas es cada vez menor, aunque la parte de capital es constante. Para ello, la parte de intereses de cada cuota se calcula en función del capital pendiente de amortizar en cada momento; d) el sistema de cuota fija con plazo de amortización variable, que se basa en trasladar a la duración del préstamo la variación del tipo de interés de referencia, cuando éste es variable. Si los tipos se incrementan, el plazo del préstamo se alarga, y si los tipos descienden, el plazo se acorta, si bien en cualquiera de las dos situaciones las cuotas en cada periodo son iguales; e) el sistema americano, que implica el pago exclusivo de intereses en las cuotas de cada periodo, mientras que el capital es amortizado de una sola vez junto con la última cuota. *El préstamo hipotecario y la ejecución especial sumaria de la garantía por impago*. GARCIA GIL, DAPP Publicaciones periódicas, 2011, págs. 161 y 162.

<sup>270</sup> En función del interés remuneratorio, pueden distinguirse cuatro modalidades básicas de préstamo hipotecario, según lo convenido ente la entidad de crédito y el prestatario: fijo, variable, mixto y de cuota fija. La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, establece la obligación de señalar en la cláusula relativa a "intereses ordinarios", que debe incluirse en los contratos, el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, especificándose si es fijo durante toda su vida o si tendrá carácter variable, durante la totalidad o parte de la vida del mismo. El préstamo a interés fijo es aquel en el que el tipo de interés no varía a lo largo de la vida del préstamo. Esta modalidad permite al prestatario conocer con certeza los intereses que deberá pagar en cada periodo, lo que le da cierta seguridad, pues si los tipos de interés experimentan incremento, éste no le afectará. En contrapartida, tiene el claro inconveniente de que si los tipos descienden no podrá beneficiarse de la bajada. En esta clase de préstamos, el plazo de amortización suele ser más corto que en los de interés variable. El interés variable, por el contrario, fluctúa en función del tipo de referencia pactado sobre el que se haya establecido. Esta modalidad de préstamo no permite conocer el importe en el futuro de las cuotas de amortización, pero tiene la ventaja de que el prestatario se beneficia de los descensos del tipo de referencia, disminuyendo las cuotas en proporción; la contrapartida es el aumento de éstas si aquel experimenta incremento. Sostiene GARCIA GIL que el comprador de vivienda acude más frecuentemente a esta clase de préstamo, sin embargo, no es descabellado afirmar que ni ésta, ni la

y los moratorios, derivados del incumplimiento o retraso en el cumplimiento de lo pactado, que tratan de penalizar al prestatario por el retraso en el cumplimiento de su obligación<sup>271</sup>.

Afirma el Código Civil en su artículo 1755<sup>272</sup> que los intereses tan solo se deben si se han pactado de forma expresa; por su parte, el art. 1108<sup>273</sup> del mismo texto legal alude a los intereses moratorios cuando declara que si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal.

#### a) Intereses remuneratorios.

A pesar de los términos en que se pronuncia el Código Civil, de los que deriva cierta voluntad de asignar al contrato de préstamo naturaleza esencialmente gratuita, las exigencias sociales y económicas vienen demostrando insistentemente que en todo contrato de préstamo los intereses remuneratorios son de forzosa previsión. La configuración del contrato de préstamo como naturalmente gratuito que muestra el art.

---

mayor parte de las cláusulas del contrato, por no decir todas, no las pactan realmente las partes, sino que vienen impuestas, cual si de contrato de adhesión se tratara, por la entidad financiera.

<sup>271</sup> STS 2 de octubre de 2001.

<sup>272</sup> El contrato de préstamo puede ser gratuito, o bien, puede pactarse que sea con interés. Habrá obligación, para el prestatario, de pagar interés, tan solo en el caso de que se haya pactado expresamente en el contrato (el Código de Comercio, en el art. 314, exige, además, que el pacto sea por escrito para el préstamo mercantil siendo así que un préstamo mercantil sin interés es inconcebible). La cuantía del interés es libre. La Ley de 14 de marzo de 1856 abolió la tasa del interés. Posteriormente, la Ley de 23 de julio de 1908 (Ley Azcarate) declara nulos los préstamos usurarios y leoninos (art. 1) o cualquier otra operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero (art. 9). El préstamo usurario, nulo por definición de la ley anterior, es aquel en el que se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Por su parte, el préstamo leonino, también nulo es aquel que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Por último, es nulo, el préstamo en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. El efecto de la declaración del préstamo usurario es la nulidad parcial, pues afecta a todo el interés, aunque no al capital. Así el prestatario deberá devolver la suma recibida (art. 3). Tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, que la nulidad de los contratos a que se refiere el art. 1 de la Ley de 1908 es la radical, ya que no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes y, como consecuencia de ello, si la convención inicial que aparece en el contrato es radicalmente nula, la novación no puede operar su consolidación por prohibirlo así expresamente el art. 1208 del CC, en relación con el 6.3 de dicho cuerpo legal, (STS 28 de octubre de 2004). Establece la obligación de devolver intereses únicamente si se pactaron, entre otras, la STS de 31 de octubre de 1994. Por su parte, la de 29 de septiembre de 1992, afirma que para calificar de usurario el préstamo ha de atenderse al momento de su perfección por ser en el que otorgándose el consentimiento puede estimarse si éste está o no viciado, siendo la de ese momento la realidad social que ha de contemplarse y no la vigente cuando se pretende que el contrato tenga efectividad, aunque se hayan variado las circunstancias iniciales.

<sup>273</sup> En efecto, la mora como retraso culpable en el cumplimiento de la obligación da lugar a indemnización de daños y perjuicios. No responden a la idea de previsión de un beneficio indebido que pueda obtener el incumplidor por el impago, sino al perjuicio que sufre el acreedor por la demora en recibir un bien fructífero que es el dinero (STS 26 de octubre de 2006).

1755 del CC está, entonces, muy alejada de la actual realidad social, económica y comercial, pues son excepcionales los contratos de préstamo o crédito en que no se estipula interés remuneratorio, incluso inverosímiles cuando se conciertan entre un particular y una entidad financiera.

Por otro lado, no le falta cierto fundamento a esta clase de interés ordinario, dado que persigue evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso de tiempo previsto para la restitución y, además, retribuir la concesión del préstamo, negocio propio de quien se dedica a esta actividad del modo profesional.

Distintos son los *intereses moratorios* que tienen naturaleza de pena, de sanción al incumplidor que se encuentra en mora, a los que, se les aplica la facultad de moderación que señala el art. 1154 del Código Civil, máxime cuando el propio Tribunal Supremo ha considerado inverosímil la afirmación de que sea legal y lícito disponer pactos de demora muy altos (Sentencia de 7 de mayo de 2002).

Con carácter general, respecto de los dos tipos de intereses, en un intento por evitar abusos, hay que decir que la libre disposición de la partes no autoriza a superar los límites que señalan la ley y el orden público. En el ordenamiento jurídico son muchos los límites que configuran el marco en que se desenvuelve la libertad de pacto. Si una estipulación es abusiva, contraria a la ley, la moral y el orden público, dando por supuesto que hubo una negociación precontractual en que realmente se discutiera sobre el particular, el acuerdo de las partes no sana tal vulneración, de modo que no existe impedimento alguno para analizar si la fijación de un interés elevado merece la calificación de abusiva<sup>274</sup>.

---

<sup>274</sup> La Sentencia de la AP de Álava, Sección 1ª, de 13 de abril de 2011, (nº recurso 672/2010) declara nula por abusiva la cláusula que fija un tipo de interés moratorio desproporcionado al interés legal del dinero (un 18% superior en más de 4 veces al interés legal del dinero correspondiente al año en el que se signó el contrato, que era de un 4,25%). Asimismo, declara aplicable la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, vigente al tiempo de la firma del contrato, atendiendo a la condición de consumidora de la prestataria y procede a integrar la cláusula nula para darle contenido, conforme al art. 1258 del CC y al principio de buena fe objetiva y, en definitiva, moderar el interés de demora a lo pretendido por la apelante, es decir, a 2,5 veces el interés legal del dinero. En términos parecidos se pronuncia el Auto de la AP de Asturias de 30 de octubre de 2003, Sección 4ª, en un supuesto de ejecución de título no judicial, declarando que no cabe desconocer que la entidad prestamista reclama el abono de los intereses moratorios al tipo pactado desde la fecha de la liquidación y cierre de la cuenta, una vez calculado su importe y que el tipo del 29% excede del máximo fijado en el art. 19.4 de la Ley del Crédito al Consumo, que señala que para los créditos que se conceden en forma de descubiertos en cuenta corriente no podrá imponerse un tipo de interés superior a 2,5 veces el legal del dinero, pauta o criterio que la Sala viene aplicando analógicamente a otros contratos. El mismo criterio se aplica ante un interés de demora del 27% en Auto de la AP de Cáceres de 21 de enero de 2004, o ante un interés de demora del 29% en el Auto de la AP de Burgos de 31 de enero de 2003.

Concretando lo antedicho al ámbito propio de la garantía hipotecaria, es necesario aludir a una opinión, muy generalizada en el seno de la doctrina<sup>275</sup>, según la cual la hipoteca se extiende a los intereses remuneratorios del préstamo sin necesidad de pacto expreso, al constituir una especie de extensión natural de la hipoteca<sup>276</sup>. Se dice así al entender que dicha norma aparece formulada de manera implícita en los arts. 114<sup>277</sup> y 146<sup>278</sup> de la LH, al establecer un límite a la responsabilidad hipotecaria de terceros.

Pero, para HERBOSA<sup>279</sup>, lo anterior debe matizarse, pues la presunción legal no permite prescindir del pacto de garantía o cobertura de los mismos, es decir, del pacto por el que además del capital, se garantizan sus intereses remuneratorios. La razón es que al ser la hipoteca un derecho de inscripción registral, sólo es hipoteca lo que figura inscrito y, sobre esa base, es necesario que la hipoteca se constituya de un modo expreso en garantía del capital y de sus intereses. A falta de dicho pacto, los intereses no quedan cubiertos por la hipoteca, ni, por tanto, podrán ejecutarse mediante el proceso específico de ejecución hipotecaria, en cuanto a través de éste sólo puede ejecutarse la acción real derivada del derecho de hipoteca, sin perjuicio de la acción personal nacida del crédito que pueda asistir al acreedor para el cobro de los intereses en otro procedimiento. Es necesario, afirma, un pacto de garantía o cobertura de los intereses en cuya virtud se garanticen de un modo expreso los intereses remuneratorios del capital. Además, aunque las partes hayan pactado la cobertura de los intereses, no será suficiente con expresar que la hipoteca se constituye de manera indeterminada en garantía de los devengados por el capital, sino que el principio de especialidad<sup>280</sup> exige que se exprese el tipo aplicable y el plazo

---

<sup>275</sup> HERBOSA, ob, cit, pág. 89.

<sup>276</sup> CHICO y ORTIZ, *Hipoteca en garantía de interés variable*, RDN, 1970, pág. 276.

<sup>277</sup> “Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años”.

<sup>278</sup> “El acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital; mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la garantizada con arreglo al artículo 114”.

<sup>279</sup> Ob, cit, págs. 89 y 90.

<sup>280</sup> PUYOL MONTERO afirma que tal principio caracteriza a la garantía hipotecaria y constituye un pilar fundamental en su desenvolvimiento. Del principio de especialidad, aplicado en sede hipotecaria, derivan una serie de consecuencias: la necesidad de exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscribe; la imposibilidad de constituir una hipoteca de obligaciones futuras y absolutamente indeterminadas; imposibilidad de que el acreedor hipotecario pretenda el cobro del eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados y determinación separada de responsabilidades a que quede afecto el bien por principal y por intereses. *Algunos criterios para afrontar la negociación de deudas hipotecarias*. Revista Iuris, La Ley, nº 139, junio de 2009, pág. 46

de duración de la hipoteca, pues, de lo contrario, no puede considerarse determinada la deuda de intereses.

En el argumento esgrimido por HERBOSA, es decir, lo que no es objeto de hipoteca no está garantizado y, por tanto, no cabe su exigencia a través de la ejecución hipotecaria, pues una cosa es que se deban pagar o no intereses, y otra distinta que dichos intereses aparezcan garantizados a través del derecho real de hipoteca, subyace el “lastre” conceptual del que ya se habló anteriormente, pues ni acciones personales, ni acciones reales, cabe distinguir en puridad cuando de un proceso ejecutivo se trata, sino que más bien cabe hablar en todo momento de acción o pretensión ejecutiva hipotecaria y pretensión ejecutiva ordinaria frente a pretensiones declarativas.

Al margen de lo anterior, conviene distinguir el llamado pacto de garantía o cobertura de intereses, del pacto de extensión de los mismos, pues se entienden asegurados todos los que se devenguen durante el plazo de duración de la hipoteca, sin perjuicio del límite establecido en el art. 114 LH respecto de terceros. Así lo ha entendido la DGRN al considerar indiscutible el derecho de los interesados a pactar que la hipoteca pueda extenderse a todos los intereses devengados durante la vigencia del contrato<sup>281</sup>.

No obstante, tratándose de terceros, los intereses que garantiza la hipoteca son los de la anualidad corriente y dos últimos años, pudiéndose pactar una ampliación que no supere los cinco años. La Sentencia del Tribunal Supremo (nº 699/2001), de 5 de julio de 2001, precisa, a estos efectos, el concepto de tercero al

---

<sup>281</sup> Lo mantuvo así en resolución de 14 de febrero de 1935 y recuerda HERBOSA los argumentos que se alegan a favor de esta postura: a) una interpretación histórica del art. 114 LH, de la que se desprende que la limitación de anualidades introducidas por la Ley hipotecaria de 1861 sólo afectaba a terceros, no a las partes, b) una interpretación sistemática de los dos párrafos del actual artículo 114 LH, conforme a la cual, la expresión “en ningún caso” del párrafo 2º, introducido por la reforma de 1946, no tiene otro sentido que poner límite al juego de la libertad de pacto introducida por el párrafo 1º. Con un criterio distinto, algunos autores estiman que el límite de cinco anualidades resulta aplicable no sólo frente a terceros sino también entre partes, acogiéndose a una interpretación literal del párrafo 2º del art. 114 LH y del art. 220 RH. Pese a la literalidad de los preceptos citados, esta postura no parece defendible, en cuanto una interpretación sistemática e histórica de los mismos avalan la tesis mayoritaria de que la limitación de las anualidades cubiertas con la hipoteca con arreglo al art. 114 LH sólo opera en perjuicio de tercero. Esta postura doctrinal tampoco puede apoyarse en algunas de las afirmaciones vertidas por la STS de 12 de marzo de 1985, pues, como han señalado algunos autores, su valor es muy relativo, ya que en el caso concreto la razón por la que se rechazó la reclamación de intereses por encima del límite de los cinco años fue porque aquellos habían prescrito, según el plazo establecido por el art. 1966.3 del CC. Ob, cit, págs. 89 y 90.

declarar que no es el del art. 34 de la LH, sino simplemente el que no ha intervenido en el contrato de préstamo, ni en la constitución de la hipoteca<sup>282</sup>.

Por su parte, la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 12ª, (nº 701/2008), 9 de octubre de 2008, reitera lo anterior al afirmar que la garantía hipotecaria se extiende a todos los intereses impagados no prescritos, tal y como lo confirma el art. 114 de la LH, que únicamente establece el tope de intereses asegurados hipotecariamente cuando haya perjuicio de tercero. El artículo 146 de la misma Ley, sigue diciendo la referida Sentencia, admite la ejecución hipotecaria para todos los intereses vencidos, excepto en los casos de existencia de un tercero a quien puede perjudicar dicha repetición, estando todo ello en relación con el principio de responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 1911 del Código Civil.

#### b) Intereses moratorios.

Su naturaleza jurídica ha sido matizada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de junio de 2009, al concebirlos no como intereses reales, sino como sanción o pena que pretende indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>283</sup>; esa es la función de los intereses de demora y hay cierta unanimidad, tanto en el seno de la doctrina como en la Jurisprudencia en este sentido. Sin embargo, frente a la opinión mayoritaria, también hay quien considera que este tipo de interés responde al mismo objetivo que los intereses remuneratorios, aun cuando la génesis de los mismos responda a fenómenos diversos.

---

<sup>282</sup> En sentido coincidente, el Auto de la AP de Murcia, Sección 3ª, (nº 17/2005), de 16 de febrero de 2005, cuando niega el carácter de tercero, así como la aplicación del límite previsto en el art. 114 de la LH, respecto del recurrente que intervino en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, en calidad de avalista e hipotecante, por lo que carece de la condición de tercero a efectos de dicho artículo. Por su parte, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 11ª, de 17 de julio de 2002, confirma el concepto de tercero, refiriéndole a todo aquel que figura como titular del bien o derecho objeto de la hipoteca y que no ha intervenido, y por tanto, no puede tener responsabilidad personal, patrimonial universal como consecuencia del contrato al que la hipoteca sirve de garantía real. Frente a este tercer poseedor, afirma el Auto, los efectos del art. 114 LH deben producirse en toda su extensión ya que adquieren el bien a sabiendas del gravamen hipotecario, pero precisamente por ello, dentro de los estrictos límites que su título de constitución (escritura en que se garantiza el préstamo hipotecario) impone. Por último, se alude al principio de especialidad, argumentando que por este principio, se ha de llegar a la conclusión de que en el caso de que no se pacte la garantía por los intereses moratorios, debe entenderse que el bien hipotecado responde exclusivamente de los moratorios en el sentido pactado por las partes y con un máximo de hasta cinco años. Indudablemente la hipoteca responderá cuando menos de los intereses remuneratorios aunque no de los moratorios si no han sido especialmente pactados.

<sup>283</sup> En idéntico sentido las STS 13 de abril de 1992, AAP de Málaga de 8 de octubre de 2002 y AP de Barcelona, Sentencia de 1 de junio de 2007, que también les había atribuido carácter indemnizatorio de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Estos intereses requieren, igualmente, un pacto expreso de cobertura hipotecaria, de modo que aunque se haya pactado que el crédito devengue interés de demora, estos no se entienden garantizados hipotecariamente sin una estipulación expresa que así lo establezca<sup>284</sup>. Tal postura la ha mantenido la DGRN, que alegando, como tantas veces, el principio de especialidad argumenta que “no deben entenderse incluidos bajo la genérica garantía real por intereses a los devengados en caso de mora; éstos intereses, si pretenden protección hipotecaria, deberá establecerse en forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo de garantía y con respeto a las demás exigencias por las especiales características de las hipotecas de seguridad” (Resolución de 20 de mayo de 1987 )<sup>285</sup>.

En definitiva, la extensión de la garantía hipotecaria a los interés moratorios, se da siempre y cuando así se exprese, (en realidad, no puede decirse lo contrario respecto de los intereses ordinarios) y esta idea ha sido reiterada constantemente por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notario; así, entre otras, en Resolución de 15 de abril de 2000, cuando afirma que *una vez sentada la distinta naturaleza y régimen de los intereses remuneratorios y moratorios, diverso origen y título para lograr su efectividad, se ha admitido la posibilidad de extender la garantía hipotecaria a los segundos, siempre que, por exigencias del principio de especialidad, se precise claramente en qué medida lo están, con independencia de la garantía prevista para los primeros, de suerte que no pueda aplicarse la cobertura establecida para unos a los otros*<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> ROCA SASTRE y ROCA –SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, 8ª, ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 162.

<sup>285</sup> Para dar cumplida respuesta a esta cuestión, había otras dos opciones, resumidas por RIVERA: a) mantener la imposibilidad de garantizar hipotecariamente los intereses de demora, partiendo de su tipificación legal como derecho de realización del valor, constitución registral y procedimientos tasados para su ejecución. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria de obligaciones accesorias como lo son los intereses de demora, deformaría ostensiblemente el concepto y función del derecho real de hipoteca, pensado esencialmente para favorecer el crédito territorial. b) La otra opción mantiene la extensión natural de la hipoteca a todos los intereses tanto remuneratorios como moratorios. Para ello, partiendo de la redacción dada al art. 12 LH, bastará con que ambos tipos de intereses, sin distinción alguna, hayan sido estipulados en la escritura de constitución de hipoteca para que queden bajo la garantía estipulada. Esta última opción fue desechada de forma expresa por la SAP de Málaga de 17 de febrero de 2000 que en términos muy elocuentes, refiriéndose al entonces procedimiento judicial sumario del art. 131 LH afirma: “el procedimiento de ejecución sumaria de la Ley hipotecaria, de dudosa constitucional por no permitir ningún tipo de contradicción o defensa, tiene una naturaleza eminentemente restrictiva dado su carácter especial y privilegiado, y por ello no puede abarcar nada que no haya sido expresamente previsto en la escritura de hipoteca, que habrá de examinarse con criterio absolutamente restrictivo...”.

<sup>286</sup> En sentido absolutamente coincidente en esencia, las Resoluciones de la DGRN de 22 de noviembre de 2000 y 8 de marzo de 2001.



En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 12 de marzo de 1991<sup>287</sup>, cuando declara que no basta con que este tipo de intereses hayan sido objeto de pacto en el contrato, sino que han de reunir los requisitos para quedar cubiertos por la hipoteca.<sup>288</sup>

De otro lado, cabe preguntarse qué ocurre cuando en la demanda ejecutiva se incluyen este tipo de intereses, sin que hubiese pacto de cobertura expresa, pero, parece claro que el tribunal deberá denegar el despacho de la ejecución por este concepto en cuanto que la acción hipotecaria pretendida no es conforme con lo dispuesto en el título, y si no lo hace así el deudor podrá oponerse alegando pluspetición.

c') Computación conjunta de intereses remuneratorios y moratorios.

En lo que respecta a la computación conjunta de intereses remuneratorios y moratorios, será suficiente aludir a la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. En ella se, ha afirmado que *unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, mas, respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria, dentro de los máximos legales, aun cuando se reclamasen intereses remuneratorios de los últimos cinco años e intereses moratorios, también, de los últimos cinco años, si así se procediera por ser distintas y de*

---

<sup>287</sup> Esta Sentencia recuerda la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios, contraprestación de la entrega de capital, y los moratorios, que cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario. Tal distinta naturaleza determina una configuración diferente de la cobertura real asignada a cada uno esos tipos y para explicar esta idea, la propia Sentencia se remite a Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 1987, cuando afirma que la estipulación de los segundos, los moratorios, anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro o incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite-tipo impositivo, previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad cuya ejecución precisará la previa construcción del título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia, y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. En cambio, tratándose de intereses remuneratorios, el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado.

<sup>288</sup> La resolución de la DGRN de 11 de febrero de 1998, confirma esta doctrina al declarar que *la acción hipotecaria sólo puede ejercitarse para el cobro de cantidades garantizadas por la hipoteca a ejecutar y, en el presente caso, aunque se pactara que el crédito hipotecario devengaría intereses moratorios, no se extendió a ellos la cobertura hipotecaria, de modo que debe rechazarse toda pretensión de cobro de aquellos con cargo al precio de remate obtenido en la ejecución; sin que quepa estimar que pactándose que el crédito devengará intereses de demora, estos se entienden ya garantizados hipotecariamente hasta el límite del artículo 114 de la Ley hipotecaria, sin necesidad de estipulación expresa que así lo establezca.*

*vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros y, por tanto, a ambas puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de los límites dichos*<sup>289</sup>.

d') Anatocismo.

Anatocismo significa que los intereses vencidos pueden capitalizarse y devengar, a su vez, intereses. Puede ser convencional, cuando es pactado por las partes, y legal; a éste último tipo de anatocismo hace referencia el último inciso del primer párrafo del artículo 1109 del CC: *los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio en este punto*.

En definitiva, se puede definir el anatocismo como los intereses de los intereses. En relación al pacto de anatocismo, baste señalar la abierta contradicción existente entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo; la postura de la DGRN ha sido contundente al negar esta posibilidad, alegando que aun cuando fuera lícito tal pacto en el plano obligacional, en el ámbito hipotecario o de actuación de la garantía constituida, los intereses sólo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales y pactados, pero nunca englobados en el capital. Así resulta claramente del principio registral de especialidad, que en el ámbito del derecho real de hipoteca impone la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal e intereses, diferenciación que en el momento de la ejecución determina que el acreedor no puede pretender el cobro del eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa. Y así lo impone igualmente el necesario respeto de la limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero, establecida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria<sup>290</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo viene admitiendo la figura del anatocismo siempre que conste expresamente en la póliza de crédito; por consiguiente, cabe que pueda aplicarse los intereses sobre los intereses, si así se ha pactado, en definitiva, si

---

<sup>289</sup> Resoluciones de la DGRN de 18 de diciembre de 1999, 18 de octubre de 2001, 19 de octubre de 2001, 29 de noviembre de 2002, y de 30 de noviembre de 2002.

<sup>290</sup> En el mismo sentido, respectivamente, las Resoluciones de esta Dirección General de 21 de enero de 1998 y 23 de marzo de 2007.

hay declaración de voluntad al respecto<sup>291</sup>. Debe ser así, máxime si se toma en consideración el argumento esgrimido por el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de junio de 2009 (nº 430/2009), en la que, sin menospreciar el valor de la doctrina sentada por la DGRN, afirma que ésta no es Jurisprudencia, pues no encaja en el concepto que suministra el Código Civil en su art. 1.6 y, por tanto, tal doctrina, por más que se le reconozca alto valor jurídico, no es alegable en un motivo de casación. La Sentencia referida confirma la validez del pacto de anatocismo, alegando que es uso mercantil consolidado, amparado por el principio de autonomía de la voluntad, básico en el Derecho privado, proclamado en el art. 1255 del Código Civil y en el art. 317 del Código de Comercio<sup>292</sup>.

e') *Retraso desleal* en la reclamación de intereses.

Importante, por último, es que en la reclamación de intereses el acreedor hipotecario, además de su cobertura objetiva, respete las exigencias de la buena fe y, especialmente, tratándose de intereses moratorios, no dilate demasiado tiempo su reclamación; con base en la doctrina del *retraso desleal* que ha tenido ocasión de conformar el Tribunal Supremo, infringe el principio de la buena fe quien reclama su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo. Un derecho no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlo valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitara. Para observar *retraso desleal*, no es bastante una mera dilación en la actuación del derecho, sino que ésta ha de producirse en circunstancias que la hagan inesperable o sorpresiva para la parte frente a quien se hace valer. (Sentencia TSJ de Navarra de 6 de octubre de 2003). Con todo, ha de tenerse en consideración que los casos en que se ha apreciado la doctrina del *retraso desleal*, con ocasión de reclamaciones bancarias, ha sido para rechazar la procedencia únicamente de los intereses moratorios, devengados durante el largo periodo de tiempo de pasividad del acreedor, manteniendo, no obstante, la procedencia de las cantidades reclamadas en concepto de principal e intereses remuneratorios, por no haber prescrito la acción para reclamarlos, no apreciando respecto a tales conceptos la concurrencia de razones para estimar que la

---

<sup>291</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2006 (nº 1299/2006), con cita, a su vez, de las de 8 de mayo de 1990, 24 de octubre de 1994, 30 de diciembre de 1997 y 7 de mayo de 1998.

<sup>292</sup> Con cita, a su vez, de la Sentencia de 8 de noviembre de 1994.

reclamación resulte contraria al principio de la buena fe<sup>293</sup>. A pesar de lo dicho, la Jurisprudencia matiza que del simple retraso no puede deducirse una condonación graciosa de deuda, pues la aplicación de tan excepcional doctrina, requiere la acreditación de que la reclamación del banco, de un lado, vulnera la doctrina de los *actos propios*, de otro, el ejercicio de la pretensión supone un actividad contraria a la buena fe y por ello antijurídica (Sentencia de la AP de Alicante de 1 de diciembre de 2008)<sup>294</sup>.

Asimismo, la Sentencia de la AP de Murcia, de 29 de mayo de 2006, estima la concurrencia de sus presupuestos y, en consecuencia, aplica la doctrina del *retraso desleal* en la reclamación de intereses efectuada por una entidad bancaria; en atención a las especiales circunstancias del caso<sup>295</sup>, declara que la acreedora faltó a la buena fe al haber dejado transcurrir muchos años para reclamar, permitiendo que se generaran unos intereses moratorios de tan gran entidad que superan el importe del principal prestado<sup>296</sup>.

Recientemente, la Sentencia de la AP de Ciudad Real, de 17 de enero de 2011, se pronuncia en el mismo sentido y declara desleal la reclamación del montante restante de la deuda, tras la adjudicación de la vivienda ejecutada, porque se produce catorce años después de la adjudicación. El argumento esgrimido por la Audiencia en

---

<sup>293</sup> Sentencia de la AP de Lérida de 12 de febrero de 2009.

<sup>294</sup> En la misma línea, el Auto del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1999 cuando declara que infringe el principio de buena fe el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo, vulnerando las normas éticas que debe informar el ejercicio del derecho, las que lejos de carecer de trascendencia, determinan que el ejercicio del derecho se torne inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico. También, Sentencia de la AP de Alicante de 15 de noviembre de 2007, que no estima la concurrencia de los presupuestos de la doctrina del *retraso desleal* por considerar la actitud imprudente de los demandados, perfectamente conocedores de que no habían satisfecho la deuda y que ésta se incrementaba con intereses moratorios que habían pactado expresamente, sin que el hecho de que por la actora, entidad de crédito, se hubiera dejado pasar tanto tiempo, permite presumir que por aquella se hubiese procedido graciosamente a la condonación de la deuda. Sostiene la resolución judicial que, por el contrario, eran los demandados los que conocían que no habían satisfecho la totalidad de la deuda y aceptando el clausulado de la escritura del crédito hipotecario, sabían que cuanto más tiempo dejaran transcurrir sin hacer frente a aquella, mayor sería la cantidad adeudada.

<sup>295</sup> Se trataba de un préstamo que se concedió merced a la intervención de la Administración Pública con la finalidad de apoyar a un sector económico de la población desfavorecido, los agricultores, paliando los graves daños sufridos por inundaciones. Asimismo, hubo dos periodos largos sin reclamación alguna (el primero de 9 años, desde el primer impago en 1988 hasta 1997 en que se requiere notarialmente a los demandados, y el segundo, de más de 7 años, desde agosto de 1997 hasta el requerimiento telegráfico en octubre de 2004), y por tratarse la acreedora de una entidad bancaria que en la práctica mercantil no demora el ejercicio de sus acciones ante el impago, los deudores confiaron en que no se les iba a exigir finalmente el importe debido, como una forma de apoyo por parte de las Administraciones. Por último, la demora en la reclamación ha supuesto un importante enriquecimiento para aquélla, que al aplicar el interés de demora obtenía por el principal unas rentas notablemente superiores a las ordinarias del mercado, especialmente durante los últimos 7 u 8 años. En este contexto, no parece cabal que un préstamo que se otorgó con una teleología social, solidaria y tuitiva, propia de un Estado Social, se vierta por la deliberada pasividad del acreedor en pingüe negocio para él y en pura aflicción para el deudor.

<sup>296</sup> En la misma línea, AP de Murcia, de 28 de abril de 2006.

este caso es que al haber pasado catorce años desde que la vivienda ingresó en el patrimonio del acreedor, es imposible que éste no haya obtenido una rentabilidad suficiente de la misma que le permitiese cubrir la deuda en su totalidad. A diferencia de una adjudicación a un tercero, en cuyo caso el acreedor ejecutante sólo recibe el valor nominal de la venta, el banco al adjudicarse la vivienda la recibe con toda la potencialidad económica inherente. Para la Audiencia Provincial, defender lo contrario conllevaría un enriquecimiento injusto de la entidad bancaria. Por otro lado, la Sentencia alude al carácter abusivo de la reclamación por el simple transcurso de tiempo, pues la inactividad del acreedor durante catorce años creó una confianza legítima en el deudor de que el derecho no se iba a ejercitar.

En síntesis, la pasividad del titular del derecho supuso un acto equívoco que indujo al obligado a creer razonablemente que no se le iba a reclamar el montante restante, aunque formalmente la acción no estaba prescrita todavía.

f') Cláusulas de *redondeo al alza y suelo* de intereses.

Mención aparte merecen las cláusulas de *redondeo al alza*<sup>297</sup> y las denominadas cláusulas *suelo*<sup>298</sup>, habituales en la práctica bancaria, con respecto a las

---

<sup>297</sup> Resume GOÑI la evolución doctrinal y jurisprudencial de este tipo de cláusulas al recordar que la posibilidad de establecer intereses variables en el contrato de préstamo hipotecario y la inscripción de dicha cláusula en el Registro es admitida sin problema desde la Ley 19/1986, de 14 de mayo, y es una realidad cotidiana desde la aprobación de la Ley de subrogación de Préstamos Hipotecarios de 1994, aunque no siempre fue así. Sin embargo, a pesar de su admisión, esta cláusula ha generado problemas a la hora de calcular y aplicar el cobro de esos intereses variables. En concreto, era frecuente que las entidades crediticias o financieras, redondearan al alza el índice de referencia para el cálculo de los intereses, para favorecer su cobro, con el consiguiente enriquecimiento injusto que ello les suponía, pues cobraban más que los servicios prestados. Esta práctica habitual por parte de las entidades crediticias, que así lo plasmaban y recogían en las estipulaciones de los préstamos hipotecarios, provocó que AUSBANC demandara, mediante una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación a CAJA MADRID, por incluir una cláusula de este tipo en sus contratos de préstamo hipotecario. La Sentencia de 11 de septiembre de 2001 del Juzgado de Primera Instancia, da la razón al demandante, y declara nula dicha cláusula por entender que era abusiva, ya que, en aras a la buena fe objetiva, era imposible admitir tales condiciones que sólo favorecían a una de las partes contratantes, generando un desequilibrio contractual. Sin embargo, no hubiera existido ningún problema si el redondeo se hubiera establecido tanto al alza como a la baja. Apelada la Sentencia por CAJA MADRID, la Audiencia Provincial, en Sentencia de 10 de octubre de 2002, volvió a dar la razón a AUSBANC, confirmando el carácter abusivo de la citada cláusula de redondeo, porque: a) es contraria a la buena fe; b) porque se causa un perjuicio objetivo, incuestionable y cualitativo al consumidor, de carácter patrimonial y c) lo que implica una clara situación de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Por todo ello, la SAP determina la nulidad de la cláusula por aplicación del artículo 10 bis de la LGDCU, en relación con el 12.2 LCGC y la Directiva 13/93/CEE. Con posterioridad a estas sentencias, entró en vigor la Ley Financiera de 2002: Ley 44/2002, de 22 de noviembre. En su disposición adicional duodécima se establece lo siguiente: "Régimen de redondeo en determinadas operaciones de crédito. En los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá que efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo punto". Es decir, esta Ley permite el redondeo del tipo de los intereses variables, pero siempre que éste pueda ser tanto al alza como a la baja; de esta forma, no hay desequilibrio contractual, pues tanto el acreedor

cuales nuestros Tribunales se han pronunciado reiteradamente para declarar su nulidad por abusivas cuando se imponen en determinadas circunstancias<sup>299</sup>.

a´) Carácter abusivo de la cláusula de redondeo de intereses.

En relación a la cláusula de *redondeo al alza* de intereses, que suele incluirse en los contratos de préstamo, recientemente, dos Sentencias del Tribunal Supremo, de 29 de diciembre de 2010<sup>300</sup> y 2 de marzo de 2011<sup>301</sup> confirman su nulidad

---

hipotecario como el deudor hipotecante pueden verse favorecidos por ese redondeo. Se confirma, en cierto modo, la doctrina de las sentencias expuestas, y se clarifica y dibuja el contorno del carácter abusivo de esa cláusula: sólo cuando sea al alza. Por último, la ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (Ley 44/2006, de 29 de diciembre), con un carácter más general, y no sólo pensando en contratos bancarios, prohíbe los redondeos al alza, y añade una nueva cláusula abusiva a la lista de la disposición adicional de la LGDCU, en concreto la 7 bis, en la que se recoge como abusiva la estipulación que establezca el redondeo al alza, tanto del tiempo consumido (contratos de telecomunicaciones), como del precio, como el cobro de cualquier servicio, no utilizado efectivamente. El nuevo texto refundido de la LGDCU lo recoge en el artículo 87.5.

<sup>298</sup> La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010, estimó la nulidad de la referida cláusula. La actora ejercitaba, en esencia, una acción colectiva de cesación en defensa de los intereses de consumidores y usuarios para que se declarase la nulidad, por abusivas, de determinadas condiciones generales de la contratación que venían siendo empleadas por las demandadas en sus contratos de préstamo hipotecario a interés variable, más concretamente las denominadas *cláusulas suelo* de intereses, que impiden que estos bajen de un tope mínimo, bien directamente o bien indirectamente según las modalidades que se describían en la demanda, así como para que se eliminen de los contratos. El abuso residiría en el perjuicio que su imposición supone a los consumidores perjudicándoles por no permitirles disfrutar de las bajadas del índice de referencia que se viene produciendo en la actualidad (bajadas del Euríbor). De la limitación a la baja del tipo o de las fluctuaciones del tipo derivaría el desequilibrio del contrato en perjuicio del consumidor pues, por el contrario, el tope máximo es tan alto que estadísticamente nunca se va dar. Sin embargo, la Audiencia Provincial no confirmó esta Sentencia, revocándola mediante Sentencia de 7 de octubre de 2011, (nº recurso 1604/2011). En ella, sostiene la validez de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a interés variable al considerar los pactos de limitación de intereses variables como uno de los elementos conformadores de una condición esencial del contrato como es el precio, y no como condición general de la contratación. Afirma que no concurren los requisitos exigidos para calificar dichas cláusulas como abusivas, pues no son impuestas por las entidades de crédito, no son contrarias a la buena fe y no causan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. En cuanto a los dos primeros requisitos, se excluyen atendiendo a la suscripción de las mismas conforme al iter negocial establecido por la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y, por lo que respecta a tercero, versando el desequilibrio sobre la falta de reciprocidad de las cláusulas limitativas de la variabilidad de los intereses por la falta de relación de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alza, no es posible confrontar ambos límites como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase, pues los pactos sobre límites a la variabilidad de intereses no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el fin del contrato. Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León nº 1, (nº sentencia 6/2011), de 11 de marzo de 2011 ha declarado recientemente la nulidad por abusiva de la *cláusula suelo* que no contempla como contrapartida un tipo máximo que proteja eficazmente al prestatario del riesgo de subida del referencial.

<sup>299</sup> No son las únicas resoluciones judiciales que declaran la nulidad por abusivas de ciertas cláusulas contractuales. Así, la STS 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, dictada en casación en un procedimiento promovido por la OCU contra diversas entidades financieras, declaró legales unas cláusulas, pero otras, por el contrario, las declaró ilegales por abusivas. Concretamente, estipulaciones contractuales ilegales por abusivas, son, según la citada Sentencia, la de vencimiento anticipado del préstamo por cualquier embargo o disminución de solvencia del deudor, la de vencimiento anticipado por arrendamientos posteriores sujetos a purga; la cláusula que prohíbe o limita la facultad de arrendar y/o enajenar; la de renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito; la que establece el vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias y la de vencimiento anticipado del préstamo por falta de inscripción de la hipoteca por motivos ajenos al prestatario.

<sup>300</sup> Redondeaba por exceso al cuarto de punto superior.

acudiendo a la presunción que deja entrever su falta de negociación individual. Para el Tribunal Supremo, se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés, sometida al ámbito de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación y, como tal, sujeta a los controles de incorporación que el ordenamiento establece para éstas, desde el momento en que provoca un desequilibrio importante en la prestaciones de las partes. La posición del banco queda entonces reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación y, contrariamente, se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio provocado por el banco sólo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo se puede entender que no se opte por el *redondeo* a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente permitiría repartir entre la entidad y su cliente la oportunidad de beneficiarse del *redondeo*.

Para ALMAGRO NOSETE<sup>302</sup>, con la doctrina sentada por estas dos Sentencias en el sentido apuntado, no deberían plantearse más litigios, de manera que las entidades de crédito y bancos prestatarios harán bien en excluir de sus contratos estas cláusulas abusivas. Y si no lo hacen, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles no autorizarán, ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas en Sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales<sup>303</sup>.

b´´) Alcance de la función del Registrador.

---

<sup>301</sup> Redondeaba al múltiplo superior de dicho cuarto de punto.

<sup>302</sup> *Acerca de la cláusula de redondeo y un excursus procesal*, Diario La Ley, nº 7648, Sección columna, 9 de junio de 2011.

<sup>303</sup> Con anterioridad, sin ánimo exhaustivo, ya se habían pronunciado al respecto, la AP de Barcelona, en Sentencia de 9 de marzo de 2004, declarando que el redondeo siempre al alza repercutirá siempre a favor de la entidad financiera, con lo que los intereses económicos del consumidor suponen importante menoscabo y desequilibrio, así como también la propia transparencia bancaria que lo justifica. Sólo el redondeo al intervalo más próximo (alza o baja) constituye una operación neutra que favorece y/o perjudica por igual a las partes contratantes en un justo equilibrio de los derechos y obligaciones dimanantes, corrigiéndose de este modo los desequilibrios abusivos producidos en el sistema del redondeo al alza. Y, la Sentencia de la AP de Baleares de 17 de marzo de 2003, que admite el redondeo pero al intervalo más próximo, pues el aplicado solamente al alza y en porcentaje superior ha de ser considerado necesariamente abusivo, por desequilibrante de las contraprestaciones y desproporcionado, siempre en perjuicio de los consumidores o usuarios. Finalmente, la Sentencia de la AP de Barcelona de 23 de marzo de 2006, afirma exactamente que el redondeo en sí no es abusivo, pues su impacto financiero podría ser neutro si se prevé al intervalo más próximo, al alza o a la baja; no obstante, cuando solamente se prevea al alza, el resultado que se consigue es el incremento sin causa del tipo de interés durante la vigencia del préstamo, en perjuicio de los intereses del consumidor y con el correlativo beneficio para el Banco.

Sin embargo, la realidad discurre por camino distinto, pues si las entidades siguen incluyendo este tipo de cláusulas en sus contratos o cualesquiera otras susceptibles de tildarse de abusivas, el particular-consumidor probablemente no tendrá verdadero conocimiento *ab initio* del alcance de la disposición, ni posibilidad de impugnarla una vez firmada debido al largo peregrinaje jurisdiccional a que se verá sometido para neutralizar sus efectos; como afirma BALLUGERA GÓMEZ<sup>304</sup>, que el consumidor, para verse libre de cláusulas abusivas, tenga que acudir a un pleito, es un mal negocio, dada la frustración en que se sume al tener que dejar la protección de sus derechos exclusivamente en manos de los lentos pronunciamientos de los tribunales, debiendo soportar, entre tanto, la sujeción al poder negocial de los predisponentes. En este sentido, el autor citado aboga decididamente por incentivar el protagonismo de los Registradores, que habiendo calificado determinadas cláusulas de abusivas, debieran denegar la inscripción de las mismas. No se trata de sustituir al Juez por el Registrador, dado que la calificación que éste último haga de ciertas cláusulas insertas en los contratos es susceptible de recurso gubernativo y judicial. Pero, si es la entidad de crédito la que introduce la complejidad en el contrato, llenándolo de todo tipo de estipulaciones y contingencias, es ella la que debe hacer frente a los costes de esa mayor complejidad, al hallarse en mejor disposición para sostener su derecho en un procedimiento; en definitiva, se impone que no sea el consumidor quien deba pleitear para verse libre de cláusulas abusivas, sino que sea el predisponente quien cargue con el peso de justificar ante los órganos del Estado a los que dirige su petición de tutela, la validez y regularidad de las estipulaciones que ha impuesto a su cliente en las condiciones generales que usa en sus contratos.

En sentido semejante se pronuncia GOÑI<sup>305</sup>, para quien el control que de las cláusulas abusivas efectúan los Registradores no puede limitarse a un control meramente formal, sino que puede ir un poco más allá. El Registrador puede ejercer un cierto control material de las condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario cuando correspondan a alguna de las que la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios considera abusivas. Remitiéndose a las palabras de CALVO GONZALEZ-VALLINAS, confirma la idea de que cabe la calificación negativa de las cláusulas incluidas en “la lista negra” de la Ley, de acuerdo con una interpretación amplia y sistemática del artículo 258.2 LH, en relación con el art. 18 LH. Las cláusulas declaradas nulas son las abusivas así inscritas en el Registro

---

<sup>304</sup> *Combatir las cláusulas abusivas*, [www.notariosregistradores.com/doctrina/ARTICULOS](http://www.notariosregistradores.com/doctrina/ARTICULOS).

<sup>305</sup> *El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 705, págs. 409 y 410.



de Condiciones Generales de la Contratación, pero las cláusulas abusivas no inscritas en el mismo, no por ello son válidas pues el registro de condiciones no tiene presunción de legalidad, ni de legitimación, ni de fe pública, ni de integridad, sino sólo de posibilidad de impugnación y de constancia de sentencias firmes de nulidad de cláusulas para poder generalizarlas a otros casos. La obligada denegación registral de las cláusulas abusivas declaradas nulas no significa la necesaria inscripción de las cláusulas no declaradas como tal. Una cosa es que deba denegarse la inscripción de las cláusulas declaradas nulas y otra distinta es que deban inscribirse todas las demás. Así debe interpretarse el artículo 258.2 LH. Asimismo, argumenta que el principio de legalidad exige la calificación sobre cualquier contenido que quiera acceder al Registro, y que basándonos en los principios de buena fe y del equilibrio de las prestaciones que rigen el Derecho de Consumidores, que conectan directamente con el artículo 1256 del CC, que impide que el contenido o cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de una sola de las partes contratantes, el Registrador puede, según el ámbito de calificación registral que le confiere el art. 18 LH, entrar a examinar la validez de los actos dispositivos que se pretendan inscribir y que, por tanto, debe poder calificar y rechazar, con base en ese desequilibrio de las prestaciones, todo el contenido que pretenda acceder al Registro que lo vulnere. Luego, el Registrador, concluye GOÑI, sí puede o, incluso, debe rechazar aquellas condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario, que sean objetivamente abusivas por coincidir con algunas de las enumeradas en la lista de la LGDCU, aunque no hayan sido declaradas nulas en sentencia firme, ni inscritas en el Registro de Condiciones Generales cuando por ser abusivas supongan una vulneración de la buena fe objetiva y del equilibrio de las prestaciones<sup>306</sup>.

Sin embargo, no cabe duda de que en el ámbito del crédito y préstamo hipotecario, actualmente, la realidad es muy distinta para el consumidor. En

---

<sup>306</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ GÁLLIGO quien discrepa totalmente de que no puedan calificarse por el Registrador, aunque no haya declaración judicial alguna, en el caso de que el predisponente inserte condiciones generales claramente encuadrables en la lista negra de la LGDCU. *Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El registro de las condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción*, en AA.VV: "Los contratos bancarios", Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, pág. 268.

Resoluciones de 19 de abril de 2006<sup>307</sup> y 21 de diciembre de 2007, a las que siguen otras de 14 de enero, 1 y 8 de febrero de 2008, la DGRN, en materia de nulidad de pleno derecho de cláusulas abusivas, afirma que el Registrador no puede declararla, correspondiendo esa tarea en exclusiva a los tribunales.

c´) Necesidad del consentimiento informado.

Pues bien, en este punto, se hace necesaria, insistimos, la pronta implantación de un auténtico consentimiento informado que garantice al consumidor un conocimiento exacto de lo que firma y de las consecuencias aplicables a su relación crediticia con el banco. Urge tutelar de una manera efectiva los derechos e intereses, también del consumidor, desde antes del inicio de la ejecución hipotecaria, garantizando una real negociación contractual y una información veraz y precisa de lo que se acepta, firma y de las consecuencias derivadas de todo ello. Posteriormente, si se plantea la nulidad de algunas cláusulas contractuales por ser presuntamente abusivas, en el propio procedimiento debería poder examinar el alcance de tal afirmación. Obligar al ejecutado a acudir al declarativo ordinario posterior es casi una entelequia; en estas condiciones el procedimiento de ejecución hace que la firma del consumidor al pie de contrato sea prácticamente una condena.

La realidad de lo antedicho se confirma máxime si se toma en consideración que el préstamo hipotecario es un verdadero contrato de adhesión, en el que el predisponente es el acreedor hipotecario (la entidad bancaria), y el adherente es el deudor hipotecario (el particular), pues cumple con los requisitos básicos de cualquier

---

<sup>307</sup> Afirma la Resolución que “el procedimiento registral, por sus particulares caracteres, y la calificación, por su ámbito objetivo y medios de llevarse a cabo, no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho, al contravenir el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio. Habiendo el Registrador de la Propiedad basado su calificación en tal particular proceder, ha infringido los artículos 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria, debiendo ser, en consecuencia, revocado este (...) defecto.(...) En congruencia con ello, el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria, modificado por esta Ley 7/1998 sólo permite al Registro denegar la inscripción de las cláusulas previamente declaradas nulas por los Tribunales, pero en ningún caso autoriza al Registrador como funcionario titular del Registro, a declarar que ello comportaría una arrogación de funciones jurisdiccionales. Con dicho texto concuerda el artículo 10.6 de la Ley 26/1984 que no dota por tanto al Registrador de mayor ámbito competencial en esta materia. A falta de tal declaración judicial, al Registrador, como al Notario, sólo le cabe advertir de la posible contravención de la ley, tal y como prevé el artículo 23 de la misma: advertir, pero no declarar, repetimos, por ser ésta competencia exclusiva de los Tribunales, ni por ende denegar la inscripción sin previa declaración judicial. Y aun ello claro está en relación a las cláusulas inscribibles, en cuanto a las no susceptibles de inscripción el Registrador no puede sino limitarse a reseñar tal carácter. La cuestión es así más trascendente de lo que prima facie pudiera pensarse. La cuestión no es pues si las cláusulas son válidas o nulas. Ello no debe ser el objeto de la discusión, sino si el registrador puede arrogarse la competencia de apreciar la validez o nulidad de las cláusulas, cuando la misma no ha sido cuestionada por las partes judicialmente. Por consiguiente en nuestro caso, el Registrador incurre en una clara extralimitación de sus competencias, e invade lo que, constitucional y legalmente, está reservado a los Tribunales de Justicia”.

contrato de adhesión: pre-redactado por una de las partes, clausulado tipo, única opción para la otra parte de adherirse o no contratar, dado el escaso margen, por no decir, nulo margen para la negociación, y contratación en masa<sup>308</sup>.

En definitiva, las condiciones particulares en que se desarrollan la mayor parte de los contratos de préstamo hipotecario, determinan que en un porcentaje muy elevado de casos no exista verdadero consentimiento por parte del cliente, pues se ve compelido a firmar un contrato, (si quiere adquirir un inmueble que, en muchos casos es vivienda habitual), cuyas cláusulas y efectos no alcanza a comprender.

Este es el supuesto al que alude la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Sevilla, de 13 de mayo de 2011, que condena a la entidad Caja de Ahorros

---

<sup>308</sup> ANGUITA ROS alude a las medidas de control extrajudicial que representan la intervención de Notarios y Registradores para asegurar el cumplimiento de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, evitando autorizar o inscribir condiciones que son consideradas abusivas. A su juicio, dejando al margen la esfera judicial o administrativa, actuaría como filtro, en primer lugar, la voluntad negocial de la contraparte, en segundo lugar, el asesoramiento notarial y, por último, la calificación del registrador. Al Notario le correspondería el control de los requisitos básicos para que el negocio llegue a nacer eficazmente, la identificación de los otorgantes, el juicio de capacidad, la comprobación de sus eventuales facultades representativas, el control del poder de disposición del hipotecante y de la situación de cargas de la finca, la coincidencia de su descripción con la que los otorgantes le atribuyen e indagar en la voluntad común de los contratantes. Como profesional que interviene en este primer momento también le corresponde controlar la incorporación y contenido de las condiciones generales, para que éstas hayan sido conocidas con total seguridad por el adherente, y que cumplan los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez. El Registrador, sigue diciendo ANGUITA, tomando como referente el principio de especialidad y el control de legalidad, lo aplica sobre el documento que llega a sus manos. El examen del documento se realiza a través de la calificación y la comprobación de las formalidades extrínsecas y la validez de los actos de enajenación y gravamen. Afirma, asimismo, que los propios Registradores en el desempeño de su actividad protegen los intereses del consumidor, junto con los de cualquier tercero. Aceptando que la declaración como abusiva de una cláusula determinada, debe hacerse en virtud de sentencia judicial, considera que debería permitirse que estos profesionales, atendiendo a la relación legal de cláusulas abusivas, pudiesen calificarlas como tal, pues, con lo limitado de su actuación se está desechando una eficaz opción de control del desequilibrio contractual, que sólo cabe entender por qué dejar de inscribir en el Registro de la Propiedad una estipulación contractual por considerarla abusiva exige una reestructuración del contrato y es el Juez quien, además de declarar la nulidad de una cláusula, también integra el contrato y dispone de facultades moderadoras, sin que el Registrador de la propiedad pueda tender a estas competencias. En el momento en que se necesita integrar el contenido del contrato, el Registrador no puede denegar de oficio la inscripción sin que haya sido declarada la nulidad judicialmente. Si la ausencia de la estipulación no produjese menoscabo alguno en el conjunto del contrato, sí podría excluir de la inscripción las cláusulas especificadas en la ley. En este orden de cosas, el Notario, en cuanto que interviene más o menos intensamente en esta primera fase de redacción, sí estaría en mejor disposición para evitar la inserción de cláusulas abusivas, sin que supusiese un quebranto del contenido del contrato, puesto que en ese momento puede ser reintegrado por las partes presentes en el acto junto con él mismo. Siendo así, el Notario no tendrá que esperar a que la condición abusiva hubiese sido objeto de una decisión judicial e inscripción registral para no autorizar una escritura de préstamo hipotecario. *Constitución y ejecución del crédito hipotecario*, ed. Marcial Pons, 2008, págs. 74 a 82. A pesar de lo dicho, se hace necesario insistir, sin perjuicio de la importancia y de la necesidad de intervención de estos profesionales, que en la actualidad, dicha intervención no está impidiendo la inclusión en los contratos de cláusulas realmente abusivas, ni favoreciendo la real tutela de los intereses del particular, cuya intervención en la práctica se limita a firmar el documento que se le muestra, conforme a las estipulaciones previstas unilateralmente por la entidad y sin conocer el alcance real de su compromiso. Cuando las partes acuden al Notario, los pormenores de la firma suelen estar cerrados, siendo voluntad capital de todos los intervinientes, que ésta se produzca sin más. Por ello, es por lo que se propone un control más rígido y severo *ex ante* tendente a evitar que cuando las partes acuden al acto formal de la firma, sepan exactamente a lo que se compromete, el prestatario, y que se ha cumplido el deber de transparencia por la entidad bancaria.

de Galicia por considerar que hubo error en el consentimiento por parte del cliente. Según la Sentencia, considerando que éste era minorista, no experto en la materia, su protección debió ser máxima por imperativo legal. Por tanto, habiendo mostrado éste su preocupación por una hipotética subida del Euribor, se le debió facilitar por escrito información sobre el producto que se iba a contratar: para el cliente un seguro gratuito que le protegiera frente a una subida del Euribor, sin que supusiera (así lo creyeron dada la información suministrada por la entidad), la asunción de riesgos respecto de una hipotética subida de intereses. Para el Magistrado, no bastaba con haber mostrado en la Notaria *los contratos relativos a servicios financieros y de cobertura de hipoteca*, en el momento de la firma del contrato, con varias páginas en letra pequeña y con contenido muy técnico. En consecuencia, existiendo error en el consentimiento, la Sentencia declara la nulidad de los contratos, dada la evidente relación entre los mismos.

Lo anterior es sólo un ejemplo específico pero demostrativo, a nuestro juicio, de lo que acontece con carácter general en la práctica bancaria, y del oscurantismo con que en ocasiones las entidades financieras desarrollan su actividad para con el consumidor, razón por la que, para evitar ejecuciones posteriores y nulidades contractuales, se hace necesaria la urgente implantación del consentimiento informado del que se habló anteriormente.

d´) La Orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

No es óbice para mantener lo anterior el hecho de que exista una normativa en materia de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, pues el carácter técnico de las disposiciones bancarias, no siempre al alcance del consumidor, lego en la materia, no permite un conocimiento exacto por su parte de todo el clausulado. Y, a pesar de ello, no hay nadie que se ocupe de garantizar una verdadera audiencia y conocimiento del alcance de cuanto firma, lo que le coloca en una clara situación de desventaja frente a la entidad financiera.

Desde este punto de vista, recientemente, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29/10/2011)<sup>309</sup>, vuelve a incidir en un objetivo muy loable que, sin embargo,

---

<sup>309</sup> La Orden pretende recopilar, actualizar y ordenar en un solo texto toda la normativa de protección del cliente bancario. Sin embargo, el juicio general que merece es negativo, pues lamentablemente se limita en esencia a reproducir la regulación anterior, incluso reduciendo en algunos aspectos los deberes de

difícilmente se conseguirá en la práctica (como no sea contando con un verdadero asesoramiento neutro a favor del cliente) cual es, tal y como anuncia en su artículo 1, *garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en prestación de servicios financieros bancarios.*

La Exposición de Motivos de la presente Orden reconoce la diferente posición de la que parten los contratantes con las entidades financieras, al referirse a la asimetría de la información o desventaja informativa, lo que exige fomentar la transparencia a lo largo de todo el tracto de la negociación bancaria. Asimismo, justifica su propia aparición alegando que la normativa anterior (que deroga)<sup>310</sup> se había quedado obsoleta, de un lado, por los avances de la regulación sectorial acometidos en aéreas como el crédito al consumo, los servicios de pago o la publicidad. Y, de otro, a causa de la enorme transformación que la comercialización de servicios bancarios ha experimentado desde los años noventa hasta la actualidad. Dicha transformación se vincula estrechamente a circunstancias como la enorme expansión del crédito, especialmente hipotecario, el aumento y completa generalización del acceso minorista a los servicios bancarios, la aparición de nuevos instrumentos financieros de creciente complejidad, y, cómo no, la profunda crisis del sector financiero de los últimos años.

En este contexto, predeterminado en gran parte por la crisis económica, la Orden EHA/2899/20011, de 28 de octubre, surge con un triple objetivo: concentrar en un solo texto la normativa básica de transparencia; actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario para racionalizar, mejorar y aumentar, donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades. Se propone mejorar la información relativa a tipos de interés y comisiones, comunicaciones con el cliente, información pre-contractual, servicios financieros vinculados e incluye una mención expresa al asesoramiento con el fin de garantizar que la prestación del servicio se realice mejor en interés del

---

transparencia de las entidades de crédito. *Propuestas para la protección del deudor hipotecario.* PEREZ HERESA, Revista El Notario del siglo XXI, nº 41, enero-febrero 2012.

<sup>310</sup> La disposición derogatoria única de esta Orden, deroga cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en ella, y, en particular: la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; la Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos; y deroga con carácter casi inmediato (al día siguiente al de la publicación de esta en el BOE), la Orden de 27 de octubre de 1962 por la que regula provisionalmente la tramitación de los expedientes y asuntos en materia de banca oficial y privada y cajas de ahorro.

cliente. Al mismo tiempo desarrolla los principios generales previstos en la ley de economía sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, para mejorar los niveles prudenciales de concesión de préstamos<sup>311</sup>

c) La determinación de las costas.

a) Conceptos que comprende.

El último concepto en que se desglosa la cantidad que puede reclamarse en la demanda ejecutiva y, al que alude el art. 575 LEC, es el de las costas. Por su parte, el art. 570 del mismo texto legal declara que la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, lo que significa que no cabe poner fin al procedimiento si no se han abonado también las costas del proceso<sup>312</sup>.

El abono de los gastos causados comprende los honorarios del letrado, aranceles del procurador, anuncios de subastas, certificaciones registrales. Por el contrario, no integran el capítulo de costas los gastos de requerimientos notariales, y se discute acerca de los gastos derivados de la cancelación de la hipoteca, cargas y gravámenes posteriores, al estimarse que en verdad incumben a quien resultare adjudicado el bien<sup>313</sup>.

b) Estimación inicial de las costas.

Al comienzo del proceso no puede preverse la cantidad exacta a que ascenderán los gastos judiciales, por lo que bastará con una estimación inicial (que no podrá superar del 30% de la cantidad que se reclame en la demanda),<sup>314</sup> sin perjuicio

---

<sup>311</sup> ¿Cómo sostener que una de las partes interesadas, la entidad, va a dar información clara y precisa al cliente en su mejor beneficio? ¿Mejor beneficio que el de la propia entidad? En materia de información precontractual, el art. 6 de la Orden afirma “las entidades de crédito deberán facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta”. Ante esta exigencia legal, cabe preguntarse, ¿no es así en la práctica? ¿Cambiará algo por ello?

<sup>312</sup> Así lo ha declarado el Auto 34/2005 de la AP de Santa Cruz de Tenerife (sección 1ª), de 14 de marzo de 2005

<sup>313</sup> *Procedimiento Civil Práctico VIII.1, Artículos 634 a 720. El procedimiento de apremio. Ejecución no dineraria*. Ed. La Ley, pág. 1-488

<sup>314</sup> Para MONTERO este límite no es aplicable a la ejecución hipotecaria, pues pretende evitar el embargo de más bienes de los necesarios para el buen fin de la ejecución común, cosa imposible en la ejecución hipotecaria, en la que el único bien afecto es el hipotecado. *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, MONSERRAT VALERO, Cuadernos Civitas, 2002, pág. 31. Con todo, hay que decir que en la práctica, por ejemplo, los Juzgados de Madrid únicamente despachan ejecución por el principal e intereses, pero no por las costas procesales.

de la ulterior liquidación por el Secretario Judicial. Por tanto, la estimación inicial de las costas es provisional, equiparándose a la cantidad líquida a los solos efectos de despachar ejecución. En ese sentido, la Jurisprudencia ha reiterado que en virtud de lo acordado por las partes y del principio de especialidad propia de la ejecución hipotecaria, no rige en el despacho de la ejecución la limitación establecida en el art. 575 LEC, comprendido en las disposiciones generales de la ejecución dineraria, sino que ha de atenderse al límite que representa la cobertura hipotecaria pactada. Esta interpretación se apoya en lo dispuesto en el art. 693.1 LEC, conforme al cual el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria<sup>315</sup>.

Una vez practicada la tasación de costas, se dará traslado a las partes, quienes pueden impugnarla en los términos previstos en el art. 245 de la LEC<sup>316</sup>. Para FUENTES SORIANO, si se diera el supuesto de que de la tasación de costas efectuada en el procedimiento resultaren unas costas superiores a las previstas en un principio en la escritura constitutiva de la garantía, la cantidad a que ascienda la diferencia, en puridad, no puede reclamarse mediante el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria.<sup>317</sup> Ello no obstante, entiende un sector de la doctrina, tal solución arroja resultados injustos para el acreedor hipotecario que no ha cobrado su crédito, que se verá obligado a acudir a un procedimiento judicial para ver satisfecho el mismo y, al final de éste, todavía se verá obligado a acudir a otro procedimiento más para obtener el cobro de las costas que el primero le generó y que, por exceder de la cuantía hipotecariamente prevista, no pudo conseguir. Consecuencia de este razonamiento, es la postura mantenida por DIEZ-PICAZO y GULLÓN, conforme a la

---

<sup>315</sup> En este sentido, entre otros, Autos de la AP de Murcia 78/2004, de 23 de septiembre, 3/2005 de 7 de enero y 52/2005, de 18 de mayo de 2005. Respecto a si la estimación-cuantificación de las costas en los casos de regularización del art. 693.3 LEC, debe hacerse en relación al total de la deuda o únicamente en relación a las cuotas vencidas, el AAP de Badajoz 144/2006 (sección 3ª), de 18 de septiembre de 2006, declara que no es admisible que la entidad pretenda calcular los intereses y las costas sobre las cuotas futuras aun no vencidas. En la misma línea, SAP de Badajoz (sección 3ª) de 30 de septiembre de 2003.

<sup>316</sup> "...2. La impugnación podrá basarse en que se han incluido en la tasación, partidas, derechos o gastos indebidos. Pero, en cuanto a los honorarios de los abogados, peritos o profesionales no sujetos a arancel, también podrá impugnarse la tasación alegando que el importe de dichos honorarios es excesivo. 3. La parte favorecida por la condena en costas podrá impugnar la tasación por no haberse incluido en aquellos gastos debidamente justificados y reclamados. También podrá justificar su reclamación en no haberse incluido la totalidad de la minuta de honorarios de su abogado, o de perito, profesional o funcionario no sujeto a arancel que hubiese actuado en el proceso a su instancia, o en no haber sido incluidos correctamente los derechos de su procurador. 4. En el escrito de impugnación habrán de mencionarse las cuentas o minutas y las partidas concretas a que se refiera la discrepancia y las razones de ésta. De no efectuarse dicha mención, el Secretario Judicial, mediante decreto, inadmitirá la impugnación a trámite. Frente a dicho decreto cabrá interponer únicamente recurso de reposición".

<sup>317</sup> Ob, cit pág. 59.

cual, si no hay tercero protegido, la hipoteca cubre todos los gastos y costas aunque sean superiores a la cantidad presupuestada<sup>318</sup>. A pesar de ello, se ha de concluir que como quiera que las entidades preventivamente tasan las costas en el tope del 30 por ciento de la cantidad reclamada, será muy difícil que se equivoquen en la estimación, razón por la que se aboga por no considerar reclamables en concepto de costas todas aquellas que no estuvieren cubiertas por la garantía de forma expresa. Tal solución es más acorde con el principio de especialidad y necesidad de cobertura hipotecaria expresa que le acompaña.

Cabría preguntarse si cabe la impugnación de las costas por no existir una resolución expresa de condena al pago. La Jurisprudencia ha declarado que el despacho de la ejecución afecta al principal, intereses y costas, por tanto, éstas serán a cargo del ejecutado, sin necesidad de expresa imposición<sup>319</sup>. Pero para que en el proceso de ejecución hipotecaria el despacho pueda referirse también a las costas, es necesaria la cobertura hipotecaria y que así conste además en el título. En este sentido, estipula el art. 692 de la LEC que el precio del remate se destinará a pagar al actor el principal, los intereses y las costas causadas, sin que lo entregado por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.

Por tanto, el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

c') Impugnación de los honorarios de Letrados en el proceso de ejecución hipotecaria.

No obstante lo antedicho, algún autor, como TÉLLEZ LAPEIRA<sup>320</sup> se ha mostrado contrario a la impugnación de los honorarios de letrados en este procedimiento. Partiendo de la especial naturaleza de la ejecución hipotecaria que, salvo supuestos muy puntuales, no admite suspensiones, como sostiene el citado autor, no es admisible que por esta vía se llegue a dilatar la conclusión del procedimiento hipotecario. En caso de que exista disconformidad con la minuta de letrados, propone la remisión al procedimiento declarativo correspondiente en

---

<sup>318</sup> FUENTES SORIANO, ob, cit, pág. 59.

<sup>319</sup> Entre otras, Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 19ª, de 25 de febrero de 2004.

<sup>320</sup> *La impugnación de honorarios de letrado en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Diario La Ley, nº 4814, de 9 de junio de 1999.



reclamación de lo cuantificado de forma improcedente, o bien de lo incluido erróneamente en la correspondiente minuta tasada, pero siempre sin afectar en absoluto, sostiene, al procedimiento de ejecución. El argumento de este autor no encuentra refrendo en la Jurisprudencia, que contrariamente ha proclamado de forma reiterada la posibilidad de impugnar las costas en este proceso y ha conectado directamente esta posibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>321</sup>.

Igualmente, la Jurisprudencia referida afirma que el hecho de que la intervención de un Letrado haya sido limitada no afecta a su minuta y, concretamente, a la exigencia de relacionar todas las actuaciones incluidas en dicha minuta, lo cual no tiene otro propósito que la de satisfacer la exigencia de detalle impuesta por el art. 243.3 LEC<sup>322</sup>. Ello es así toda vez que las partidas deben detallar los conceptos que las integran de forma tal que garanticen a la parte a la que se reclama su pago el conocimiento que precisa para ejercer plenamente su derecho de contradicción y expresar por separado la cuantía de los derechos y honorarios correspondientes a cada concepto minutado; por tanto, es procedente rechazar las minutas que sin más especificación se limitan a hacer referencia genérica a partidas arancelarias, así como aquellas otras que se limitan a señalar la cuantía global de la minuta sin singularizar la que corresponde a las partidas que la componen.<sup>323</sup>

d) Imposición de costas previo pago de la deuda.

Finalmente, conviene aludir a una cuestión que ha merecido respuestas diversas en el seno de la doctrina y la Jurisprudencia y que se encuentra en relación con el interrogante de si debe el demandado cargar con las costas procesales pese a pagar inmediatamente tras el requerimiento judicial. Actualmente, de los términos en que se pronuncia la vigente LEC, no caben dudas al respecto. El ejecutado debe pagar también las costas del proceso. Así lo estipula de una forma expresa el art. 583 LEC para la ejecución forzosa en general, precepto que es de aplicación también en el procedimiento hipotecario; específicamente, la obligación del ejecutado de pagar las costas procesales deriva también del art. 692 del mismo texto legal.

---

<sup>321</sup> Entre otras, la SAP de Madrid (sección 10ª), 94/2006, de 3 de febrero de 2006 cuando declara: "...Los ámbitos de las impugnaciones por *indebidos* y por *excesivos* son completamente diferentes, atienden a circunstancias bien distintas y se rigen por criterios asimismo diversos".

<sup>322</sup> Dicha Sentencia de 3 de febrero de 2006 conecta la impugnación de costas con el derecho a la tutela judicial efectiva, de suerte que la inadmisión de la impugnación no vulnera este derecho fundamental, pues la inadmisión no debe entenderse como una sanción a la parte que lo intenta correcta o indebidamente, sino como una garantía y un medio de preservación de la integridad objetiva del ordenamiento y del proceso. Se remite en este punto a las SSTC 105/1989, de 8 de junio, 165/1989, de 16 de octubre y 29/1993, de 25 de enero, entre otras.

<sup>323</sup> Con referencia a la STC 26 de febrero de 1990.

Sin embargo, la Sentencia de la AP de Barcelona de 15 de diciembre de 2000, (sección 16ª), vino a plantear una respuesta totalmente distinta haciéndose eco de las dos tesis contrapuestas que existían en este sentido, aunque referidas al antiguo procedimiento del art. 131 de la LH. La Sentencia distinguía dos casos en función de si se había realizado el requerimiento extrajudicial de pago o no. De esta forma, existía una primera línea argumentativa que mantenía que era indiferente el hecho de que se hubiere realizado o no el pago dentro del plazo concedido por el tribunal. Con esta tesis se fundamentaba la obligación de pagar las costas en el hecho de haberse visto compelido a interponer una acción judicial (en este caso la ejecutiva hipotecaria).

La tesis contraria, que es la mantenida en la referida Sentencia de la AP de Barcelona, afirma que si el demandante obvió la reclamación previa y el demandado pagó dentro del plazo dado por el Juzgado, podría entenderse que ese pago realizado en el seno de un procedimiento judicial se habría realizado de igual forma si se hubiera verificado la reclamación previa que establecía el art. 131 LH, por lo que la elección directa de la vía judicial del demandante no puede llevar automáticamente aparejada la necesidad de una condena en costas del procedimiento. Para SÁNCHEZ RUBIO<sup>324</sup>, esta resolución judicial intenta buscar una mayor igualdad entre las partes, pues si la actora, es decir, la entidad financiera, ya de por sí ocupa una situación de preeminencia sobre la demandada, no puede premiarse el hecho de que use instrumentos judiciales para la defensa de sus intereses sin intentar con carácter previo un instrumento de solución extrajudicial. En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona afirma que *el hecho de que el actor siga la vía más onerosa no puede perjudicar a quien no dio signo de resistirse al pago ni de hacer necesaria la intervención judicial para procurar ese pago, efectuado a la primera intimación.*

No obstante, tal y como se aventuraba anteriormente, esta cuestión no se plantea bajo la vigencia de la actual LEC, pues el requerimiento extrajudicial de pago no se regula con carácter obligatorio, puede darse o no, pero el hecho de que exista es relevante tan solo a los efectos de realizar en el seno del procedimiento el oportuno requerimiento judicial, que no tendrá lugar, sin perjuicio de la notificación del despacho de la ejecución, cuando se acredite haberse efectuado extrajudicialmente.

---

<sup>324</sup> *Las costas en el procedimiento hipotecario una vez se ha producido la consignación del principal fijado en la cédula de emplazamiento*, SÁNCHEZ RUBIO, Noticiasjuridicas.es, septiembre de 2006.

## 2) Fundamento de la pretensión: el título constitutivo de la deuda.

### A) El *título de crédito* como título ejecutivo.

La vigente LEC no aporta una definición de lo que se entiende por *título ejecutivo*, de la misma forma que tampoco lo hacía la anterior Ley Procesal de 1881. Se limita tan solo a enumerar los títulos que llevan aparejada ejecución en su art. 517, a diferencia de lo que acontece en el Reglamento Hipotecario, cuyo art. 33 define a efectos de inscripción el título ejecutivo en los siguientes términos: “se entenderá por título, a los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solo o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite”. La doctrina española ha debatido sobre la naturaleza del título ejecutivo; esencialmente, pueden estructurarse en dos las posturas mantenidas al efecto. Mientras que para algunos autores, el título ejecutivo es un acto del que el documento sería únicamente el instrumento constitutivo, para otros, el título propiamente dicho es el documento, aunque éste refleje o sea instrumento de constitución de un acto jurídico. En cualquier caso, parece que la polémica hoy está superada, toda vez que los actos jurídicos en sí mismos considerados son insuficientes para entablar un proceso de ejecución, pues siempre ha de aportarse un instrumento de constancia, que ordinariamente es un documento.

En efecto, sostienen, DE LA OLIVA Y VEGAS TORRES que la polémica puede considerarse, de un lado, no certeramente planteada y, por otro, superada. Dada su función los títulos ejecutivos son, sobre todo, determinados documentos, porque cabalmente al Derecho y a la ley les interesa, como fundamento y clave del inicio del proceso de ejecución y de su desarrollo, la constancia suficientemente clara de lo jurídico en casos concretos. Pero no cabe excluir que algunos comportamientos, declaraciones o manifestaciones de voluntad, sean legalmente tomados en consideración para atribuirles por sí mismos o, en unión con documentos, fuerza ejecutiva, con tal de que se trate de comportamientos perfectamente comprobables y comprobados<sup>325</sup>.

---

<sup>325</sup> *Derecho procesal*....ob, cit, pág. 35.

El título constitutivo de la obligación es el fundamento de toda pretensión ejecutiva hipotecaria, la *causa petendi* de la pretensión.

Estipula el art. 685.2 de la LEC que “a la demanda se acompañaran el *título o títulos de crédito*, revestidos de los requisitos que esta ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley”. Por su parte, el art. 517<sup>326</sup> del mismo texto legal afirma: “la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución”, y cita, entre otros, y en lo que aquí interesa, a las escrituras públicas con tal que sean 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”.

Atendiendo a la letra estricta de la Ley procesal, debe afirmarse que el fundamento de todo proceso de ejecución es siempre un título ejecutivo (art. 517), y, en el caso concreto de la ejecución hipotecaria, (art. 685.2), dicho título no es otro que el *título de crédito* cuando está revestido de las condiciones exigidas para llevar aparejada ejecución, pues no todo título de crédito sin más es ejecutivo, ni abre el acceso a este proceso especial de ejecución.

En este contexto, resulta oportuno insistir en que el objeto de ejecución es el título ejecutivo, del que resulta la existencia de la deuda, no la hipoteca, cuya virtualidad radica, no tanto en suplantar el título que lleva aparejada ejecución, sino en privilegiar y asegurar su buen fin. Se ejecuta, por tanto, el título, no la hipoteca<sup>327</sup>.

---

<sup>326</sup> De los términos en que se pronuncia este precepto no puede sostenerse que la enumeración que realiza sea una enumeración cerrada o a modo de *numerus clausus*, máxime después de la reforma introducida por la Ley 37/2011 de medidas de agilización procesal que al modificar el apartado 9º del apartado 2 del art. 517 para introducir la referencia a *resoluciones procesales*, parece querer otorgar fuerza ejecutiva a ciertas resoluciones de los Secretarios judiciales. Cuestión que confirma el art. 518 cuando alude a la caducidad de la acción ejecutiva fundada en resolución del Secretario Judicial. Por otro lado, en sí mismo el apartado 9º no deja de ser una especie de cajón de sastre en el que se incluyen todas aquellas resoluciones procesales y documentos que por disposición de esta u otra ley lleven aparejada ejecución. En todo caso, lo que sí resulta indudable es que la atribución de la consideración de un documento, el que sea, como título ejecutivo, depende estrictamente de la ley. Es decir, lo que convierte a un documento en título ejecutivo es una disposición expresa de la Ley, al margen de cuál sea el fundamento por el que se atribuye tal consideración.

<sup>327</sup> Sostiene PAZ-ARES que dos ideas confluyen a la formación de la acción ejecutiva. Por una parte, el derecho material (crédito) que justifica la pretensión dineraria que se satisface por medio del procedimiento de ejecución, y por otra parte, el título formal en que se funda aquella. Ciertamente, desde una óptica procesal, el título formal adquiere mayor relevancia. Como dice el art. 517 LEC, “la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que lleve aparejada ejecución”. Es éste, y no tanto el derecho material lo que constituye la base inmediata de la ejecución. Se trata de una ejecución caratular, porque se presume la existencia del crédito reflejado en el documento ejecutivo. De ahí que en el momento de decidir sobre el despacho de la ejecución no se exija al juez que compruebe la existencia material del derecho del acreedor sino la regularidad formal del título ejecutivo y su congruencia con la ejecución

La regla general según la cual el título ejecutivo es fundamento de toda ejecución no tiene ninguna excepción, tampoco en el proceso de ejecución hipotecaria. Tan sólo cabe subrayar en este punto una singularidad propia del título ejecutivo hipotecario cual es que está dotado de cobertura hipotecaria, de ahí que la demanda ejecutiva hipotecaria deba acreditar la conexión registral del crédito con la garantía.

Ello no obstante, existe cierta confusión conceptual derivada del hecho de que en la práctica uno y otra (crédito e hipoteca) se plasman en un mismo documento, la escritura pública. Pero, si se documentaran separadamente, hay que tener presente que el único título ejecutivo sería la escritura de préstamo (o crédito), no la escritura de hipoteca. La hipoteca no sirve ni como título material ni formal. Sostiene PAZ-ARES que de la misma manera que no se ejecuta un embargo, tampoco se ejecuta una hipoteca que es una suerte de traba anticipada<sup>328</sup>. Lo anterior, es lo contrario a lo sostenido por MONTERO AROCA, quien considera que en la ejecución hipotecaria, en realidad, existen dos títulos ejecutivos, uno, la escritura pública en la que se documenta el derecho de crédito y, otro, la escritura pública en la que se constituye la hipoteca<sup>329</sup>. Esto es precisamente lo que lleva a PAZ-ARES a hablar de la denominada conexión hipotecaria, que este autor explica en base a la exigencia del art. 685.2: que a la demanda ejecutiva se acompañe el *título inscrito* (el título con la nota de inscripción), o, en su defecto, el título y la certificación registral acreditativa del acceso tabular de la hipoteca y su subsistencia. Considera que el precepto distingue entre título y garantía (inscrita). Mientras que el *título de crédito* es insustituible, la conexión hipotecaria puede acreditarse de diversas formas. Y deja patente, a su juicio, que no se precisa que el título ejecutivo esté inscrito, ni por tanto, el acceso tabular del derecho material que incorpora. La inscripción como requisito de la ejecución hipotecaria constituye únicamente una exigencia de la hipoteca pero nunca del *título de crédito*. Por consiguiente basta con que figure inscrita la hipoteca que le da cobertura en su estructura mínima de carga o derecho real, y, una vez acreditada la conexión entre el título de crédito y la hipoteca, procede el despacho de la ejecución.

---

solicitada. *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. Academia Sevillana del Notariado. Consejo General del Notariado. págs. 179 y 180.

<sup>328</sup> Ob, cit, pág. 181. Igualmente, sostiene este autor "...siempre es preciso un título ejecutivo. Si se otorga una escritura entre A y B en virtud de la cual el primero hipoteca un inmueble a favor del segundo, en garantía de una supuesta cantidad que a éste le adeuda C, ¿Acaso esa escritura de hipoteca es título suficiente para que B pueda proceder en vía ejecutiva hipotecaria(o en cualquier otra) contra C, e incluso contra A? Si A constituye una hipoteca en garantía de los daños que pueda originar a B como consecuencia de una determinada actividad, la escritura de hipoteca, ¿puede suplir el título judicial que determine la indemnización por daños? Evidentemente, los interrogantes planteados no pueden sino responderse negativamente. En ambos casos faltaría el título del que resulte el deber de entregar una cantidad de dinero a que se refiere el art. 571 LEC. La hipoteca, en cuanto estructura jurídico-real, es (o al menos, puede ser) muda en cuanto al contenido obligacional garantido". Ob, cit, pág. 182.

<sup>329</sup> Ob, cit, pág. 279.

No obstante lo anterior, esta postura defendida por PAZ-ARES y MIRA ROS<sup>330</sup> no es pacífica, pues hay autores como MONTERO AROCA, ya citado, que concluyen que aun cuando la LEC habla de *título de crédito*, sin especial mención a la hipoteca, no cabe duda de que el título de la ejecución es la escritura pública de hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, y no la que pueda documentar el crédito garantizado<sup>331</sup>. En sentido coincidente, JURADO sostiene que el título es la copia inscrita de la escritura de constitución de la hipoteca cuya ejecución se pretende<sup>332</sup>. HERBOSA, por su parte, igualmente en contra de lo que aquí se sostiene, considera que el título no es tanto la escritura en la que se documenta el crédito como aquella en la que se constituye la hipoteca, ya que el acto jurídico en el que se asienta la ejecución es el de constitución de la garantía<sup>333</sup>. MONSERRAT VALERO siguiendo la tendencia mayoritaria, considera que el título ejecutivo es la escritura de constitución de la hipoteca<sup>334</sup>.

Una postura ecléctica es la que mantiene DOMINGUEZ, cuando afirma la necesidad de acompañar también el título de crédito para la ejecución, si bien, MONSERRAT puntualiza que tal exigencia es meramente formal y no justificaría que la escritura de préstamo fuera también título para la ejecución hipotecaria<sup>335</sup>.

---

<sup>330</sup> Esta autora se pronuncia en términos semejantes al sostener con base en el art. 685.2 LEC que no se ejecutan los bienes dados en garantía, sino la obligación garantizada; por tanto, afirma, el fundamento de la demanda o *causa petendi* de la pretensión ejecutiva es el título constitutivo de la deuda y no la inscripción registral de la hipoteca. La ejecución se despacha a la vista del título, siempre que se trate de alguno de los revestidos por la ley de fuerza ejecutiva, como la escritura pública y los demás mencionados en el art. 517, entre los que no se incluye la inscripción, pues la deuda no es inscribible, ni la calificación registral se extiende a ella. *Un enfoque procesal...*ob, cit, pág. 12.

<sup>331</sup> Ob, cit págs. 333-336. Este autor entiende que lo que ha llevado al legislador a hacer referencia tan solo al crédito y no a la hipoteca ha sido la tradición. Desde siempre la escritura pública convertida en título ejecutivo es aquella de la que se desprende sin más la existencia de un crédito en dinero, esto es, aquella que documenta el reconocimiento por el deudor de la existencia de ese derecho de crédito. Sólo desde esa tradición puede comprenderse que el art. 685.2 hable de *título o títulos de crédito*, y de que de su tenor literal no se desprenda ninguna alusión a la hipoteca.

<sup>332</sup> Insiste este autor, en contra de lo que aquí se postula, que nos encontramos ante un procedimiento de base estrictamente registral, en el que lo importante es que la hipoteca conste inscrita y subsistente. *Procedimiento de ejecución...*ob, cit, pág. 152.

<sup>333</sup> Ob, cit, págs. 33 a 37.

<sup>334</sup> Este autor justifica las dudas existentes al respecto en estos términos: "...Parece que el legislador ha tenido presente que lo normal es que en la misma escritura se documenten el préstamo y la constitución de hipoteca, por eso habla de título de crédito. En el caso en que la escritura hipotecaria sea posterior a la escritura en que se contrae la obligación garantizada, el título ejecutivo es la escritura hipotecaria y no la de préstamo, por tanto, basta con presentar la primera, a no ser que éste no identifique de manera suficiente la obligación garantizada". MONSERRAT VALERO, *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Cuadernos Civitas, 2002, pág. 34.

<sup>335</sup> Ob, cit, pág. 34.

Por su parte, MARTIN DIZ,<sup>336</sup> en un intento por explicar el fundamento de la duda sobre cuál es el verdadero título ejecutivo hipotecario, alude a lo que, desde su punto de vista, es un auténtico dislate jurídico, consistente en no diferenciar los dos actos contenidos en la escritura de constitución hipotecaria, integrada habitualmente por dos relaciones diferentes y complementarias, como son la relación crediticia, en forma y manera de préstamo, y la relación garantizadora de la anterior, la hipoteca. Al ser la escritura el documento público que, según el art. 517 LEC, lleva aparejada ejecución, la concesión del crédito cede en importancia frente a la segunda, la hipoteca, que sí debe constar en el Registro y, por tanto, se encuentra relacionada con la información publicitaria del Registro de la Propiedad.

En cualquier caso, en nuestra opinión, mantener que el título ejecutivo es el *título de crédito* y no la escritura de la hipoteca, resulta más coherente con el sistema instaurado por la propia LEC, que hace descansar la potencialidad ejecutiva en el título, pero no en la hipoteca.

El Registro no deja de tener cierta utilidad, pues delimita el alcance de la carga hipotecaria y con ello el ámbito de responsabilidad de los bienes hipotecados; sin embargo, no es idóneo para modular la fuerza ejecutiva del título. La inscripción en el Registro lo es de la hipoteca, no del título ejecutivo, y los extremos que consten en el asiento delimitan exclusivamente el alcance de responsabilidad de los bienes hipotecados, nunca las condiciones de ejecución del crédito, que son ajenas al Registro. Ni siquiera la inscripción del título ejecutivo constituye un requisito para su ejecutabilidad. Basta con que esté inscrita la hipoteca en términos que permitan al Juez determinar que el título ejecutivo cae dentro de su ámbito de cobertura. Este principio tiene visos de generalidad, por cuanto toda obligación es susceptible de asegurarse con hipoteca de máximo.

En todo caso, como es evidente, se hace necesario matizar que nos encontramos ante un título extrajudicial y esencialmente, ante un documento notarial<sup>337</sup>. En este sentido, MIRA ROS considera que cuando se trata de la ejecución de títulos no

---

<sup>336</sup> Ob, cit, págs. 149 y 150

<sup>337</sup> “Desde que en 1360 Pedro I dio a la ciudad de Sevilla el Ordenamiento sobre Administración de Justicia, el principal título ejecutivo extrajudicial ha sido el documento notarial. La terminología ha cambiado, como es lógico, pasando de *carta o alvala firmada del nombre de escribano*, a escritura pública, pero lo permanente ha sido y sigue siendo que la garantía de la fe pública notarial con que se reviste a algunos documentos fue y es lo determinante de que a los mismos se les convierta en títulos ejecutivos. En este sentido el artículo 685.2 de la LEC se refiere a *título o títulos de crédito*, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, y el artículo 517.2 4º a las *escrituras públicas*. MONTERO AROCA, J, ob, cit, pág. 380.

jurisdiccionales, el proceso tiene su punto de arranque en un documento cuya regularidad formal escapa al Derecho Procesal. La apertura del juicio ejecutivo pasa a depender de un concepto no procesal, sino de derecho documental, que convierte la legislación notarial en un mecanismo de integración de la normativa procesal. Ello no obstante, considera la autora citada, existe un desfase importante entre la legislación notarial y la legislación procesal, pues la norma procesal no ha avanzado al mismo ritmo que lo ha hecho la normativa notarial, lo que plantea ciertos problemas de coordinación<sup>338</sup>.

#### B) La copia ejecutiva de la escritura pública.

La escritura pública se inserta, en relación a la clasificación que distingue entre documento privado, documento público e instrumento público, dentro de estos últimos, pues se trata de documentos autorizados por Notario que van destinados desde el momento de su creación, a ingresar en un archivo (protocolo) integrado por documentos similares, los cuales se hallan en todo momento bajo custodia del Notario. La fuerza ejecutiva se atribuye con claridad a las escrituras públicas y no así a otro instrumento público cual es el acta notarial. El perfil diferenciador entre ambas clases de documentos radica en que las primeras se caracterizan por contener declaraciones de voluntad, actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y contratos de toda clase. Por el contrario, el ámbito de las actas afecta, exclusivamente, a hechos jurídicos que por su carácter peculiar no pueden calificarse de actos o contratos<sup>339</sup>.

La eficacia de la escritura pública como título ejecutivo está condicionada en el art. 517 de la LEC<sup>340</sup> a que se trate de una primera copia y, excepcionalmente, servirá como título ejecutivo la segunda copia siempre 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. Con esta exigencia,

---

<sup>338</sup> “.....tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el notariado ha experimentado una profunda transformación que ha trastocado la técnica documental y, con ello, el sistema de títulos ejecutivos. Cuando el art. 517 de la LEC todavía menciona las pólizas intervenidas por Corredores de Comercio colegiados, esa profesión ha dejado de existir y esas pólizas que ahora intervienen los Notarios ya no circulan en original, igual que han desaparecido los asientos del Libro-registro de operaciones y los certificados con cargo al mismo. Tampoco la distinción entre primeras y segundas copias que formula el mismo precepto procesal en otro de sus apartados, para determinar cuándo la escritura notarial tiene fuerza ejecutiva, puede seguir manteniéndose después de las recientes reformas de la Ley y el Reglamento Notarial. Pero, sobre todo, ha habido un extraordinario avance de las nuevas tecnologías en el ámbito de las telecomunicaciones que han condicionado la actividad notarial, permitiendo el desarrollo del documento público electrónico. La incidencia de este documento como título ejecutivo, sin embargo, ni siquiera se contempla en la legislación procesal”. MIRA ROS, C, *La nueva regulación notarial de los títulos ejecutivos*, Diario La Ley, nº 6931, 23 abril de 2008.

<sup>339</sup> ARROM LOSCOS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, ob, cit pág. 31.

<sup>340</sup> Igual que en la antigua legislación notarial, se sigue distinguiendo entre primeras y segundas copias para ligar la eficacia ejecutiva sólo a la primera copia y no a las posteriores.



se trata de evitar el riesgo que correría el deudor de existir varios títulos en circulación, pues podría verse abocado a una ejecución improcedente en base a un título inadvertido<sup>341</sup>.

Sin embargo, MIRA ROS mantiene que no dejaba de ser cuestionable la antigüedad de la copia como criterio determinante de su carácter ejecutivo, pues obliga a custodiar estrechamente y por largo periodo de tiempo la primera copia obtenida, *a priori*, ante la eventualidad de que en un futuro tuviera que incoarse juicio ejecutivo<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> ORTELL RAMOS, *La ejecución forzosa y la ejecución provisional (I)*, en *Proceso Civil práctico* (AA.VV), Tomo VII, La Ley, 2002. Por su parte, la Jurisprudencia menor se ha referido en reiteradas ocasiones al fundamento de la distinción entre primeras y segundas copias; a propósito de la legislación vigente antes de la reforma producida en 2006, la Sentencia de la AP de Huesca(nº 357/1997), de 30 de octubre alude dicha distinción y, además, reconoce la posibilidad de instar varios procedimientos ejecutivos con base en una misma escritura al afirmar: "...la razón de ser de esta distinción entre primeras y segundas copias estriba en excluir la posibilidad de que el acreedor intente varias ejecuciones basadas en diversas escrituras públicas que son copia de la misma escritura matriz. Pero no vemos inconveniente en que con base en una misma y única primera copia de escritura pública en que se documente un crédito, vencido, líquido y exigible, se sigan sucesivos procedimientos en tanto no se obtenga la satisfacción total del crédito. Lo que puede tener lugar si en un mismo documento se reconocen diversos réditos que venzan en diferentes fechas, o cuando habiendo varios deudores solidarios se ha dirigido infructuosamente la acción ejecutiva contra uno sólo de ellos y se intenta después, con base en la misma escritura pública, contra otro u otros". De otro lado, la SAP de Alicante (sección 4ª) 175/1998, de 12 de marzo, deniega el despacho de ejecución de una segunda copia porque no se había dado en virtud de mandamiento judicial y con citación de las partes a quienes debía perjudicar. En este sentido, sostiene la cita resolución judicial que un acuerdo de partes inserto a modo de cláusula contractual, en cuya virtud se pacta que la parte acreedora podrá obtener copia con valor ejecutivo, es contrario al art. 1429.1 de la LEC de 1881(entonces vigente) y no puede modificar los requisitos que la ley exige para despachar ejecución. En definitiva, según la AP las partes por si solas no puede pactar que las copias que en el futuro se obtengan, tengan eficacia ejecutiva. Finalmente, respecto de la expedición de segundas copias con efectos ejecutivos en virtud de mandamiento judicial, la SAP de Granada(sección 3ª) 927/1998, de 1 de diciembre, alude a las distintas posturas doctrinales existentes: "a) Los otorgantes de la escritura o sus sucesores comparecen ante el Notario que tenga el protocolo mostrando la conformidad con la expedición de la segunda copia, que el Notario puede expedir a tenor de los artículos 18 de la ley del Notariado y 234 de su Reglamento, pero la cuestión es si esa segunda copia es título ejecutivo ya que si nos atenemos a los términos de la Ley no se ha dado en virtud de un mandamiento judicial, y sin embargo, no puede olvidarse que la expedición goza de garantías en cuanto todos los otorgantes comparecen ante el Notario manifestando su conformidad con la misma. En la doctrina Prieto Castro se pronunció por la eficacia ejecutiva del título así expedido, sin necesidad de que se emitiera en virtud de mandamiento judicial y, Fernández, ateniéndose a los términos del precepto y a su interpretación restrictiva se inclina por la falta de fuerza ejecutiva de este tipo de segundas copias. b) Los otorgantes de la escritura han mostrado la conformidad con la expedición de segundas copias, no por comparecencia ante Notario en cuyo poder se encuentra el protocolo, sino en otro documento auténtico, normalmente en la escritura matriz. Este último, es precisamente el supuesto ante el que nos encontramos, el haber pactado las partes, que la segundas o posteriores copias de la escritura, podrán tener idénticos efectos ejecutivos que la primera, haciéndose constar así por el Notario en el pie y nota su expedición, para lo cual las partes comparecientes otorgan su consentimiento expreso e irrevocable...." Sobre la insuficiencia de la copia simple de escritura de préstamo para poder despachar ejecución, Auto 11/2008, de la AP de Murcia (sección 3ª), de 1 de febrero.

<sup>342</sup> El acreedor asumía con ello una carga de custodia por un plazo exorbitante. Guardar un papel, sin perderlo, durante más de treinta o cuarenta años, que es el plazo común de tantos préstamos hipotecarios, puede parecer excesivo. En la práctica el acreedor rehusaba que se le diese, en principio, ninguna copia expedida a su nombre, pactando con frecuencia que al acreedor se le entregase la copia expedida a nombre del deudor, a fin de preservar el primero su derecho a instar, llegado el caso, por no haberla solicitado hasta entonces, esa primera copia a su nombre dotada de fuerza ejecutiva. *La nueva regulación notarial de los títulos ejecutivos*. Diario La Ley nº 6931, 23 de abril de 2008, Año XXIX.

De ahí que se generalizara el pacto, especialmente, si la acreedora era una entidad financiera, de permitir al acreedor, con la aprobación irrevocable del deudor, de solicitar y obtener cuantas copias quisiera, primeras o segundas, todas con idéntico valor ejecutivo.<sup>343</sup> Vuelve a decantarse la legislación a favor de quien de por sí asume la posición más sólida en la relación jurídica crediticia, en tanto el deudor se encuentra a expensas de las exigencias, normalmente, de la entidad financiera con la que contrató.

Puestas así las cosas, la nueva legislación notarial, con mejor técnica, manteniendo el criterio restrictivo en la expedición de copias ejecutivas, reconoce tan solo al acreedor la posibilidad de obtener una copia y ninguna más, salvo por mandato judicial o conformidad de todas las partes. La salvedad está en que ahora únicamente será ejecutiva la copia que se expida con tal carácter, al margen de su cronología, por lo que es habitual que el acreedor sólo obtenga una copia autorizada sin carácter ejecutivo y únicamente obtenga la copia ejecutiva cuando planteada la situación de impago se proponga demandar por vía ejecutiva<sup>344</sup>.

En este punto, resulta obligada la referencia a la reforma que experimentó el art. 17.4 de la Ley del Notariado merced a la Ley 36/2006, de 29 de noviembre de medidas de prevención del fraude fiscal<sup>345</sup>. En efecto, el precepto, en su nueva redacción, encierra una importante novedad al separar conceptos como *primera copia* y *título*

---

<sup>343</sup> Posibilidad que se encuentra abiertamente recogida en los arts. 24 de la Ley Notarial y 234 del Reglamento Notarial, a pesar de los reparos iniciales que encontró en un sector de la doctrina. No obstante, mantiene ARROM LOSCOS que alguna precisión de importancia cabe hacer en materia de segundas copias respecto al art. 234 del RN, que prevé la expedición de segundas copias o posteriores copias al amparo del consenso de los perjudicados. Para ésta autora, la mencionada norma reglamentaria carece de validez por aplicación del art. 1.2 del CC, al contradecir a otra de rango superior cual es el art. 517 de la vigente LEC. En efecto, el art. 234 RN permite la expedición de segundas copias sin requerir mandamiento judicial, ni citación de parte o causahabientes a quien deba perjudicar. Por tanto, se debe concluir que las copias creadas al amparo de lo establecido en la norma reglamentaria carecerán de fuerza ejecutiva. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...* ob, cit, pág. 33.

<sup>344</sup> No obstante, MIRA ROS afirma que con la nueva normativa, la pérdida de una copia ejecutiva resulta tan perturbadora como antes, al depender su recuperación por el acreedor de la improbable conformidad del deudor o, subsidiariamente, del resultado de una decisión judicial. Si se quiere de verdad conjurar el peligro de desaparición de la copia y, con ella, del título ejecutivo, nuestro legislador debía haber avanzado un paso más, convirtiendo en ejecutiva únicamente la copia notarial electrónica. Esa copia ejecutiva remitida directamente desde la Notaria al Juzgado por vía electrónica no tendrá riesgo de pérdida. Si así fuera, llegado el caso, con la demanda no se acompañaría más que la copia en papel en poder del acreedor, pero a la vista de la cual el Juez podrá, a petición del acreedor, solicitar del Notario correspondiente la remisión de una copia electrónica con efectos ejecutivos, a fin de que el Juez la incorpore a los autos. *La nueva regulación normativa...* Ob, cit.

<sup>345</sup> Establece textualmente: "Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará 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 solicitó".

*ejecutivo*. Ya no son conceptos plenamente coincidentes, de manera que puede existir una primera copia sin efectos ejecutivos y una segunda copia con efectos ejecutivos.

En consecuencia, la primera copia, considerada en sí misma, sin hacer constar que se ha expedido con carácter ejecutivo, ha perdido su eficacia jurídica fundamental, su fuerza ejecutiva.

Concretamente, en relación a las escrituras públicas, rige lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento Notarial, reformado para adaptarlo a la nueva redacción del art. 17.2 de la Ley del Notariado en la formulación que le da la Ley 36/2006. Por tanto, el carácter ejecutivo de las copias ya no viene determinado por la fecha de expedición sino por su otorgamiento con tal carácter. Es decir, no por su condición de primera o segunda copia, sino por haber sido expedida expresamente con carácter ejecutivo. Ha desaparecido cualquier referencia a la antigua distinción entre “primera” y “segundas o posteriores copias”, de modo que solamente hay copias expedidas con carácter ejecutivo y copias expedidas sin tal carácter.

Lo anterior resulta de aplicación a las escrituras otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley 36/2006; aun así, se han planteado problemas en relación a las escrituras concertadas con anterioridad, pero cuya ejecución se insta con posterioridad, respecto de las cuales se aplica el sistema anterior, es decir, el que estaba vigente antes de la reforma producida por la Ley 36/2006, lo que ha de suponer que las primeras copias expedidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta reforma no pueden perder su eficacia ejecutiva<sup>346</sup>. En este sentido, el Auto de la AP de Barcelona, de 9 de junio de 2011(sección 11ª), alude a la cuestión y después de examinar los diversos criterios existentes afirma, en el caso concreto, que al tratarse el título de un documento posterior a la reforma de la Ley del Notariado de 2006 y de su Reglamento de 2007, se exige no sólo la mención por el fedatario público de que es primera copia y de su carácter ejecutivo, sino de que se ha solicitado con esa finalidad. Requisitos que no tienen únicamente alcance notarial, sino procesal.

---

<sup>346</sup> Así lo resolvió la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid en sesión celebrada el día 22 de febrero de 2010 que divulgó nota informativa al respecto, tras las múltiples dudas suscitadas en torno a los títulos ejecutivos. Entre otras consideraciones, la mencionada nota afirma que la nueva regulación es clara y su aplicación a las escrituras otorgadas tras la entrada en vigor de la ley 36/2006 es indudable. Pero, con respecto a las escrituras otorgadas antes rige el sistema anterior. Afirma la nota: “En el sistema anterior, el carácter ejecutivo de las copias de las escrituras estaba determinado por la condición de *primera copia* y segunda o posteriores, que carecían de fuerza ejecutiva. Esto suponía que la copia expedida con la mención de “primera” a instancia del acreedor era la única que podía servir de base para instar el juicio ejecutivo. Incluso si se expedía una segunda o posterior copia, era necesario indicar que la misma carecía de efectos ejecutivos. De ahí que el art. 517.2.4º de la LEC dijese que sólo tendrían aparejada ejecución las escrituras públicas con tal que sean primera copia.

Igualmente, el Auto de la AP de Madrid, (sección 8ª), de 23 de mayo de 2011, resuelve la denegación del despacho de la ejecución por no constar en la primera copia de la escritura pública que se hubiese expedido con eficacia ejecutiva; en este sentido, afirma que no era exigible como requisito o presupuesto de la eficacia del título que la entidad tuviera que solicitar al Notario la expedición de la copia con carácter de título ejecutivo y que dicho fedatario insertara mediante nota en su matriz la fecha de la expedición e interesado que la solicitó. La regulación de la Ley 36/2006 no contradice la regulación anterior, sino que la sustituye para aquellas escrituras públicas que se otorguen desde su entrada en vigor, lo que no autoriza a aplicar retroactivamente esa Ley a escrituras otorgadas antes del 1 de diciembre de 2006<sup>347</sup>.

### C) La integración del título ejecutivo: el supuesto de la hipoteca flotante.

El art. 685 LEC establece que en caso de que no pudiese presentarse el *título inscrito*<sup>348</sup>, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Como quiera que la documentación presentada junto con la demanda ejecutiva es de suma importancia, pues justifica la pretensión ejecutiva, la problemática se suscita esencialmente en aquellos supuestos en que hay que integrar el título. En la mayor parte de las hipotecas ordinarias, el título ejecutivo coincide habitualmente con el título constitutivo, en tanto la obligación garantizada y la garantía (hipoteca) se formalizan en una misma escritura.

Sin embargo, es más compleja la problemática ejecutiva de las hipotecas de seguridad, especialmente cuando responden al tipo de hipotecas flotantes<sup>349</sup>. Dicha

---

<sup>347</sup> En sentido coincidente se pronuncian resoluciones de la misma Audiencia Provincial de fecha 11 de junio de 2010(sección 13ª), 7 de julio de 2010(sección 14ª), 18 de octubre de 2010(sección 20ª) y 14 de diciembre de 2010(sección 13ª), entre otras. También, Auto de la AP de Madrid, de 30 de mayo de 2011(sección 8ª) y Auto 98/2010 de 13 de abril. Después de la reforma producida por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, únicamente es título ejecutivo la copia de la escritura que el interesado ha solicitado que se expida con tal carácter y así se ha hecho, insertando el Notario en la matriz la fecha de expedición y el interesado que la solicitó. Entre otros, Autos de la AP de Madrid 267/2010 de 18 de octubre (sección 20ª) y Auto 465/2011 de 16 de junio (sección 12ª); Auto de la AP de Sevilla (sección 6ª) 115/2011 de 23 de septiembre y Auto de la AP de Barcelona (sección 1ª) 76/2012 de 16 de abril.

<sup>348</sup> Habla ahora la ley de *título inscrito* cuando anteriormente lo había hecho de *título de crédito*. Y es que la confusión a la que induce el legislador es superlativa, demostrativa de la continua identificación histórica que vienen padeciendo crédito e hipoteca; en definitiva, obligación garantizada y garantía.

<sup>349</sup> Es aquella por la que se pacta una inclusión en la cobertura de un número ilimitado de obligaciones que no vienen determinadas cuando se constituye la hipoteca pero que son determinables conforme a criterios de integración pactados por las partes. Desde el punto de vista registral, la hipoteca flotante es una modalidad de la hipoteca de máximo que se caracteriza por asegurar una pluralidad de obligaciones, a diferencia de la hipoteca ordinaria, de cuyo importe, cuantía y existencia da fe el Registro de la Propiedad. Antes de la modificación producida por la Ley 41/2007 en la Ley Hipotecaria, la hipoteca

complejidad deriva de la dificultad de fijar con precisión en el momento de la ejecución la existencia y cuantía de la deuda, siendo necesario en ese caso verificar lo que se ha dado en llamar *integración del título*<sup>350</sup>.

- a) La ejecutabilidad de la hipoteca flotante por el proceso de ejecución hipotecaria.

Con respecto al caso concreto de la novedosa figura de la *hipoteca flotante*, recuerda PAZ-ARES<sup>351</sup> las dos cuestiones que han sido objeto de debate más intenso en el seno de la doctrina. De un lado, si son susceptibles o no de ser objeto del procedimiento especial de ejecución hipotecaria; de otro, en caso afirmativo, cómo ha de acreditarse el título ejecutivo.

En relación con la primera cuestión expuesta, hay que recordar que tradicionalmente se negó esta posibilidad, es decir, se rechazaba la ejecutabilidad de las hipotecas de seguridad por el procedimiento de ejecución hipotecaria, incluso por el extrajudicial. La DGRN rechazaba esta opción basándose en la indeterminación de la deuda y de la cuantía.

Sin embargo, la propia DGRN cambia de criterio al reconocer más tarde que la indeterminación de la deuda no constituye un obstáculo para la utilización del procedimiento de ejecución sumario, pues es posible que el acreedor pueda obtener

---

únicamente podía garantizar una obligación principal y sus obligaciones accesorias como intereses y costas. Si se quería garantizar dos obligaciones principales distintas había que constituir dos hipotecas distintas. *Memento Experto. Hipoteca: operaciones de financiación y refinanciación*. Ed. Francis Lefebvre, 2001, pág. 135.

<sup>350</sup> El método de integración cuyo empleo ha sido más controvertido, a la par que generalizado en la práctica de las entidades financieras, es el constituido por la certificación unilateral del saldo debido por parte de la entidad acreedora, en aquellos supuestos en que habiéndose formalizado el contrato en escritura pública o póliza intervenida, se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la referida liquidación unilateral, practicada de acuerdo con lo convenido por las partes en el título ejecutivo. Es a éste sistema al que se acoge el legislador en el art. 153 bis LH, al autorizar a las partes para que la liquidación de la cantidad ejecutivamente exigible se determine como consecuencia de la liquidación efectuada unilateralmente por la entidad financiera, “en la forma convenida por las partes en la presente escritura”. A juicio de CANLE FERNANDEZ, tal previsión es coherente con el valor probatorio atribuido a los libros de los comerciantes, (art. 31 Cód. de Comercio) la posibilidad de convenir inter partes la eficacia ejecutiva de la certificación unilateral de saldo (art. 1255 CC), la ineludible notificación de la misma al deudor con carácter previo al inicio del procedimiento hipotecario, y la posibilidad de oposición de este último de acuerdo con lo dispuesto en los cuatro últimos apartados del art. 153 LH, argumentos todos ellos válidos con anterioridad a la reforma, y que han determinado la definitiva extensión por parte del legislador del procedimiento de integración extraregistro del título ejecutivo ya previsto respecto de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito a la nueva hipoteca flotante. CANLE FERNANDEZ, *Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 723, págs. 299 a 364.

<sup>351</sup> Ob, cit, págs. 186 y siguientes.

con posterioridad a la constatación tabular de la garantía un título suficiente para despachar ejecución.<sup>352</sup>

Con todo, la cuestión dista de ser pacífica. Autores, como DE LA OLIVA, siguen negando, una vez promulgada la vigente LEC, que este tipo de hipotecas flotantes puedan ejecutarse por el procedimiento regulado en los arts. 681 y siguientes al afirmar que no existen previsiones especiales sobre la forma de establecer, a efectos de ejecución, la existencia e importe de la deuda, por lo que, como regla general, será necesario un previo proceso declarativo para determinar con precisión el alcance de la obligación garantizada.

En ese sentido, PAZ-ARES reconoce que, en efecto, el art. 153 bis de la LH, regulador de la hipoteca flotante, no se ocupa apenas de su ejecución, pero, a pesar de ello, reconoce sin ambages la potencialidad ejecutiva de esta hipoteca al sostener que la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con los arts. 129 y 153 de la LH y concordantes de la LEC. Luego, en términos concisos, la Ley opta por reconocer la ejecutabilidad de la hipoteca global o flotante.

Por su parte, MUÑIZ ESPADA<sup>353</sup> se ocupa de este mismo aspecto, y partiendo de la innegable posibilidad de ejecutar esta hipoteca, afirma que para instar la ejecución, ya que ni el título, ni el Registro dan cuenta de la existencia de las deudas o de su cuantía, va de suyo la integración del título para proceder ejecutivamente contra la finca hipotecada. En efecto, como en el título constitutivo de la hipoteca no se determina, ni está especificada la obligación u obligaciones garantizadas, podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura, a semejanza del art. 153 LH<sup>354</sup>; así lo dice el art. 153 bis LH, circunstancia que es de perfecta aplicación a la hipoteca flotante, a juicio de MUÑIZ, por dos razones: primera, porque para el legislador es la forma más fácil de resolver

---

<sup>352</sup> Todas las resoluciones a las que se alude son de la década de los 90 y se enumeran en *Hipotecas flotantes*, AZOFRA, pág. 1221.

<sup>353</sup> *La hipoteca de máximo del art. 15 bis Ley hipotecaria y la finalidad de los préstamos y créditos hipotecarios en la ley del mercado hipotecario (Art. 11.4 y 12.1 de la Ley 41/2007)*, en *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Coordinadores: MUÑIZ ESPADA, NASARRE AZNAR Y SÁNCHEZ JORDAN. Ed, Edisofer S.L Madrid, 2009. págs. 247 y siguientes.

<sup>354</sup> Para ello el acreedor abrirá y llevará en sus libros una cuenta especial donde se especifique el importe del principal, intereses ordinarios, comisiones, honorarios, costes, intereses indemnizatorios, costes adicionales y demás sumas debidas por el deudor, dividida en subcuentas para cada una de las obligaciones. De igual modo, constaría el consentimiento del acreedor si la cuenta que se lleva de las distintas operaciones financieras o el reconocimiento de cada nueva obligación se firma por ambos.

el problema(aplicando la analogía), y, segunda razón, además así se viene haciendo en la práctica. Se incluyen como cláusulas de una hipoteca abierta que se considera como cantidad líquida y exigible a efectos del ejercicio de acciones judiciales la que resulte de dicha liquidación efectuada por el banco en la forma convenida por las partes en el propio título. El saldo por liquidación de la cuenta de crédito se acreditará mediante certificación del banco a los efectos del ejercicio de cualquier clase de acción ejecutiva que le corresponda.

b) La necesaria integración del título.

Siguiendo con esta cuestión, que trata de clarificar cómo ha de acreditarse el título ejecutivo, toda vez que se admite la posibilidad de ejecución de la hipoteca flotante, hay que partir de la inexistencia de normas especiales en la LEC; por consiguiente, como quiera que lo que se ejecuta es una o varias obligaciones dinerarias, la acción ejecutiva ha de fundarse en un título que lleve aparejada ejecución, del que resulte la deuda.

El título ejecutivo puede nacer con anterioridad o coetáneamente a la garantía. Así ocurre en los supuestos en los que la hipoteca, además de asegurar obligaciones futuras, garantiza alguna obligación preexistente o simultánea a la hipoteca. No obstante, en la mayoría de casos de hipoteca global, lo habitual es que la garantía surja con anterioridad a las obligaciones o relaciones jurídicas a que ha de dar cobertura<sup>355</sup>. En consecuencia, el título constitutivo consistiría en un contrato normativo, en previsión de relaciones crediticias futuras, con reserva de rango a favor del acreedor, pero que carece de toda virtualidad ejecutiva por sí solo. En este supuesto, y en todos aquellos en que la escritura de constitución de hipoteca no acredite la pluralidad de obligaciones garantizadas, su ejecución requiere la presentación de un título ejecutivo distinto de escritura constitutiva, que justifique el nacimiento o existencia de las obligaciones que aquella escritura no ampara; ningún otro documento puede suplir su falta. Ni siquiera el documento que se genere, en aplicación de la previsión contractual que determina la forma de cálculo del saldo final garantizado, o cualquier otro documento meramente liquidatorio. Aunque esté contrastado notarialmente, no puede sustituir, sino acaso complementar, la

---

<sup>355</sup> Incluso es probable, al incardinarse esta figura en el ámbito de los negocios bancarios, que se generalice el supuesto de que la hipoteca se formalice en una escritura en la que las partes establezcan, además de las condiciones de la misma, el cuadro marco por el que se han de regular las futuras relaciones crediticias aseguradas, pero sin que surjan todavía obligaciones a cargo del deudor, ni que la persona a cuyo favor se constituya asuma compromiso alguno de concesión del crédito. PAZ-ARES, Ob, cit, pág. 188.

presentación del *título o títulos de crédito* a que se refiere el art. 685.2 de la LEC<sup>356</sup>. Admitir lo contrario supondría tanto como quebrar el sistema en que se asienta la vigente Ley procesal en materia de ejecución, en el que no hay ejecución sin título; documentos como la certificación bancaria o el documento fehaciente no son documentos idóneos para suplantar al título ejecutivo, sino meramente para complementarlo<sup>357</sup>.

D) El documento fehaciente como complemento de la certificación bancaria.

Más controvertida es la necesidad de que se acompañe a la certificación bancaria que determina la liquidez del título el denominado *documento fehaciente*. Este documento es complejo y comprende un actuación de fedatario (el notario) consistente en un testimonio de coincidencia de la forma en que se ha practicado la liquidación con la pactada por las partes<sup>358</sup>.

---

<sup>356</sup> Así lo corrobora MIRA ROS cuando afirma que la certificación registral acreditando la existencia de la hipoteca constituye un documento complementario que debe acompañarse a la demanda para la integración del título ejecutivo en determinados supuestos, cuando no pudiese presentarse el título inscrito, dice el art. 685 de la LEC, o para la debida constitución de la *litis*, pero que no la fundamenta, ni puede reemplazar al título. La autora citada recuerda en este sentido que, bajo la normativa anterior, hubo autores que enarbolaban la certificación registral como título ejecutivo propio. Entendiendo que la inscripción constitutiva de la hipoteca bastaba para prestar fundamento al ejercicio de la acción hipotecaria. Pero ello era porque se partía de una concepción del procedimiento judicial sumario como mecanismo de tutela ejecutiva, no del crédito, sino de un derecho real inscrito que permitía la ejecución directa sobre los bienes sujetos a la acción del acreedor hipotecario, si bien, para la realización judicial de ese derecho inscrito, la pretensión procesal tenía entonces que tener encaje exacto en el contenido del asiento. *Hacia un enfoque procesal...* ob, cit. pág. 13.

<sup>357</sup> En palabras de PAZ-ARES, "ni puede despacharse ejecución si no existe título ejecutivo que justifique o del que resulte la deuda, ni puede expedirse el documento fehaciente sin que se aporte aquél, para contrastar la liquidación efectuada por el acreedor. La autonomía contractual en materia ejecutiva tiene un campo de actuación muy limitado. Sólo la materia estrictamente liquidatoria es parcialmente disponible. Fuera de este ámbito no es competente, ni para convertir a los documentos de liquidación en título ejecutivo, ni tampoco para conferir virtualidad ejecutiva a ningún otro documento del que pueda resultar una obligación, distintos de los fijados legalmente. Ob, cit, pág. 190.

<sup>358</sup> El Tribunal Supremo, en la importante Sentencia de 16 de diciembre de 2009 (nº recurso 2114/2005), mantiene la validez de este pacto en el Fundamento de Derecho sexto. Afirma que el denominado *pacto de liquidez o de liquidación* es válido porque es un acto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de la ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma. Esta es la finalidad del pacto, despacho de ejecución, y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de la prueba. La previsión legal es clara y excusa de cualquier otra información contractual al respecto y así lo vienen entendiendo los tribunales, por lo que no se infringen los arts. 2.1 d) y 10.1 a) de la LGDCU, ni su DA 1ª, apartado 14ª. Por su parte, CASTILLEJO MANZANARES considera que el legislador no ha querido limitar la labor del fedatario a constatar que el procedimiento liquidatorio aplicado es el pactado en el título ejecutivo, sin que sea preciso entrar en el contenido de la propia liquidación. Sino que su función incluye un juicio sobre la adecuación del contenido de la liquidación a los términos fijados en el título ejecutivo. En este juicio que ha de llevar a cabo el fedatario no se le puede exigir que realice una verdadera auditoria, puesto que el legislador no impone al acreedor que entregue siempre y en todo caso los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono, sino tan solo cuando lo estime conveniente. Por ello, concluye, no se puede imponer al fedatario que compruebe la procedencia y justificación de cada uno de los asientos de la cuenta y sus correspondientes fechas de valoración. *La liquidez de la deuda como requisito del título ejecutivo extrajudicial*. En *La ejecución civil*, Dir.: MORENO CATENA. CGPJ, Centro de documentación judicial. Estudios de Derecho judicial 53/2004, pág. 491



La LEC al regular la liquidación del saldo de operaciones resultantes de contratos formalizados en escritura o póliza permite (arts. 572 y 573) que se efectúe por el acreedor, sea o no entidad bancaria, siempre que medie pacto y que se acompañe el documento fehaciente. Los preceptos aludidos, en sede de ejecución forzosa, son de general aplicación y, en particular, el art. 685.2 LEC, referido a la ejecución hipotecaria, remite directamente a ellos. Sin embargo, con la Ley 41/2007, tal y como recuerda PAZ-ARES, vuelve a surgir la duda en este punto. El art. 153 bis LH, atinente a las hipotecas flotantes, mantiene la validez del pacto de liquidación por la entidad acreedora y señala que la acción hipotecaria podrá ejercitarse de conformidad con lo previsto en el art. 153 del mismo cuerpo normativo. Pero, según este autor, no hay datos relevantes para sostener un cambio de sistema y el reenvío al art. 153 LH no tiene más finalidad que la de dar cabida al doble sistema de liquidación característico de esta norma, la doble libreta y la certificación bancaria. A su juicio, las especialidades del proceso hipotecario no excluyen la exigencia del documento fehaciente<sup>359</sup>.

Para MIRA ROS, si hubiera que poner un ejemplo de rotundo desequilibrio entre las respectivas posibilidades formales de defensa que ostentan las partes, cuando se trata de ejecución de créditos en el sistema financiero, ese es precisamente el que encierra el art. 572.2 LEC<sup>360</sup>. El hecho de que la cantidad finalmente exigible, por la que habrá de despacharse ejecución, se fije unilateralmente por el acreedor, sin audiencia del deudor, es un caso paradigmático de desequilibrio<sup>361</sup>. E indicativo, por

---

<sup>359</sup> Afirma PAZ-ARES que la solución contraria nos llevaría a un resultado doblemente absurdo: exigir el documento fehaciente para todas las ejecuciones hipotecarias (art. 685.2 LEC), salvo para aquellas en que la liquidación es visiblemente más complicada, como en el caso de las cuentas corrientes de crédito, o respecto de la cesta de relaciones crediticias que pueden ser objeto de cobertura de la hipoteca global; y eliminar una garantía del sistema de liquidación cuando es efectuada por el propio acreedor en la ejecución hipotecaria, pese a que puede afectar a un tercero que no ha consentido esa forma de liquidación. La obligada lectura garantista de los procedimientos de ejecución que se deduce de la jurisprudencia del TC, así como el criterio restrictivo que debe presidir la interpretación de las normas especiales que se partan de la regulación general contenidas en el procedimiento de ejecución ordinario, contribuyen decisivamente a eliminar toda sombra de duda sobre el documento fehaciente, como presupuesto de ejecutividad de la certificación del saldo garantido en las ejecuciones hipotecarias. En todas, especialmente en las de obligaciones cubiertas por una hipoteca flotante. Ob, cit, págs. 193 y 194.

<sup>360</sup> “2. También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. En este caso, sólo se despachará ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación”.

<sup>361</sup> La introducción de este engranaje procesal en el sistema financiero ha sido progresiva. Arranca de una orden ministerial de 1950 que extendió a la banca privada el privilegio otorgado dos años antes al Banco de España, consistente en que la determinación del saldo del crédito por la banca acreedora “hará fe en juicio”. Como se trata de un privilegio bancario difícil de justificar en el nuevo sistema de garantías procesales que se instaura después de la Constitución, una ley de 1984, de reforma Urgente de la legislación procesal, trató de darle acogida mediante una nueva redacción del art. 1435 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, exigiendo que se tratase de una certificación de saldo emitida por una entidad

añadidura, una vez más, de la clara indefensión en que se encuentra prácticamente desde el inicio de la relación contractual, el cliente-deudor, pues a pesar de que se revista bajo el manto de la autonomía de la voluntad, dicho pacto es de todo menos un pacto en sentido estricto y la exigencia de documento fehaciente que corrobore que la liquidación se ha efectuado del modo indicado en el título no ofrece ninguna garantía adicional para el deudor, más bien, a favor del propio acreedor en el sentido de que no se le denegará la ejecución por un defecto formal<sup>362</sup>.

MIRA ROS recuerda, en este sentido, que la hipótesis más habitual en la práctica es que la liquidación de la deuda se desvincule cronológicamente del título público, dada la sofisticación de los productos y servicios financieros. La intervención del fedatario implica una garantía formal, sobre todo si quien la extiende es un experto contable, pero no es suficiente para dotar a la certificación del saldo que emite la entidad la misma presunción de veracidad inherente a los títulos notariales que llevan aparejada ejecución. Ahora bien, mantiene la autora que se trata de un documento fehaciente muy disminuido y con efectos difuminados, dada la exigencia del art. 573.1 LEC de tener que acompañar además el extracto de las partidas de cargo y abono<sup>363</sup>, como si sobre el acreedor pesara la carga de probar en juicio los asientos contables y el documento fehaciente no le dispensara de ello por no dar fe de la exactitud de la cuenta. Para MIRA ROS, la razón de un documento fehaciente de tan poca fe hay que buscarla en que la presunción de exactitud inherente a la fe pública notarial se

---

financiera (no un simple acreedor) con base en un pacto de liquidación contable consentido por el deudor en el propio título, siempre que además se aportase algún documento fehaciente acreditativo de que la liquidación se había practicado en la forma pactada en el título ejecutivo. La norma, una vez a firma su constitucionalidad por el Alto Tribunal en sentencia de 10 de febrero de 1992, ha sido trasladada íntegramente a los actuales arts. 572 y 573 de la LEC, sin más cambios que su explícita aplicabilidad ahora a todo acreedor, sea o no entidad financiera, y a toda deuda, derivada tanto de créditos como de préstamos. MIRA ROS, *La creciente morosidad en ciernes: algunos problemas en la ejecución de créditos*. Revista el Notario del siglo XXI, nº 18.

<sup>362</sup> Opinión opuesta es la que mantiene DOMINGUEZ ROMERO para quien el pacto de liquidación se hace en beneficio del acreedor pero también del propio deudor. Afirma: “..cierto es que estamos ante contratos que se articulan en su mayoría mediante condiciones generales predispuestas por el acreedor, esto es, contratos de adhesión, donde sería discutible la existencia de verdadera voluntad negociadora del clausulado por parte del deudor, que habitualmente se adhiere en bloque al conjunto de condiciones generales, sin prestar demasiada atención a la cláusula que recoja esa concreta forma de determinación de la cantidad exigible. Pero no es menos cierto que el pacto de liquidación, aun cuando en su existencia se hace en beneficio del acreedor, a quién beneficia fundamentalmente es al deudor en cuanto a los requisitos y garantías de su validez, según entiende la Jurisprudencia, razón por la cual sostiene que dicho pacto obliga a los contratantes y, por ende, debe respetarse su operatividad”. Ob, cit, pág. 83.

<sup>363</sup> Sostiene CASTILLEJO MANZANARES que con este documento se trata de evitar la indefensión en que puede colocarse al deudor cuando no estando de acuerdo con la liquidación efectuada por el acreedor, no puede impugnarla por no encontrarse en su poder las diversas partidas del debe y del haber utilizadas por el acreedor para fijar el saldo deudor. De hecho, si se alega el pago de partidas no recogidas, la prueba no resulta difícil; pero si se alega que no se ha obligado, tiene la carga de probar la inexistencia de la obligación para poder oponerse a la ejecución despachada, lo que se convierte en un supuesto de *probatio diabólica*. Ob, cit pág. 488. Y no únicamente los extractos, sino cuantos documentos sean útiles y convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución. En este punto, el AAP de Valencia de 12 de marzo de 2003.

entiende sólo a los hechos que el Notario puede percibir por sus sentidos y también a los juicios que éste puede formular con arreglo a las leyes, que son el juicio de capacidad, el juicio de suficiencia de la representación y el juicio de adecuación, en general, al ordenamiento jurídico, pero son, en todo caso juicios jurídicos. En cambio, que una cuenta o una liquidación contable esté bien hecha o lo esté en la forma pactada contractualmente, envuelve un juicio matemático, no cubierto, en puridad, por la fe pública notarial<sup>364</sup>.

FERNANDEZ DE CORDOVA, por su parte, puntualiza que el título puede reservar al acreedor la facultad de liquidar el saldo a efectos del despacho de la ejecución, pero no, en cambio, la de convertir el resultado de la liquidación unilateralmente realizada en prueba plena e incontrovertible. Insiste, asimismo, en la importancia de una intervención activa del Notario en el proceso de verificación y en el celo especial que debe poner, por cuanto puede solicitar cuantas aclaraciones adicionales resulten necesarias para efectuar las comprobaciones técnicas oportunas a una adecuada comprobación<sup>365</sup>.

#### E) Ejecuciones parciales: el ámbito de la hipoteca flotante.

En todo caso, lo que sí resulta claro es que el legislador quiere imponer un saldo final global, razón por la que demanda una previsión contractual sobre el modo de proceder a su fijación. Busca, en definitiva, la unificación contable para simplificar el proceso hipotecario, especialmente complejo en el supuesto de hipotecas flotantes. De esta premisa, deriva, igualmente, la lectura de que el art. 153 bis LH marca la tendencia a una ejecución única, por el saldo global vencido. Sin embargo, esta regla cuenta con varias excepciones. Las modalidades hipotecarias que aseguran títulos valores permiten varias ejecuciones parciales, y, consiguientemente, la subsistencia de la hipoteca hasta que se agote la responsabilidad hipotecaria. Incluso, la posibilidad de ejecución parcial está prevista en el art. 693 LEC cuando la obligación garantizada ha de pagarse a plazos, siempre que estuviese amparada por la correspondiente estipulación negocial inscrita en el Registro. En este caso, la hipoteca subsiste y merced a la ejecución, *se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviera satisfecha.*

---

<sup>364</sup> *La creciente morosidad en ciernes.....ob, cit.*

<sup>365</sup> *Ob, cit, pág. 251.*

Sin embargo, un sector de la doctrina (CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO) considera que los términos *ejecución parcial e hipoteca global o flotante* son de todo punto incompatibles, pues la subsistencia de gravamen conllevaría resultados absurdos: el adquirente de la finca sería un convidado de piedra ante las nuevas operaciones que podrían suscribir acreedor y deudor, que seguirían aprovechando el gravamen en la parte no agotada por la ejecución, o en caso contrario, obtendría un enriquecimiento injusto, pues habrá descontado el importe del remanente hipotecario al pujar por la finca.

Por su parte, PAZ-ARES, considera que tal solución puede restarle valor a esta modalidad hipotecaria y que podrían encontrarse argumentos a favor de ejecuciones parciales. Partiendo de la premisa básica según la cual lo que se ejecuta es la obligación con el soporte de la garantía, la regla general, afirma, no implica tanto que la hipoteca haya de ejecutarse en su totalidad, sino más bien que el crédito garantido se ejecute de una vez. A su juicio, las normas de las que se infiere la regla general según la cual toda ejecución determina la cancelación del gravamen, se fundan probablemente en la consideración de que la hipoteca asegura una sola obligación, lo que permite establecer una perfecta correlación entre deuda y garantía. No obstante, esta teoría que era dominante hasta la Ley 41/2007 debe matizarse con la regulación de la hipoteca flotante, cuya característica principal es que asegura diversas obligaciones<sup>366</sup>. Sin perjuicio de que PAZ-ARES cita la hipótesis prevista en el art. 693 de la LEC como la clara excepción a la regla general antedicha, es decir, la que permite la ejecución fraccionada de una deuda, insiste en que del tenor de los arts. 154 y 155 de la LH pueden extraerse una regla propia, perfectamente compatible con la anterior: la de posibilidad de ejecución aislada, pero total respecto de cada uno de los diferentes créditos cubiertos por la garantía, sobreviviendo la hipoteca global por el remanente. Con todo es necesario que se pacte expresamente y se solicite el acceso registral de esta posibilidad de ejecución parcial. Dicho pacto cae dentro del ámbito comercial que se reconoce para establecer la forma de determinación del saldo líquido<sup>367</sup>.

---

<sup>366</sup> Una gráfica definición de la figura la encontramos en la Resolución de la DGRN de 25 de abril de 2005; la define como aquella hipoteca que garantiza todas aquellas obligaciones, existentes y futuras, que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de tal modo que la hipoteca flote sobre ellas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, liquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, dejarse caer sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee estén cubiertas por la garantía hipotecaria y ejecutar ésta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener aquél, a consecuencia de la naturaleza del derecho real y de la fecha de inscripción en el Registro.

<sup>367</sup> PAZ-ARES, *El título de crédito*....ob, cit, págs. 195 y siguientes.

Por su parte, CANLE FERNANDEZ considera que en el estudio de esta materia, el de las ejecuciones parciales en la hipoteca flotante, caben distinguir dos supuestos: aquellos en los que habiendo sido inicialmente constituida la hipoteca flotante a favor de un solo acreedor, concurren con posterioridad una pluralidad de ellos; aquellos otros en los que sin darse dicha pluralidad, el acreedor hipotecario pretenda la ejecución parcial de la hipoteca por las cantidades efectivamente adeudadas, pero conservando su derecho de garantía respecto de las restantes obligaciones susceptibles de aseguramiento.

Para el autor últimamente citado, dentro del primer supuesto, es decir, que hubiese pluralidad de acreedores (originaria o sobrevinidamente) a su vez, conviene distinguir según tengan asignada cada uno de ellos una parte en la responsabilidad hipotecaria máxima o, por el contrario, no exista asignación de cuotas. Si cada uno de ellos tiene asignada en garantía de sus respectivos créditos una parte en la responsabilidad hipotecaria, cualquiera de los acreedores está habilitado para instar la ejecución parcial hasta donde alcance su cuota de participación. Por el contrario, si no existe la anterior distribución, afirma CANLE FERNÁNDEZ, la ejecución parcial no será admisible, pues su ejercicio por uno de ellos determinaría un perjuicio para los demás, que verían reducido el límite máximo de responsabilidad hipotecaria en garantía de sus créditos.

De otro lado, en el caso de que el acreedor hipotecario pretende la ejecución de la hipoteca por las cantidades efectivamente adeudadas, si bien conservando incólume su derecho de garantía respecto de las restantes obligaciones susceptibles de aseguramiento, sin perjuicio de la reducción del límite máximo garantizado en la cantidad concurrente con la suma obtenía en la ejecución, es perfectamente posible, afirma CANLE FERNANDEZ, la ejecución parcial de la hipoteca flotante por aplicación analógica de la previsión contenida en el art. 693 LEC, o la contemplada en el art. 155 LH respecto de la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador. No obstante, desde el punto de vista del acreedor hipotecario resulta más prudente pactar en la escritura de constitución del gravamen el vencimiento anticipado de todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas, sean éstas de titularidad única de un solo acreedor hipotecario, sean de titularidad de una multiplicidad de ellos<sup>368</sup>.

---

<sup>368</sup> Este pacto conocido en la práctica anglosajona como *cross default* o *cross acceleration agreement*, celebrado con amparo en el art. 693.2 LEC, y objeto de la correspondiente inscripción registral, faculta al

Al margen de lo anterior, supuesta la posibilidad de ejecutar una hipoteca global a través del procedimiento ejecutivo hipotecario y supuesta igualmente, la posibilidad de ejecuciones parciales en los términos vistos, ni que decir tiene que la necesidad de integrar el título ejecutivo con otros documentos se hace más evidente. En estos casos, asegura PAZ-ARES, el título no expresa la deuda que se trata de reclamar, no tiene autonomía ejecutiva y en consecuencia se hace preciso hacer una recopilación documental para fundamentar la pretensión ejecutiva. La labor se complica toda vez que el art. 153 bis LH no establece cómo se ha de componer el título ejecutivo, ni facilita enumeración documental alguna. Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en los arts. 517, 550, 573, 574, 685 LEC y 153 y 153 bis LH, pueden señalarse como documentos que han de acompañar a la demanda ejecutiva los siguientes: el documento constitutivo de la hipoteca, acreditado mediante copia autorizada o certificación registral; el título ejecutivo propiamente dicho en el que consta la existencia de la deuda. Si la relación obligatoria ha sido formalizada mediante escritura pública o póliza, habrá de acreditarse mediante copia autorizada ejecutiva, expedida con los requisitos del art. 233 del Reglamento Notarial. Si la existencia de la obligación se constata en documento privado o depende de un pronunciamiento judicial, el título ejecutivo habría de ser judicial. Asimismo, se requerirá el documento del que resulte el saldo final líquido reclamado. Podrá ser la libreta de ejemplares duplicados, o la certificación expedida por el acreedor, siempre que medie el correspondiente convenio. El documento fehaciente del que resulte haberse practicado la liquidación en la forma convenida por las partes; y, por último, el documento que acredite la notificación del deudor y a los fiadores.

F) El documento público electrónico.

Tal y como se aventuraba anteriormente, el documento público electrónico es el fiel reflejo de lo desacompañadas que van la legislación notarial y la procesal<sup>369</sup>. De

---

acreedor o acreedores hipotecarios para proceder a ejecutar por la totalidad de la deuda garantizada, pese a que haya sido objeto de incumplimiento una pequeña parte de la misma. Ob, cit, págs. 345 y 346

<sup>369</sup> MIRA ROS reconoce que los títulos extrajudiciales que llevan aparejada ejecución son esencialmente títulos notariales. Cuando se trata de la ejecución de títulos no jurisdiccionales, el proceso tiene su punto de arranque en un documento cuya regularidad formal escapa entonces al Derecho procesal y convierte la legislación notarial en un mecanismo de integración de la normativa procesal. Sucede, sin embargo, que la conexión entre la legislación notarial y la procesal, actualmente, no está bien establecida. Y si hubiera que señalar un punto de desencuentro, quizás, el más paradigmático, sea, precisamente, el art. 517 LEC, cuando, al enumerar los títulos que llevan aparejada ejecución, formula una remisión del todo inconsecuente, por anacrónica ya, a la legislación notarial. El Derecho Notarial ha evolucionado sensiblemente tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ha habido una fusión de cuerpos (al quedar integrados los antiguos Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio Colegiados en un nuevo cuerpo único de Notarios), ha habido un extraordinario avance de las nuevas tecnologías que está

un lado, el avance de las nuevas tecnologías ha supuesto la aparición de nuevos mecanismos documentales a los que alude la legislación notarial; de otro, la legislación procesal no contempla ni por asomo la existencia del denominado *documento público electrónico* como título ejecutivo, y, en general, se ha ido quedando rezagada respecto de la realidad que imponen los cambios operados en el Derecho Notarial, que sí ha recogido expresamente los avances tecnológicos.

Es de suponer que con el tiempo el documento electrónico asuma la importancia que merece dados los tiempos que vivimos, en los que la informática y los avances tecnológicos se ponen al servicio de la denominada *sociedad de la información*. Llegado ese día, es posible que los jueces únicamente despachen ejecución con base en copias notariales electrónicas, pues constituyen un medio seguro para evitar los problemas que conlleva para el acreedor la pérdida del título obtenido, seguramente mucho tiempo antes.

No obstante, mientras esto no ocurra, y la legislación procesal sea modificada en el sentido indicado para que las copias electrónicas de documentos puedan tener virtualidad ejecutiva, la copia electrónica no tendrá incidencia en la práctica. Es más una intención que una firme realidad. Con ello, la propia legislación procesal está desaprovechando la ocasión de situarse a la altura de las exigencias que imponen las nuevas medidas legales de impulso a la productividad en la *sociedad de la información*. Se pretende, en síntesis, la plena interconexión telemática de las Administraciones Públicas, los Juzgados, el Registro, las Notarías y oficinas públicas en general. En este contexto la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos avanza en esta dirección al proclamar el derecho de estos a relacionarse con las Administraciones por vías electrónicas.

---

condicionando la actividad notarial. Multitud de leyes nuevas, como la legislación contra el fraude fiscal o el blanqueo de capitales, o sobre la firma electrónica, han dado nueva redacción en muchos aspectos al articulado de la vetusta ley del Notariado del año 1862 y sea promulgado una reforma sustancia del Reglamento Notarial que es casi un nuevo Reglamento. Como resultado de todo este movimiento legislativo de reforma se ha producido una modificación de los títulos ejecutivos, pues la pólizas que ahora intervienen los Notarios ya no circulan en original, igual que tampoco existen los asientos del Libro-registro de operaciones ni los certificados con cargo al mismo, contrariamente a la letra de ese art. 517 de la LEC. Igualmente, la fuerza ejecutiva de la primera copia de una escritura pública ya no se corresponde con el nuevo concepto de copia ejecutiva que resulta de la vigente reglamentación notarial. Pero, sobre todo, las nuevas tecnologías en el ámbito de las telecomunicaciones han permitido el desarrollo del denominado *documento público electrónico*. Con él ha cambiado la fisonomía documental del derecho Notarial. Sin embargo, la incidencia del documento notarial electrónico como título ejecutivo ni siquiera se contempla en la legislación procesal. *Los títulos ejecutivos no jurisdiccionales: la necesidad de coordinar la legislación procesal con la legislación notarial*. En *la ejecución civil: problemas actuales*, Atelier 2008, págs. 410 y 411.

Con todo, el llamado *documento público electrónico* es tan solo una copia o reproducción telemática del documento original elaborado y conservado en papel por el Notario en su archivo; hasta que los avances tecnológicos permitan sustituir ese original en papel por un soporte telemático. Por razones de seguridad, la ley impone que el circuito en el que circula esa copia sea cerrado. Por tanto, la remisión de una copia por vía electrónica exige necesariamente un destinatario que coopere en su recepción y ese destinatario o receptor, a día de hoy, únicamente puede ser otro Notario o funcionario público judicial, registral o administrativo. A los particulares interesados en un documento notarial sólo cabe remitir por vía telemática, todo lo más, una copia simple, sin firma digital reconocida, por lo que dichos particulares no podrán ser nunca destinatarios, ni estar en posesión de documentos notariales electrónicos<sup>370</sup>.

Si los avances tecnológicos a los que se alude, han determinado la aparición de nuevos documentos notariales que debidamente dotados de fuerza ejecutiva, podrían servir de fundamento a cualquier ejecución hipotecaria, es indudable que tales avances obligaran igualmente a enfocar desde nuevas perspectivas la publicidad registral. Para ALVAREZ-SALA, la Ley 24/2005 para impulso de la productividad va a significar un cambio profundo del sistema de funcionamiento de Notarías y Registros. Sin embargo, y sin perjuicio de que la digitalización del Registro va a permitir su consulta en cualquier momento<sup>371</sup> con las ventajas que ello conlleva, hay que atajar sus posibles desventajas. En este sentido, hay que garantizar la inatacabilidad del Registro frente a la piratería informática. Asimismo, hay que favorecer la protección de los datos de carácter personal, de manera que únicamente accedan al Registro aquellos datos que interesen desde el punto de vista de la publicidad registral, es decir, publicitar tan solo la parte que interesa para dar publicidad a la nueva situación jurídica de propiedad derivada de los contratos omitiendo todos los demás.

#### G) La limitada ejecutoriedad de la escritura pública.

Según se ha afirmado reiteradamente, el título ejecutivo hipotecario es el *título de crédito*, dotado de las formalidades procesales adecuadas para desplegar toda su fuerza ejecutiva. Una de esas formalidades, derivada del art. 517 de la LEC es que conste en escritura pública, siempre y cuando conste a su vez la liquidez de la deuda. No se pretende en este punto volver sobre el tema de la *liquidez* de la obligación, tan

---

<sup>370</sup> MIRA ROS, *Los títulos ejecutivos no jurisdiccionales...* ob, cit, págs. 412 y 413.

<sup>371</sup> Afirma ALVAREZ-SALA que "el registro va a estar colgado de la red". *Nuevas perspectivas de la publicidad registral*, Revista El Notario del siglo XXI, enero-febrero de 2012, nº 41.



solo aludir a lo que algunos autores consideran una clara incoherencia en nuestro sistema y un anacronismo difícil de justificar. En efecto, para GONZALEZ-CUELLAR, la exigencia de liquidez establecida en el título se ha considerado consustancial a la ejecutoriedad del documento notarial por simple inercia y apego a la tradición<sup>372</sup>. Pero la restricción de la ejecutoriedad de la escritura pública notarial a las obligaciones de dar liquidas o liquidables es discriminatoria porque coloca en mejor situación procesal al proveedor de bienes o servicios que al adquirente de los bienes o servicios, sin razón alguna que lo justifique. No hay razón, sostiene, para que la obligación de pago de un comprador de vivienda en escritura pública pueda ser ejecutada, pero no pueda acudir directamente a la ejecución forzosa con base simplemente en el título para obtener la entrega del inmueble. En definitiva, GONZALEZ-CUELLAR considera que una reforma semejante a la producida en Alemania, en donde se amplió la ejecutabilidad de la escritura pública a cualquier clase de prestación, sea de dar, hacer o no hacer, sería bienvenida en nuestra legislación<sup>373</sup>. Además, considera que la situación actual coloca en clara desventaja a la escritura pública española en el ámbito de la Unión Europea, en donde trata de asegurarse la libre circulación de resoluciones judiciales y otros títulos de ejecución, pues los títulos notariales alemanes, por ejemplo, serían perfectamente ejecutables en Alemania y España, en tanto que ciertos títulos españoles no serían susceptibles de ejecución ni en uno ni en otro país<sup>374</sup>, al estar condicionados por el presupuesto de la liquidez.

---

<sup>372</sup> “En su origen los instrumentos *confesionata o guarentigiata*, antecedentes de las escrituras públicas ejecutorias, se entendía que llevaban implícito un *mandatum de solvendo*, que inicialmente se basaba en la pena pecuniaria por el incumplimiento de la obligación que el deudor aceptaba abonar al acreedor. Abandonada tan arcaica concepción de la posibilidad de ejecutar el documento notarial, el requisito de la liquidez no puede encontrar apoyo en ella. Más relevancia ha tenido históricamente, para la subsistencia del requisito de la liquidez, el brocardo *nemo praecisi cogi potest ad factum*, el cual, aunque nunca se ha referido específicamente a la ejecución de los títulos notariales, sí ha proporcionado un confuso contexto jurídico-cultural en el que la exigencia de liquidez de la obligación, superado ya para la ejecución de títulos jurisdiccionales, ha subsistido petrificada para los extrajudiciales, como los fósiles de viejos seres marinos que se tuestan al sol en áridas montañas”. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema*. Revista El Notario del siglo XXI, julio-agosto 2011, nº 38, pág. 8

<sup>373</sup> En la RFA, la segunda Ley de Reforma de la Normativa sobre Ejecución Forzosa de 17 de diciembre de 1997 ha modificado el número 5 del apartado 1 del parágrafo 794 de la *Zivilprozessordnung*(ZPO), con el fin de ampliar la ejecución de la escritura pública a cualquier clase de prestación, de dar, hacer o no hacer, cuando sea susceptible de ser regulada contractualmente y excepción hecha de las que afecten a la subsistencia de una relación arrendaticia de vivienda, si el deudor somete la prestación delimitada en el título a ejecución inmediata. Su justificación reside en la salvaguardia de la igualdad de armas entre los contratantes, especialmente en el mercado de la promoción inmobiliaria. Ob, cit, pág. 10

<sup>374</sup> “ En la UE trata de asegurarse la libre circulación de resoluciones judiciales y otros títulos de ejecución mediante diversos textos normativos entre los que destaca el Reglamento CE 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el cual contempla los documentos públicos con fuerza ejecutiva en su art. 57.1, en virtud del cual los documentos notariales alemanes que recogen obligaciones de dar cosa específica, hacer o no hacer son ejecutables en Alemania y también en España, mientras que los documentos notariales españoles idénticos no pueden ser ejecutados en España ni tampoco en Alemania, lo que coloca en situación de desventaja competitiva al Notariado español, sin causa alguna que lo justifique. Ob, cit págs. 11 y 12

H) La ejecución hipotecaria sin título ejecutivo.

Tal y como viene afirmándose una y otra vez, el fundamento de todo proceso de ejecución es el título ejecutivo; dicho fundamento se expresa en el aforismo *nulla executio sine titulo*. En definitiva, sin título, sencillamente no puede existir proceso de ejecución, pues la presentación formal y el contenido del título son presupuestos esenciales del procedimiento cuya concurrencia debe examinar el tribunal de oficio antes de admitir a trámite la demanda de ejecución.

Ahora bien, la confusión doctrinal existente entre *título de crédito* y *título inscrito* ha suscitado la duda de si con base únicamente en la inscripción, cabe acudir al procedimiento ejecutivo. Desde aquí se niega tal posibilidad habida cuenta que sostenemos que el título ejecutivo lo es el de crédito, revestido con las formalidades exigidas en la ley procesal para gozar de fuerza ejecutiva.

El problema, sin embargo, se suscita en torno a aquellos supuestos en que la hipoteca se constituye en garantía de una deuda preexistente o de una deuda futura. Esta deuda asegurada con una hipoteca posterior o anterior válidamente establecida puede no resultar de un documento público, sino de un documento privado. En este punto, sostiene MIRA ROS que no nos hallamos ante una hipótesis de laboratorio, antes al contrario, la hipoteca en garantía de deudas derivadas de documento privado es harto frecuente cuando se trata de macro operaciones financieras formalizadas en el extranjero, a partir de contratos marco entre bancos y empresas multinacionales que imponen a sus sociedades filiales la obligación de constituir hipoteca sobre inmuebles situados en sus respectivos países, en garantía de las obligaciones asumidas por sus sociedades matrices.

Otro supuesto que iría en la misma dirección es el de la hipoteca naval que podrá constituirse, según el art. 3 de su ley reguladora, por documento privado que firmen los interesados o sus apoderados.

Por último, pueden plantearse igualmente dudas en los casos en que el importe de la responsabilidad hipotecaria afectante a una pluralidad de fincas se distribuye entre ellas mediante documento privado. DIAZ CADORNIGA define la distribución de la responsabilidad hipotecaria como el acto en cuya virtud se procede a la fijación de la parte de crédito de que deba responder cada una de las fincas cuando sean varias las que se hipotequen a la vez en garantía de un solo crédito, o cuando la finca

hipotecada se divida en dos o más, o se segregue de ella alguna parte. La distribución, así definida está sujeta a la exigencia general de documentación pública, si bien el art. 216 del Reglamento Hipotecario<sup>375</sup> introduce una excepción, para muchos injustificable<sup>376</sup>, cuando se refiere a la solicitud que los interesados pueden presentar al Registrador acerca de la distribución efectuada.

Por su parte, JIMENEZ PÉREZ acentúa el carácter de negocio jurídico bilateral de la distribución de responsabilidad hipotecaria, tal y como hace la propia Ley Hipotecaria, que en el art. 123<sup>377</sup> enfatiza que voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor.

La solicitud a que alude el art. 216 del Reglamento Hipotecario no deja de ser un documento privado que presentan los interesados y aunque se firme o ratifique ante el Registrador, o un Notario legitime las firmas, seguirá siendo un documento estrictamente privado y, como tal, sin virtualidad ejecutiva alguna. Sostiene, en este sentido, DE LA PUENTE ALFARO que la instancia privada a que se refiere el art. 216 del Reglamento no tiene otra virtualidad que aclarar o rectificar la previa distribución hipotecaria realizada en documento público siempre que la aclaración o rectificación no sea de tal calibre que exija una nueva declaración de voluntad, en cuyo caso es preciso el otorgamiento de escritura pública o sentencia judicial.

En todos estos casos en que la deuda garantizada con hipoteca no puede ser exigible directamente por vía ejecutiva, al faltar su fundamento esencial, es decir, el título ejecutivo, el acreedor habrá de acudir al juicio pertinente a fin de obtener el pronunciamiento jurisdiccional que confirme la existencia de la deuda garantizada. Será este último, el título que habilite para acudir al juicio ejecutivo donde la traba preconstituida a modo de hipoteca dispensará de tener que decretar embargo alguno, por ser innecesario y no añadir nada a la traba privilegiada que supone la garantía real<sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup> Cuando afirma: "...No se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas. La misma norma se aplicará a las inscripciones de censos y anticresis. Lo dispuesto anteriormente no será de aplicación a las anotaciones preventivas...".

<sup>376</sup> DIAZ CADORNIGA lo califica de flagrante exralimitación legal, *La peligrosa distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado*. [www.groups.google.es/group/levante-notarial](http://www.groups.google.es/group/levante-notarial).

<sup>377</sup> "Si una finca hipotecada se dividiera en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor

<sup>378</sup> MIRA ROS, *Un nuevo enfoque...*, ob, cit, pág. 16.

I) Carácter ejecutivo del documento privado de mediación.

Recientemente, ha sido publicado en el BOE<sup>379</sup> el Real Decreto- Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La norma resulta de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. Traemos a colación esta normativa reciente, pues contempla de forma expresa la ejecución de los acuerdos de mediación, si bien, de forma distinta, afortunadamente, a cómo se recogía en el proyecto inicial. En efecto, en el Proyecto de Ley se establecía expresamente que el acuerdo de mediación tendría plena eficacia ejecutiva y sería título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañara copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento.

Ante los términos en que se pronunciaba el Proyecto de Ley de Mediación en este punto, se alzaron voces en contra de la referida disposición. Así, TORRES ESCAMEZ<sup>380</sup> afirmó que con ello se alteraba de una manera muy importante y errónea los principios en que se basa nuestro sistema procesal. En éste, los efectos extraordinarios que produce el título ejecutivo tienen su fundamento en lo que se denomina *título de calidad*: la escritura pública o la sentencia judicial. Pero con el artículo proyectado, aventuraba este autor, se iba a producir una fisura del sistema, pues resultaba directamente ejecutivo el documento privado realizado con intervención del mediador.

De la crítica parece que se hizo eco el legislador, pues en el texto finalmente aprobado y publicado en el BOE se contempla el carácter ejecutivo del acuerdo pero previa su elevación a escritura pública, con lo que se opta por mantener la esencia de

---

<sup>379</sup> 6 de marzo de 2012 y corrección de errores de 16 de marzo.

<sup>380</sup> TORRES ESCAMEZ sigue diciendo: "...No parece suficiente para evitar esos inconvenientes la vaga referencia que hace el art. 29 del Proyecto ("no podrán ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho"), que, además, de ser demasiado abstracta, llevaría, si se interpreta correctamente, a una implicación más profunda de los Tribunales, que es precisamente lo que trata de evitar la mediación. Para decirlo de una manera muy clara y muy simple: el acuerdo no puede ser ejecutivo si no tiene control de legalidad. Si de lo que se trata es de aliviar la sobrecarga de los Tribunales, ese control sólo puede ser notarial....La correcta interpretación del art. 6.1 de la Directiva Comunitaria 2008/52("Los Estados miembros garantizaran que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación"), sólo puede ser en el sentido de que los Estados miembros que no tengan previsto en su sistema un procedimiento ejecutivo de los acuerdos deberán implantarlo. Pero esto no sucede en aquellos otros que contemplan la homologación judicial o la escritura notarial ejecutiva". *Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación)*. Revista el Notario del siglo XXI, julio-agosto 2011, nº 38, págs. 34 y 35.

nuestro sistema procesal en el que la ejecución se apoya siempre en documentos sometidos a control de legalidad, sea el del juez, sea el del Notario<sup>381</sup>. Concretamente, el Real Decreto-Ley 5/2012 distingue, de un lado, que las partes puedan elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación, que será título ejecutivo; de otro, cuando el acuerdo se haya alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciarse un proceso judicial, las partes podrán solicitar del Tribunal su homologación conforme lo dispuesto en la LEC. El Auto que apruebe u homologue el acuerdo de mediación es título ejecutivo<sup>382</sup>

### III. EL OBJETO ACCESORIO DE LA PRETENSIÓN EJECUTIVA: LA HIPOTECA COMO INSTRUMENTO DEL PROCESO.

Elemento accesorio que también forma parte del objeto de la tutela ejecutiva hipotecaria es el de la hipoteca. El cumplimiento de la obligación, tal y como ya se ha tenido ocasión de afirmar, es elemento principal; el pago, es decir, el cumplimiento por parte del deudor, es lo que persigue primordialmente el proceso de ejecución hipotecaria<sup>383</sup>. Este proceso ha de basarse inexorablemente en un título ejecutivo<sup>384</sup>

---

<sup>381</sup> Estipula el art. 25 del Real Decreto-Ley, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: "1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará ante un Notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. 2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el Notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en este real decreto- ley y que su contenido no es contrario a Derecho..."

<sup>382</sup> Hasta el presente Real Decreto-Ley 5/2012, el legislador distinguía entre títulos ejecutivos judiciales o arbitrales, y títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales. De esta forma, el auto que apruebe u homologue el acuerdo de mediación se habría incluido en el primer grupo, mientras que la escritura pública del acuerdo de mediación se habría incluido en el segundo. El único problema, sostiene MART.IN PASTOR, para esta solución habría estado representado por el art. 520 de la LEC, que, al regular la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales, establece la que la única clase de prestación que pueden incorporar estos títulos es la prestación dineraria, mientras que los acuerdos de mediación elevados a escritura pública pueden incluir prestaciones de otra clase. A su juicio, para salvar este escollo se podría haber matizado, tras su correspondiente modificación, que los acuerdos de mediación pudieran incorporar prestaciones tanto dinerarias como de otra índole. Sin embargo, no ha sido esta la opción del legislador que se ha decantado por equiparar o asimilar, a todos los efectos, los diferentes acuerdos de mediación, tanto los aprobados u homologados por el Tribunal como los elevados a escritura pública por el Notario, a los títulos ejecutivos judiciales o arbitrales, con el objeto de potenciar esta forma extrajudicial de solución de controversias. De esta forma, tras el RDL 5/2012 en materia de títulos ejecutivos hay que distinguir entre los títulos judiciales, los arbitrales y los acuerdos de mediación elevados a escritura pública; y los títulos ejecutivos distintos de los anteriores. MART.IN PASTOR, *La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-Ley 5/2012*, Diario La Ley nº 7862, 21 de mayo de 2012.

<sup>383</sup> Con carácter general para todo proceso de ejecución afirma GUTIERREZ DE CABIEDES: "la finalidad del proceso de ejecución es la satisfacción coactiva del crédito del acreedor aun en contra de la voluntad del deudor y a costa de sus bienes. Esta finalidad en si no tiene una naturaleza jurídica. La tiene el acto terminal del proceso de ejecución que cumple esta finalidad: el pago. Ahora bien, el pago es físicamente imposible sin bienes con que pagar y, una vez obtenidos estos, no presenta problema jurídico alguno ya que entonces aparece solamente el problema del destino de los bienes; destino que previamente está incontestablemente fijado por la sentencia de condena o por otro título ejecutivo idóneo. El primer acto del proceso de ejecución (embargo) es un medio (traba de los bienes) para el cumplimiento del fin (pago). Es simplemente un acto instructorio al servicio del fin esencial de la ejecución. Por lo tanto, para este autor embargo y enajenación son instructoras o servidoras de la última (pago). La enajenación sería la etapa

que le sirve de fundamento (sólo es título ejecutivo el de crédito). Y, por último, en todo ese entramado, la hipoteca es el soporte instrumental que sirve para cumplir con la finalidad prioritaria del proceso ejecutivo. En definitiva, es el medio necesario, el instrumento para conseguir que el acreedor satisfaga su derecho de crédito. Este innegable carácter instrumental de la hipoteca con respecto al proceso de ejecución se ha preconizado también en relación con el derecho hipotecario y el Registro de la Propiedad<sup>385</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio, es innegable que la instrumentalidad de la hipoteca respecto del proceso ejecutivo opera, si cabe, con una fuerza contundente, pues en el contexto ejecutivo actúa como pieza angular de la realización del bien.

Tanto es así que la hipoteca podría definirse desde dos perspectivas distintas: de un lado, en el plano sustantivo, es un derecho real de garantía, sin perjuicio de las voces que la definen como contrato al considerar un auténtico lastre conceptual su definición como derecho real<sup>386</sup>; de otro, en el plano procesal, que es precisamente el

---

procesal esencial o culminante del proceso de ejecución....*La enajenación forzosa*, universidad de navarra, 1966, págs. 16 y siguientes.

<sup>384</sup> CARRERAS alude a la trascendencia del título ejecutivo en cualquier proceso de ejecución, vinculándola a la propia importancia del proceso ejecutivo como tal. Afirma este autor: “ La trascendencia del proceso de ejecución, que obra sobre el patrimonio del ejecutado, exige que para que el juez pueda sustituir la conducta de aquel se requiera la presentación, al ejercitar la acción ejecutiva, de un título, cuya regularidad formal deberá ser examinada de oficio por el juez para iniciar el proceso. El título ejecutivo, consistente en un documento que debe acompañarse a la demanda ejecutiva, cumple la función esencial de determinar la legitimación activa y pasiva de las partes en el proceso de ejecución y la causa de que la sanción pueda actuarse. No engendra tanto la acción ejecutiva, cuanto la potestad pública del ejecutor para superponerse a los derechos subjetivos del responsable ejecutado. *El embargo de bienes*, Bosch, 1957, págs. 67 y 68.

<sup>385</sup> TENA ARREGUI habla del carácter instrumental del derecho hipotecario en función de su objeto fundamental que no es otro que el Registro de la Propiedad, el cual surge en España como un instrumento al servicio del crédito territorial, es decir, de las hipotecas. Ya el objetivo básico de la Ley de 1861 era crear un instrumento capaz de dar publicidad a este tipo de garantía real. Para que el Registro fuera un instrumento adecuado de publicidad, debía apoyarse en dos patas inescindibles: especialidad y fe pública. Especialidad por cuanto la publicidad está reñida con la generalidad y la indefinición. La hipoteca sólo es pública en cuanto esté inscrita en el registro con individual expresión de la finca a que afecta y la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad. Y lo mismo cabe decir del resto de los derechos reales. Fe pública, en cuanto que la publicidad sólo tiene verdadero sentido si lleva anudada una sanción a la clandestinidad. es necesario arbitrar un medio que permita al acreedor confiar en que lo que el Registro publica es la verdad al menos en lo que afecta a sus intereses. *Hacia un nuevo derecho hipotecario, estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, ob, cit, pág. 9 y siguientes.

<sup>386</sup> En ocasiones, pone de manifiesto MORALEJO IMBERNÓN, resulta difícil separar la vertiente de contrato de la garantía hipotecaria. El contrato de hipoteca está reconocido en el art. 138 LH como fuente de las llamadas hipotecas voluntarias, que son aquellas que surgen con el consentimiento del constituyente del gravamen, sea por convenio con el acreedor (contrato de hipoteca) o por acto unilateral seguido de la aceptación de éste (hipoteca unilateral). Bajo el encabezamiento *De los contratos de hipoteca, prenda y anticresis*, el Título XV del Libro IV del Código Civil dedica unas disposiciones comunes a estos contratos (arts. 1857 a 1862), seguidas de un articulado propio para cada uno de ellos en el que se entremezclan aspectos puramente contractuales con el régimen de estos derechos reales de garantía (arts. 1874 a 1880 CC), tal y como sucede también con la regulación contenida en los arts... 104 a 137 (*De la hipoteca en general*), y 138 a 157 LH (*de las hipotecas voluntarias*). La primera dificultad que surge, pues, a la hora de examinar esta normativa será la de descifrar cuándo el legislador se está refiriendo a requisitos del contrato de hipoteca y cuando a los de constitución de la garantía, en materia, por ejemplo, de capacidad de las partes o de forma del contrato y/o derecho. El lastre que supone además el tratamiento doctrinal habitual de la hipoteca como derecho real, basado en la exégesis de un texto normativo, el Título XV del Libro IV Código Civil que, pese a su encabezamiento, incide más en la

que nos interesa, es un instrumento clave del proceso, que sirve para asegurar la finalidad de realización del crédito en cuanto traba privilegiada y/o solución alternativa al embargo, más eficaz y directa que este último.

#### 1) Naturaleza jurídica de la hipoteca: la hipoteca como derecho real.

La hipoteca, en cuanto medio para adquirir propiedades inmobiliarias, sin perjuicio de otras figuras alternativas<sup>387</sup>, entre ellas la permuta<sup>388</sup>, ha sido y sigue siendo en la actualidad, a pesar de la crisis económica<sup>389</sup>, el instrumento de garantía más utilizado en el tráfico jurídico. Su empleo como tal se generalizó a finales del siglo XX y experimenta en el siglo XXI un auge espectacular coincidiendo con el desarrollo del

---

construcción de la garantía, quizá por influencia de la legislación hipotecaria anterior, todavía complica más nuestra labor. Así, contienen excepcionales referencias al negocio constitutivo los arts. 1857-1858 CC, sobre los requisitos esenciales del *contrato de hipoteca*, que en realidad terminan refiriéndose a la garantía; o los arts. 1861 y 1874 CC, en relación con la *causa y el objeto del contrato de hipoteca*. Dentro de la legislación hipotecaria es todavía más infrecuente la mención al origen contractual de este gravamen (107.7º LH), aunque en ocasiones esta referencia deba entenderse implícita en el término genérico de *título* (en sentido material): art. 159 LH”.

<sup>387</sup> Afirma NAVAS “en nuestro país la dependencia del mercado inmobiliario del crédito hipotecario ha sido y es colosal. Una restricción del crédito supone una caída vertiginosa en las ventas. Pero, como en otras situaciones, de la necesidad se hace virtud y enseguida la sustitución de una institución coyunturalmente inoperante, la compraventa seguida del préstamo hipotecario, por otra que diera satisfacción a la necesidad de adquirir y transmitir la vivienda, la permuta, se hizo visible. ...Otra posibilidad cada vez más frecuente en la práctica es que el comprador entregue al promotor un inmueble de segunda mano para poder comprarse una vivienda de nueva construcción. Esta entrega suele formalizarse como una operación previa de compraventa cuyo precio se destina a la compra de la nueva vivienda....” *Una alternativa a la hipoteca*, Revista Escritura Pública, nº 60, noviembre-diciembre 2009, pág. 33.

<sup>388</sup> “...La permuta ha sido siempre una práctica habitual en el sector inmobiliario. Es relativamente frecuente que el titular de un solar lo entregue a un promotor a cambio de la entrega de futuras edificaciones como viviendas, locales comerciales y garajes. Lo novedoso ahora es que el intercambio de inmuebles está cobrando protagonismo entre particulares ante el escaso dinamismo que desde hace un par de años tiene la compraventa en el mercado inmobiliario. No se trata de una opción masiva, pues según los datos del Instituto Nacional de Estadística, las permutas apenas representan el 10 por ciento del total de las transmisiones inmobiliarias, pero en las actuales circunstancias muchos empiezan a considerarlas como una clara alternativa....El artículo 1538 del CC define la permuta como *un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra*. La principal diferencia con la compraventa es que en ésta se cede una cosa a cambio de un precio establecido en dinero. Cuando se intercambian dos inmuebles, podemos encontrarnos con que ambos tienen el mismo valor o, más probablemente, que el valor de los inmuebles no coincide y sea necesario compensar con dinero la diferencia. En éste último caso, hablaremos de permuta cuando la cantidad dada en dinero no supere al valor del dinero aportado. De lo contrario, se considerará una compraventa....El hecho de que una las dos viviendas intercambiadas tengan una hipoteca no supone ningún inconveniente para formalizar la operación, pero sí es fundamental conocer de antemano el importe de ese préstamo y la condiciones en las que ha sido contratado. A partir de ahí, cada titular valorará si le conviene subrogarse, crear una nueva hipoteca o simplemente cancelarla. Son muchas las razones para decantarse por una permuta inmobiliaria pero en este momento gran parte de los interesados lo hacen porque no pueden hacer frente a sus hipotecas. ¿Y si en lugar de vender su vivienda la permuta?, Revista Escritura Pública, nº 60, noviembre-diciembre 2009, págs. 30 a 32.

<sup>389</sup> Para SERRANO ALONSO son muchas las causas que han propiciado la crisis económica, en el ámbito del sector inmobiliario, pero, entre ellas destacan la conducta temeraria de las entidades de crédito que se manifiesta en un doble sentido: sobrevalorando las viviendas entregadas en garantía hipotecaria por encima de su valor real y la concesión de préstamos por importe superior al valor real del inmuebles y apersonas sin medios económicos suficientes para hacer frente a la devolución de las cantidades recibidas. *Conceptos fundamentales del Derecho Hipotecario*, Edisofer, Madrid, 2009, pág. 141.

sector inmobiliario<sup>390</sup>. Ello es así toda vez que se viene empleando como el instrumento esencial para la adquisición de vivienda, aunque esta última afirmación no es del todo correcta según FERNANDEZ SEIJO. Asevera el Magistrado: “no es correcto afirmar que el préstamo con garantía hipotecaria ha sido el modo habitual en que los ciudadanos han accedido a la propiedad de sus viviendas. Esa afirmación es correcta si se circunscribe a los últimos 10 ó 15 años, pero desde una perspectiva histórica más amplia puede afirmarse que los ciudadanos españoles tuvieron serios obstáculos para poder acceder a estos sistemas de financiación por la volatilidad de los intereses aplicados, que han sido tradicionalmente muy elevados....”<sup>391</sup>.

En sentido opuesto se pronuncia MATEOS FERRES, quien, confirmando la tendencia española a hacer de la hipoteca el medio habitual de adquisición, no ya de inmuebles, sino de viviendas, afirma que España es un país de propietarios de inmuebles<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup> Actualmente, sin embargo, tal y como recuerda NAVAS la actividad inmobiliaria es menos que mínima, no se construye ni siquiera el número de viviendas necesario para cubrir las previsiones de creación de hogares como constante indicadora de largo plazo para la previsión de las necesidades habitacionales”. Ob, cit, pág. 33.

<sup>391</sup> Sigue diciendo FERNANDEZ SEIJO: “...Sin ir más lejos a principios de la década de los 80 del siglo pasado era habitual que los préstamos hipotecarios tuvieran intereses remuneratorios superiores al 12-15%, de ahí que no todas las economías familiares pudieran arriesgarse a estas fórmulas de financiación en préstamos a largo plazo. Hasta que no se estabilizan los tipos de interés, a lo largo de los años 90 del siglo pasado, el préstamo hipotecario era muy costoso. Tampoco es cierto que la población española estuviera especialmente obsesionada por el acceso a la propiedad de la vivienda. Nuestra legislación arrendaticia hasta el año 1985 era muy favorable al arrendatario, habilitando contratos de alquiler indefinidos y sometidos a rígidos instrumentos de actualización de la renta. No es hasta el “Decreto Boyer”, liberalizador del mercado arrendaticio erradicando los contratos indefinidos, y hasta la derogación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cuando los ciudadanos dejan de considerar el alquiler como un instrumento estable y seguro, y se ven abocados a la compra, entre otras razones porque junto con los bajos tipos de interés, los incentivos fiscales a la compra determinaron que fuera más económico comprar con el amparo de un préstamo a largo plazo que alquilar una vivienda. Por lo tanto, la “locura” inmobiliaria española se debe fundamentalmente a razones de política legislativa que se producen a los largo de dos décadas: desde 1983 hasta 2007, ya que la ley del Mercado Hipotecario a finales de 2007 introdujo algunos límites al acceso a estas fórmulas de financiación”. *La aparente rigidez del procedimiento hipotecario*, Revista del CGAE Abogados, nº 73, abril 2012, pág. 17. Por su parte, LASART.E afirma que la creación de la hipoteca en su configuración contemporánea ha sido posiblemente la institución jurídica que en menor tiempo ha obtenido un triunfo más esplendoroso y un éxito continuado e *in crescendo*. Para este autor la importancia real de la hipoteca posiblemente sea incalculable pero resulta indudable su tremenda importancia para la mayor parte de los ciudadanos y para el Jurista. Ob, cit, pág. 51.

<sup>392</sup> “El mercado español es, a diferencia de otros mercados europeos, un mercado con una clara y marcada tendencia a la propiedad, en el que los ciudadanos optan prioritariamente por la adquisición en propiedad de su vivienda desechando otras formas alternativas de utilización de la vivienda tales como el arrendamiento. Esto obedece a que sociológicamente está muy enraizado el hecho de adquirir en propiedad la vivienda que habitamos. Tanto es así que si en algunos países como Alemania o Suiza, un 50 o 60 % del censo de viviendas están alquiladas, en nuestro país difícilmente, dependiendo de la Comunidad Autónoma en cuestión, se alcanza el porcentaje del 10%. Las razones son muchas y muy variadas, partiendo de la mencionada conciencia social y terminando por las escasas medidas de fomento del alquiler y, en cambio, las repetidas reducciones fiscales por la compra de vivienda, entre otros muchos factores. *Protección al consumidor en la compraventa de viviendas y su financiación: derecho a la información, transparencia y equilibrio contractual, en el ámbito de la contratación bancaria*. Revista Abogacía, nº 0/Octubre 2008.



Por su parte, ALVAREZ-SALA confirma la relevancia cuantitativa de la hipoteca, pues casi todas las inscripciones que tienen lugar en el Registro de la Propiedad lo son de dominio o de hipoteca, siendo esporádicas las de derechos como el usufructo, la servidumbre o el de superficie. El embargo merece también cierta atención especialmente a consecuencia de la crisis económica, pero lo cierto es que por algo la Ley Hipotecaria se llama de tal manera, en definitiva, por el interés que concentra en dicho texto legal. Para este autor la hipoteca sigue teniendo una importancia capital no solo desde el punto de vista dogmático, sino también en el ámbito práctico<sup>393</sup>.

Sea como fuere, sin negar que en los últimos años ha existido abundancia de préstamos hipotecarios como medio para la adquisición de vivienda en propiedad, tal y como pone de manifiesto LASARTE, resulta extraordinariamente difícil extraer una definición legal de hipoteca, a tenor de los términos en que se pronuncia el Código Civil y la propia Ley Hipotecaria<sup>394</sup>. Para llegar a una noción legal resulta común acudir al análisis exegético de dos preceptos ubicados en sendos textos legales, el artículo 104 de la LH y el 1876 del CC<sup>395</sup>. Ambos artículos tienen exactamente el mismo contenido y, más que ofrecer una definición positiva de la hipoteca, exaltan una de sus

---

<sup>393</sup> Afirma en este sentido ALVAREZ-SALA: “La gran masa de inscripciones son de dominio pero, sobre todo, muchas más todavía, de hipoteca, pues el propietario sólo vende una vez, pero puede hipotecar muchas veces y ampliar o modificar y novar esa hipoteca repetidamente. Las servidumbres, el usufructo, los contratos de opción, en fin, todos los demás derechos reales tienen frente a la hipoteca una importancia, en términos cuantitativos, casi irrisoria. No por otra cosa la ley que regula el Registro de la Propiedad se llama, por eso, hipotecaria. De modo que cuando hablamos de hipoteca, hablamos del asiento más frecuente en los Registros de la propiedad, es decir, de lo que constituye el principal factor de actividad de los registradores de la propiedad, también de los Notarios, pero, sobre todo, mucho más aún, de los registradores. *Una hipoteca para tiempos de crisis*. [www.upilex.es](http://www.upilex.es), 18 de enero de 2012.

<sup>394</sup> Sobre esta dificultad y la brevedad con que afronta la cuestión el Código Civil, LASARTE afirma que “asombra a cualquiera la extraordinaria brevedad del articulado dedicado a unas de las instituciones fundamentales del tráfico económico y, por lo tanto, de las relaciones jurídicas. El Código, en efecto, sólo dedica a la hipoteca siete artículos (1874 a 1880). Sin embargo, dicha circunstancia normativa es engañosa y requiere considerar que si los redactores del Código así actuaron lo hicieron porque el retraso en su publicación (1889) había traído consigo que muchos años antes (1861) hubiera de dictarse una Ley Hipotecaria que instauraba un verdadero sistema de publicidad inmobiliaria en beneficio del crédito territorial y, por consiguiente, de la dinamización económica de la sociedad del siglo XIX. La parca regulación del Código Civil, pues, es sólo un trasunto compendiado y extraordinariamente resumido de las características del Derecho hipotecario y del sistema registral inmobiliario instaurado por la Ley hipotecaria ya vigente, en los que naturalmente la institución de la hipoteca representaba el objeto fundamental de regulación. Por ello el artículo 1880 del Código Civil se cura en salud y efectúa una remisión en bloque a la Ley Hipotecaria preexistente y cuya vigencia, por si alguna duda cupiere, se encarga de ratificar el propio Código.....”.

<sup>395</sup> “El art. 1876 del CC atribuye de un poder de realización del objeto directamente al acreedor para la satisfacción del crédito que garantizaba, la llamada acción real. Establece también el efecto *erga omnes* que tiene la hipoteca, pues cualquiera que sea el poseedor del objeto está sujeto al *ius distrahendi* del acreedor. Del mismo se deduce el carácter accesorio de la hipoteca; está al servicio de un crédito para garantizar su satisfacción, no de cualquier crédito sino sólo de aquel para cuya seguridad fue constituida. Bajo esta indiscutible naturaleza de la hipoteca se ha de concluir que no afecta a su vigencia las incidencias que ocurran en las titularidades del crédito o del patrimonio”. (STS 30 de diciembre de 2002). Por su parte, la STS 26 de enero de 2007 afirma “los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1876 del Código Civil que dicen lo mismo y no hacen sino proclamar la idea básica de la hipoteca que es la afectación real del bien inmueble al cumplimiento de la obligación que garantiza, cualquiera que sea el poseedor de los mismos”.

características más importantes, (reipersecutoriedad) mientras que otras notas distintivas hay que buscarlas en diferentes preceptos (como la inscripción constitutiva en el art. 1875 del CC).

Así las cosas, LASAR.E, después de proclamar la dificultad de formular una definición de hipoteca con base en los textos positivos, no renuncia a ofrecer la suya propia y lo hace de este modo: “derecho inscrito en el Registro de la Propiedad que otorga la sujeción inmediata de ciertos bienes inmuebles ajenos que, continuando en posesión de su dueño, quedan afectos en garantía al cumplimiento de una obligación principal y eventualmente a su venta o adjudicación en subasta pública”<sup>396</sup>.

En el plano sustantivo<sup>397</sup>, por consiguiente, no vamos a negar su consideración de derecho real de garantía, pues la doctrina mayoritaria afirma su naturaleza de garantía real (ROCA SASTRE, ALBALADEJO, O’CALLAGHAN, LASARTE, entre otros). Ahora bien, frente a la doctrina mayoritaria que define la hipoteca como un derecho real, menester es recordar que también hubo “voces” que negaron esta naturaleza jurídica, y no únicamente entre quienes sostuvieron una postura procesalista, sino civilistas como DE LA CAMARA, a cuyos argumentos se aludirá más adelante<sup>398</sup>.

Cuestión distinta sería la de plantear la necesidad de reconsiderar esta naturaleza jurídica del mismo modo en que ya lo hicieron eminentes procesalistas (FENECH, CARNELUTTI) que, no obstante, perdieron la “batalla” frente a los civilistas. En este sentido, ALVAREZ-SALA afirma la certeza de que la construcción dogmática de la hipoteca no ha cambiado, pues su naturaleza jurídica se sigue explicando igual que siempre, pero cabría preguntarse hasta qué punto tal doctrina es correcta o equivocada<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> *Derechos reales y derecho....*, ob, cit, págs. 47 y 48.

<sup>397</sup> En este plano, también hay quien define la hipoteca como un acto jurídico sustantivo que crea un derecho real de garantía que se constituye voluntariamente para respaldar obligaciones propias o de terceros. HERENCIA ORTEGA, *Una segunda hipoteca, ¿puede ser exigida en el mismo proceso de ejecución de garantías que ejecutó la primera hipoteca?*, [www.gacetajuridica.com](http://www.gacetajuridica.com)

<sup>398</sup> Recuerda DE LA CAMARA que, en efecto, la concepción tradicional de la hipoteca define a esta figura jurídica en la esfera de los derechos reales. Sin embargo, para la doctrina moderna la hipoteca más concretamente, sin dejar de ser un derecho real, lo es de realización del valor en la medida que recae sobre una fracción del valor en cambio de la cosa hipotecada. Generalmente unida a una obligación personal, viven en ocasiones independiente de la misma e incluso puede existir sin que exista relación crediticia alguna. Ello no obstante, también alude DE LA CAMARA a la teoría que define la hipoteca como obligación *propter rem* que si bien no tuvo mucho predicamento en el seno de la doctrina, tuvo valiosos defensores como COSACK o GIERKE. *Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real*. Revista de Derecho Privado, Tomo XXXIII, nº 386, Mayo de 1949, pág. 378.

<sup>399</sup> Considera ALVAREZ-SALA que el problema se deja ver en la práctica misma. A su juicio no hay nada más confuso que el modo en que una hipoteca debe asentarse hoy en el Registro. Nunca ha habido tanto

Fiel, en todo caso, a la consideración tradicional de la hipoteca, concretamente, ROCA SASTRE<sup>400</sup> la definió en estos términos: " *un derecho real que, ya de momento, sujeta lo hipotecado cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral, y grava bienes inmuebles, ajenos, enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular* <sup>401</sup> .

La consideración de la hipoteca como derecho real de garantía exige aludir a una serie de caracteres:

A) La hipoteca como derecho real de realización del valor.

La hipoteca se configura como un derecho real de realización del valor en la medida en que atribuye a su titular una facultad de poder inmediato sobre su objeto que se puede hacer valer frente a todos; confiere a su titular lo que en términos latinos se conoce como *ius persecuendi*, y el *ius prioritatis*. El primero autoriza a perseguir el bien con independencia de quien sea el titular de ese bien en cada momento, en el entendimiento de que no lo hace directamente sino instando la actuación ejecutiva de los tribunales de Justicia; el segundo, garantiza la preferencia jurídica en la satisfacción de su derecho. Asimismo, su naturaleza real deriva de la sujeción directa e inmediata de los bienes sobre los que se impone y en la oponibilidad *erga omnes*<sup>402</sup>.

---

desconcierto sobre cuál deba ser la extensión o contenido del asiento, qué cláusulas son inscribibles o no, ni qué valor tenga lo inscrito o lo dejado de inscribir. A la vista del nuevo art. 12 LH, tras su reforma de 2007, no se sabe ya si el registrador inscribe o transcribe, ni si lo que el asiento pública sobre un préstamo hipotecario tiene valor de mera noticia o, por el contrario, una enorme eficacia jurídica. *Una hipoteca para tiempos de...*, ob, cit.

<sup>400</sup> *Derecho hipotecario*, 8ª edición, Tomo VII, Barcelona 1998, pág. 109.

<sup>401</sup> La definición legal la encontramos en el art. 1876 del CC y 104 de la Ley Hipotecaria que de forma descriptiva establecen que *la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*. Por su parte, en esa misma línea, la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 2009 declaró que *la hipoteca sujeta directamente e inmediatamente los bienes sobre que se impone, erga omnes, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida y subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados*.

<sup>402</sup> El carácter real de la hipoteca ha sido reconocido reiteradamente en la Jurisprudencia, entre otras, en Sentencias de 18 de septiembre de 2007, 4 de mayo de 2007 y 26 de noviembre de 2008. En cualquier caso, han sido tantas las Sentencias que han proclamado el carácter de derecho real de la hipoteca que su cita resulta ociosa, además de poco operativa. Tal consideración proviene de la Ley hipotecaria de 1861 en cuya Exposición de motivos no hay lugar para la duda, al recoger el siguiente argumento: "Ha creído la Comisión que debía escribir una vez más en las leyes que la hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de obligaciones a que sirve de garantía y que sigue a la cosa hipotecada cualesquiera que sean las manos a que pase y a pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave".

Todo ello porque la hipoteca busca en el bien hipotecado su valor en cambio para vincularlo a la seguridad de un crédito y, en su caso, realizarlo para la venta, haciéndose pago con el dinero que resulte. La cosa está destinada a este fin de puesta a disposición del acreedor, que entraña el doble juego de dejar vinculado su valor a la seguridad del crédito, y de atribuir al acreedor la facultad de realizar tal valor mediante la enajenación. Como se verá más adelante, CARNELUTTI rebatió estos argumentos al afirmar que el acreedor lo único que puede hacer es accionar para que los órganos de ejecución coactiva (a la sazón, los órganos jurisdiccionales) le hagan percibir la suma de dinero acreditada. Mucho antes tales argumentaciones también fueron puntualizadas por PLANIOL, RUPERT y BECQUÉ, autores que no cuestionaron la doctrina clásica que concebía la hipoteca como un derecho de realización del valor, pero sí observaron, entendemos que con acierto, que la hipoteca no permite al acreedor obrar materialmente sobre la cosa, como lo haría en virtud de los derechos reales ordinarios de propiedad, servidumbre o de usufructo, sino que es una especie de puesta en acción de ese derecho. En definitiva, el acreedor precisa de la intervención judicial para *realizar el bien objeto de la hipoteca*, luego, por tanto, ésta última debe tener la misma naturaleza que se confiera a la ejecución forzosa<sup>403</sup>.

#### B) La hipoteca como derecho de garantía de constitución registral<sup>404</sup>.

Es indispensable la constancia registral de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; tanto es así que si no existe tal constancia, tampoco existirá la hipoteca, pues la inscripción en el Registro es determinante del nacimiento o constitución de la garantía. Así lo estipula el art. 1875 del CC cuando reconoce: "...es indispensable, para que la hipoteca queda válidamente constituida que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la propiedad". Asimismo, lo anterior queda

---

<sup>403</sup> *Estudios sobre las garantías reales*. Montecorvo, Madrid, 1973.

<sup>404</sup> Señala GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA la diferencia entre inscripción declarativa e inscripción constitutiva. Partiendo de la base de que la inscripción de los derechos reales en un Registro específico, es práctica común y generalizada en todos los sistemas registrales, la diferencia estriba en que algunos sistemas optan por un tipo de inscripción que genere simplemente efectos declarativos, en cuanto se limita a proclamar la existencia de una situación jurídica real ya formada al margen del Registro, o bien, un tipo de inscripción constitutiva, es decir, que en sí misma forme parte del proceso formativo de los derechos reales. Por tanto, inscripción declarativa es la que da publicidad de la existencia de un determinado derecho real, previamente formado, con los efectos registrales que de ello derivan. Por su parte, la inscripción constitutiva, es la que constituye o es elemento necesario en la producción de las modificaciones jurídicas reales, de forma que si los derechos no se inscriben, no llegan a existir como tales. En países como Alemania y Suiza la inscripción es constitutiva y en los países latinos generalmente es declarativa. Se puede afirmar que, como regla general en España, la inscripción es declarativa, quedando la inscripción constitutiva para casos excepciones como la hipoteca. Así lo ha confirmado en reiteradas ocasiones la Jurisprudencia, entre otras, en Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1974 y 31 de enero de 1978. *La inscripción constitutiva de la hipoteca*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 722, págs. 2839 a 2993.

ratificado en el artículo 145 de la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, la inscripción es un elemento constitutivo del derecho real, no es una forma del contrato, sino del derecho real, el cual nace con la inscripción y sin efectos retroactivos. Conviene subrayar igualmente que la inscripción en el Registro no genera únicamente efectos constitutivos frente a terceros, sino efectos constitutivos plenos, porque si no se inscribe el derecho real de hipoteca no nace siquiera para las partes contratantes.

El carácter especial que se predica en torno a la inscripción de la hipoteca encuentra su fundamento en la falta de *tradición*<sup>405</sup>; en definitiva, en la falta de desplazamiento posesorio de la finca hipotecada, que sigue en posesión del deudor y, es la causa fundamental de que la hipoteca se configure como un derecho real de inscripción constitutiva. Dicho carácter constitutivo de la inscripción ha sido proclamado reiteradamente por la Jurisprudencia,<sup>406</sup> y reconocido, asimismo, por la doctrina que encuentra su fundamento en la falta de desplazamiento posesorio referida. En este sentido, GARCIA, cuando afirma que en el crédito garantizado con hipoteca la inscripción suple a la tradición, la publicidad registral en este caso es elemento constitutivo del nacimiento de la garantía hipotecaria. Sólo así es posible la seguridad en el tráfico jurídico y la eficacia real de la hipoteca, afirma, contractualmente convenida.

### C) La hipoteca como productora de facultades jurídico-reales.

Visto lo anterior desde el prisma del acreedor hipotecario, conviene precisar que en virtud de la constitución de la garantía, sin dejar de ser acreedor, éste adquiere una serie de facultades jurídico-reales sobre la cosa, que si bien no implican goce posesorio alguno, le permiten, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, ejercitar directamente la acción ejecutiva hipotecaria o, por mejor decir, instar dicha ejecución ante un Tribunal de Justicia. El derecho de crédito sigue existiendo y el acreedor suma a su condición la de ser titular de un derecho real que

---

<sup>405</sup> “La falta de apariencia posesoria en la relación jurídica del crédito hipotecario supone que no es posible el juego de la tradición como complemento del contrato originador para que nazca el derecho real (art. 609 CC). Por eso en este caso, la publicidad posesoria se sustituye por la publicidad registral, lo cual está perfectamente justificado si se recuerda que todo derecho real necesita de algún tipo de publicidad para producir efecto real o eficacia frente a terceros...”. AMORÓS GUARDIOLA, Ob, cit, pág. 32.

<sup>406</sup> Incluso, por la más antigua: entre otras, Sentencia de 28 de junio de 1930, que negaba su existencia misma al no haberse inscrito; Sentencia de 17 de octubre de 1932 y de 12 de enero de 1943. Más recientes, las Sentencias de 13 de julio de 1984, 29 de junio de 1989 y 4 de julio de 1989. Esta última declara que los requisitos esenciales constitutivos que figuran relacionados con el artículo 1857 del CC, se complementan con otro recogido en el art. 1875, no menos esencial, ya que condiciona la válida constitución de la hipoteca a que el documento sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Las resoluciones aparecen citadas en *Hipotecas y Seguridad jurídica, La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada*, AMORÓS GUARDIOLA, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1991, págs. 31 y 32.

le atribuye mayores y mejores facultades de protección de su crédito, de tal manera que la condición de simple acreedor queda fortalecida por el derecho real ejercitable que le permite ejercer facultades directas e inmediatas sobre la cosa.<sup>407</sup> Dos de esas facultades son, respectivamente, la preferencia en el cobro del precio de la venta forzosa<sup>408</sup> y la sujeción o afección de la cosa al pago del crédito garantizado.

## 2) La hipoteca en el proceso de ejecución: notas esenciales.

La realización de la garantía hipotecaria en el seno del proceso de ejecución implica una enajenación forzosa, una venta pública del bien sujeto a la garantía<sup>409</sup>.

Pues bien, MIRA ROS<sup>410</sup> entiende en este punto que no podemos acudir sólo a las categorías del Derecho Privado para explicar tal enajenación, pues no se trata de un negocio jurídico que otorgue el propietario o el acreedor, ni que se asiente en ninguna voluntad, sino que es un acto jurisdiccional, integrado dentro del proceso como un elemento de apremio alternativo al embargo, en virtud de una traba preconstituida, pero especial por su carácter preferente y excluyente que acelera y asegura la vía de apremio.

---

<sup>407</sup> Entre otras, la acción de devastación en caso de deterioro de los bienes y, muy especialmente, si el deudor incumple la obligación, el *ius distrahendi*.

<sup>408</sup> Recuerda VALLET DE GOYTISOLO que “según BIANCHI, la preferencia sobre el valor del inmueble constituye el distintivo de carácter real de la hipoteca. Ya que, según él, la reipersecutoriedad no es más que la extensión de aquella preferencia para conservar su efectividad cuando el inmueble haya pasado a manos de un tercer poseedor. En cambio, BONNECASE afirma que la preferencia y su sanción, la reipersecutoriedad, no son más que efectos o consecuencias del principio que caracteriza la naturaleza de la hipoteca. En este punto recoge la doctrina de POPLAWSKY. Mas, así como para éste todo privilegio o crédito privilegiado sobre un inmueble es un derecho real, para BONNECASE el privilegio no es ni derecho siquiera, sino la *cualidad* de un derecho o la posición procesal del mismo. Cualidad que puede faltar en derechos reales, y de la que gozan ciertos créditos, por eso llamados privilegiados”. Ob, cit, págs. 21 y 22.

<sup>409</sup> La forma de llevar a cabo la venta pública judicial, en definitiva, de realizar el bien sujeto a garantía hipotecaria, es la subasta. El art. 691 de la LEC se ocupa de la subasta de bienes hipotecados diferenciándola de la realización de bienes pignorados, regulada de manera independiente en otro de sus preceptos, el 694. La ley hace una remisión genérica a las normas sobre la subasta de bienes inmuebles, ya sean los bienes hipotecados muebles o inmuebles. Asimismo, el art. 655 LEC sobre la subasta de bienes inmuebles, salvo las especialidades previstas, se remite al procedimiento de la subasta de bienes muebles. La LEC de 2000 ha efectuado un cambio profundo en el sistema de subasta para todos los procedimientos de apremio. Quizás, uno de los más significativos es que el antiguo art. 131 de la LH preveía hasta tres subastas en el caso de que la primera quedara desierta. La primera y la segunda sometidas a tipo y la tercera sin sujeción a tipo. Sin embargo, la vigente LEC prevé una única subasta. Afirma, en este sentido MONSERRAT VALERO que el legislador ha querido buscar un punto de equilibrio entre evitar que la subasta quede desierta y evitar la adquisición de la finca subastada a un precio irrisible. Asimismo, otra de las grandes novedades en este punto es la regulación de otros medios de realización alternativos a la subasta como la enajenación por entidad especializada y por convenio de realización que, no obstante, en la práctica no han conseguido quitar protagonismo a la subasta tradicional, la cual sigue siendo el medio legal más utilizado para realizar bienes inmuebles hipotecados.

<sup>410</sup> *Un nuevo enfoque procesal...*, ob, cit.

La consideración de la hipoteca como un instrumento auxiliar de la finalidad del proceso, obliga a construir la figura como una categoría o instrumento de Derecho procesal que presenta una serie de notas esenciales:

- a) La hipoteca contribuye a la apertura de la vía de apremio. Es una especie de embargo<sup>411</sup> preventivo que simplifica y acelera la vía de apremio al dispensar de tener que investigar la existencia de bienes embargables y realizar tasaciones o valoraciones en el seno del procedimiento, pues ya vienen efectuadas de antemano, antes del inicio del proceso ejecutivo.
- b) Asimismo, incidiendo en lo anterior, puede afirmarse sin ambages que es una traba privilegiada, alternativa al embargo. A diferencia de éste último, la hipoteca atribuye al acreedor hipotecario un privilegio de exclusividad consistente en un derecho de ejecución separada que sustrae el bien hipotecado del alcance de los demás acreedores. Por el contrario, el embargo no sustrae el bien embargado del alcance de los demás acreedores, pues la preferencia entre embargantes no se ordena por la antigüedad de su embargo, sino por la preferencia de sus créditos. La preferencia de la hipoteca, en cambio, queda irrevocablemente fijada de antemano por la prioridad registral.

Somos conscientes de que tratar la hipoteca que se está realizando en el seno de un proceso de ejecución desde una perspectiva eminentemente procesal, exige romper moldes conceptuales muy anclados en la tradición, lo cual no siempre resulta fácil<sup>412</sup>. Sin embargo, la teoría procesalista de la hipoteca, ni es nueva, ni producto de una ingenua iluminación. Sin negar su consideración de derecho real en cosa ajena en el plano sustantivo<sup>413</sup>, es evidente que en el campo procesal la hipoteca opera como

---

<sup>411</sup> SARMIENTO RAMOS efectúa dos precisiones cuando se acerca a la figura jurídica del embargo: la falta de correspondencia entre su trascendencia práctica y frecuente aplicación, y la escasa atención que el legislador le ha dedicado. A su juicio es comprensible la oscuridad en que se desenvuelve la institución habida cuenta que confluye en ella diversas ramas del ordenamiento jurídico: civil, registral y procesal. *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Centro de estudios Registrales, 1984, pág. 11.

<sup>412</sup> “.....Cualquier tesis, argumentación o contra argumentación sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca es materia de todos archiconocida, tanto la doctrina absolutamente hegemónica de su caracterización como derecho real, como sus aisladas refutaciones. Críticas, en todo caso, que apenas tuvieron consecuencias. La calificación de la hipoteca como derecho real se impuso enseguida en nuestro país como una creencia de profesión casi religiosa y sigue imperando como pensamiento único con celosos guardianes que estigmatizan en seguida cualquier desviación de la ortodoxia”. ALVAREZ-SALA, ob, cit.

<sup>413</sup> No negará la doctoranda que la hipoteca sea un derecho real de garantía en cosa ajena. Sin embargo, hacerlo no sería tampoco ninguna novedad. Con rotundidad lo hizo DE LA CAMARA que al tiempo que afirmaba que la hipoteca no es un derecho real, lo hacía con base en los siguientes argumentos: 1º. El interés material que en la relación hipotecaria se tutela es la entrega de una cantidad de dinero; 2º. La realización del valor de la finca hipotecada no constituye el ejercicio de ningún derecho autónomo de carácter privado. Consiste en la actuación concreta del poder de ejecución y no puede confundirse con

un instrumento más del proceso; concretamente como una modalidad de embargo preventivo que sirve para garantizar el éxito de la vía de apremio.

Sin embargo, a pesar de que en no pocas ocasiones se ha definido la hipoteca en contraste o, por mejor decir, semejanza con el embargo, la importancia que ha merecido la garantía hipotecaria ha sido mucho mayor, hasta el punto de haber sido calificado éste último como el “pariente pobre” de la hipoteca<sup>414</sup>.

#### A) La hipoteca como acto procesal.

El planteamiento procesalista de la hipoteca no es nuevo; ya fue sostenido por CARNELUTTI<sup>415</sup> en 1930 y, entre los juristas españoles, por NUÑEZ LAGOS<sup>416</sup>, DE LA CAMARA, VALLET DE GOYTISOLO<sup>417</sup> y FENECH. Sin embargo, lo fue de manera

---

ningún derecho real. 3º. Dicho poder sirve de instrumento para la realización coactiva de un interés insatisfecho. La persuasión ha fracasado y cede el paso a la fuerza. La situación deja de ser de derecho material para convertirse en una situación de derecho procesal, de manera que no solamente el interés privado está en juego, sino también el interés público que exige que no sea defraudado el derecho del titular. Precisamente por ello, el ejercicio de este poder se confía al juez. Ob, cit, págs. 411 y 412.

<sup>414</sup> ALVAREZ-SALA, ob, cit.

<sup>415</sup> El autor italiano fue el verdadero artífice de la doctrina procesal de la hipoteca. Parte de la proximidad conceptual entre el embargo y la hipoteca y de la diferencia existente, a su juicio, entre dos formas de garantía: la general, derivada de la responsabilidad patrimonial universal, y la especial, originada por la prenda y la hipoteca. Entre ellas, sostiene, hay una diferencia de medida pero no de naturaleza, sin que pueda apreciarse entre ellas diferencia tal, que consienta atribuir a la segunda aquel carácter material y real que nadie osaría reconocer a la primera. Para que podamos determinar el carácter material o procesal de la hipoteca, “el criterio diagnóstico”, según CARNELUTTI, es éste: ¿a quién incumbe la obligación correlativa al derecho? Consideremos el derecho de persecución. Hay, ciertamente, una obligación, frente al que tiene el derecho de hipoteca, pero no es obligación del *dominus* a dejarse expropiar, sino obligación de quien debe expropiar; que esto sea obligación del oficial o del Estado, es un detalle sin importancia respecto a la cuestión; en una y otra hipótesis, nadie discute que sea una obligación procesal”. En definitiva, para este autor en la hipoteca hay sólo responsabilidad, sujeción de la cosa al poder de otro; y este otro no es otro que el poder jurisdiccional del Estado, no el acreedor. La cita está cogida de RODRIGUEZ ADRADOS en *El ejercicio extrajudicial de su ius distrahendi por el acreedor hipotecario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 937-953.

<sup>416</sup> NUÑEZ LAGOS resumió la tesis de CARNELUTTI, en sus puntos esenciales y lo hizo en estos términos: “La responsabilidad es un estado de sujeción al poder jurídico de otro...”. Para Carnelutti ese otro, sin duda alguna, no puede ser más que el Estado. Nunca el acreedor. El deudor al acreedor, debe. Al Estado, está sujeto. Al derecho del acreedor corresponde la deuda; al poder del Estado un *status subiectionis* que con la obligación no tiene nada que hacer...” “Toda relación obligacional tiene por objeto o contenido, junto al derecho a la prestación, que tiende a lograr algo del acreedor, el derecho a la condena, que tiende a conseguir una cierta actividad del Juez, y precisamente porque el derecho a la prestación no ha funcionado...”, “el sujeto pasivo, en el derecho a la prestación es el deudor, y en el derecho a la condena es el órgano jurisdiccional, el Estado...” “El derecho contra el Estado pone a su vez en movimiento un derecho del Estado...” “La responsabilidad no es otro cosa que esa sujeción al poder del Estado; y estamos en el Derecho público...” “La hipoteca *inter partes* confiere al acreedor y al gravado una especial posición procesal. En la deuda territorial, y en los casos en que la finca está en manos de terceros poseedores, la naturaleza procesal no ha cambiado. Lo único que sucede es que se ha eliminado al deudor específico...” “La eliminación de un deudor personal y la responsabilidad limitada, en la hipoteca y en la sociedad anónima, no es ausencia de débito, sino existencia de un deudor impersonal, sin nombre, fungible y de responsabilidad limitada, pero nunca una responsabilidad sin débito, una hipoteca sin deuda” *La síntesis de NUÑEZ LAGOS la extraemos de Estudios sobre las garantías reales*, VALLET DE GOYTISOLO. Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 26 y 27.

<sup>417</sup> Realmente este autor criticó tanto la definición de la hipoteca en cuanto derecho real, como la tesis procesalista de CARNELUTTI que, a su juicio, no explica tampoco su verdadera naturaleza. En cualquier caso y en lo que aquí interesa, considera este autor que afirmar que la hipoteca es un derecho real no es



residual frente a la postura mayoritaria que se mostró muy crítica a la hora de conceder a la hipoteca cierta perspectiva procesalista.

En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO<sup>418</sup> ve en la tesis procesalista un grave peligro de contaminar la ejecución directa sobre bienes hipotecados y afirma que no puede negarse a la hipoteca su carácter de derecho real. A su juicio, las tesis obligacionista y procesalista, negatorias de tal naturaleza jurídica, carecen de sentido.

La tesis obligacionista configuraba la hipoteca como obligación real, esto es, un crédito contra quien sea propietario del inmueble hipotecado; le aplica el tratamiento propio de las *obligatio ob rem*, es decir, una obligación cuyo deudor está determinado e individualizado no personalmente, sino en cuanto titular de una cosa o derecho real sobre ella.

La tesis procesalista, por el contrario, considera que la hipoteca confiere al acreedor, sobre determinada finca sujeta a la garantía, una facultad o poder puramente procesal, una acción tendente a la efectividad de la deuda mediante la venta forzosa de la finca.<sup>419</sup>

Esto último, a nuestro juicio, es perfectamente compatible con la consideración que tiene la hipoteca en el plano sustantivo o material, es decir, con su definición de derecho real. Ahora bien, si ese derecho real abstracto, entra en conexión con un proceso de ejecución determinado, entonces adquiere una indudable eficacia procesal, pues será el instrumento procesal necesario para la satisfacción del derecho de crédito del acreedor hipotecario y desde ese punto de vista es un elemento clave del proceso; un acto procesal en sí mismo, medio que no fin, para procurar el cumplimiento de la finalidad esencial de pago por parte del deudor y que no siempre desempeña un papel

---

un teorema jurídico indiscutido. El *ius distrahendi*, considerado como un derecho sobre el valor no le satisface y, si se considera la hipoteca como un derecho de realización del valor, tampoco difiere mucho del derecho que tienen las acciones ordinarias cuando instrumentan la ejecución forzosa. A su juicio, la hipoteca no pasa de ser parte integrante de la obligación. *Estudios sobre las garantías reales*. Montecorvo, Madrid, 1973.

<sup>418</sup> *Critica a la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada (en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS e 5 de marzo de 2007*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 723, págs. 11 a 30.

<sup>419</sup> Afirma GÓMEZ GÁLLIGO que ROCA SASTRE desbarató esta tesis al considerar que si bien en la hipoteca pueden verse dos lados, el sustancial o de derecho material y el procesal o complementario, es evidente que se trata de una institución de Derecho civil, mientras que el aspecto procesal es de carácter potencial, ya que puede no darse; y además, no logra explicar los efectos y derechos que otorga la hipoteca antes de la ejecución (acción de devastación, cesión, subhipoteca, mercado secundario). Asimismo, continua GÓMEZ GÁLLIGO, la propia Jurisprudencia ha enterrado definitivamente esta posición procesalista con la Sentencia del TS de 5 de marzo de 2007. *Critica a la tesis procesalista*....,ob, cit.

activo, pues como accesorio, es también potencial. Si el deudor una vez requerido al efecto en el seno del proceso no paga, es decir, no satisface el derecho de su acreedor, entonces la hipoteca desplegará toda su fuerza realizándose judicialmente.

DE LA CAMARA, en su defensa de la visión procesalista de la hipoteca, también recurre al concepto de responsabilidad y distingue, en consecuencia, un aspecto activo de la hipoteca, identificado con el derecho real, y otro pasivo, concebido como una forma de responsabilidad<sup>420</sup> Para este autor, la responsabilidad es un concepto netamente procesal, si bien no hay que pasar por alto la idea de que tal situación procesal está estrechamente vinculada a una situación material de deuda. En síntesis, afirma DE LA CAMARA que la hipoteca es una institución cuya función consiste en destinar específicamente y desde el comienzo de la relación determinados bienes a una posible ejecución en el caso de que el deudor no satisfaga una suma de dinero. Dicha vinculación subsiste a pesar de los traspasos que sufra la propiedad de la finca o la titularidad de los bienes hipotecados y ello engendra una situación de deuda en quien los adquiere<sup>421</sup>

#### B) La teoría de FENECH.

FENECH<sup>422</sup> fue el autor español que mostró una defensa más encendida de la naturaleza procesal de la hipoteca, negando con vehemencia su naturaleza de derecho real; al tiempo que desgrana argumentos en pro de esta tesis, menciona también las razones por las que los hipotecaristas no deben tener miedo a reconocer la vertiente procesal de la garantía hipotecaria. En este punto, afirma que el hecho de que la hipoteca deje de ser un derecho real no significa que también dejen de tener solvencia los tratados y estudios de los privatistas; al contrario, considera que su entrada en el Derecho procesal ha de darle un rango de más elevada alcurnia. Asimismo, entiende que ha variado su consideración científica, pues ya no es una cosa privada sino cosa pública y aunque considera positivo cierto conservadurismo

---

<sup>420</sup> Citando a autores como DE LA RICA para quien junto a la responsabilidad patrimonial universal existe otra responsabilidad, menos amplia, pero más concreta: la responsabilidad real de los bienes que quedan específicamente vinculados a la obligación, caso de los bienes hipotecados. Para CAMARA el concepto moderno de la responsabilidad es incompatible con la naturaleza y función de los derechos reales propiamente dichos; responsabilidad y débito son conceptos indisolublemente unidos y, en ese contexto, la hipoteca es una forma de responsabilidad. Ob, cit, pág. 379.

<sup>421</sup> En términos muy elocuentes afirma el autor “débito e hipoteca están unidos todavía más íntimamente que dos cónyuges ligados por el lazo indisoluble del matrimonio. Son, en este sentido, como dice BERGAMO dos hermanos siameses”. Ob, cit, pág. 421.

<sup>422</sup> Capital para entender el pensamiento de FENECH es su discurso de apertura del curso 1952-53 dado en el Instituto Español de Derecho Procesal, bajo el título *Recepción de la hipoteca en el Derecho Procesal*, publicado en la Revista de Derecho Procesal, págs. 503 a 537.

científico, en la medida en que no se acepte cualquier innovación impremeditada, también hay que plegarse a las nuevas investigaciones<sup>423</sup>.

De la misma forma en que la naturaleza jurídica de la hipoteca ha ido evolucionado tímidamente, de derecho real pleno, a derecho real de goce y luego derecho real de garantía, a derecho real de crédito y a derecho real de realización del valor, cabe hoy concederle, asegura FENECH, una indudable vertiente procesal y se puede llegar al convencimiento de que la hipoteca es una institución procesal<sup>424</sup> que debe tener su aposento en el proceso de ejecución.

Para fundamentar su postura procesal, FENECH recurre a la indudable semejanza entre embargo e hipoteca para sostener la naturaleza procesal también de la segunda, y acude igualmente al concepto de hipoteca para definir el embargo. El núcleo central de la tesis sostenida por él es que embargo e hipoteca son dos modalidades distintas de una misma cosa; el embargo sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.

Con esta tesis FENECH llega al punto esencial de su trabajo, lo que ha supuesto resistencia por parte de sectores hipotecarios tradicionales<sup>425</sup>.

---

<sup>423</sup> FENECH afirma textualmente "...cuando los tratadistas de Derecho hipotecario escribían sus doctos tratados, en realidad hacían Derecho procesal sin saberlo, nos daban a los procesalistas servido en bandeja de plata una institución en avanzado estado de madurez científica.....La hipoteca, vieja como el mundo del Derecho, se incluía en el Derecho civil porque no había otro Derecho donde incluirla..." *Recepción de la hipoteca en.....*, ob, cit, pág. 506.

<sup>424</sup> Para FENECH "cada vez es más difícil mantener la patria potestad civilista y la posibilidad de mantenerlo dentro de la familia privada era más forzosa. En este momento de la evolución, del descubrimiento inminente de su verdadera naturaleza jurídica, los procesalistas pretenden reivindicar su carácter procesal y los iusprivatistas, aferrados a las concepciones tradicionales van haciendo concesiones, pero con el temor siempre presente de que el reconocer la naturaleza procesal de la institución dé a ésta un tono de menor categoría, de menor importancia, como si la naturaleza procesal o civil de una institución jurídica tuviera alguna diferencia; como si hubiera alguna escala de valores en la cual las instituciones civiles, de derecho privado, tuvieran más nobleza, más interés, más profundidad, que las procesales, de indudable carácter público. Pero este infundado temor tiene también su explicación. Se ha afirmado la naturaleza procesal de la hipoteca, pero no se ha dicho en qué consiste. No se le ha dado hasta ahora el carácter que dentro de la ciencia procesal tiene esta hipoteca. Ha habido, sin duda, un poco de precipitación en la afirmación, no se ha razonado debidamente, no se ha encajado en el sistema de la ciencia procesal, y esta falta de encaje ha sido el origen de la desconfianza de los hipotecaristas jusprivatistas, desconfianza justificada, porque como esos edificios que se replantan, se le ha quitado a la vetusta institución sus cimientos y no se le ha dado otros tanto o más sólidos que los que venía disfrutando. Pero no se crea que esto es debido a falta de base para sostener la afirmación de la procesalidad de la hipoteca, sino más bien a falta de madurez, en cierto sentido, de la ciencia procesal, construida a base del proceso de declaración y abandonando un poco, reconozcámoslo, haciendo propósito de enmienda, el proceso de ejecución. Tan pronto como el estudio del proceso de ejecución se acomete de frente y a fondo sin prejuicios, limpia y honradamente, se ve palpablemente la verdadera naturaleza de la hipoteca, y cómo se solidifican, previa depuración, muchos conceptos procesales básicos, necesarios para poder reivindicar la hipoteca para nuestro campo...". Ob, cit, pág. 509.

<sup>425</sup> Afirma con rotundidad: "...lo que ya de por sí es un argumento tan fuerte a favor de nuestra tesis que tal vez sería suficiente si no temiéramos que la resistencia de determinados sectores hipotecarios

Sostiene que la hipoteca es un embargo convencional y anticipado de un bien inmueble, institución de Derecho público y no un derecho real, institución de Derecho privado. Además, la absoluta coincidencia de finalidades entre uno y otra, ha de conllevar inexorablemente a la determinación de la naturaleza jurídico procesal y pública de la hipoteca, como modalidad específica del embargo de bienes.

El campo en el que ha de aplicarse esencialmente este panorama de la hipoteca no es otro que el del proceso de ejecución. Es así, declara FENECH, porque las instituciones son materiales o procesales y cuando “parecen cabalgar en equilibrio inestable entre ambas ramas del Derecho es porque se confunden los posibles efectos civiles de las instituciones procesales y los efectos procesales de las instituciones civiles. He aquí donde el autor citado efectúa una severa crítica al considerar que los hipotecaristas, que hacen derecho procesal sin saberlo, no se han preocupado de estudiar a fondo las instituciones procesales para descubrir en el inmenso campo del Derecho procesal las raíces de la hipoteca, y por ello sería preciso ahondar en el conocimiento de una serie de instituciones procesales que nos permitan obtener de modo lógico, y no *a priori*, los datos necesarios para demostrar la verdadera naturaleza jurídica de la hipoteca”<sup>426</sup>.

Pero no se conforma este autor con declarar abiertamente que la hipoteca es una modalidad específica del embargo de bienes, sino que al tiempo rebate las posibles objeciones que los civilistas podrían hacer a su tesis. Así, afirma que constituyéndose la hipoteca por medio de una convención podría argüirse que precisamente por ello difícilmente podría ser considerada como un acto procesal, ante lo cual afirma que existen múltiples convenciones procesales en los procesos de declaración y de ejecución y nadie duda por ello de su naturaleza igualmente procesal. Cita, entre otros, los acuerdos sobre competencia, convención o compromiso, la denominada cláusula *solve et repete* o la subasta en el seno del proceso de ejecución. En este marco, afirma que si existen una pluralidad de convenciones procesales no es posible negar la naturaleza procesal de la hipoteca alegando que procede no de un acto jurisdiccional sino de una convención de las partes. En esta línea argumentativa, FENECH define la hipoteca como un acuerdo normativo sobre el objeto, por el que se

---

tradicionales, a aceptar la evidencia de la realidad, prefieran aceptar su logomaquia por no estimarlo argumento suficiente. Es frecuente el menosprecio de las definiciones legales por considerarlas faltas de la profundidad que la doctrina se atribuye, olvidando que la ley no es más que el desarrollo de la doctrina de una época que ejerce su proyección sobre el texto legal.....” Ob, cit, pág. 514.

<sup>426</sup> Ob, cit, pág. 515.

determina que la ejecución forzosa que, en su caso, deba llevarse a cabo por incumplimiento de una obligación, habrá de dirigirse en primer término contra un bien inmueble elegido de entre los que integran el patrimonio del que se obliga a cumplir dicho deber; el deudor, que responde del cumplimiento con todos sus bienes presentes y futuros, se pone de acuerdo con el acreedor para afectar a la responsabilidad, en primer término, el inmueble hipotecado. Y cuando la hipoteca es de responsabilidad limitada, a este pacto se acompaña otro por el que se elige el bien que debe responder y se excluyen los demás. Por consiguiente, el hecho de que la hipoteca sea una convención anticipada al nacimiento del proceso no puede hacernos dudar de su naturaleza procesal, ya que el tiempo en que se lleva a cabo un acto no prejuzga su naturaleza.

Matiza, igualmente, que el acreedor no adquiere derecho alguno sobre la cosa, no puede vender por sí mismo la finca hipotecada, sino que tan solo puede exigir del titular del órgano jurisdiccional que realice el valor de la finca y pague su crédito o haga efectiva la responsabilidad del deudor u obligado.

A tenor del argumento esgrimido por FENECH, parece clara la ventaja que presenta la hipoteca frente al embargo, pues siendo prácticamente lo mismo, una exime de tener que realizar operaciones de búsqueda y valoración de bienes, dado que la traba viene predeterminada por las partes, mientras que el embargo exigiría la determinación ya en fase procesal de los bienes que han de ser objeto de realización forzosa y fijar su sometimiento a la ejecución<sup>427</sup>.

Finalmente, el autor, llevando hasta las últimas consecuencias su tesis procesalista, asevera que no se puede afirmar que la hipoteca tiene naturaleza procesal sin perder su condición de derecho real, pues la naturaleza jurídica de una institución no depende del punto de vista desde el cual se observe, sino de la misma realidad de las cosas.

---

<sup>427</sup> FENECH sigue diciendo en este sentido: "...hipoteca y embargo de bienes inmuebles cumplen, pues, idéntica función procesal; sólo se distinguen en ciertos elementos de su estructura, pero para producir sus efectos típicos frente a terceros, adquirentes o acreedores, deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad tanto el uno como el otro. Por esto los hipotecaristas, intuyendo claramente la semejanza entre ambas instituciones, han llamado al embargo hipoteca judicial. Pero al equiparar hipoteca y embargo, y señalar éste como hipótesis de hipoteca judicial, han querido definir el embargo remitiéndose a la hipoteca. Nosotros creemos necesario reconducir la investigación al buen camino, admitiendo la equiparación, pero definiendo la hipoteca en función del embargo. No solamente existe analogía entre hipoteca y embargo, sino que ambas instituciones tienen la misma naturaleza, o por lo menos pertenecen al mismo género....".

C) Semejanzas entre embargo e hipoteca en cuanto instituciones procesales.

La doctrina más moderna también observa gran paralelismo entre el embargo, reconocido abiertamente como una institución procesal y la hipoteca. En efecto, el carácter instrumental que se predica respecto de la hipoteca y el proceso de ejecución al que sirve se ha preconizado claramente respecto del embargo con el que existe un paralelismo más que evidente. GUASP y ARAGONESES han definido el embargo como un acto procesal y más precisamente como un acto de instrucción que se refiere a un proceso de ejecución, dentro del que integra, en unión de la realización forzosa, la categoría de tales actos instrumentales.

Por esta razón, considerando que la finalidad que preside el embargo y la hipoteca es exactamente la misma, cuesta asimilar que no se reconozca abiertamente la instrumentalidad y el carácter procesal respecto de la última, como sí se hace en relación al embargo<sup>428</sup>.

En este punto, CARRERAS define el embargo como aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, dirigida a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes. Asimismo, matiza el autor citado que si para garantizar el cumplimiento de una obligación se constituye prenda o hipoteca, el embargo es innecesario e incluso inconveniente, ya

---

<sup>428</sup> Afirman estos autores: "...el embargo es precisamente el acto con el que se trata de satisfacer esta necesidad instrumental. Mediante el embargo son llevados al proceso los bienes, cosas, entes de carácter físico, que más tarde, tras su realización forzosa o no, habrá de permitir la entrega o transformación que reclama el titular de una pretensión ejecutiva. Embargar, en realidad no quiere decir sino afectar un cierto bien a un proceso, ligarlo o trabarlo de tal modo que no puede más tarde desvincularse de las resultas del mismo; ya sea el embargo una mera afección ideal, como la anotación preventiva de un inmueble, excepcionalmente un mueble, ya sea una afección material, con el apoderamiento o aprehensión de un mueble que el juez ocupe físicamente. *Derecho procesal civil, Tomo II*, ob, cit, págs. 620 y 621. Leído lo anterior, cabe preguntarse ¿hay alguna diferencia entre el embargo y la hipoteca desde el punto de vista de la finalidad que los preside y su carácter instrumental respecto del proceso de ejecución el uno, y el proceso de ejecución hipotecaria, la segunda? Por su parte, FERNANDEZ-BALLESTEROS define el embargo como un acto de naturaleza ejecutiva, no cautelar; el embargo se traba con la precisa finalidad de hacer jurídicamente posible, sobre unos concretos bienes, la ejecución actual de una responsabilidad cierta. Es el único medio de determinar qué bienes de entre los que forman el patrimonio del deudor van a responder de una ejecución concreta, y porque los actos de realización no sería posible sin una afección previa...Ob, cit, pág. 266.

que los fines de éste se han cumplido igualmente; en ese caso la afección existe en virtud del convenio entre las partes<sup>429</sup>.

CARRERAS va más allá en su planteamiento al afirmar que, si la hipoteca no es otra cosa que un embargo convencional anticipado, no puede admitirse la tesis de que el bien hipotecado especialmente se sujete por dos veces a la traba y es que el embargo de un bien hipotecado es innecesario, no produce los efectos que le son propios. Para este autor no cabe duda de que no existe necesidad de proceder al embargo de los bienes hipotecados e incluso llegó a decir que debería prohibirse, dado que el bien sujeto a garantía hipotecaria se encuentra ya afecto de antemano, es decir, vinculado a favor del crédito del ejecutante<sup>430</sup>.

Por su parte, GARBERÍ ha confirmado la naturaleza jurisdiccional del embargo<sup>431</sup> al definirlo como una medida de naturaleza ejecutiva adoptada durante el desarrollo del proceso de ejecución correspondiente (o, incluso con anterioridad, cautelarmente). Medida ejecutiva pre ordenada al procedimiento de apremio<sup>432</sup>.

En síntesis, la hipoteca se perfila como una suerte de traba anticipada, a la sazón, privilegiada, instrumento esencial para la realización del bien, que, en consecuencia, funciona como acto procesal de carácter ejecutivo, cuya realización, generalmente por medio de la subasta, conlleva la satisfacción del derecho de crédito a favor del acreedor<sup>433</sup>.

---

<sup>429</sup> Afirma CARRERAS, que la prenda y la hipoteca como actos de afección de bienes a una ejecución, tienen puntos de contacto con la medidas cautelares y con el embargo ejecutivo. Tienen de análogo con el embargo cautelar el que se constituyen para una ejecución futura e hipotética, antes de que se despache la ejecución; pero tienen en común con el embargo ejecutivo establecido como garantía en caso de que deba procederse a la actuación de una sanción específica previa, el que si la sanción genérica llegara o no a actuarse no depende de una resolución objetiva que cree el título ejecutivo, sino de una conducta subjetiva del obligado, o sea, que éste cumpla o no la obligación, existiendo ya por necesidad un título ejecutivo suficiente para que la ejecución se despache. En cierto modo, pueden considerarse como especies diversas de un género superior. Ob, cit, págs. 138 y 139.

<sup>430</sup> Ob, cit, pág. 143.

<sup>431</sup> Y podríamos decir que, consiguientemente, de la hipoteca.

<sup>432</sup> El embargo consiste, como dice la mejor doctrina, en una afectación o adscripción, por declaración judicial de determinados bienes a la actividad de apremio que ha de realizarse en el proceso de ejecución del que dicho embargo forma parte o, según la sentencia de 14 de noviembre de 1995, en la vinculación del valor de realización de una cosa en funciones de garantía de una obligación dineraria, sin que tal aprehensión dé lugar a un derecho real, ni suponga la transferencia de ningún derecho, por lo que resulta desacertado hablar de transmisión de los derechos de uso y disfrute como efecto del embargo. GARBERÍ, *El proceso de ejecución forzosa...* ob, cit, págs. 377 y 378.

<sup>433</sup> Sirva en este punto hacer una somera referencia a la subasta como medio de realización judicial de la garantía hipotecaria, sin pretender en ningún momento efectuar un estudio en profundidad de este instrumento procesal, pieza fundamental para conseguir la tutela judicial ejecutiva, pues por si solo el tratamiento de la subasta judicial de inmuebles pudiera ser constitutivo de una tesis doctoral. Ello, sin perjuicio de que si bien la subasta judicial no ha perdido protagonismo real en la práctica como medio de realización, legalmente comparte espacio con otros dos medios alternativos introducidos en la vigente LEC: enajenación por entidad especializada y por convenio de realización, que presentan un denominador

### 3) Eficacia de la hipoteca: la inscripción constitutiva.

La separación entre crédito e hipoteca no siempre resulta fácil o pacífica; la confusión, a menudo existente, incide directamente en la labor calificadora de los Registradores. Tanto es así que, tal y como plantea SÁNCHEZ GONZÁLEZ<sup>434</sup>, la calificación registral se ha convertido en un problema<sup>435</sup>, incluso para los propios Registradores, que a la hora de delimitar el contenido de lo inscribible oscilan entre, de un lado, limitarlo y, de otro, recoger la totalidad de las cláusulas de la escritura. Esta confusión viene motivada, a su juicio, porque no se parte de la debida separación entre crédito y garantía, entre derecho personal y derecho real. Para este autor, el tratamiento de los principios hipotecarios de accesoriedad y especialidad o determinación de la hipoteca es un elemento más de confusión; dicha confusión se agrava porque la doctrina de la DGRN no lograba establecer criterios uniformes indiscutidos. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre<sup>436</sup>, pretendió paliar esta situación sin

---

común, cuál es su naturaleza privada, extrajudicial. Dicho protagonismo podría calificarse de relativo pues esos otros medios alternativos son escasamente utilizados en la práctica. ACHÓN BRUÑEL afirma que la subasta judicial sigue siendo el mecanismo de enajenación forzosa predominante en la vigente LEC, dado que a pesar de la introducción por el legislador de otros medios alternativos, tales como el convenio de realización y la venta por persona o entidad especializada con objeto de evitar la devaluación de los bienes del deudor en las ventas públicas, dichos mecanismos pronto confesaron su fracaso en la praxis, cayendo en absoluto desuso a favor de la subasta judicial, que a pesar de sus múltiples deficiencias, conserva su protagonismo. *Problemática de las subastas judiciales y propuestas para su mejora*. ACHÓN BRUÑEL, *Revista CEFLEGAL*, nº 130, noviembre 2011, pág. 5.

La subasta, tal y como la define GUASP DELGADO es el acto de ofrecimiento público de los bienes y adjudicación, en su caso, al mejor postor. Por su parte, MARTÍN DÍZ destaca su carácter de acto público, así como su complejidad y la crisis, a su juicio, en que se ha visto inmersa en gran parte por las críticas vertidas contra ella. Una de las críticas más feroces contra la subasta ha sido la manifestada por USON DUCH que en términos médicos califica la califica como un cáncer dentro de las asépticas prácticas judiciales, dado que la subasta está invadida por cantidad de virus nocivos y altamente fagocitantes de las defensas que protegen el organismo judicial de estos agentes infectantes externos. *Las subastas judiciales*, Barcelona, 1993, pág. 2. Por su parte, ROBLEDO VILLAR tilda a la subasta de lenta y farragosa y aboga por su desaparición o, como mal menor, por su sustitución por otros medios privados de realización de bienes. *La subasta judicial y su problemática*, Revista General del Derecho, 1996, pág. 30. No obstante, aunque han sido muchas las críticas que se han formulado contra esta institución jurídica, en gran parte derivadas de la actuación de los subasteros, sigue siendo el medio de realización más utilizado en la práctica, por tanto, hemos de concluir necesariamente que la crisis de la institución no es tan evidente, habida cuenta que los medios alternativos regulados en la LEC tienen menor incidencia práctica que ésta. La vigente LEC intentó ofrecer una regulación de la subasta más satisfactoria para el deudor ejecutado, estableciendo una única subasta, frente a las tres que contemplaba el antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 de la LH. El criterio de subasta única fue defendido, entre otros, por RAMOS MENDEZ, que afirmó: "...hay que acabar con el sistema de las tres subastas. Esto es una cosa farisaica. Evidentemente, hoy, todo el mundo espera a la tercera subasta, porque es la subasta sin sujeción a tipo. He estado reflexionando y he estado mirando si había algún inconveniente o si se producía alguna quiebra en el sistema de defensa de derechos o de los intereses, sea del acreedor, sea del propio ejecutado, porque esto fuera así., Yo no lo veo..." *Reflexión sobre el sistema de subasta en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, *Práctica hipotecaria. Procedimiento Judicial Sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria*, nº 2, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Barcelona, 1994, pág. 125.

<sup>434</sup> Ob, cit, págs. 579 a 581.

<sup>435</sup> Concretamente, afirma que la falta de uniformidad de la calificación registral en materia de préstamos hipotecarios se tradujo en la consiguiente inseguridad jurídica y obstaculización de la creación de nuevas figuras de financiación hipotecaria.

<sup>436</sup> "...Frente al casuismo existente con anterioridad a esta reforma acerca del acceso al Registro de las cláusulas del préstamo hipotecario, con esta Ley se ha pretendido poner freno a los diferentes criterios y



conseguirlo del todo, pues la redacción dada a los artículos 12 y 130 LH no ha sido lo suficientemente clara<sup>437</sup>.

La accesoriidad de la hipoteca debe ser entendida en su justa medida, pues la interconexión de ambos derechos no da lugar a la aparición de un derecho nuevo o una situación jurídico real unitaria por confusión de aquellos, que subsisten como derechos subjetivos distintos. La accesoriidad del derecho real de garantía determina que al titular del derecho personal se atribuyan facultades de trascendencia real (las de la hipoteca), pero no significa que se transmute el crédito mismo en derecho real. Por ello, afirma, “deben ser rechazadas las teorías que parten de la base de la creación de una relación jurídica compleja cuyo acceso al Registro exige la correlativa inscripción del crédito o, al menos, de aquello del crédito que haya de ser oponible *erga omnes*”. Lo que tendrá trascendencia real será el derecho de hipoteca, objeto único de inscripción registral, si bien en este punto, como tendremos ocasión de explicar, la confusión ha llegado a términos elevados tras la promulgación del nuevo artículo 12 de la LH por la Ley 41/2007, pues podría afirmarse, sin temor a incurrir en una exageración, que se ha desvirtuado la esencia del Registro de la Propiedad, al favorecer con base en este precepto el acceso al mismo de todo tipo de cláusulas, incluyendo las de vencimiento anticipado y otras estipulaciones financieras, no

---

calificaciones registrales en torno a esta cuestión, tratando de dotar de uniformidad a la configuración registral de estos derechos y títulos que se contratan en masa. Creo que esta intención es encomiable pues ciertamente nos podíamos encontrar con que una misma cláusula de contenido y trascendencia *a priori* meramente personal (por ejemplo, un pacto de vencimiento anticipado) por unos Registradores se inscribía por considerar que debía tener trascendencia real pero por otros no. Si bien, doctrinalmente y por la DGRN ya se habían señalado unos criterios concretos y más uniformes de cara a la calificación de las cláusulas. Sin embargo, a mi juicio, la solución de que todas las cláusulas financieras accedan al Registro, en toda su extensión y sin ningún control o filtro jurídico y registral, no creo que haya sido la más acertada. Esa previsión de *transcripción* con publicidad de *mera noticia* es una colisión frontal contra los presupuestos de nuestro sistema registral. Esa publicidad de los productos financieros que pretenden las entidades financieras puede y debería lograrse de otros modos distintos al acceso sin condiciones y en toda su extensión a un sistema registral con unos principios y presupuestos claros y conocidos por todos que le han dotado de gran eficacia, pero que con esta previsión se ven en cierto modo y en la práctica desnaturalizados. En mi opinión, debería haberse aprovechado la reforma hipotecaria para concretar mejor los criterios de calificación registral de las cláusulas del préstamo hipotecario, para que accedieran únicamente aquellas que deban tener trascendencia real (evitando el criterio casuístico existente antes de la reforma hipotecaria, que, sin embargo, respetaba en todo momento los principios básicos de nuestro sistema registral), y no para restringir la calificación poniendo en peligro y desnaturalizando la vigencia efectiva de los principios registrales tradicionales. SAENZ DE JUBERA, Ob, cit.

<sup>437</sup> Entre otros fines, la nueva Ley tiene por finalidad determinar el contenido de la inscripción del derecho de hipoteca para conseguir la deseable uniformidad. Así, la Exposición de Motivos apunta: “Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin se establece que la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real”.

únicamente las que tienen eficacia real; y ello es así aunque se trate de difuminar bajo el manto del concepto de simple transcripción.

El art. 12 de la LH ha generado diversas interpretaciones<sup>438</sup> que tratan de delimitar qué es exactamente lo que debe inscribirse en el Registro y en ese marco, la

---

<sup>438</sup> Estipula el artículo 12 LH: “ *En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización*”. Pues bien, en la interpretación de esta norma existen disparidad de criterios. De un lado, MANZANO SOLANO Y MANZANO FERNÁNDEZ han defendido que el precepto implica que se tienen que inscribir las cláusulas financieras aunque carezcan de trascendencia real, concluyendo que toda cláusula debe ser calificada, no sólo las de trascendencia real, pues la discriminación ya implica una calificación; de modo que el hecho de que el nuevo precepto solamente haga referencia a la calificación de éstas últimas no significa que se excluya en todo caso la calificación de las cláusulas que carezcan de trascendencia real, pues habrá que comprobar que sean válidas y eficaces. De otro, se considera que ha de realizarse la calificación de las cláusulas financieras; en ese sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ alude a la comunicación emitida por el Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores los días 15 y 16 de enero de 2008 cuando afirma que así debe ser, no sólo porque el art. 18 de la LH sigue vigente, sino porque también lo está el art. 6.3 del CC. Afirma, igualmente, que la ley no indica que las cláusulas financieras han de transcribirse, sino que se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización; y que el nuevo art. 12 se refiere al contenido de la inscripción, como se comprueba si se pone en relación con el art. 9 LH y la regla 6ª del art. 51 RH. Por su parte, la Comisión de Criterios de Calificación del Colegio de Registradores, elaboró un informe de 17 de enero de 2008 que presenta las siguientes conclusiones: 1- El asiento de inscripción debe reflejar de forma fiel y compleja la realidad negocial, sin introducir distorsiones de los productos financieros. De esta manera el asiento contendrá todos aquellos extremos que de una forma u otra han de formar parte del título ejecutivo y pueden ser relevantes en el momento de la ejecución. 2- La calificación registral de las cláusulas directamente referidas al derecho real de hipoteca no ha sufrido variación alguna. 3- Debe entenderse por cláusulas financieras, a los efectos del artículo 12.2 LH, las incluidas en el Anexo II de la Orden ministerial de 5 de mayo de 1994, las cuales es conveniente que en la transcripción figuren debidamente diferenciadas de las restantes. 4- Las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, previa su calificación y sólo cuando sean válidas, deben acceder al Registro, porque al incidir en la obligación garantizada afectan al derecho real de hipoteca. 5- Ha de constar con claridad en la nota de despacho que se ha inscrito el derecho real de hipoteca y que se han hecho constar en el asiento las cláusulas financieras y las de vencimiento anticipado conforme a lo exigido en el artículo 12.2 de la Ley Hipotecaria. En definitiva, según estas interpretaciones se concluye que lo que significa la reforma es que el Registrador ya no podrá excluir la inscripción de las cláusulas financieras por su naturaleza obligacional, de modo que como acontece con el contrato de opción (art. 14 LH) y el del arrendamiento (art. 2 LH), el legislador permite el acceso al Registro de pactos obligacionales, los cuales una vez inscritos tendrán eficacia real entendida como oponibilidad, aunque no pierdan su naturaleza obligacional. Según esta tesis, el art. 12 LH no modifica el artículo 18, pues aunque las cláusulas financieras no pueden excluirse de la inscripción por su naturaleza obligacional, sí que podrá denegarse su inscripción por su validez. Asimismo, se ha mantenido que en la nueva regulación legal ha prevalecido la tesis según la cual es necesario el acceso al Registro de todas aquellas cláusulas que, aunque carentes de trascendencia real, permitan configurar plenamente la obligación garantizada con hipoteca, de modo que se excluyen sólo las contrarias a la ley o las simplemente superfluas. Y se considera que serán inscribibles no solo las cláusulas que el art. 12 denomina de trascendencia real, es decir, los pactos y cláusulas que forman parte estrictamente de la garantía hipotecaria, que determinan el derecho real de hipoteca, y las que tal precepto legal denomina de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras (que, según esta tesis, al configurar la obligación garantizada afectan al derecho real de hipoteca), sino también aquellas otras que si bien o están incluidas en el listado de estipulaciones financieras, no sólo proporcionan una información útil sobre derechos y obligaciones del deudor y del acreedor derivadas de la obligación garantizada (compensación, imputación de pagos o condiciones para la subrogación en la posición del deudor), sino que también contribuyen a determinar el contenido de la obligación garantizada, y por ello consideran pertinente su reflejo en el asiento. Frente a estas tesis, prevalece la que ha mantenido la DGRN al diferenciar entre cláusulas que se inscriben y las que meramente se transcriben y, por tanto, únicamente deberán ser objeto de calificación las primeras. Ob, cit, págs. 602 a 605.

confusión es superlativa; la DGRN ha tenido que pronunciarse en diversas ocasiones, pero lo ha hecho de manera divergente; en unos casos para afirmar que el art. 12 LH emplea los términos en sentido técnico y distingue entre las cláusulas que se inscriben (únicamente las de trascendencia real) y las que meramente se transcriben (las de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras en caso de hipotecas a favor de determinadas entidades acreedoras).

En consecuencia, tan sólo habrán de ser objeto de calificación las primeras. Sostiene la Dirección General en Resoluciones de 19 de abril, 6 de mayo y 24 de julio de 2008 que de los artículos 12 y 18 LH se desprende que la calificación que debe efectuar el Registrador como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa: se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad; por tanto, las cláusulas de carácter obligacional, que no son inscritas, quedan vedadas a su calificación. De la interpretación lógica, sistemática y finalista del artículo 12 LH se desprende que únicamente serán objeto de inscripción las cláusulas que configuren propiamente el derecho real de garantía: las relativas al importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración; también las que resulten de otras normas que complementan el contenido de esa inscripción, como la de posibilidad de sujeción del mismo derecho real a condición o término o la fijación de tasación y domicilio para notificaciones a efectos del procedimiento de ejecución.

Por el contrario, las cláusulas financieras, entre ellas, las de vencimiento anticipado, por ser de carácter obligacional, no podrán acceder al Registro salvo en los casos de hipotecas constituidas a favor de dichas entidades financieras, en los cuales habrán de ser transcritas, no inscritas previa calificación, en los términos que resulten de la escritura de formalización, con efectos de mera información, de mera noticia<sup>439</sup>. En definitiva, únicamente se inscribe y, por ende, se califica lo que es

---

<sup>439</sup> Así lo corroboran Resoluciones de la DGRN de 25 y 27 de marzo de 2008 al señalar: “ lo que sucede es que como excepción, y resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007, en la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación. Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras, el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria, las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de LH, hubieran sido calificadas favorablemente. A sensu contrario, respecto de las hipotecas

propriadamente contenido del derecho real, no el contenido obligacional del préstamo; la obligación garantizada sólo se identifica pero no se inscribe. Por ello, no puede defenderse que al inscribirse la hipoteca haya de inscribirse también el préstamo garantizado con ella porque haya de tener efectos frente a terceros. Lo que se inscribe es el derecho de garantía, no el préstamo<sup>440</sup>.

La Ley 41/2007, ha acogido un criterio de acceso general al Registro de todas las cláusulas, ya sea por la vía de la calificación e inscripción (para las de trascendencia real)<sup>441</sup>, ya sea por la vía de la transcripción (para las de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras)<sup>442</sup>, con la que se ha venido a alterar sustancialmente el proceso de calificación que estaban llevando a cabo los Registradores. Para algunos autores (SAENZ DE JUBERA), se sospecha que la regulación establecida por la Ley 41/2007, es decir, aquella que altera el régimen registral español, tradicionalmente de inscripción, introduciendo de nuevo cuño el concepto de la transcripción, pretende dar respuesta a los intereses de las entidades financieras, aunque se revista con la idea

---

constituidas a favor de personas o entidades que no sean las referidas en la legislación del mercado hipotecario, se desprende de la nueva regulación que los pactos de vencimiento anticipado y los financieros que no configuran propiadamente el derecho real de garantía no son objeto de calificación, ni inscripción, ni siquiera transcripción, de modo que únicamente cuando se trate de aquellas entidades crediticias, se transcribirán con meros efectos informativos.

<sup>440</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, ob, cit, págs. 605 y 606.

<sup>441</sup> Lo son las previstas en el primer párrafo del art. 12 de la LH: el importe del principal de la obligación garantizada, el de los intereses pactados, el importe máximo de responsabilidad y la identificación de la obligación.

<sup>442</sup> En ese sentido SÁENZ DE JUBERA recuerda que, en principio, al Registro de la Propiedad sólo pueden acceder derechos y facultades de trascendencia real; lo que deja fuera de él a aquellas situaciones jurídicas de carácter meramente personal. Pero en el caso del crédito hipotecario, como consecuencia del carácter registral de la hipoteca, y por efecto de los principios de determinación registral y accesoriedad funcional, ese crédito goza también de publicidad registral. En el título constitutivo de la hipoteca, junto con la estricta cláusula de constitución de la garantía inmobiliaria, existen cláusulas que fijan una serie de deberes accesorios del deudor o hipotecante, con las correlativas facultades del acreedor hipotecario; todas esas cláusulas que exceden del contenido típico de la hipoteca se busca que sean inscritas junto con la cláusula estrictamente hipotecarias como si de un todo unitario se tratara. Sin embargo, no todas las cláusulas que conforman el contenido del crédito tienen por qué acceder al Registro. El mero hecho de que el crédito esté garantizado con hipoteca no es base suficiente para pretender dotar a todo el contenido del crédito de trascendencia real y oponibilidad a terceros. En cualquier caso, la propia DGRN ha optado por asumir una posición ecléctica, manteniendo en resolución de 21 de diciembre de 2007 que, como excepción y por la generalidad y especialidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras existentes en el título hipotecario a favor de las entidades previstas en el art. 2 de la Ley 2/1981, respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacer las constar en el asiento, esto es, a transcribir si más las mismas, siempre que la trascendencia jurídico real inmobiliaria de las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de la LH hubieran sido calificadas favorablemente. Por su parte, las resoluciones de 28 y 29 de 2008 y 6 de marzo de 2008 afirman “para los supuestos de calificación registral que haya de realizarse una vez entrada en vigor la nueva norma, deberá el Registrador proceder no a la inscripción de tales cláusulas, sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resulten del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna respecto de aquellas”.

*Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007.* Diario La Ley, nº 6950, sección doctrina, 21 de mayo de 2008.

de dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico<sup>443</sup>. Llegados a este punto, se pregunta la autora por qué se hace acceder al Registro algo que no tendrá los efectos típicos propios de todo lo que accede a él; afirma que la previsión no tiene sentido alguno y alerta sobre el peligro de que en la práctica se dé efectos de auténtica publicidad registral a unas cláusulas que por sí mismas debieran carecer de ella que ni siquiera han sido objeto de calificación registral típica<sup>444</sup>.

Ello no obstante, la propia DGRN, cuando parecía haber asumido la anterior interpretación como postura definida, matiza su propia doctrina en la Resolución de 1 de octubre de 2010<sup>445</sup> donde se refiere a un supuesto de hipoteca inversa, precisando

---

<sup>443</sup> Distinto, según afirma SAENZ DE JUBERA, es el caso de las cláusulas que resulten contrarias a normas imperativas y prohibitivas que sí deben ser objeto de una previa calificación o control de legalidad por parte del Registrador. Ob, cit.

<sup>444</sup> “Ante el incumplimiento de la obligación garantizada a la hora de proceder a la ejecución de la hipoteca ex arts. 681 Y SS LEC, se acudirá a lo dispuesto en el asiento y conforme a él, en cumplimiento del art. 130 LH, se realizará la garantía. En ese asiento constan claramente las cláusulas financieras y eso va a ser aprovechado por las entidades financieras para oponer esas cláusulas obligacionales a los terceros. Y es que el Juez va a entender que esas cláusulas han sido objeto de publicidad registral y son conocidas (o han podido serlo) por todos, de modo que también afectaran a los terceros. Todo ello con base en los principios registrales de fe pública y oponibilidad que son la base de nuestro sistema registral. Más aun teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencial de que sean oponibles a terceros los derechos de crédito y pactos ajenos por el mero hecho de que hayan tenido conocimiento de los mismos, con base en las reglas de la buena fe: ¿qué mayor prueba de conocer los pactos ajenos hay que los mismos consten en el Registro de la Propiedad? Con la simple publicidad con *efectos de mera noticia* (publicidad más, amplia, a mi juicio, en la práctica), las entidades bancarias, en mi opinión, han ganado la partida a los principios registrales clásicos y presupuestos que sustentan la gran eficacia de nuestro Registro y nuestro sistema registral. Lo que no puede pretenderse es que sean los Jueces los que ahora deban determinar a *posteriori* en el momento de la ejecución qué cláusulas deben tener trascendencia real y por tanto ser oponibles a terceros y cuáles no. No es lógico retrasar a un momento posterior lo que hasta ahora venían haciendo los Registradores y que perfectamente podían seguir haciendo. No sólo por economía procesal, sino también por especialidad profesional y por respeto a los principios que rigen en cada ámbito: el registral y el jurisdiccional. Ob, cit.

<sup>445</sup> No es la única, le suceden en el mismo sentido otras de 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011. Igualmente, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de abril de 2011 recoge la ruptura doctrinal de la DGRN y afirma que el párrafo segundo del art. 12 de la LH no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el art. 130 LH, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del Registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción. Añade que para que accedan al Registro cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador y con carácter inexcusable, el control de legalidad, dada la autonomía e independencia que conlleva tal función, siendo decisivo el argumento que proporciona la Sala Primera del TS, y que recogen las Resoluciones de la DGRN al reconocer el papel decisivo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial y diferenciar entre nulidad y no inscribibilidad de una cláusula. Para la SAP de Tarragona, sostener lo contrario, es decir, el argumento defendido por la sentencia de primera instancia, choca con la inserción del precepto en el sistema registral español y también con la propia naturaleza de las cosas y los principios básicos que estructuran el derecho real de hipoteca. Además, la Sentencia clarifica las siguientes cuestiones: 1ª) Para saber si un pacto tiene o no trascendencia real, hay que atender a si condiciona o no de algún modo la acción hipotecaria. Tendrán eficacia personal las que tan sólo condicionen el ejercicio de la acción personal derivada del préstamo y, por ende, se dirijan contra el deudor en su condición de tal. 2ª) En la medida en que el pacto de vencimiento anticipado habilite y condicione el ejercicio de la acción hipotecaria, resulta que tal causa de vencimiento tiene trascendencia real. 3ª) Si ello es así, esto es, si el plazo de duración de la obligación garantizada tiene trascendencia real (y parece claro que así es como deriva de su obligatoria mención a que hace referencia el párrafo 10 del art. 12 LH), y a la vez el vencimiento anticipado decide inevitablemente la duración de la obligación garantizada posibilitando el ejercicio de la

el alcance que ha de tener la calificación registral y modalizándola en cuanto a su extensión. De este modo, afirma en contra de lo sostenido en Resoluciones anteriores, que siempre dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula (se considera, por tanto, que las cláusulas a que se refiere el párrafo segundo del art. 12 LH deben inscribirse), siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto.

Esta doctrina supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos.

Dicho de otro modo, el control sobre estas cláusulas financieras deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente sin que, por el contrario, se pueda entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, sólo puedan ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

La presente Resolución sostiene, finalmente, que cualquier otra interpretación que negara la calificación del Registrador de estas cláusulas objeto de polémica convertiría la intervención del Registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva.

---

acción hipotecaria, es evidente que tales cláusulas tienen trascendencia real. Por último, afirma la AP de Tarragona que el hecho de que por acuerdo de las partes se configuren diversas causas de vencimiento anticipado como causas susceptibles de desencadenar la acción real determina que el acceso al Registro implique su oponibilidad *erga omnes* y su eficacia real al margen de su previa valoración. Y tal acceso al Registro no significa que tenga eficacia de mera publicidad noticia, pues como dice la DGRN en sus últimas resoluciones, ello evidencia de forma incontestable que el legislador, al señalar en el art. 130 LH que la ejecución directa de los bienes hipotecados deberá realizarse sobre la base de los extremos contenidos en el título y que se hayan incorporado al asiento respectivo, sin hacer exclusión alguna de estos extremos y con independencia de su naturaleza, era plenamente consciente de la inclusión en el mencionado precepto de las cláusulas de vencimiento anticipado a que se refiere el art. 12 LH. En consecuencia, al estar contenidas en el asiento de inscripción las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pueden legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria. Es incuestionable que la interpretación del art. 12 LH debe hacerse procurando la coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros. CASAS ROJO, *Calificación de cláusulas de vencimiento anticipado en las hipotecas*, Diario La Ley, nº 7655, Sección Tribunal, 20 de junio de 2011.

En cualquier caso, lo verdaderamente llamativo es que la situación en torno a lo que deba ser inscribible se haya pervertido tanto que nos veamos obligados a examinar posiciones divergentes<sup>446</sup> en algo que no tendría que admitir dudas, pues, en puridad, las funciones del Registrador deberían quedar excluidas cuando no se trata de derechos reales *strictu sensu*; lo es la hipoteca, su inscripción incluso tiene carácter constitutivo, y únicamente las cláusulas que lo componen deben inscribirse. Así lo había declarado la propia DGRN, entre otras, en Resolución de 13 de enero de 2008, al advertir que “la materia inscribible debe reducirse a la estructura real, a la hipoteca propiamente dicha, de modo que se inscriba exclusivamente lo necesario para dar a conocer su extensión”.

Dar entrada en el Registro a cláusulas no referidas a derechos reales en sentido propio, dada la finalidad por y para la que se crea este instrumento público, con independencia de si se habla de transcripción, inscripción o constancia registral representa una desviación de lo que es la esencia de la institución registral y, en consecuencia, generadora de conflictos interpretativos gratuitos; conflictos que vienen provocados, en gran parte, por la pertinaz identificación entre título ejecutivo e hipoteca, derecho personal (la obligación garantizada que conste en documento especialmente privilegiado) y derecho real (hipoteca que como tal sí debe inscribirse en el Registro inmobiliario)<sup>447</sup>. Con todo, hay autores que reconocen la utilidad de la

---

<sup>446</sup> RODRIGO TENA recuerda que en unos Registros se inscribían todas las cláusulas, en otros sólo algunas, en los de más allá también algunas, pero otras distintas, con los que los acreedores se encontraban con un producto diferente por cliente. Si esto es así respecto de lo pacífico, qué decir respecto de las innovaciones o novedades. *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario*, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario*, ob, cit, pág. 41.

<sup>447</sup> “...el tráfico inmobiliario demanda conocer con precisión el contenido de la propiedad y la extensión de sus limitaciones. Desde la esfera de los terceros, y de sus diferentes posiciones, su interés se centra en la publicidad del gravamen: conocer su existencia, las magnitudes de su responsabilidad y la identificación de la obligación asegurada. Cualquier otra información registral podría resultar en ocasiones superflua o devenir inexacta. Especialmente en lo que atañe al contenido del crédito. El carácter vivo de la relación crediticia, que fluctúa extraregistralmente, impide al registro dar información actualizada de su situación. La diligencia (como proyección de la buena fe) que es exigible a todo adquirente, con mayor razón si se subroga pasivamente en la deuda garantizada, impone que se informe extra tabulas del contenido del título y de las vicisitudes de la relación crediticia. Desde la perspectiva del acreedor, hay que reconocer el carácter dual de su titularidad, que engloba tanto el crédito como su añadido, que es la hipoteca. A esta titularidad creditual, en principio nada le aporta la inscripción, que reserva sus particulares efectos estrictamente para las titularidades inmobiliarias. Tampoco suplanta o sustituye al título ejecutivo. Sin embargo, a nadie se le escapan las ventajas de la constancia registral de la titularidad hipotecaria. Sobre todo en el mercado financiero, en el que ésta, además de por su valor en uso o ejercicio, también es apreciada porque aumenta el valor de cambio del crédito, especialmente cuando está llamada a constituir, aunque de forma mediata, el soporte último de los títulos de mercado secundario. Quizás por ello, también en este ámbito financiero pueda tener interés para las entidades financieras que acuden a la refinanciación, además de la uniformidad, la mera publicidad de las condiciones de su cartera de créditos. PAZ-ARES RODRIGUEZ, *El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (Alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)*, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. VV.AA, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008, pág. 172.

noticia, es decir, la simple constancia de ciertos aspectos de la relación crediticia, siempre y cuando se mantenga inflexiblemente que publicidad no es inscripción, pues son limitados los efectos de la constancia tabular de las denominadas cláusulas financieras y la técnica de acceso de éstas se verifica mediante una simple transcripción. Como argumenta PAZ-ARES<sup>448</sup>, no se trata de un juego de palabras, sino de un traspaso en bloque, cuyo contenido no es susceptible de calificación<sup>449</sup>.

En un sentido contrario, CABANAS TREJO y BONARDELL LENZANO sostienen que siempre ha habido algo de solución retórica en el argumento de que una cláusula tenía eficacia meramente personal u obligacional como determinante de su rechazo tabular. Como destacaron CARRASCO, CORDERO Y MARIN, “a pesar de los criterios de la DGRN, lo cierto es que mediante su acceso al Registro toda obligación puede tener eficacia real (esto es, eficacia frente a terceros), por lo que la denegación de inscripción de ciertas cláusulas no puede justificarse en su no trascendencia real”. Esta imaginería jurídica ha terminado por ensombrecer el significado mismo de lo pretendidamente real. Frente al tercero que sabe por el Registro de la existencia de una hipoteca sobre la finca y que tiene además identificada la obligación que garantiza (o puede garantizar), esta hipoteca así como su responsabilidad máxima y la duración, el hecho de que, por ejemplo, se hayan pactado unas u otras causas de vencimiento anticipado no le legitima para entrometerse en la regulación convenida por las partes. El tercero hipotético no puede servir de excusa para que un funcionario fiscalice en interés de aquel lo convenido por los contratantes. Si, finalmente, la garantía se ejecuta, será porque el deudor no ha pagado la deuda, porque ha incumplido la obligación, pero es indiferente para el tercero el motivo por el cual se llegue a un vencimiento anticipado. Estos autores insisten que será así porque los contratantes lo han querido y sólo hay que estar a los límites específicos impuestos a su libertad de pactos<sup>450</sup>.

---

<sup>448</sup> *El título de crédito hipotecario...* ob, cit, pág. 174.

<sup>449</sup> Como dice la DGRN en Resolución de 21 de diciembre de 2007 “respecto de estas cláusulas financieras el Registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir, sin más, las mismas”.

<sup>450</sup> “...Si estos no operan y lo pueden pactar, es claro que el vencimiento se producirá a todos los efectos, que en puridad son los obligacionales, pues los pretendidamente reales, sólo son el corolario inferido del carácter accesorio de la garantía. En puridad, el debate sobre la naturaleza real u obligacional de los pactos ha sido un falso debate, pues todo es obligacional y tiene eficacia entre las partes al margen de la publicidad registral, aunque precisamente por esas mismas consecuencias el tercero se verá afectado, pero lo es por la ejecución de una garantía que ya sabía existente, junto con sus límites de responsabilidad y duración. Más precisamente, era un falso debate *sustantivo*, ya que en realidad todo ha estado circunscrito a los términos procesales de la realización de la garantía, por la sumariadad de su proceso de ejecución...”. *Hipotecas que flotan y dogmas que se hunden (sobre la inscripción de los créditos garantizados con hipoteca)*. Diario La Ley, Año XXIX, Número 7044, Miércoles, 29 de octubre de 2008, pág. 4.



Sea como fuere, una concepción verdaderamente procesal y, a la vez, moderna de la ejecución hipotecaria, cuyo objeto es el préstamo hipotecario, exige la determinación previa de todos sus elementos esenciales antes de profundizar en sus aspectos procedimentales: deuda, título ejecutivo e hipoteca se perfilan en este punto como tres pilares fundamentales que constituyen el objeto del proceso de ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados.



## CAPÍTULO IV

### ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA PRETENSIÓN JUDICIAL HIPOTECARIA. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES.

## CAPÍTULO IV

### ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA PRETENSIÓN JUDICIAL HIPOTECARIA. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES.

#### I. LAS PARTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

##### 1) Concepto de parte en el proceso.

VALENCIA MIRÓN<sup>451</sup> afirma que el proceso es necesariamente *actus trium personarum* integrado por el juez y las partes. La idea de parte deriva de su significado en el uso corriente: “tener parte, tomar partido, participar”, y cuando esta imagen se subjetiviza se hace referencia a otra expresión. La de ser parte. Esto quiere decir que el sujeto o sujetos vienen a asumir posición y nombre de partes del fenómeno o de la relación. Pero ese nombre no es aplicable al Juez ni al resto de los miembros que componen el órgano jurisdiccional, sino únicamente a quien demanda o a quien se defienden frente a él (partes litigantes o contendientes). En el litigio o contienda el Juez, ni contiene ni toma partido, al encontrarse *supra partes* y examinar el litigio imparcialmente.

Igual que en todo proceso<sup>452</sup>, tanto declarativo como ejecutivo, en el proceso de ejecución hipotecaria rige, sin lugar a dudas, el principio de dualidad de partes<sup>453</sup>, inherente y consustancial a cualquier proceso que se precie de serlo.

---

<sup>451</sup> *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Comares, 2005, pág. 315.

<sup>452</sup> DE LA OLIVA alude a la equivocidad del término *proceso* pues en él se mezclan significados forenses inexactos o arcaicos con otros generales, tales como *acción de ir hacia delante*, *transcurso del tiempo o conjunto de fases sucesivas de un fenómeno*. Tomando como referencia la concepción de proceso en cuanto conjunto sucesivo de elementos de un fenómeno jurídico, este autor define el proceso como instrumento de la Jurisdicción y afirma que es la serie o sucesión jurídicamente regulada de actos (del órgano jurisdiccional, de sujetos jurídicos particulares o de otros órganos del Estado, que no sean jurisdiccionales) tendentes a la aplicación o realización del Derecho en un caso concreto. *Curso de Derecho Procesal Civil I*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2012, págs. 175 y 176. Por su parte, en el mismo sentido, GIMENO SENDRA también identifica claramente *proceso* con *función jurisdiccional* al definirlo como el instrumento que ostenta la Jurisdicción para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales. En cuanto a su contenido, el mismo autor, de forma más extensa define el proceso como conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, obligaciones y cargas, que asisten a los sujetos procesales como consecuencia del ejercicio del derecho de acción y de la interposición de la pretensión, cuya realización a través de los oportunos actos procesales, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales, informadas por el principio de contradicción, desde las que las partes examinan sus expectativas de una sentencia favorable que ponga fin al conflicto mediante la satisfacción definitiva de sus respectivas pretensiones y resistencias. *Introducción al Derecho procesal*, ob, cit, págs. 251 y 252.

<sup>453</sup> MONTERO AROCA considera, imprecisiones lingüísticas al margen, que podía suscitarse alguna duda que otra con anterioridad a la LEC de 2000, pero después de dicho texto legal, a su juicio, no hay ningún problema para aceptar la existencia de partes en este proceso de ejecución, ni para determinar quienes asumen tal condición, dada la claridad con se expresa en este punto el art. 538.1 de la LEC, disposición general para la ejecución forzosa de perfecta aplicación a la ejecución hipotecaria. Ob, cit,

Con carácter general, para GIMENO SENDRA el concepto de parte presupone una titularidad respecto a la relación jurídico material debatida en el proceso y también una relación directa con los efectos materiales de la Sentencia que se dicte, pues la futura resolución judicial afectará únicamente a quienes ostenten la condición de parte. En el mismo sentido, DE LA OLIVA<sup>454</sup> asevera que, en principio, sólo son partes el sujeto o los sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquél o aquéllos respecto de los cuales o frente a los cuales se pide esta tutela. De forma más precisa, apunta DE LA OLIVA, únicamente son partes los sujetos a quienes afectará de forma directa el pronunciamiento del tribunal, ya conceda o deniegue la tutela pedida, ya establezca que no puede pronunciarse sobre ella en ningún sentido.

Hay casos, sin embargo, en que no existe un vínculo directo con la relación jurídico material, pero se ostenta formalmente la condición de parte en un proceso, como ocurre en los supuestos de legitimación extraordinaria<sup>455</sup>. Como veremos, en el caso particular de la ejecución forzosa, además, habrá que tener en cuenta las normas especiales contenidas en los arts. 539 a 544 LEC (supuestos de sucesión, ejecución

---

pág. 489. En cuanto al principio de dualidad de partes, sin perjuicio de remitirnos directamente al capítulo III en el que se aludía a los principios que informan todo proceso de ejecución, aplicables, por tanto, a la ejecución hipotecaria, baste señalar lo manifestado por SERRA DOMINGUEZ cuando afirma que este principio es inherente al mismo concepto de parte. Como notas características de este principio básico de todo proceso señala, entre otras: a) la dualidad hace referencia a la existencia de dos diversas posiciones antagónicas de las partes: parte activa y parte pasiva; dentro de cada posición antagónica, a su vez, puede haber una pluralidad de persona; b) incluso en los supuestos de intervención principal, aunque el tercero interviniente se coloque en una situación de contraposición con las dos partes iniciales, también se preserva el principio de dualidad de partes ya que se crean tres relaciones distintas: la inicial entre las partes primitivas y otras dos sucesivas en las que el interviniente es parte activa y las partes iniciales asumen una posición pasiva; c) asimismo, ambas partes deben encontrarse en una posición real de antagonismo. *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación*. Revista Justicia, 1987 /II, págs. 296 y 297.

<sup>454</sup> *Curso de Derecho Procesal...* Ob, cit págs. 399 y 400. Asimismo, DE LA OLIVA precisa que *no sólo son partes el demandante y el demandado, es decir, quien inicialmente pretende y aquél frente al cual inicialmente se pretende una declaración del órgano jurisdiccional. También son partes quienes, con posterioridad al inicio del proceso mediante la demanda, e incluso después de una eventual ampliación de ésta por el actor o demandante, pueden, por su relación con el objeto principal del proceso (relación que deberán acreditar), entrar en el proceso con plenitud de derechos, cargas y responsabilidades procesales*. Por último, subraya este autor, que tal definición se aplica igualmente al proceso de ejecución, conforme al art. 538 de la LEC. Ob, cit, pág. 400.

<sup>455</sup> En efecto, en principio, el art. 10 de la vigente LEC identifica el concepto de parte legítima con la titularidad de la relación jurídico material o el objeto litigioso; no obstante, el propio precepto contempla la excepción al proclamar que “se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”. En este sentido, DE LA OLIVA recuerda que en casos taxativamente establecidos por las normas jurídicas se concede el derecho a obtener concretas tutelas jurídicas a sujetos que no son titulares del derecho subjetivo privado. El conjunto de estos fenómenos se conoce con el nombre de *legitimación indirecta*, a diferencia de los casos en que la acción se atribuye al titular del derecho fundante en ella que se denominan *legitimación propia o directa*. Para DE LA OLIVA, el fundamento de estos tipos de legitimación únicamente se reconduce a dos ideas, a un par de causas: por un lado, aparecen quienes son parte en un juicio para pretender una tutela cuyo fundamento es un derecho ajeno y actúan en interés propio pretendiendo la tutela para sí mismos (legitimación por sustitución). Por otro, los que son parte en juicio en su propio nombre, aunque sobre la base de una titularidad ajena, sin pretender para sí la tutela que piden (legitimación representativa). Ob, cit, pág. 420.

sobre bienes gananciales, ejecución frente a deudor solidario, entidades temporales y entidades sin personalidad).

Para GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ<sup>456</sup>, lo decisivo en aras a la delimitación conceptual de *parte* es la posición de pedir en el proceso y de defenderse en el mismo, y que puede o no coincidir con la titularidad de un determinado derecho, porque el concepto procesal de parte está íntimamente ligado al de acción, entendida como derecho de acudir a los tribunales y poner en marcha la actividad jurisdiccional.

En cualquier caso, tratándose de un proceso de ejecución hipotecaria, lo habitual es que se produzca una coincidencia entre los sujetos de la relación material y los de la relación procesal, pues tradicionalmente, tal y como indica SEGOVIANO<sup>457</sup> se ha venido entendiendo que las partes en el proceso de ejecución son las personas que aparecen designadas en el título ejecutivo. Se identifica, de esta forma, la parte de la relación jurídico material (acreedor y deudor), con la parte en la relación procesal (ejecutante y ejecutado), por entender que lo que existe es una persona titular de un derecho que se le ha reconocido en un título de ejecución, contra otra que ocupa la postura contraria, la de obligado a satisfacer dicho derecho.

La Jurisprudencia menor, por otro lado, no exige coincidencia absoluta con la relación material al afirmar, entre otras, en Sentencias de la AP de Madrid, de 18 de enero de 2003 (nº recurso 496/01) y 2 de noviembre de 2005 (nº recurso 696/04) que la condición de parte en un proceso se tiene al formular una demanda o aparecer designado en ella como demandado, abstracción hecha de quien pida o frente a quien se pida, sean o no, titulares u obligados, respectivamente, por el derecho material deducido en el proceso, circunstancia ésta que únicamente, como núcleo fundamental del proceso, se decidirá en la Sentencia.

## 2) Concepto de parte en el proceso de ejecución.

Extrapolando el concepto genérico de parte procesal a la ejecución forzosa, resulta necesario remitirse a lo dispuesto en el art. 538 de la vigente LEC; según este precepto, *son parte en el proceso de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha.*

---

<sup>456</sup> *El proceso civil*, Oviedo, 1996, pág. 49.

<sup>457</sup> *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AA.VV, T. III, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 2526.

Pero, junto a quien asume la condición de parte en sentido estricto, GUASP<sup>458</sup>, tratándose del proceso de ejecución, diferencia ente *parte* e *interesado*, siendo *interesados* todos aquellos que sin instar ni soportar directamente la ejecución pueden intervenir en ella para defender un interés<sup>459</sup>. En la misma línea de separar los conceptos de *parte* e *interesados* se pronuncia BAENA RUIZ para quién en el lado pasivo únicamente deben situarse aquellos a los que se reclama el pago mediante el oportuno requerimiento, pero no los que GUASP calificaba de *interesados*, que ni instan la ejecución ni han de soportarla si bien intervienen en ella para defender algún interés<sup>460</sup>.

### 3) Las partes en el proceso de ejecución hipotecaria: elementos delimitadores.

Bajo el imperio de la legislación anterior a la LEC, un sector de la doctrina negaba la existencia de partes en el proceso de ejecución hipotecaria por concebir la ejecución hipotecaria como un procedimiento de base registral<sup>461</sup> en el que no había conflicto, ni litigio, ni siquiera proceso.

Incluso la Jurisprudencia se ha mostrado pertinaz en su negativa acerca de la existencia de partes en este proceso; entre otras, la SAP de Madrid de 26 de febrero de 2002 que afirma, vigente ya LEC de 2000, que en este procedimiento no hay partes ejecutadas y, por tanto, es preferible referirse a aquellas personas con la que tiene que practicarse un acto de requerimiento de pago o de notificación de juicio para que éste sea válido<sup>462</sup>.

---

<sup>458</sup> *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951, pág. 87.

<sup>459</sup> ROCA SASTRE, por su parte, sitúa en el lado pasivo al deudor y al dueño de la finca, ya sea hipotecante o tercer poseedor, y también a los titulares de cargas posteriores a la hipoteca. Ob, cit.

<sup>460</sup> *Las partes en el proceso del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia al ejecutado y a su régimen jurídico. Intervención de terceros*, en *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*. Escuela Judicial, CGPJ. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 23, Estudios de Derecho Judicial, págs. 24 y 25.

<sup>461</sup> Expresión acuñada por GARCIA GARCIA que ALVAREZ-SALA califica de *equivoco*. A su juicio, no hay un procedimiento de base registral y tampoco tiene sentido hablar de un procedimiento de base documental, pues la conformación del proceso está fuera del alcance de la autonomía de la voluntad. *Una hipoteca para tiempos de crisis...*ob, cit.

<sup>462</sup> MONTERO AROCA ejemplifica como absurdo el supuesto de hecho al que alude la STC 222/1999, de 29 de noviembre. Por su singularidad se reproduce a continuación literalmente, tal y como lo cuenta el citado autor: "... Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Arganda del Rey, el 7 de julio de 1997, la Caja de Ahorros de Madrid instó procedimiento de ejecución hipotecaria contra una entidad mercantil S. A, y en su curso se evidenció, por la certificación registral de dominio y cargas, que el dominio de la finca hipotecada había sido transmitido por la entidad mercantil a dos personas físicas ya en julio de 1996 con inmediata suscripción en el Registro de la propiedad. Enterada una de las personas físicas de la existencia del procedimiento de modo extraprosesal, presentó escrito en el Juzgado pidiendo se le tuviera por parte y adjuntando el documento de consignación en la cuenta y en la entidad bancaria del Juzgado del importe de la deuda reclamada. Por providencia el Juzgado declaró no haber lugar a tener al comparecido por personado y parte, al no ser su alegación una causa de oposición de las del artículo 132 LH. Interpuesta reposición, se ordenó devolver el escrito sin dejar constancia en autos por no

Actualmente, tras la vigencia de la LEC 1/2000<sup>463</sup>, no puede cuestionarse la existencia de partes en el proceso de ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles, ni tampoco deben suscitarse dudas acerca de quien asume tal condición: de un lado, como parte activa, el acreedor hipotecario<sup>464</sup>; de otro, como parte pasiva, el ya citado artículo 685.1<sup>465</sup> LEC no deja margen para la discusión, es decir, son parte pasiva, o lo

---

tener la persona en cuestión el carácter de parte. Pedida nulidad de actuaciones, se dictó nueva providencia declarando no haber lugar a ella, remitiendo a la persona al proceso declarativo correspondiente. Por si faltara algo la Caja de Ahorros ejecutante percibió directamente el importe de la deuda reclamada y desistió de la continuación del proceso de ejecución, el cual concluyó con auto de archivo. A pesar de todo, el tercero poseedor interpuso recurso de amparo que fue estimado.” Ob, cit, págs. 492 y 493.

<sup>463</sup> SENÉS MOTILLA subraya el acierto de la regulación vigente en la LEC dado que dicho texto ha integrado una laguna existente en la materia, pues aporta una regulación sistemática de los sujetos legitimados en el proceso de ejecución. A su juicio, las deficiencias de la regulación anterior eran especialmente patentes en relación con aquellos sujetos que no teniendo reconocida la condición de parte procesal se veían afectados por actos ejecutivos. En ese contexto, la nueva ley presenta una regulación sistemática, garantista e integradora de los sujetos procesalmente legitimados en el proceso de ejecución. Respecto del rigor sistemático, SENÉS repara en la ubicación de la regulación comentada, a la cabeza de las disposiciones generales de la ejecución, así como en la progresiva delimitación de los sujetos legitimados, activa y pasivamente, como partes procesales en sentido estricto y de los terceros afectados por los actos ejecutivos, abordando en último término los regímenes especiales en los arts. 541 a 544. Asimismo, para esta autora, el carácter garantista es una de las características más acusadas de la nueva regulación, siendo especialmente significativas las posibilidades de actuación procesal reconocidas a los terceros, que sin derogar la diversidad de régimen jurídicos entre quién es parte y quién tercero, sí aproxima considerablemente la posición procesal de este último, al menos respecto de concretos actos ejecutivos. Finalmente, en cuanto la vocación integradora de la ley, SENÉS repara en la articulación de reglas especiales allí donde la singularidad de los bienes sobre los que debe proyectarse la responsabilidad, la naturaleza de la obligación, o la configuración de los sujetos frente los que se recaba la tutela ejecutiva hacen insuficientes previsiones establecidas para la generalidad de las pretensiones ejecutivas. *Disposiciones generales...* ob, ci pág. 67.

<sup>464</sup> Recuerda RIVERA FERNÁNDEZ que de la misma forma en que nunca se ha puesto en duda la condición de parte que tiene el acreedor hipotecario, se ha negado con insistencia la misma condición de parte procesal a aquellos sujetos que se sitúan en el lado pasivo de la ejecución hipotecaria. La razón de tal negativa reside en el argumento defendido por muchos autores de que el proceso, más bien, desde esta perspectiva (que no defendemos) procedimiento, no se postula frente a alguien, ya que lo que se solicita es la realización del valor de la finca para satisfacer el crédito garantizado con la garantía accesorio e inculplido. Ob, cit, pág. 95. Por su parte, MONTERO AROCA recuerda también que en efecto, bajo la vigencia del antiguo procedimiento regulado en el art. 131 LH se negaba la existencia de partes. Sostiene este autor: “...Pudiera decirse que los hipotecaristas creyeron hasta el final que en el juicio ejecutivo hipotecario no existía una verdadera pretensión y, por tanto, al no pedirse nada frente al deudor, éste no era realmente parte sino sólo afectado, que es la palabra clave para entender cuál era su idea de los sujetos pasivos en el proceso de ejecución. Ob, cit, pág. 491. Incluso la Jurisprudencia negó la existencia de partes procesales, entre otras, en sentencias tales como SAP Castellón de 27 de octubre de 1999 y SAP de Cáceres de 21 de mayo de 1999, en las que se afirma textualmente: “en este especial procedimiento del artículo 131 LH, no hay partes propiamente dichas, y la personación de los que por cualquier motivo comparecen y se les tiene por tales no tiene la importancia y la trascendencia que en un proceso ordinario”. En el mismo sentido, STC 41/1981, de 18 de diciembre que afirmó: ni el deudor, ni el tercer poseedor o los demás interesados son verdaderas partes procesales, a los que en algún caso la ley ordena hacerles notificaciones en vía de apremio pero no emplazamientos ni citaciones. Más tarde, todavía en 1997 el Tribunal Supremo, Sentencia de 7 de abril de 1997, insistía en que el tercero poseedor no era parte procesal y, por tanto, carecía de todos los derechos procesales. Precisar, una vez más, que ésta no es la tesis mantenida por la LEC de 2000 que considera la ejecución hipotecaria un verdadero proceso y, en consecuencia, regido entre otros, por el principio de dualidad de partes. Si bien, otros principios, tal y como se vio en Capítulo anterior, como el de contradicción e igualdad se encuentran sensiblemente atenuados, incluso, anulados.

<sup>465</sup> El AAP de Zaragoza (sección 5ª), 295/2002 de 6 de mayo afirma que “el art. 685 recoge una de las realidades subjetivas clásicas de la relación hipotecaria. Es decir, el supuesto en el que quien hipoteca un bien para garantizar una obligación frente al acreedor no es el deudor. Ese es el hipotecante no deudor que ha de coincidir, pues, con la existencia del deudor no hipotecante. Es por ello por lo que dicha terminología no se refiere a aquél o aquéllos que fueron hipotecantes, pero que transmitieron antes de la ejecución su relación jurídica con el bien objeto de la misma. Por eso, el art. 685 dice que la demanda



que es lo mismo, demandados-ejecutados, el deudor<sup>466</sup>, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor, pues tal y como indica este precepto, la demanda se dirigirá frente a ellos, en su caso<sup>467</sup>. Por consiguiente, de existir las tres figuras, todas ellas asumirán la posición pasiva en el proceso<sup>468</sup>. Y junto a las partes en sentido estricto, pueden intervenir en el proceso *terceros*, aquellos a los que GUASP calificaba de *interesados* (afectados por actos ejecutivos concretos o por el proceso en sí).

---

ejecutiva se dirige contra el deudor, que es en principio además hipotecante, pero en el caso de que no fuera así, también habrá de comunicarse la demanda ejecutiva a quien puede perder su inmueble por deudas ajenas. Ese es el hipotecante no deudor y no aquellos que fueron hipotecantes deudores". Es de hacer notar que aunque esta resolución judicial alude a la comunicación de la demanda a hipotecantes no deudores, el art. 685 va mucho más allá al afirmar que la demanda, en su caso, también se debe dirigir contra estos; por consiguiente, el precepto constituye una suerte de litisconsorcio pasivo necesario del que forman parte todos estos sujetos, caso de existir: deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor de los bienes hipotecados.

<sup>466</sup> Sin perjuicio de que la demanda también se puede dirigir contra quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento mediante documento público. La posibilidad la recoge explícitamente el art. 538. 2.º de la LEC y a ella alude el Auto de la AP de Barcelona (sección 12ª) de 28 de marzo de 2002.

<sup>467</sup> No obstante, con respecto a los fiadores hay opiniones divergentes en el seno de la Jurisprudencia. Así, el Auto 87/2010 de la AP de Ciudad Real (sección 1ª), de 9 de septiembre de 2010, argumenta que también pueden ser demandados en el proceso los fiadores solidarios del deudor; tal y como afirma, "nada impide que la demanda pueda dirigirse contra terceros que de alguna u otra forma deban responder en relación a la obligación garantizada con el bien hipotecado, como ocurre con los fiadores solidarios del deudor, tal como permite expresamente el art. 538 de la LEC, pues, por un lado, éstos pueden poner fin a la ejecución mediante el pago de la deuda garantizada, y por otro, cabe que ante la insuficiencia del bien hipotecado pueda continuarse la ejecución frente a otros bienes de estos terceros obligados (art. 579), en tanto que la existencia de esos fiadores supone una garantía de carácter personal que se suma a la garantía real hipotecaria. Al no existir una norma excluyente en el ámbito de las especialidades de la ejecución hipotecaria en relación con las disposiciones generales del procedimiento de ejecución, en este caso el art. 538, la conclusión no puede ser otra que la posibilidad de demandar a los fiadores en la ejecución hipotecaria..." En contra, no obstante, de esta opción, negando la posibilidad de que la demanda se dirija contra los fiadores, se pronuncia el AAP de Guadalajara 56/2011, (sección 1ª), de 14 de junio. Según este auto, el art. 685.1 de la LEC determina las personas frente a las cuales se dirige la demanda de ejecución hipotecaria, no figurando entre ellos los fiadores solidarios, pues así lo ha querido el legislador; frente a los cuales, por otro lado, podrán ejecutarse las acciones correspondientes pero no en el seno de este procedimiento de ejecución, de ahí que no se produce infracción alguna del art. 1822 del CC, pues dicho artículo no dice que el pago deba de hacerse en el procedimiento específico. En el mismo sentido, el AAP de las Palmas (sección 4ª) 319/2007 de 19 de julio, que niega la condición de parte al fiador en el procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en los arts. 681 y siguientes LEC.

<sup>468</sup> Quien figura en el título ejecutivo como deudor, no puede instar la ejecución, (Auto 325/2011 de la AP de Vizcaya, sección 3ª, de 6 de julio). Por contraposición, quien no figura como acreedor en el título ejecutivo, tampoco puede instar la ejecución (Auto AP Madrid, (sección 25ª), 73/2005, de 11 de abril). Asimismo, el Auto de la AP de Pontevedra, (sección 1ª), 97/2010 de 6 de mayo, confirma la distinción entre partes y terceros interesados al declarar: "...es obvio que de conformidad con lo establecido en el art. 538 de la ley procesal, partes en sentido estricto en el proceso de ejecución forzosa lo son la persona o personas que piden y obtienen el despacho y aquéllos frente a los cuales se despacha ejecución. Ello no impide, sin embargo, que cualquier persona que ostente un interés legítimo pueda hacerlo valer en el proceso. Se trata de los terceros al proceso que, sin ser parte, se encuentran en conexión con los derechos que en él se ventilan. Estos podrán formular pretensiones a lo largo de su tramitación, cuando sus derechos se vean afectados, provocando un pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Al margen del contenido de su pretensión, si ésta se encuentra fundada en un interés legítimo, el rechazo de su intervención en el proceso es susceptible de vulnerar la efectividad de la tutela judicial, cuestión que habrá de resolverse caso por caso, en función de los intereses en presencia". La anterior declaración judicial lleva al tribunal a permitir la intervención del acreedor del ejecutado, titular de un crédito preferente, a fin de no cercenar su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El Auto 69/2004 de la AP de Madrid (sección 13ª), de 6 de febrero, declara, por su parte: "...aun siendo lo deseable que quien sea ejecutante sea acreedor y que quien sea ejecutado lo sea porque es deudor y que ambos figuren con ese carácter en el título ejecutivo, conviene también al proceso de ejecución un concepto matizadamente formal de parte, pues: a) puede ser, de derecho, ejecutado quien no es deudor (538.3); b) puede ser, de derecho, ejecutante quien no sea acreedor; y c) la ejecución forzosa puede proyectarse sobre el patrimonio de personas respecto de las que nada dice el título ejecutivo".

MONTERO AROCA considera que en toda la doctrina que niega la existencia de partes en este proceso, subyace un *grave lastre conceptual* en torno a lo que realmente es el proceso de ejecución, al ejercicio en él de pretensión ejecutiva y a la misma noción de parte y tercero. A su juicio, nada tienen que ver estos conceptos con la extensión que de su defensa puedan hacer los sujetos afectados. Con independencia de hasta donde llegue la oposición del ejecutado, es decir, si se le permite más o menos motivos de impugnación, se puede discutir sobre sus posibilidades de contención, más o menos limitadas, pero eso no afecta al concepto mismo de parte. En definitiva, el hecho de que el ejecutado disponga de escasas posibilidades de defensa y/o alegación en el seno del proceso ejecutivo hipotecario es una circunstancia objetiva que no permite negarle la condición de parte, todo lo más, es algo que afecta a su situación dentro del proceso pero no a su cualidad de litigante.

MONTERO subraya, asimismo, que el hecho de que se den especialidades en el proceso de ejecución hipotecaria, no permite mantener que el proceso se dirija realmente contra el bien hipotecado y que el deudor o el tercer poseedor sean meros soportes personales del procedimiento o simplemente afectados.<sup>469</sup> . Más aún, cuando como se ha dicho, la LEC en el art. 685.1 quiere dejar patente la condición de parte pasiva tanto del deudor, como del hipotecante no deudor y el tercer poseedor.

#### A) El título ejecutivo.

El fundamento de la atribución de la condición de parte reside en el título ejecutivo y en la resolución judicial por la que se despacha ejecución. Lo habitual es que quienes aparecen respectivamente como acreedor y deudor en el título ejecutivo,

---

<sup>469</sup> Ob, cit, págs. 494 y 495. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS se muestra en esa tendencia doctrina al negar la existencia de partes en la ejecución en estos términos: “nada se pretende frente a nadie sino el puro y simple desenvolvimiento del derecho real que, como tal, implica un poder inmediato sobre la cosa. En cuanto se actúa el derecho de hipoteca nada se pretende frente al deudor; lo que se pretende del deudor es siempre consecuencia de una acción personal. En cuanto a la actuación de la hipoteca, el impago del deudor previamente requerido no es una oposición sino un presupuesto. Tampoco se pretende en concreto, ninguna conducta del tercer poseedor u otros interesados (que a nada están obligados): todos ellos, en la pura actuación judicial del derecho de hipoteca, pueden no ser partes, sino afectados. El requerimiento del tercer poseedor que la ley impone constituye una garantía de los derechos de éste y de su posición posesoria; pero no le convierte, sin más, en parte, con la obligación personal por costas, respecto del ejercicio de un derecho al que no se oponga. El tercer poseedor, según la Ley, sólo es parte cuando quiere: cuando se opone”. Por su parte, ROCA SASTRE entiende que ni el deudor ni el tercer poseedor son verdaderas partes procesales, pues entonces se les notificarían las providencias que recaen para que pudieran recurrir y no es así. Finalmente, en una posición ecléctica, GARCIA GARCIA, considera que sí son partes en un proceso de ejecución o vía de apremio que prescinde de la fase de cognición, pero únicamente en sentido especial. A su juicio, lo es indudablemente el actor. En cambio, el deudor, el poseedor y el hipotecante no deudor adoptan una posición necesariamente pasiva salvo algunas concretas intervenciones. Y en todo caso, matiza GARCIA GARCIA, estos sujetos tienen una posición diferente en el procedimiento que les diferencia de otros interesados que también pueden intervenir en el mismo (titulares posteriores). *El procedimiento judicial sumario de ejecución....* Ob, cit, pág. 121.

figuren en la relación procesal como ejecutante y ejecutado, coincidiendo de esta forma los titulares de ambas relaciones jurídicas, la material y la procesal. Por tanto, la condición de parte deriva principalmente de lo dispuesto en el título ejecutivo, porque lo normal es que el juez<sup>470</sup> despache ejecución a favor y en contra, respectivamente, de quienes ostentan la condición de acreedor y deudor según este documento privilegiado.

B) El despacho de la ejecución.

No obstante, hay ocasiones en que el despacho de la ejecución afecta a personas que inicialmente no constan en el título; por ello también resulta definitiva para fijar la condición de parte la resolución judicial de despacho de la ejecución<sup>471</sup>. El art. 538 LEC quiere dar preponderancia a esta resolución judicial a los efectos de fijar quienes son parte activa y pasiva en el proceso, pues advierte que son *parte la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución, y la persona o personas frente a las que ésta se despacha*. Por consiguiente, el auto ofrece cierta eficacia legitimadora que va más allá del propio título ejecutivo, dado que la ejecución puede extenderse a personas o bienes que inicialmente no aparecen en el título.

a) Extensión del despacho de la ejecución.

El art. 538.2 LEC confirma lo anterior al declarar que *sólo podrá despacharse ejecución frente a quien aparezca como deudor en el mismo título, frente a quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público y, por último, frente a quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda por la que se*

---

<sup>470</sup> Después de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre que supuso una reforma muy profunda de la normativa procesal y, especialmente, de la relativo a la ejecución, al menos en Madrid, la mayor parte de los Juzgados dictan auto ordenando ejecutar el título y despachando ejecución por las cantidades reclamadas y, además, al mismo tiempo, se dicta un decreto por el secretario acordando practicar el requerimiento de pago y librando mandamiento al Registro para la expedición de la certificación de cargas. Sin embargo, sigue habiendo Juzgados que únicamente dictan el auto despachando ejecución con los mismos pronunciamientos.

<sup>471</sup> Para FERNÁNDEZ-BALLESTEROS la cualidad de parte en el proceso de ejecución no depende ni de la afirmación del acreedor en la demanda ejecutiva ni del tenor literal del título ejecutivo, sino del efectivo despacho de la ejecución. Partes son: quien obtiene el despacho de la ejecución y aquel frente a quien efectivamente se despacha. Ob, cit, pág. 198. El Auto de la AP de Madrid, sección 13ª, 69/2004 de 6 de febrero, afirma que aun siendo deseable que quien aparece como ejecutante sea el acreedor y que quien sea ejecutado lo sea porque es deudor y que ambos figuren con ese carácter en el título ejecutivo, conviene también al proceso de ejecución un concepto matizadamente formal de parte, pues: a) puede ser, de derecho, ejecutado quien no es deudor; b) puede ser, de derecho, ejecutante quien no sea acreedor; y c) la ejecución forzosa puede proyectarse sobre el patrimonio de personas respecto de las que nada dice el título ejecutivo.

procede. Ello, sin perjuicio de los supuestos de legitimación extraordinaria previstos en los arts. 540 a 544 y en los que habrá ocasión de detenerse más adelante<sup>472</sup>.

El Auto de la AP de Zaragoza núm. 580/2011 de 23 de diciembre, alude al significado de la extensión ejecutiva que contempla el art. 538.2 de la LEC y al hacerlo comienza sentando un paralelismo entre la vigente LEC y la antigua Ley de 1881. De esta forma, según declara la resolución judicial citada, vigente la Ley derogada regían los principios de identidad y literalidad con el título ejecutivo, es decir, la acción ejecutiva no podía contener ningún exceso en relación con el título, no se podía pretender ejecutivamente nada más ni diferente de lo que resultaba del título ni contra quién no apareciera como deudor en el título ejecutivo. Sin embargo, la LEC de 2000 introdujo en este punto importantes novedades. Afirma textualmente el Auto referenciado: "...el precepto fundamental en este sentido es el art. 538.2 LEC en el que se contemplan supuestos de extensión subjetiva y objetiva de la sentencia a quienes no fueron parte en el proceso de ejecución. En el ordinal segundo de dicho precepto se permite accionar ejecutivamente contra quién, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda. Supuesto de extensión subjetiva. Pero en el ordinal tercero se contempla un supuesto de extensión objetiva (también relativamente de extensión subjetiva), permitiendo la acción ejecutiva contra quién sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago. Todo ello, bajo la responsabilidad del ejecutante (art. 538.2 LEC). No son esos los únicos supuestos en los que se produce esa extensión, dado que se contemplan otros, el del art. 541 LEC para bienes gananciales, el del art. 543 para asociaciones temporales, y el del art. 544 relativo a las entidades sin personalidad jurídica".

Asimismo, el Auto alude a los dos grandes problemas (procedimental y de fondo) que acarrea esta extensión, sea objetiva o subjetiva de la ejecución; de un lado, la cuestión procedimental alude a cómo y con qué garantías se despacha ejecución contra quién no aparece como deudor en el título. De otro, aquí la cuestión es de fondo, cabe preguntarse (el Auto lo plantea así) en qué medida estas previsiones

---

<sup>472</sup> En este sentido, el Auto de la AP de Barcelona, sección 16ª, 45/2012 de 8 de marzo, afirma que el amplio abanico de legitimados pasivos en el proceso de ejecución que deriva de la fórmula empleada por el art. 538.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de conciliarse con las exigencias de la tutela judicial efectiva. De ahí que la responsabilidad de un sujeto de derecho distinto del que aparece como deudor en el título ejecutivo haya de basarse en una *disposición legal* que así lo establezca y, además, que la consecuencia jurídica establecida por la norma habilitante quepa inferirla con toda naturalidad del tenor de los documentos que se acompañan a la demanda ejecutiva. Buen ejemplo de la cautela con que la LEC aborda las diversas hipótesis de extensión de la responsabilidad ejecutiva a personas distintas de las mencionadas en el título que se ejecuta, lo hallamos en los artículos 540 a 544 de ese cuerpo legal.

normativas respetan el derecho a la tutela judicial efectiva de quien fue ajeno a lo que se hacía constar en el título. La primera cuestión, según el Auto, se resuelve a través de lo señalado en el art. 550.2 LEC cuando alude a la presentación de los documentos necesarios que el ejecutante considera útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de intereses para despacharla.

Con respecto al segundo problema que la aplicación del art. 538.2 puede generar, el de su propia constitucionalidad, la AP de Zaragoza en el Auto al que se viene aludiendo, se remite directamente a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 4 de octubre de 2010 que, no obstante ofrecer una solución al respecto, no deja de producir cierta perplejidad, pues, de un lado, afirma que no cabe extender la ejecución contra quién no había sido llamado y vencido en el proceso, vulnerando el principio de contradicción y, de otro, afirma expresamente la constitucionalidad del art. 538.2 LEC.

b) Sujetos contra los que cabe despachar ejecución.

En efecto, los sujetos legitimados como parte en el proceso son habitualmente los mismos que figuran en el título ejecutivo<sup>473</sup>, de manera que el título despliega plenos efectos en el ámbito procesal en plena sintonía, en palabras de SENÉS<sup>474</sup>, con quienes son acreedor y deudor en el plano jurídico sustantivo.

Del título ejecutivo puede derivar, por tanto, la legitimación ordinaria o directa, es la que tienen los sujetos relacionados nominalmente en el título y la indirecta o mediata en la que SENÉS sitúa los casos de sucesión y de beneficiarios de una sentencia de condena<sup>475</sup>.

La Ley en el citado art. 538.2 estipula que también se podrá despachar ejecución frente a quien, sin constar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda, bien por disposición legal, bien en virtud de afianzamiento. CORDON

---

<sup>473</sup> Afirma FERNÁNDEZ-BALLESTEROS: “ésta es la situación normal. Al ejecutor le basta con que una persona determinada, física o jurídica, aparezca de modo identificable en el título ejecutivo para que, si es acreedor, deba despachar ejecución a su instancia; y pueda y deba despachar ejecución frente a ella si es el deudor...aunque sólo sea apoyándose en el carácter abstracto del título ejecutivo. Ob, cit, pág. 199.

<sup>474</sup> Ob, cit, pág. 68.

<sup>475</sup> Alude esta autora al carácter integrador e ineludible del reconocimiento judicial de la condición de beneficiario, sin el cual el consumidor o beneficiario no está legitimado para instar el despacho de la ejecución ni para intervenir en el proceso pendiente a instancia de una asociación de consumidores. “En contra de lo que pudiera parecer, el título ejecutivo, sentencia judicial, legitima al interesado, si bien de forma indirecta, para instar el reconocimiento judicial y el ulterior despacho de la ejecución, pues no en vano, la resolución judicial(auto) que accede al mismo deberá atenderse a los *datos, características y requisitos establecidos en la sentencia*”(art. 519)”. Ob, cit, pág. 70.

MORENO cita como manifestaciones concretas de este supuesto las siguientes: la que encaja en el art. 542.2 que, en el caso de títulos extrajudiciales, prevé el despacho de la ejecución frente al deudor que figure en ellos o en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda y lleve aparejada ejecución conforme a lo dispuesto en la ley; el art. 891 del CC que, en los casos en que toda la herencia se distribuye en legados, dispone el prorrateo de las deudas y gravámenes entre los legatarios en proporción a sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa; el art. 1003 CC, según el cual *por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios*. Esta responsabilidad del heredero es el efecto primordial de la aceptación pura y simple de la herencia.

Finalmente, el despacho de la ejecución podrá decretarse igualmente contra el propietario del bien afecto al pago de la hipoteca.

Se incluyen en este supuesto, entre otros, la extensión de la responsabilidad al adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal por las cantidades adeudadas a la comunidad para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares y los casos del tercer poseedor de bienes hipotecados o embargados o de la hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena. En todos ellos, la ejecución se concretará respecto de estas personas a los bienes especialmente afectos.

c) Responsabilidad frente a la extensión indebida del despacho de ejecución.

Este es el supuesto comprendido en el art. 538.4 de la LEC, que dispone lo siguiente: “si el ejecutante indujera al tribunal a extender la ejecución frente a personas o bienes que el título o la ley no autorizan, será responsable de los daños y perjuicios”.

De la declaración legal anterior, se desprende un claro supuesto de responsabilidad civil en que puede incurrir el ejecutante que indujere, es decir, a sabiendas de su inviabilidad, provocare la extensión del proceso de ejecución contra terceros o bienes no afectos a dicha ejecución. Naturalmente, los daños y perjuicios acaecidos deberán acreditarse para que se pueda reconocer su indemnizabilidad, pero no será en sede de ejecución sino en un declarativo posterior donde quepa alegar la existencia de responsabilidad civil por el ejercicio de una acción judicial inconveniente.

En este sentido, aunque SALGADO CARRERO reconoce la bondad de la disposición legal al establecerse con la intención de evitar actuaciones de los ejecutantes adoptadas con excesiva ligereza y poco estudio o prevención, afirma no terminar de comprenderla del todo, pues, si se considera como norma sustantiva, con el art. 1902 del CC habría base suficiente para hacer una reclamación al ejecutante imprudente; y si es norma procesal, como quiera que el precepto no aclara nada especial para la tramitación o resolución de posibles reclamaciones, habrá que acudir de todas formas a las normas ordinarias. Afirma que su aplicación, además, en todo caso lo será sin perjuicio de eventuales responsabilidades penales, ya que, a su juicio, el termino *indujera* unido a la especial naturaleza del título (escrito) lleva ineludiblemente a alguna figura penal. Por ello, concluye el autor últimamente citado, la disposición del art. 538.4 LEC habrá de aplicarse a los casos de fraude procesal, y no en principio cuando simplemente haya una petición improcedente, pues la responsabilidad última del despacho de la ejecución recae en el órgano judicial<sup>476</sup>.

Con carácter general, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones respecto a la existencia del deber de reparar los daños causados por el ejercicio de acciones judiciales, la mayoría de ellas planteadas por vía del art. 1902 del CC<sup>477</sup>, es decir, fundadas en la culpabilidad del actor, pero también con base en la doctrina del abuso de derecho y del art. 7.2 del CC<sup>478</sup>. Y en otras tantas resoluciones la presunta responsabilidad por daños causados a consecuencia del ejercicio de acciones judiciales se trató bajo el prisma conjunto de los arts. 7.2 y 1902 del CC.

DIEZ-PICAZO<sup>479</sup> afirma que la viabilidad de una acción de indemnización de este tipo se somete a los presupuestos generales de la responsabilidad civil establecidos en el art. 1902 del CC; en definitiva, debe probarse la existencia del daño, pues no basta con alegarlo; también la culpa (que el art. 538.4 LEC deja entrever cuando emplea el verbo *inducir*), y la relación de causalidad entre los dos anteriores.

---

<sup>476</sup> *Los títulos ejecutivos: la sentencia y los demás títulos ejecutivos. La ejecución provisional de las resoluciones judiciales. La ejecución en general: las partes de la ejecución y el tribunal competente*, en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Estudios de Derecho Judicial, 31, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, págs. 43 y 44.

<sup>477</sup> SSTs 5 de diciembre de 1980 y 4 de diciembre de 1996, entre otras.

<sup>478</sup> Entre otras, STS 31 de enero de 1992.

<sup>479</sup> *Daños causados como consecuencia de actuaciones judiciales*, Estudios de Derecho Privado, ed. Civitas, Madrid, 1998, págs. 95 y siguientes.

Sobre qué ha de entenderse por *daño resarcible*, el autor últimamente citado diferencia entre el daño consistente en tener que pasar por el proceso en sí mismo y el consistente en la adopción de medidas cautelares, personales o patrimoniales, así como los perjuicios derivados de las repercusiones extraprocesales que el proceso o las medidas adoptadas en él pueden producir. Asimismo, afirma que en principio la actuación judicial es un medio de derecho, una institución jurídica y, por tanto, las instituciones jurídicas no pueden ser consideradas por sí mismas dañosas. Cabe pensar, pues, que el mero hecho de verse envuelto en un proceso no es un daño, puesto que con ello no se causa lesión alguna en los derechos, en los intereses o en los bienes, personales o patrimoniales de otro.

Pero frente a esta idea, cabe argumentar que el propio proceso implica para empezar la necesidad de llevar a cabo unos desembolsos económicos que en sí mismos implican un quebranto patrimonial para quien tiene que efectuarlos. El efecto lesivo del desembolso, mayor o menos en función de la capacidad económica del afectado, unido a la *zozobra* que ocasiona cualquier proceso judicial, especialmente para quien se ve inmerso injustamente en él sin justa causa ni razón, así como la incertidumbre del resultado final, son factores generadores de daños no solo económicos, también morales, y en el caso del proceso de ejecución incluso patrimoniales. Por ello, y mucho más en el caso referido por el art. 538.4 LEC<sup>480</sup>, debe reconocerse, primero, la posible producción de daños y perjuicios para quien se ve inmerso nada menos que en un proceso de ejecución y, después, la obligación de reparar los mismos. Lo impone así la propia Ley procesal y deriva de la doctrina general en materia de responsabilidad civil<sup>481</sup>, que estimamos de perfecta aplicación al caso<sup>482</sup>.

---

<sup>480</sup> El supuesto de hecho del art. 538.4 LEC es claro y no se da en el caso que resuelve la SAP de Zaragoza (Sección 2ª) 142/2010, de 10 de marzo, a pesar de que se esgrimió por el ejecutado como vía de obtener la indemnización de daños y perjuicios. La Sentencia sostiene que el precepto a quien trata de responsabilizar es al ejecutante. En el caso de autos, tenemos una ejecución despachada contra quien sí aparecía en el título como deudor. No frente a quién no era deudor ni frente a quién no estaba prevista una extensión de la responsabilidad. El actor, dice la sentencia, equivoca el sentido del precepto al querer responsabilizar a la ejecutante por haber inducido al tribunal a despachar ejecución por cantidad superior a la que considera adeudada, supuesto éste que no es el que el precepto contempla. Por su parte, el AAP de Barcelona (sección 16ª) 178/2008 de 25 de septiembre impone las costas al ejecutante que provoca el despacho inapropiado al afirmar: “ si el art. 538.4 LEC llega al extremo de hacer responsable de los daños y perjuicios causados al ejecutante que induce erróneamente al Juzgado a extender la ejecución sobre personas o bienes que el título o la ley no autorizan, qué menos que imponer las costas del incidente de oposición al ejecutante que induce al tribunal a despachar ejecución frente a un supuesto deudor que había negado esa condición en el proceso monitorio antecedente del actual”.

<sup>481</sup> DIEZ-PICAZO GIMENEZ y ARANA DE LA FUENTE, afirman que no le falta razón a DIEZ-PICAZO cuando explica que el problema estriba en la justificación de los daños, el que sean o no justos, que se encuentren o no justificados. Con carácter general, la necesidad de justificar los daños nos coloca en los postulados de la teoría del abuso de derecho; el que ejercita una acción o formula una pretensión está ejercitando un derecho. Por esta línea podía llegarse al aforismo *quien usa de su derecho, no causa mal a nadie*. Pero para que ésta máxima resulte plenamente aplicable, es menester que el ejercicio se produzca



---

dentro de los límites de la normalidad, de acuerdo con la función económica social de tal derecho. El derecho de postular justicia ante los tribunales o el de formular pretensiones, para estar situado dentro de esos límites de normalidad, exige lo que los anglosajones denominan *causa probable*, y, desde luego, la no desviación del proceso de su regular función social. Se concluye, por tanto, que hay culpa siempre que el proceso se desvíe de su función social para tratar de alcanzar por él otras finalidades diferentes; y, además, el ejercicio de los derechos de naturaleza procesal se ha de producir de forma diligente y tal diligencia impone que las pretensiones que se formulen posean una normal probabilidad de ser acogidas y que su formulación haya sido precedida de una prudente preparación de los medios de prueba. En este sentido, es culpable del daño quien formula una pretensión que carece de toda probabilidad de que sea acogida y quien formula su pretensión sin haber preparado diligentemente las alegaciones y las pruebas. Por último, debe existir relación de causalidad. *El desbordamiento del derecho de daños. Jurisprudencia reciente*. Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2009, págs. 343 a 347.

<sup>482</sup> En otros supuestos diversos no incluidos en el art. 538.4 LEC los Tribunales se han pronunciado también sobre la producción de daños y perjuicios. Así, la STS 424/2011 de 21 de junio, en un caso de implicación de tercero hipotecario, rechazaba la indemnización de presuntos daños y perjuicios al faltar la prueba de su existencia que correspondía a los demandantes. No procede la indemnización por daños y perjuicios por no haberse acreditado su producción. Los demandantes no identificaron cuáles son los daños, en qué medida y cuáles había de ser en su caso las bases de la determinación de la cuantía indemnizatoria, limitándose a afirmar que existe un daño y que ha de ser indemnizado conforme a lo que resulte de la ejecución. La STS 217/2009, de 13 de abril rechaza la indemnización de daños y perjuicios solicitada por una deudora hipotecaria (constructora) que no había devuelto nada del préstamo destinado a la construcción, tras obtener en juicio declarativo una sentencia firme de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, al estimar que lo que pretendía la demandante era obtener un enriquecimiento injusto. Por su parte, la STS 61/2008 de 28 de enero resuelve que el hecho de que el ejecutante opte por la vía privilegiada del art. 131 LH no supone por sí una situación de indefensión productora de daños y perjuicios; incluso, aun cuando las actuaciones se hubieren llevado a cabo sin conocimiento de los interesados, pues el ejecutante está obligado a efectuar el requerimiento de pago en el domicilio vigente en el Registro y no en otro. Al no intentar los deudores la modificación del domicilio previsto en la escritura de hipoteca, no pueden reprocharle nada al ejecutante en el procedimiento cuya nulidad tampoco instaron. La STS 44/2006 de 25 de enero resuelve un supuesto de abuso de derecho que en principio no existe por el solo hecho de que el ejecutante utilice todos los cauces procesales previstos a su favor, pero sí existe en el supuesto de autos habida cuenta que la duplicidad procesal se produce en determinadas circunstancias. De esta forma, establece la Sentencia: "...el banco acreedor acudió inicialmente al proceso ejecutivo común prescindiendo de la vía más privilegiada que se le ofrecía mediante el procedimiento de ejecución hipotecaria, sin duda porque entendió que el valor del bien hipotecado no sería suficiente para cubrir su crédito y resultaba necesario para la mejor satisfacción de su derecho obtener la traba de otros bienes, al tiempo que extendía la ejecución a otras personas distintas del deudor principal. Así la acción ejecutiva emprendida contenía una acumulación de pretensiones que eran, en síntesis, las siguientes: a) Hipotecaria. Dirigida contra el deudor y propietario del bien con base en la escritura de hipoteca. b) Personal contra el deudor. Dirigida contra éste con posibilidad de perseguir los demás bienes del mismo, que habrían de ser oportunamente embargados y anotada la traba, siendo aquí título ejecutivo la escritura pública en que se documenta el crédito; y c) Personal contra los fiadores solidarios. Acción que se dirige contra estos y que se basa en la misma escritura pública que contiene la fianza solidaria, con la posibilidad de trabar los bienes de los mismos mediante su embargo y anotación registral. Se trataba, como se ha dicho, de una opción perfectamente legítima para el acreedor que se desenvolvía dentro de los límites propios del ejercicio de su derecho en cuanto quedaba a su arbitrio apreciar la insuficiencia de valor del bien hipotecado, anticipándose así al supuesto previsible de que, iniciado en primer lugar el procedimiento judicial sumario de la ley hipotecaria, finalizara el mismo con la realización del bien hipotecado sin conseguir cubrir la totalidad del préstamo por principal e intereses. Pero lo que carece de justificación y explicación razonable en el supuesto enjuiciado es que, tras iniciar y agotar el acreedor la fase declarativa en el proceso ejecutivo común u ordinario trabando además del bien hipotecado, que seguía perteneciendo al deudor, otras fincas del mismo y de los fiadores, después de obtener sentencia, que ordenaba seguir adelante la ejecución despachada de la que habrían de responder, además de la finca hipotecada, los demás bienes embargados, dejara transcurrir el tiempo sin instar la vía de apremio y manteniendo la situación generada por aquel proceso, iniciara la vía privilegiada del artículo 131 de la ley hipotecaria que no le reportaba mayor garantía para la ejecución de su crédito, "desistiendo" únicamente del proceso anterior ante la denuncia formulada por el deudor de la duplicidad en que había incurrido; sin haber instado, como era lo lógico, la vía de apremio respecto de la finca hipotecada que estaba sujeta a la ejecución de la sentencia ya pronunciada. Es esta situación, a la que la entidad ejecutante no ha dado explicación satisfactoria alguna, la que representa un ejercicio abusivo del derecho en cuantos significa un uso caprichoso de los cauces procesales que la Ley ofrece para la satisfacción del crédito, sin que pueda servirle de cobertura la afirmación de que los bienes allí embargados, al estar sujetos a otros embargos preferentes, carecían de valor a efectos de la ejecución, pues aunque ello hubiera sido así, ninguna nueva garantía para el éxito de la misma representaba la duplicidad en la vía ejecutiva. Así, el objeto y las circunstancias en que se pretende hacer valer el propio derecho rebasa los límites del ejercicio normal del mismo, siendo evidente el daño para los actores, cuyo

#### 4) Terceros o *interesados* afectados por la ejecución.

Toda vez que se afirma la posible intervención de *terceros* en el proceso, cabe preguntarse quiénes son estos terceros y cuál es el fundamento de su intervención en el proceso de ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles. El concepto de tercero se delimita de forma negativa, siéndolo todo aquél que no es parte. Dicho de otro modo, es tercero todo aquél que sin haber instado la ejecución, ni haberse pretendido contra él ejecución alguna se verá afectado por el proceso o algún acto ejecutivo concreto. Así las cosas, el fundamento de la intervención del tercero reside en la afectación que experimentan sus derechos o intereses por una ejecución que en principio le es ajena. Asimismo, resulta de vital importancia delimitar los dos conceptos, no siendo cuestión baladí, pues sirve para precisar los medios de defensa de que una determinada persona puede disponer frente a la ejecución iniciada; así, si se es parte, en principio, podría impugnar la ejecución por alguno de los motivos de oposición que regula la LEC en el art. 695, no pudiendo hacerlo en caso contrario<sup>483</sup>.

En definitiva, *terceros interesados*<sup>484</sup> son todos aquellos sujetos que no estando legitimados activa o pasivamente, tienen reconocida por la ley determinadas facultades en el proceso de ejecución hipotecaria en defensa de sus derechos, inscritos o no<sup>485</sup>. La trascendencia misma de la ejecución justifica la intervención de los

---

patrimonio inmobiliario queda embargado a ningún efecto, con el perjuicio que supone la adición de tales embargos a otros anteriores, para posteriormente iniciar un nuevo proceso hipotecario en el cual la garantía no va a ir más allá de la ya obtenida en aquél proceso. En consecuencia, ha de concluir que existió el ejercicio abusivo del derecho que se denuncia...” Finalmente, la STS 986/2005 de 19 de diciembre desestima definitivamente la pretensión de indemnización de daños morales presuntamente derivados de un procedimiento de ejecución hipotecaria seguido indebidamente al faltar la prueba de su influencia sobre la salud psíquica de los actores o del impedimento para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Para el Alto Tribunal, las meras incomodidades y molestias a las que todos los seres humanos estamos expuestos por razón de la convivencia social, por el obrar de los otros, no constituyen perjuicios compensables económicamente por sí mismos.

<sup>483</sup> Consideramos, no obstante, había cuenta de la indefensión en que se encuentra el ejecutado durante la mayor parte del proceso, (incluso, mucho antes de instarse la ejecución), que los medios de defensa por esta razón son más relativos que reales. Digamos que la parte algo puede aducir en su defensa, mientras que esa posibilidad puede ser todavía más ínfima tratándose de terceros. En este punto, la STC 85/1991, de 22 de abril, afirma que la mejor protección de los terceros frente a la actividad ejecutiva es, sin duda, una buena regulación procedimental, que evite de un lado inmisiones antijurídicas en el patrimonio de quienes no son sujetos de la ejecución y, de otro, ponga a disposición de los terceros determinados medios específicos que les permitan impugnar las actuaciones que, pese a todo, les resulten lesivas.

<sup>484</sup> Que no *extraños* o *ajenos* al proceso.

<sup>485</sup> Puede decirse que la definición es clásica pues coincide en esencia con la que recogió la Resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 1933 que definió como interesados a aquellos que al tiempo de extenderse la nota marginal de haberse incoado las actuaciones, que dispone el párrafo penúltimo de la regla 4ª del artículo 131, tengan derecho inscrito o asegurado por un asiento que contradiga la ejecución o haya de quedar extinguido por la misma”.

terceros en el proceso, pues puede llegar a producirse la cancelación registral de sus derechos sobre la finca hipotecada.

MONTERO<sup>486</sup>, MARTIN DIZ<sup>487</sup> y RIVERA<sup>488</sup> distinguen dos tipos de terceros<sup>489</sup> frente al proceso de ejecución hipotecaria, según sean titulares de derechos preferentes o no preferentes en línea con lo establecido en la propia LEC, cuyo artículo 689.2<sup>490</sup> alude a los terceros cuyo acceso al Registro se ha producido antes de la inscripción de la hipoteca que se ejecuta, con anterioridad a la certificación de cargas exigida en el art. 688<sup>491</sup>, y aquellos otros cuyas titularidades han accedido al Registro después de la emisión de la certificación de cargas. Concretamente, RIVERA confirma que la certificación de cargas es el elemento que debe tomarse como referencia a efectos de realizar la notificación del proceso a los terceros<sup>492</sup>. Dicha

---

<sup>486</sup> Ob, cit, pág. 500

<sup>487</sup> *La ejecución de la garantía...*, ob, cit, pág. 259.

<sup>488</sup> Ob, ci, pág. 126.

<sup>489</sup> RAMOS MENDEZ distingue cinco posibles situaciones en que puede encontrarse un tercero que no litigue respecto a un juicio pendiente, que van desde ser completamente ajeno e indiferente a lo sustanciado en ese juicio, a ser el titular de alguna relación jurídica o situación conexas y dependiente de la disputada en juicio, pasando por las situaciones de mero interés en el resultado del juicio, disponer de una pretensión absolutamente incompatible con la discutida, o ser cotitular del derecho discutido y por ello afectado por los efectos de la sentencia. En casi todos los casos, su situación exige la posibilidad de defensa de sus intereses tomando parte en el proceso, es decir, interviniendo y, una vez que se ha intervenido, habría que considerarlo parte a los efectos procesales. *Enjuiciamiento civil, Tomo II*, Barcelona, 1997, págs. 89 y 90.

<sup>490</sup> “2. Cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659”.

<sup>491</sup> “1. Cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del artículo 656 y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro. 2. El registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere. En tanto no se cancele por mandamiento del Secretario judicial dicha nota marginal, el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución. 3. Si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el Secretario judicial dictará decreto poniendo fin a la ejecución”.

<sup>492</sup> Según este autor, así puede deducirse de la RDGRN de 15 de octubre de 2001 del siguiente tenor literal: “en el procedimiento de ejecución que regulaba el artículo 131 LH, la garantía de los derechos de los terceros que figurasen en el Registro con posterioridad a la hipoteca a ejecutar y que en virtud del principio de purga venían llamados a extinguirse, se articulaba a través de mecanismos distintos dependiendo del momento en que hubieran accedido a aquél. Y así, de constar en el Registro al tiempo en que se hiciera constar en el mismo la iniciación del procedimiento mediante la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas solicitada por el Juez y en la que, por tanto, figurarían a través de la notificación que en el propio procedimiento se les había de hacer de su existencia con el fin de que, si les conviniera, interviniesen en él o pagasen lo reclamado en la medida que estuviera garantizado con la hipoteca...Por el contrario, cuando el acceso al Registro de esos derechos tenía lugar una vez expedida aquella certificación, era la propia nota marginal de su expedición la que servía a modo de notificación que anunciaba la existencia del procedimiento, que la hipoteca inscrita estaba en fase de ejecución, pudiendo así el interesado personarse en los autos(art. 134 LH) ejercitando las acciones que estimaran corresponderles. Los efectos de publicidad material de esa nota, en cuanto determinante de la “forma” de existencia del derecho inscrito se vieron potenciados formalmente por la exigencia que impuso el art. 434 del Reglamento hipotecario, tras su reforma por RD 1368/1992, de que en la nota de despacho de los títulos se hiciese constar si constaba la expedición de la certificación de cargas prevista en el artículo 1489 LEC- y por analogía de efectos ha de entenderse

notificación debe efectuarse a todos los titulares de cargas o derechos inscritos anteriores a la certificación de cargas del art. 688 LEC, y posteriores a la inscripción de la hipoteca, pero también a los titulares de cargas o derechos inscritos posteriores a la propia certificación de cargas, si bien con respecto a estos últimos el modo de notificarles es tácito, pues el art. 659 LEC afirma que no se les hará comunicación alguna; por tanto, la sola expedición de la certificación se entiende que servirá de “comunicación”.<sup>493</sup>

MONTERO AROCA considera que cuando la LEC alude a los derechos anteriores o posteriores a la hipoteca que se ejecuta, realmente se está refiriendo a los derechos preferentes, respecto de los cuales, como ya se ha dicho, a su juicio, no requieren comunicación alguna, pues permanecen subsistentes e inalterados por la ejecución. Y es con respecto a los no preferentes cuando debe distinguirse el momento en que han tenido acceso al registro:

- A) Titulares de cargas o derechos que tuvieron acceso al Registro con anterioridad a la certificación y nota marginal.

A estos sujetos es a quienes se les debe hacer la notificación de la existencia del proceso, conforme lo dispuesto en los arts. 659 y 660. Para estos terceros, el proceso tiene consecuencias gravísimas, pues supondrá la cancelación de sus asientos en el Registro; por ello deben ser notificados de la existencia del proceso y se les debe permitir intervenir así como satisfacer el importe del crédito, de los intereses y de las costas aseguradas con la hipoteca, quedando subrogados, caso de efectuar el pago, en los derechos del ejecutante.

---

aplicable al caso de que la nota que constase fuese la de la regla cuarta del artículo 131 de la Ley hipotecaria- con relación circunstanciada del procedimiento para el que se expidió”.

<sup>493</sup> RIVERA alude a lo afirmado por MONTERO, que considera que la notificación no debe efectuarse a los titulares de derecho preferentes ya que su derecho quedará subsistente tras la ejecución, pero a su juicio, no parece que el procedimiento de ejecución hipotecaria constituye el proceso idóneo para determinar la existencia de titularidades preferentes. Una declaración en esos términos podría causar indefensión en otros titulares inscritos que no podrán discutir tal declaración de “preferentes”, confiando en que, para ello, la LEC establece un procedimiento específico que no es otro que la tercería de mejor derecho”. Ob, cit, pág. 127. En efecto, MONTERO afirma que los titulares de derechos preferentes no están legitimados para intervenir en el proceso de ejecución, puesto que ese derecho quedara subsistente después de este proceso, sin que llegue a sufrir perjuicio alguno. Asimismo, aunque la LEC habla de titulares anteriores y posteriores, esa referencia al tiempo debe ser sustituida por la noción de preferencia, como se desprende claramente del artículo 225 RH, que se refiere también a los acreedores de Vargas o derechos reales que hubieran pospuesto, unas u otros, a la hipoteca del actor. Y, para terminar su razonamiento, se remite a lo afirmado por GUASP: lo que importa aquí no es la prioridad en el tiempo de los derechos que constan en el registro, con referencia a la hipoteca por la que se ejecuta, sino el hecho de quesean o no preferentes a ella. MONTERO AROCA, ob, cit, pág. 501.

- B) Titulares de cargas o derechos que hayan tenido acceso al Registro con posterioridad a la certificación y nota marginal de los arts. 688 y 656 LEC.

Estos, asevera MONTERO, no tienen derecho a ser notificados de la pendencia del proceso, pero dado que la nota marginal por la que se constata la emisión de la certificación de cargas cumple la función de notificación, no debe dudarse de su derecho a pagar y subrogarse, pudiendo, en consecuencia, intervenir en el proceso de ejecución<sup>494</sup>.

En sentido coincidente se pronuncia CALVO SANCHEZ<sup>495</sup>, para quien dentro del concepto de *interesados* deben incluirse, de un lado, a los titulares de cargas o derechos reales constituidos con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta o con preferencia a la misma, al margen del dato temporal de su constitución. De otro lado, los titulares de cargas o derechos reales anotados con posterioridad a la inscripción de la hipoteca que se ejecuta, para quienes el efecto de la ejecución es mucho más gravoso, pues se traduce en la cancelación de sus derechos. En este punto, la autora citada alude a dos supuestos muy problemáticos en la práctica, cuales son el del adjudicatario del bien ejecutado y el titular de un derecho de arrendamiento, es decir, el arrendatario cuya vivienda de la que dispone en régimen de alquiler es objeto de un proceso de ejecución.

En cualquier caso, hemos de concluir que el art. 538.3 LEC otorga posibilidades de defensa excepcionalmente amplias a aquellos *interesados* a cuyos bienes se extienda la ejecución por entender el tribunal que pese a no pertenecer al ejecutado, estén afectados al cumplimiento de la obligación por la que se procede.

Por su parte, CORDON MORENO<sup>496</sup> afirma que como ejemplos más típicos de intervención de terceros en la ejecución se pueden citar a los terceristas de dominio, de mejor derecho, el previsto en el art. 659 LEC y los terceros ocupantes del inmueble afecto a la ejecución (arrendatarios y ocupantes de hecho), así como el caso del tercer poseedor que no pudo ser demandado por no ser conocido o haber adquirido el inmueble con posterioridad al inicio y despacho de la ejecución, a quien la Ley reconoce la posibilidad de intervenir en el proceso y utilizar los medios de defensa que se conceden al ejecutado.

---

<sup>494</sup> En el mismo sentido, GUASP. *La ejecución procesal...* ob, cit, pág. 99.

<sup>495</sup> *El procedimiento del artículo 131 de la Ley hipotecaria. Con el estudio de la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1986 de 14 de mayo.* Revista Justicia, 1986, número IV, pág. 881.

<sup>496</sup> *El proceso de ejecución*, Ed. Aranzadi, 2002, págs. 117 y 118.

## II. LA CAPACIDAD DE POSTULACIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

### 1) La preceptiva intervención de Abogado y Procurador.

A la parte procesalmente capaz no siempre se le permite realizar por sí misma todos los actos procesales; la regla general es precisamente la contraria, es decir, que normalmente deben servirse de un representante procesal adecuado (y cualificado) que no es otro que el Procurador de los Tribunales.

Recuerda GARBÉRÍ que la representación procesal por medio de Procurador no tiene nada que ver con la representación material exigida para suplir la incapacidad procesal (padres o tutores de menores, administradores de sociedades...). Esencialmente estos últimos sustituyen la voluntad de lo representados, actuando en el proceso en nombre propio, mientras que los Procuradores se limitan a canalizar procesalmente la voluntad de las partes materiales, sin sustituir su voluntad en ningún momento, sirviendo exclusivamente de intermediario entre el órgano judicial y la parte procesal. Junto a dicha representación procesal es necesario también que intervenga otro profesional cualificado, el Abogado que prestará el apoyo técnico imprescindible para que puedan hacer valer con eficacia sus respectivas pretensiones y resistencias. El fundamento de la obligatoriedad de la intervención de estos dos profesionales del Derecho reside en la propia complejidad del proceso; para evitar que las partes se encuentren indefensas por su desconocimiento jurídico es por lo que se exige con carácter general la participación de estos profesionales en casi todos los procesos. En definitiva, este fundamento conecta directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE<sup>497</sup>.

Las disposiciones específicas que establece la LEC respecto del proceso de ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados en los arts. 681 y siguientes, no dicen nada sobre el régimen de postulación de las partes en el mismo, si bien, el art. 685, cuando alude a los documentos que deben acompañar a la demanda, se remite expresamente, entre otros, al art. 550 que exige la aportación del poder otorgado al Procurador; de ello puede colegirse, por tanto, que su intervención es obligada.

---

<sup>497</sup> *Introducción al nuevo proceso civil...* ob, cit, pág. 84.

Por esta razón resulta pertinente la remisión a la norma general que en materia de ejecución sienta el art. 539.1 de la Ley procesal<sup>498</sup>, que establece de forma taxativa el régimen de representación y defensa de las partes para el proceso de ejecución. En este sentido, el artículo citado exige que ejecutante y ejecutado estén dirigidos por Letrado y Procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en los que no sea preceptiva la intervención de estos profesionales. Asimismo, para la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, se requerirá la intervención de Abogado y Procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2000 euros. Por tanto, el precepto en cuestión establece una regla general, según la cual en todos los procesos de ejecución es obligatoria la intervención de estos profesionales jurídicos, y dos excepciones, atinentes respectivamente a la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no hubieren intervenido por no ser obligatoria su participación, y en la ejecución de procesos monitorios con el tope cuantitativo anunciado de los 2000 euros.

Así las cosas, puede afirmarse que en este aspecto, como en tantos otros, la LEC del año 2000 no aporta novedades respecto de la regulación anterior y se limita a seguir una línea claramente continuista<sup>499</sup>. En consecuencia, como regla general, la defensa por medio de Abogado y la representación por medio de Procurador es absolutamente necesaria<sup>500</sup>, a salvo las excepciones previstas respectivamente en los

---

<sup>498</sup> Afirma GARBARI, al referirse al régimen de postulación que establece este precepto de forma específica que, *aunque no venga a cuento, también hubiera agradecido enormemente el intérprete en el ámbito de la regulación de los medios de impugnación (donde brilla por su ausencia toda referencia a la cuestión de cuándo es exigible y cuándo no la postulación en el ejercicio de los recursos, lo que sin duda llevará a que en la práctica forense se adopten decisiones judiciales contradictorias respecto de supuestos idénticos). La reclamación de créditos impagados: vías procesales específicas*. Ed. Bosch, 2011, pág. 132.

<sup>499</sup> Si bien, no ha sido constante, pues tal y como subraya GARCIA FERNÁNDEZ, hasta la ley hipotecaria de 1946 se permitía a las partes, e incluso a los interesados que compareciesen por sí mismos y sin necesidad de asesoramiento técnico a cargo de letrado. A juicio de este autor, la exigencia legal de defensa y representación es positiva porque conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva que en el ámbito del proceso de ejecución no es ninguna bagatela. *Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T.121, 1912, págs. 289-295.

<sup>500</sup> Subraya DE LA OLIVA que la existencia de estas dos profesiones jurídicas diferentes que se reparten las tareas de dirección y defensa de los litigantes, por un lado, y la representación procesal de los mismos, por otro, tiene hondo arraigo en nuestra tradición jurídica. Frente a quienes postulan la desaparición de esta dualidad, encomendando a los abogados también la tarea de representación, este autor se muestra partidario del manteniendo de las dos figuras al considerarlo muy útil, pues, a su juicio, presenta más ventajas que inconvenientes. La intervención de los procuradores permite que la comunicación de los litigantes con los órganos jurisdiccionales y de éstos con los abogados sea más ágil y más segura al estar confiada a expertos cualificados, sin perjuicio de suponer un coste más asequible y fácilmente controlable a través de arancel. Afirma que si se encomendase tal misión a los abogados se perdería cierta profesionalidad al correrse el riesgo de que éstos delegasen la labor a dependientes suyos cuya cualificación técnica podría no estar garantizada y el coste podría ser superior, dada la libertad de los letrados en la fijación de sus honorarios. *Curso de Derecho Procesal Civil...* ob, cit, pág. 71. Por su parte, GIMENO SENDRA recuerda que la figura del Procurador remonta sus orígenes a la Edad Media cuando se conocía con la denominación de *personero*, cuya intervención era necesaria en la

arts. 23 y 31 de la LEC, referidos al proceso de declaración y en el art. 539.1 aplicable al de ejecución.

En los casos en que no siendo preceptiva la presencia de ambos profesionales las partes pretendan acudir al proceso con su asistencia, podrán hacerlo con la limitación que en cuanto a las costas establece el art. 32.5 del mismo texto legal<sup>501</sup>.

## 2) Fundamento de la exigencia de Abogado y Procurador.

La obligatoriedad de la intervención de Abogado y Procurador en la generalidad de los procesos conecta de forma inmediata con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que proclama la CE en su art. 24. Y de forma mediata con la complejidad de los procesos judiciales para los que los litigantes no suelen tener, ni están obligados a ello, conocimientos jurídicos suficientes como para salir airosos del lance judicial<sup>502</sup>, al margen de si asumen la posición activa (demandante) o pasiva (demandado)<sup>503</sup>.

---

segunda y demás instancias. En Alemania, la representación la ostenta el Abogado y en Francia tan solo se reclama su intervención en los Tribunales de apelación y casación. Para GIMENO, la figura del Procurador se justifica en la actualidad en la medida que descarga al abogado de la realización de actos de comunicación con los órganos jurisdiccionales y para ello es necesario su cualificación como experto en derecho procesal, pero también en otras materias, como nuevas tecnologías. *Introducción al Derecho Procesal...*ob, cit, págs. 224 y 225. Durante la tramitación parlamentaria de la reforma de la LEC por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, el art.23 incorporaba una cláusula de compatibilidad para el ejercicio de las dos profesiones. La redacción del proyecto legal generó tanta polémica y reacción por parte de los Procuradores que, finalmente, la redacción definitiva del precepto incorporó de forma expresa la incompatibilidad. Seguramente, las críticas y las presiones ejercidas por parte de los órganos directivos de la Procuraduría surtieron efectos positivos para este colectivo profesional, que más que nunca vio amenaza con la disposición proyectada el futuro de la profesión entera.

<sup>501</sup> Establece dicho precepto: “ 5. Cuando la intervención de abogado y procurador no sea preceptiva, de la eventual condena en costas de la parte contraria a la que se hubiesen servido de dichos profesionales se excluirán los derechos y honorarios devengados por los mismos, salvo que el Tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la aparte representada y defendida esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio, operando en este último caso las limitaciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 394 de esta ley. También se excluirán en todo caso los derechos devengados por el Procurador como consecuencia de aquellas actuaciones de carácter meramente facultativo que hubiesen podido ser practicadas por las Oficinas judiciales”.

<sup>502</sup> Y aunque los tuvieran, la práctica aconseja hacerse asistir de abogado aun cuando el litigante lo sea por la pérdida de objetividad que puede suponer estar implicado personalmente en un asunto.

<sup>503</sup> Sostiene en este sentido GIMENO SENDRA que debido a la complejidad del Derecho y a la circunstancia de que el Estado posee cualificados expertos en derecho para defender sus intereses, tales como el Fiscal y el Abogado del Estado, nuestras leyes procesales imponen que para acceder a la Jurisdicción, bien sea como demandante o demandado, bien como acusador o acusado, y como regla general, la necesidad de comparecer en el proceso mediante Procurador y asistido de Abogado. A estos profesionales nuestra Constitución les confía, pues, la importantísima función de defensa de todos los derechos subjetivos, públicos y privados e intereses legítimos de los ciudadanos. A esta exigencia constitucional que tiene por última misión evitar situaciones materiales de indefensión, se le denomina *capacidad de postulación*. *Introducción al Derecho Procesal...*ob, cit, pág. 219. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, para quien existen dos tipos de razones para exigir la intervención de ambos profesionales, Abogado y Procurador en los procesos judiciales. De un lado, por los propios intereses de las partes. Estas, normalmente legas en Derecho, afirma, no están en condiciones ni de conocer el derecho material, esto es, sus propios derechos y obligaciones, ni de desarrollar la actividad compleja que es el proceso; en los dos sentidos se hace necesaria la presencia de un técnico que auxilie a las partes. En segundo lugar, la existencia de personal técnico constituye una manera de facilitar la



En efecto, entre las garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y asistencia letrada, no solo para el proceso penal, sino también para el resto de procesos, con las salvedades oportunas. Estipula el art. 24.1 de la CE que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión*. Asimismo, el art. 24.2 contempla como uno de los derechos instrumentales del más amplio de tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y asistencia de letrado.

Tal y como ha tenido ocasión de declarar el TC en Sentencias 260/2005 y 18/2006 este derecho tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción e impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar indefensión a alguna de ellas<sup>504</sup>.

Asimismo, las STC 145/2002 y 199/2003 afirman que la conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso determina incluso que la pasividad de la parte deba ser suplida por el órgano judicial para cuya actuación es necesaria la asistencia de Letrado. Es por ello que las vulneraciones o infracciones del derecho a un proceso justo, en su vertiente de derecho de defensa y a la asistencia jurídica, que se hayan producido en el curso de un proceso, pueden dar lugar a la articulación del correspondiente recurso de amparo ante el TC si antes no son reparadas por el órgano judicial de la Jurisdicción ordinaria. Eso sí, según las SSTC 125/2002 y 222/2002, para que verdaderamente se produzca indefensión susceptible de hacer prosperar un recurso de amparo se requieren los siguientes elementos: en primer lugar, la parte litigante no ha de haber provocado la presunta situación de indefensión por su falta de diligencia; es decir, que la falta de defensa técnica no sea consecuencia directa del proceder de la parte. En segundo lugar, la indefensión debe ser real y efectiva, (no presunta ni simulada). Por último, si hubo autodefensa de un litigante, se exige para apreciar indefensión que se haya revelado como insuficiente y perjudicial para sus intereses, impidiéndole articular una protección adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso.

---

actuación del órgano judicial, el cual se vería gravemente obstaculizado si tuviera que relacionarse constantemente con personas legas. Desde este punto de vista se habla de la función pública de Abogados y Procuradores o de la colaboración de éstos con los tribunales. *Derecho Jurisdiccional I, Parte general, 19ª edición, Tirant lo Blanch*. Pág. 213.

<sup>504</sup> STC 211/2003.

No obstante lo anterior, es preciso puntualizar que la intervención de Abogado y Procurador para defender y representar a quienes son parte en un proceso no interesa únicamente a los litigantes, sino que existe también un interés público en que los litigantes confíen su defensa a los profesionales del Derecho, en la medida que su participación favorece el correcto funcionamiento de los tribunales de Justicia. Esto explica que la propia LOPJ<sup>505</sup> se refiera a Abogados y Procuradores como personas que cooperan con la Administración de Justicia. Por tanto, el ciudadano es libre de acudir o no a los tribunales, pero si lo hace debe contratar los servicios de ambos profesionales, pues va en ello su propio interés y el del Estado mismo. Ello, al margen de los casos en que la designación no se efectúa por la parte sino por los Colegios profesionales en el ámbito de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

### 3) Intervención de Abogado y Procurador en incidentes planteados en procesos de ejecución.

Tal y como ha quedado dicho, en los procesos de ejecución de títulos no judiciales se aplica la regla general del art. 539.1 LEC que exige la intervención de Abogado y Procurador; y dado que no habrá existido un proceso declarativo previo, no resultará aplicable la salvedad que hace este mismo precepto para exonerar de la intervención de estos profesionales. En consecuencia, cualquiera que sea su cuantía, respetando siempre los presupuestos que establece el art. 520.1 de la LEC (tope mínimo de 300 euros), para la ejecución de estos títulos será necesaria la asistencia de Abogado y la representación de Procurador.

Sin embargo, la parquedad con que en la materia se presenta el art. 539, añadida a la falta de respuesta sobre la cuestión en el resto de disposiciones generales en materia de ejecución forzosa, hace que algunos autores, como ACHÓN BRUÑEL<sup>506</sup>, se pregunten si la intervención de estos profesionales jurídicos se exige o no en ciertos incidentes que se puedan plantear en los procesos de ejecución.

Así, sin ánimo exhaustivo, pueden citarse algunos de esos supuestos controvertidos, entre lo que figura el relativo al incidente previsto en el art. 540.3 LEC

---

<sup>505</sup> El Libro VII se presenta bajo el epígrafe genérico *del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia*. Y dedica su Título II a los Abogados y Procuradores (arts. 542 a 546). Su régimen jurídico se establece en los respectivos Estatutos profesionales, EGA y EGPTE, a los que hay que sumar el contenido de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el Acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, que tras una *vacatio legis* de cinco años, entró en vigor el pasado 30 de octubre de 2011. Y su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 775/2011, de 3 de junio.

<sup>506</sup> *Intervención de Abogado y Procurador en los procesos de ejecución: supuestos conflictivos*. Revista Diario LA LEY, 2 de noviembre de 2009, Año XXX.

para decidir sobre la condición de sucesor del ejecutante o ejecutado. Lo primero que llama la atención acerca de este precepto es que a pesar del título con que se presenta, *ejecutante y ejecutado en casos de sucesión*, tan sólo alude al incidente para determinar la persona del sucesor del ejecutado y, por tanto, la comparecencia ante el Secretario a la que se refiere el precepto tiene por objeto fijar contra quién se despachará la ejecución. En este contexto cabe preguntarse si para tal comparecencia se requiere la asistencia de Abogado y la representación por Procurador. Al interrogante planteado le encontramos respuestas divergentes en el seno de la doctrina. A saber, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES<sup>507</sup> se muestran partidarios de exigir su intervención argumentando que esta comparecencia no se puede equiparar a unas medidas urgentes anteriores al juicio (para las que regiría la exención prevista en los arts. 23 y 31 LEC). Sin embargo, ACHON BRUÑEL<sup>508</sup> mantiene la postura contraria, con base en la afirmación de que el incidente en cuestión no es una ejecución sino un incidente que se tramita con carácter previo. Además, puntualiza la autora, tampoco todos los intervinientes en dicho incidente van a ser luego partes en la ejecución, por lo que a su juicio resulta desmesurado exigirles Abogado y Procurador, pues, si no se acredita la sucesión ninguno será parte y, si se acreditare, el que aparezca como deudor en el título ejecutivo no ostentará la condición de parte, sino que lo será su sucesor, por lo que resulta desproporcionado exigirles a todos ellos que comparezcan con Abogado y Procurador.

Ante las divergencias doctrinales expuestas, la LEC deja la cuestión sin resolver, pero como quiera que asumir, aunque sea potencialmente, la condición de ejecutado en un proceso no es cuestión baladí, la garantía que proporciona la asistencia de estos profesionales nunca está de más, siempre es mejor que sobren garantías que no que falten, tanto más cuando lo que se trata de dilucidar es si alguien asumirá la condición de ejecutado en el proceso de ejecución.

El segundo supuesto digno de mención es el relativo al incidente sobre el desalojo de los terceros ocupantes del inmueble embargado tras su enajenación forzosa. El supuesto es de perfecta aplicación también a los casos de lanzamiento previstos en el art.742 (condena a la entrega de inmueble ocupado por terceras personas) y la existencia de terceros ocupantes de finca hipotecada. En estos casos ACHON BRUÑEL, frente al silencio legal distingue entre lo que sería la mera presentación de títulos de posesión, para lo cual los terceros ocupantes no precisarían comparecer con

---

<sup>507</sup> *Tratado del Proceso de ejecución Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 436.

<sup>508</sup> Ob, cit, pág. 11

Abogado y Procurador, y aquellos otros casos en que de lo que se trata en la comparecencia es de decidir si deben o no continuar en la posesión del inmueble, caso éste último en que, a su juicio, se hace necesaria la asistencia de estos profesionales.

Por último, en el incidente de distribución de sobrante que contempla el art. 672.2 LEC, ACHON BRUÑEL mantiene la innecesaridad de que los terceros comparezcan con Abogado y Procurador argumentando cierta analogía con el proceso concursal, en el que tampoco se exige postulación para que los acreedores comuniquen sus créditos y formulen alegaciones para asistir o intervenir a la Junta<sup>509</sup>.

### III. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES.

#### 1) Concepto de legitimación.

Para MARTIN DIZ es éste un concepto netamente procesal, cuya delimitación, sin embargo, resulta complicada. Por ello, es únicamente contrastable por el órgano judicial, nunca por los encargados del Registro de la Propiedad. Al concepto en sí mismo le acompaña una cierta polémica, y a las controversias existentes en la materia alude el citado autor en estos términos: “...sólo con el mero hecho de nombrarlo nos asoma a un precipicio en el que los síntomas de vértigo y cierta zozobra nos recuerdan el aurea de controversia que rodea esta idea...” MARTIN DIZ se remite al concepto aportado por GUASP DELGADO, según quien la legitimación en causa es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y en virtud del cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en el proceso<sup>510</sup>.

Para que la pretensión judicial hipotecaria pueda ser estimada por el órgano jurisdiccional, supuesto el cumplimiento de los presupuestos procesales de Jurisdicción y competencia, así como de capacidad para ser parte y capacidad procesal<sup>511</sup> y postulación, es necesario que las partes se encuentren en una

---

<sup>509</sup> En el mismo sentido, MARTINEZ SANTOS. *De nuevo sobre la distribución del sobrante en la ejecución civil*, Diario La Ley, núm. 6122, 8 de noviembre de 2004, pág. 4.

<sup>510</sup> Ob, cit, págs. 242 y 243.

<sup>511</sup> La capacidad para ser parte es la aptitud requerida por la Ley para poder ser demandantes o demandados, ostentar la titularidad de los derechos, obligaciones, posibilidades procesales y cargas procesales y asumir las responsabilidades y efectos que del proceso se deriven. Se corresponde con la

determinada relación jurídico material con ella, que tengan lo que la doctrina ha denominado *legitimación ad causam* o legitimación en un determinado proceso, diferente de la denominada *legitimación ad processum* o capacidad procesal. Dicha distinción ha sido recogida también por la Jurisprudencia; así, entre otras, la STS 869/2011 de 7 de diciembre, identifica la *legitimación ad processum* con la capacidad procesal o de actuar en el proceso, mientras que la *legitimación ad causam* se conecta con el fondo del asunto. Afirma el TS "...se funda en circunstancias subjetivas y salvo la excepción de algunos actos procesales, tiene carácter abstracto o genérico, en el sentido de que hace abstracción del objeto concreto del proceso, o del acto. La legitimación propiamente dicha atiende al objeto del proceso, o mejor, a la posición o situación de una persona respecto del mismo. La legitimación tiene dos perspectivas: la procesal y la material (ésta es la tradicionalmente denominada *legitimación ad causam*). La procesal, en el tipo o clase de ordinaria activa, consiste en la afirmación de un título, derecho subjetivo, relación jurídica, situación jurídica, coherente con el resultado procesal pretendido. Supone, por consiguiente, una afirmación y exige una coherencia jurídica entre la titularidad afirmada, con independencia de su realidad y las consecuencias jurídicas que se pretenden. Tiene carácter procesal. La legitimación material hace referencia a la existencia y/o pertenencia, realidad de la titularidad del derecho. Tiene una estrecha relación con el fondo del proceso y aunque puede ser de examen prioritario, también cabe que se integre e identifique con el propio fondo del proceso..."<sup>512</sup>.

---

capacidad jurídica del derecho civil y la tiene todo sujeto de Derecho, tanto personas físicas como jurídicas e, incluso, patrimonios autónomos, organizaciones de personas y entes jurídicos que, aunque no tengan plena capacidad jurídica, se vean obligados a impetrar a través del proceso, el auxilio de los tribunales o puedan sufrir los efectos de una sentencia. De otro lado, la capacidad procesal es la aptitud para realizar válidamente actos procesales. La tienen todos los sujetos que en estén el pleno ejercicio de sus derechos civiles. GIMENO SENDRA añade una cualidad más que han tener las partes al referirse a la denominada *capacidad de conducción procesal*. El concepto es un viejo conocido de la doctrina alemana, desde HELLWIG y KOHLER hasta el momento actual (JAUERNIG, GRUNSKY, LUKE...), en la que se mantiene la distinción entre la legitimación material, que no es un verdadero presupuesto procesal, pues constituye un requisito de la fundamentación de la pretensión, por lo que su ausencia ocasiona una sentencia de fondo, y, de otro, la referida capacidad de conducción procesal que, si bien viene determinada por una norma material, al relacionarse con el concepto formal de parte, constituye un auténtico presupuesto procesal, cuya omisión en el proceso puede dar lugar, bien a una inadmisión de plano de la demanda, bien a una resolución absolutoria en la instancia. En la doctrina española nadie, excepto el propio GIMENO incluye este concepto como tal. Todo lo más se alude a la legitimación pero para GIMENO SENDRA legitimación y capacidad de conducción procesal son cosas distintas, siendo la última una cualidad jurídica determinada, otorgada por una norma material, que ha de concurrir en quien pretenda demandar o ser demandado en un proceso concreto a fin de que pueda válidamente asumir el estatus de parte formal. Se diferencia de la legitimación en que no afecta a la fundamentación de la pretensión, sino que es el presupuesto de procedencia por lo que permite su examen con independencia de la pretensión. Para GIMENO es un auténtico procesal que puede condicionar la admisión de la demanda y encuentra su fundamento en razones de economía procesal. Ob, cit, págs. 132 y 133.

<sup>512</sup> En el mismo sentido STS 634/2010 de 14 de octubre: "la *legitimación ad causam* consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte, se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido. La

Para el Tribunal Supremo, es la afirmación de una titularidad subjetiva, coherente con las consecuencias jurídicas pedidas la que legitima al actor o demandado para impetrar la tutela de los tribunales de sus derechos e intereses legítimos, toda vez que en un proceso civil, regido por el principio dispositivo, sólo los titulares de tales derechos o intereses pueden ejercitar su defensa ante los tribunales<sup>513</sup>.

A la legitimación alude explícitamente el art. 10 de la LEC; bajo el título *condición de parte procesal legítima*, alude a los dos tipos más importantes de legitimación que existen, la ordinaria y la extraordinaria. La primera la tienen quienes comparecen y actúan en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso; la segunda, la tienen personas distintas del titular a los que la ley, sin embargo, les atribuye capacidad para intervenir en el proceso.

GIMENO SENDRA<sup>514</sup> considera que la legitimación pertenece al derecho material, porque vincula a las partes con la relación jurídico material que se discute en el proceso; por ello, no constituye presupuesto procesal alguno, sino que es un elemento subjetivo de la fundamentación de la pretensión. De ahí que la falta de legitimación activa o pasiva no deba ocasionar una resolución absolutoria de la instancia, sino de fondo, es decir, ha de producir una sentencia con todos los efectos materiales de la cosa juzgada. Ante esta afirmación, GIMENO únicamente opone la excepción que representa la legitimación extraordinaria y sitúa el fundamento de la legitimación así definida con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues si se permitiera que actuara en un proceso tan solo quien afirma la titularidad sin tenerla se produciría una condena en ausencia de la auténtica parte material, a la que se le habría privado de su derecho a la tutela o de defensa. Dicha fundamentación constitucional otorga a las normas que disciplinan la legitimación un carácter de orden público procesal que permite su examen de oficio por parte de los tribunales<sup>515</sup>.

---

regla, es por tanto, que la legitimación para promover eficazmente un proceso sólo corresponde a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo que será, en todos o en parte de sus aspectos, objeto de controversia. La excepción a esta regla viene integrada por los supuestos de legitimación extraordinaria, en los que es posible promover un proceso por quien no afirma ser titular de la relación jurídica controvertida. Se trata de situaciones en las que se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión de manera que el órgano judicial decida sobre el fondo de una cuestión que haga posible la actuación del derecho objetivo que originariamente no corresponde a quien promueve el proceso. Estas excepciones, en cuyo origen subyacen causas de muy distinta índole, exigen la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso". También las STS 713/2007, de 27 de junio y STS 513/2006, de 30 de mayo.

<sup>513</sup> Entre otras, SSTS de 29 de abril de 2003, 28 de diciembre de 2002 y 31 de marzo de 1997.

<sup>514</sup> *Derecho procesal civil, el proceso de declaración...* ob, cit, págs. 141 y 142.

<sup>515</sup> La STS de 16 de mayo de 2000 afirma: *la legitimación no radica en la mera afirmación de un derecho, sino que, también, depende de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden. En suma, la legitimación en el proceso civil se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto que exige la adecuación entre la titularidad jurídica*

En definitiva, la ausencia de legitimación no impide que se dicte sentencia en el proceso, antes al contrario, como quiera que este concepto está íntimamente ligado con la cuestión de fondo, el órgano judicial entrará a conocer del asunto, siendo el resultado final, caso de no existir legitimación, el de una sentencia desestimatoria de la pretensión, pero no absolutoria en la instancia al no tratarse de un genuino presupuesto procesal<sup>516</sup>.

## 2) Clases de legitimación.

La doctrina baraja dos criterios clásicos, objetivo y subjetivo, para separar los distintos tipos de legitimación; desde el punto de vista subjetivo, puede ser activa y

---

*que se afirma y el objeto jurídico que se pretende, o que se traduce en que el tema de la legitimación comporta siempre una “quaestio iuris” y no una “quaestio facti” que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, pues únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con la peticiones que se deducen. Se puede, por ello, estar legitimado y carecer del derecho que se controvierte, Con todo, dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo y las utilidades que comporta el manejo del concepto con precisión, no es extraño que, en ocasiones, se confunda la legitimación (“quaestio iuris”) con la existencia del derecho discutido (que exige la comprobación de los elementos fácticos que lo configuran”.*

<sup>516</sup> DE LA OLIVA puntualiza que la legitimación es un presupuesto de la acción, dado que es uno de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta. Es una condición o cualidad de las partes no abstracta, sino en relación con procesos concretos o, por mejor decir, con los concretos objetos de unos procesos. Ob, cit, pág. 419. Por su parte, SERRA DOMINGUEZ se detiene también, igual que la mayoría de los autores, en las dificultades que entraña el concepto mismo de legitimación y asegura que para poder llegar a un concepto procesalmente útil es preciso averiguar lo que se quiere significar con la legitimación. Parte de una premisa básica y es que la legitimación puede contemplarse desde dos perspectivas distintas: de un lado, la legitimación material que deriva de la titularidad efectiva de una relación jurídica deducida en el proceso; de otro, la legitimación procesal consistente en la determinación de las personas que pueden intervenir como partes en un proceso concreto y determinado. Afirma, asimismo, que cualquiera de estas acepciones es correcta pero lo que no puede hacerse es confundirlas. En el intento por delimitar el concepto, SERRA DOMINGUEZ alude a algunas de las notas distintivas ofrecidas en el seno de la doctrina. Así, recuerda lo manifestado por LANDARIA quien pasa por separar los conceptos de capacidad y legitimación; la primera definida como un presupuesto subjetivo en cuanto cualidad de la persona, la segunda como presupuesto objetivo en cuanto posición de esa persona respecto del objeto del proceso. Recurre igualmente a las palabras de MONACCIANI que considera la legitimación como una situación jurídicamente cualificada del sujeto de carácter especial y objetivo, mientras que la capacidad sería una situación natural cualificada por la edad, el sexo y la salud, de carácter general, subjetiva y abstracta. Siendo la legitimación una relación especial y concreta entre el sujeto y el objeto que permite al primero realizar actos con plena eficacia jurídica y de carácter relativo. Dado lo anterior, concluye SERRA DOMINGUEZ que, en efecto, existen dos clases de legitimación, a menudo confundidas pero muy distintas desde un punto de vista conceptual. Para este autor, sólo la procesal tiene importancia para los procesalistas, pues el estudio de la legitimación material tiene interés exclusivo para el derecho material, pero carece de cualquier repercusión para el procesal. La legitimación material no es anterior a la sentencia, sino que es declarada en la propia sentencia. El proceso, asegura, no sufre alteración alguna por el hecho de que las partes estén o no legitimadas materialmente. Tal circunstancia únicamente se declara en la sentencia definitiva, es decir, cuando el proceso ya ha terminado. Los trámites procesales son idénticos tanto si la sentencia es absolutoria como si es condenatoria. La legitimación procesal equivale, por consiguiente, a la posibilidad de realizar actos procesales eficaces en un proceso concreto y su determinación varía según los distintos procesos. En lo que respecta al proceso civil están legitimados procesalmente el demandante por el mero hecho de formular demanda, y el demandado, por haber sido elegido como tal por el demandante. Por tanto, de forma sustancial, que no exclusiva, es la demanda el acto procesal el que marca quienes son las partes legitimadas en el proceso. *Precisiones en torno a los conceptos...* ob, cit, págs. 308 a 310.

pasiva. Desde el punto de vista objetivo, la legitimación puede ser ordinaria y extraordinaria.

#### A) Legitimación activa y pasiva.

El art. 10.1 de la LEC alude a la legitimación activa al atribuirla a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se entiende que ésta es también la legitimación ordinaria. El precepto nada dice de la legitimación pasiva, si bien el art. 5.2 del mismo texto legal afirma que las pretensiones se formularan frente a los sujetos a quien haya de afectar la decisión pretendida. Por tanto, la legitimación activa la tiene quien deduce una pretensión y se convierte en parte demandante en el proceso al demandar, pedir una tutela judicial concreta, mientras que la legitimación pasiva corresponde a quien se coloca en el polo opuesto de la relación procesal, aquel contra el que se pide la referida tutela y, por tanto, debe soportar las consecuencias derivadas de que otro sujeto distinto haya impetrado la actuación de los órganos jurisdiccionales.

En síntesis, que alguien asuma la condición de parte activa o pasiva en un proceso depende directamente de la posición jurídica que adopte o se vea compelido a adoptar en ese proceso. La legitimación activa como norma general la tiene el titular de un derecho subjetivo privado, titularidad que justifica por sí sola que el sujeto en cuestión no solo pueda pedir, sino también obtener la tutela jurisdiccional solicitada. Por el contrario, quien se encuentra en la posición que justifica padecer la concesión de una tutela judicial concreta asume la legitimación pasiva.

#### B) Legitimación ordinaria y extraordinaria.

La legitimación ordinaria, también denominada originaria, directa o propia es la que tienen los titulares de la relación jurídico material, pues se ostenta en virtud de la titularidad de un derecho o interés legítimo. A ella se refieren los arts. 24. 1 de la CE cuando habla de *derechos e intereses legítimos* y el art. 10 de la LEC que opone a esta legitimación ordinaria, la extraordinaria. Como ha quedado dicho con anterioridad, la legitimación ordinaria la ostentan los titulares de la relación jurídica material base de la relación procesal, pero también hay casos en que se confiere esta clase de legitimación no en función de dicha titularidad, sino de la existencia de lo que se denomina *interés legítimo*. Es lo que GIMENO SENDRA define como posible *acción popular civil*, que aunque en puridad no existe en nuestro proceso civil, podría aplicarse a los procesos especiales en que la legitimación ordinaria viene



determinada por la afirmación de un interés calificado de *legítimo*, como sucede en los procesos de incapacitación, matrimoniales o de filiación, entre otros<sup>517</sup>.

Son casos, todos ellos, en los que no se parte de la existencia de derechos subjetivos privados, pero la legitimación que se atribuye directamente es normal o directa, sin que quepa encuadrarlos en el otro tipo de legitimación conocida como extraordinaria o indirecta.

La legitimación extraordinaria es la que se da de forma excepcional, en casos taxativamente fijados por las normas jurídicas y se encuentra reconocida de forma expresa en el art. 10 de la LEC, cuyo segundo párrafo afirma *...se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*<sup>518</sup>. Los tipos de legitimación extraordinaria o indirecta puede englobarse en dos grupos, aquellos en los que alguien pretende una tutela cuyo fundamento es un derecho ajeno, pero actúan en interés propio (legitimación por sustitución) y, aquellos otros casos en los que se confiere legitimación a alguien para que actúe en el proceso en su propio nombre, aunque con la base de una titularidad ajena, sin pretender para sí la tutela que piden (legitimación representativa).

Caso paradigmático de la legitimación por sustitución es el de la acción subrogatoria del art. 1111 del CC en cuya virtud, en determinadas circunstancias, el acreedor puede demandar al deudor de su deudor ejercitando el crédito de éste. También se incluye dentro del concepto de legitimación extraordinaria el de la acción del usufructuario para reclamar los créditos vencidos del usufructo (art. 507 CC) o el supuesto contemplado en el art. 1869 del CC, en el que se permite que el acreedor prendario pueda ejercitar las mismas acciones que corresponderían al dueño de la cosa pignorada para reclamarlas o defenderlas contra tercero<sup>519</sup>.

---

<sup>517</sup> Son casos en los que GIMENO afirma que junto a la capacidad de conducción procesal determinada por el parentesco, las partes han de ostentar un interés legítimo, pues el ordenamiento procesal no puede amparar pretensiones que obedezcan a fines espurios. Igualmente, pone como ejemplo la impugnación de negocios jurídicos radicalmente nulos, siempre que se tenga un verdadero interés (legítimo) en su impugnación. Por dicho interés legítimo cabe entender la situación en la que un tercero, visto desde el prisma de la sentencia, pueda verse afectado por sus futuros efectos de cosa juzgada, sufriendo un perjuicio o un beneficio en su esfera patrimonial o moral. Ob, cit, págs. 144 y 145.

<sup>518</sup> DE LA OLIVA considera que esta norma no contiene las matizaciones adecuadas pero reconoce al mismo tiempo que seguramente no caben en una norma positiva como esta y tiene la bondad de evitar casuismos nocivos. Ob, cit, pág. 420.

<sup>519</sup> Sin embargo, para DE LA OLIVA muchos otros ejemplos que se quieren encajar en el concepto de legitimación extraordinaria o indirecta no lo son en realidad. Para este autor, los administradores de un concurso, si bien es cierto que no representan al concursado, no actúan en interés propio, sino en interés de la masa de bienes. Cabría considerarlos así, sostiene, en base a un concepto amplio de legitimación por sustitución, pero no es recomendable mantener dicha amplitud, pues el concepto debe seguir incluyendo la nota de actuación en *interés propio del legitimado o sustituto*. Ob, cit, pág. 423. Sí se

Por su parte, en la legitimación representativa lo decisivo es que aunque también se actúan derechos ajenos, el legitimado no lo hace por un interés propio sino también ajeno. A pesar de su denominación, vaya por delante que son los sujetos procesales que actúan en nombre propio pero en interés ajeno, quienes ostentan la condición de parte, por tanto no son representantes en sentido técnico jurídico. Ejemplo típico que cabe de lleno en este concepto es el que prevé el art. 11 de la LEC cuando alude a la *legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*, legitimación que el precepto asigna a determinadas asociaciones, grupos o entidades que actúan en interés de los afectados. Asimismo, puede citarse el caso del art. 11 bis de la LEC referido a la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres o el de las entidades de gestión previstas en la Ley de Propiedad Intelectual que litigan por derechos ajenos, pretendiendo una tutela jurisdiccional concreta para los titulares de esos derechos.

### 3) Legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria.

#### A) El ejecutante: acreedor hipotecario.

MONTERO AROCA<sup>520</sup> subraya la confusión terminológica en que a su juicio incurre la vigente Ley procesal, pues ésta habla indistintamente de *actor*, *demandante* y *acreedor* utilizando palabras que son propias del proceso de declaración, pero no del proceso de ejecución (a lo que añadiríamos, en el que indefectiblemente nos movemos cuando se habla de acreedor hipotecario que insta judicialmente la ejecución especial del crédito hipotecario). Confirma en cualquier caso, que el ejecutante sólo puede ser el acreedor hipotecario que conste como tal en el título ejecutivo.

Cierto es que para este autor dicho título, en contra de lo que se sostiene en la presente tesis doctoral, es la escritura pública de hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, pero en todo caso, no puede negarse la eficacia del título (la

---

incluyen pacíficamente como tal los siguientes: la legitimación del MF para promover el proceso de incapacidad de las personas, (art. 752.2 LEC) para ejercitar la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos (art.11.4 LEC); la impugnación de la paternidad efectuada por los progenitores en nombre de sus hijos (art. 134 CC), la petición de alimentos del cónyuge para los hijos, entre otros.

<sup>520</sup> Ob, cit, pág. 503. Por su parte, el Auto de la AP de Madrid, sección 25ª, 73/2005 de 11 de abril, niega legitimación activa a quien insta la ejecución sin figurar como acreedor en el título que sirve de base a la pretensión ejecutiva de acuerdo con el art. 538 LEC. Por su parte, el Auto de la AP de Vizcaya, sección 3ª, 325/2011 de 6 de julio niega la posibilidad de instar la ejecución a quien figura en el título como deudor.

escritura pública de préstamo, el título de crédito), para determinar de una manera principal, que no exclusiva, las partes del proceso de ejecución hipotecaria.

Lo normal es que el acreedor hipotecario, habitualmente la entidad bancaria concedente del préstamo garantizado con hipoteca, una vez producida la situación de impago, inste la ejecución, es decir, interponga demanda para reclamar el pago de la deuda, solicitando el despacho de la ejecución; adquiere con ello la condición de parte activa en el proceso al tener legitimación ordinaria (o singular) inicial.

Según BAENA RUIZ<sup>521</sup>, es la parte por excelencia dentro de este proceso y adquiere su legitimación como tal con base en el título inscrito en el Registro, dado que en atención a la naturaleza sumaria del proceso se ajusta, nos dice este autor, a la constancia tabular<sup>522</sup>. BAENA se muestra en la misma línea argumentativa de GARCIA GARCIA<sup>523</sup>, para quien el proceso tiene una base estrictamente registral y de ello puede colegirse la consecuencia de que para que el acreedor hipotecario pueda ser actor en este procedimiento es preciso que ostente la legitimación registral que le confiere el título inscrito.

Es cierto que ambos autores se refieren al antiguo procedimiento judicial sumario, (precedente del actual) respecto del que mantenían su consideración de simple procedimiento de base registral y no auténtico proceso, tal y como se postula en la actualidad; sin embargo, no puede por menos que mantenerse, en contra de lo defendido por estos autores, que la legitimación del acreedor proviene esencialmente de lo dispuesto en el título ejecutivo pero no es el *título inscrito* sino el *título de crédito* y, por supuesto, de la resolución judicial por la que se despacha ejecución, pues la voluntad de la LEC en el art. 538 resulta clara al querer atribuir significancia decisiva a esta resolución para perfilar quiénes son partes en el proceso, máxime cuando el propio precepto contempla la posibilidad de extender la legitimación pasiva a quien inicialmente no figura en el título ejecutivo.

Por su parte, RIVERA alude igualmente a la legitimación registral para que el acreedor hipotecario pueda tenerla activa en el proceso, pues, a su juicio, de la dicción literal del art. 130 LH no cabe sostener otro planteamiento de manera que lo que se

---

<sup>521</sup> Ob, cit, pág. 27. Si bien, la alusión al acreedor hipotecario como parte por excelencia la refiere el autor al procedimiento judicial sumario del antiguo art. 131 de la LH.

<sup>522</sup> Con remisión a la STS de 24 de marzo de 1983.

<sup>523</sup> *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Ob, cit, pág. 44.

ejecuta es precisamente la hipoteca y, por tanto, ha de hacerse sobre la base de los extremos contenidos en los asientos respectivos.

En este punto se hace preciso insistir una vez más, aun a riesgo de parecer reiterativa, que afirmaciones como las anteriores, las cuales han sido la tónica general en el seno de la doctrina científica<sup>524</sup>, no son más que producto de una grave confusión en torno a lo que realmente es el proceso de ejecución hipotecaria, su fundamento y su finalidad esencial, y lo mucho que cuesta superar una concepción puramente registral de lo que en realidad es un proceso.

Sostenemos que el fundamento del proceso de ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles no es otro que el título ejecutivo, a saber, el de crédito en el que consta la obligación garantizada y su finalidad principal es la satisfacción del derecho de crédito del acreedor, tal y como se desprende, además, de lo estipulado en el art. 681 de la LEC, que se refiere a la *acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca*; luego lo que se pretende esencialmente es el pago de una deuda y, con ello, la satisfacción de un derecho de crédito; cuestión distinta es que para lograr dicha satisfacción, en definitiva, para que el deudor cumpla su obligación pagando la deuda, se instrumentalice como medio, no como fin, la hipoteca que asegura el préstamo.

En este marco jurídico lo único que debe tener acceso al Registro con alcance constitutivo es precisamente la garantía hipotecaria, por cuanto para su existencia como tal se exige la inscripción con alcance constitutivo y no meramente *ad probationem*. Pero ello no convierte (o no debería convertir) a la escritura pública de hipoteca en el título apto para el despacho de la ejecución sino que lo es el de crédito

---

<sup>524</sup> Y siguen siéndolo, a tenor de cómo se pronuncian en este punto la mayor parte de autores y tribunales; entre otros, ADAN DOMÉNECH para quien la legitimación en el proceso de ejecución hipotecaria se encuentra condicionada a las diferentes relaciones que ostenten los sujetos intervinientes en una obligación contractual con el bien que se erige como garantía de esta relación, a través de la institución de la hipoteca, Se remite el autor citado a lo dispuesto en el AAP de Las Palmas de Gran Canaria, sección 5ª, de 9 de mayo de 2003: “el procedimiento hipotecario tiene por objeto la ejecución privilegiada de un bien inmueble que ha sido constituido como garantía de otra obligación, y es dicho objeto el que determina la legitimación de los sujetos que pueden intervenir en el procedimiento, de acuerdo con la literalidad de la inscripción registral de la hipoteca; en consecuencia, esta inscripción sirve para delimitar objetiva y subjetivamente el procedimiento de ejecución especial, realidad que denota que la literalidad registral condiciona la totalidad de la tramitación del proceso de ejecución en su modalidad hipotecaria, de manera que todo aquello que no conste en el Registro, no puede esgrimirse como existente para dicho proceso. *La ejecución hipotecaria*, Ed. Bosch procesal, 2009, págs. 297 y 298. También HERBOSA, para quien la exigencia de que el acreedor figure inscrito es una de las manifestaciones de la base registral del proceso de ejecución hipotecaria, derivando tal exigencia de los términos en que se pronuncia el art. 130 LH; con este precepto, afirma la autora, queda reforzado en la nueva ley el carácter registral del proceso específico de ejecución hipotecaria en relación a los extremos contenidos en la escritura de constitución de la hipoteca. Ob, cit, pág. 211.

revestido con las formalidades exigidas en la LEC (escritura pública) para tener eficacia ejecutiva.

Sea como fuere, en principio, la determinación de la persona del ejecutante no entraña una problemática especial. Así, subraya GARBERÍ, sujeto activo del proceso de ejecución será la persona que conste como acreedora de la prestación que el ejecutado esté obligado a realizar, dicho de otro modo, la parte titular del derecho de crédito incorporado a algunos de los títulos no jurisdiccionales de ejecución contemplados en el art. 517 de la LEC<sup>525</sup>. Por tanto, quien figure en el título como acreedor será ejecutante en el proceso al tener la legitimación ordinaria e inicial a su favor; ello, sin perjuicio de los casos en que el ejecutante, sin ser acreedor inicial, adquiere legitimación activa, también ordinaria pero en un momento posterior, como acontece en los casos de cesión del crédito hipotecario. O, en los supuestos de legitimación extraordinaria en los que ésta se presenta con carácter derivado.

#### B) Pluralidad de acreedores hipotecarios

La relación hipotecaria en ocasiones es más compleja o, al menos, no tan simple como cuando únicamente hay un deudor y un solo acreedor. En los casos de pluralidad de sujetos, qué duda cabe, el panorama se complica cuando hay que instar la ejecución del crédito hipotecario. Tratándose de pluralidad de acreedores, la doctrina se ha planteado la cuestión de si todos ellos deben pedir la ejecución o puede hacerlo sólo uno de ellos y, cómo afecta lo ejecutado al crédito mismo y a la hipoteca. SAENZ DE JUBERA ha aludido expresamente a la, ya de por sí, complejidad de la relación jurídica hipotecaria que se acentúa cuando en las distintas posiciones jurídicas concurre una pluralidad de sujetos. Para esta autora, hay que tener en cuenta los dos tipos de relaciones jurídicas que concurren: una obligacional, (que une al acreedor o acreedores con el deudor), otra, real (que vincula al acreedor o acreedores con el hipotecante o hipotecantes, o, en su caso, con los terceros poseedores). Pero, en todo caso, advierte, ha de respetarse la naturaleza y régimen de cada una de estas situaciones, así como sus principios rectores y tratar de armonizarlos. De esta forma se podrán determinar las posibilidades de actuación eficaz de cada uno de los

---

<sup>525</sup> Para este autor también podría instar la ejecución de un título judicial el demandado condenado en el proceso declarativo, pero únicamente en el caso en que habiendo formulado reconvencción, de la parte dispositiva de la sentencia resulte la imposición de una condena recíproca a ambas partes. Así lo reconoce la SAP de Castellón de 12 de diciembre de 2002 para un supuesto de ejecución de título judicial. *La reclamación de créditos impagados: vías procesales específicas*. Ed Bosch, 2011, págs. 123 y 124.

sujetos, especialmente en la fase de exigencia del crédito o cumplimiento de la prestación.<sup>526</sup>

El supuesto más habitual en la práctica es que únicamente exista un acreedor y, por tanto, un solo ejecutante y, tal y como se ha dicho, ambos coincidan; sin embargo, hay ocasiones en que existen pluralidad de acreedores por corresponder la titularidad activa de la relación obligatoria a varias personas al mismo tiempo. Dicha pluralidad subjetiva, que no debe confundirse con los casos de pluralidad de ejecuciones, es decir, acumulación de procesos, puede venir determinada básicamente *ab initio* por dos conceptos: solidaridad y mancomunidad<sup>527</sup>. Nos referimos en este punto a los casos en que desde el principio el crédito hipotecario se constituye a favor de varios acreedores, sean mancomunados o solidarios.

Constatada la pluralidad de acreedores, en sede de ejecución de ese préstamo hipotecario con varios titulares, será necesario que el juez examine detenidamente la forma en que se ha constituido, así como los pactos estipulados entre acreedores y deudor, los efectos de la ejecución dependerán finalmente de si el concepto que liga a los diversos acreedores es el de solidaridad o mancomunidad.

a) Pluralidad de acreedores solidarios.

Referirse a términos netamente civilistas como *solidaridad* o *mancomunidad* implica situarnos de lleno en el derecho de obligaciones y sus distintas clases. Sin pretender profundizar en este aspecto, a los efectos de una mejor exposición sistemática, baste en este punto aclarar conceptos.

Como se dijo anteriormente, en función de los sujetos que intervienen en la obligación, ésta puede ser unipersonal (con un solo acreedor y un solo deudor), o

---

<sup>526</sup> *Pluralidad de sujetos en la relación jurídico-hipotecaria*. [www.unirioja.es/dptos/dd/redur/número1/saenz.pdf](http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/número1/saenz.pdf), pág. 205.

<sup>527</sup> Si bien, a estos dos conceptos se une un tercero, el de mancomunidad o en mano común. En efecto, ROCA SASTRE asevera que habiendo pluralidad de sujetos en la parte activa de la obligación, podemos tener tres tipos de obligaciones: mancomunadas, solidarias y en mano común. Sin embargo, afirma que esta denominación procede de la necesidad de adaptarse al tecnicismo del CC y que lo apropiado sería hablar de *obligaciones parciarias* que son las que el Código denomina mancomunadas, y las solidarias y mancomunadas o en mano común. La obligación mancomunada o en mano común es silenciada por el Código, si bien su régimen preside en general las obligaciones mancomunadas cuando la prestación es indivisible. A su juicio, si el crédito garantizado por una hipoteca es en mano común, los acreedores hipotecarios formaran una comunidad germánica sobre la hipoteca y en ese caso, no puede ser exigible, al practicar la inscripción de la hipoteca, hacer constar la cuota que corresponde a cada uno en el derecho, pues la titularidad en mano común se caracteriza precisamente por la inexistencia de cuotas. *Hipotecas en mano común*, AZOFRA VEGAS, OLIVA DOMINGUEZ y ALONSO LAPORTA, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 725, págs. 1285 a 1323.

pluripersonal (varios acreedores y deudores o varios acreedores o deudores). Pues bien, la pluralidad que aquí interesa, la referida únicamente a la parte activa de la obligación (el préstamo hipotecario) puede presentarse de dos formas distintas, según exista mancomunidad o solidaridad<sup>528</sup>.

Obligaciones solidarias son aquellas en las que cada acreedor tiene derecho a toda la prestación, es decir, cualquiera de los acreedores puede pedir la ejecución de la obligación garantizada sin perjuicio de las relaciones internas entre ellos y de lo que tengan que reclamarse o exigirse por esta vía. Por el contrario, tratándose de obligaciones mancomunadas, cada acreedor tiene sólo derecho a una parte de la prestación total y eso es lo que podría exigir unilateralmente<sup>529</sup>.

Por consiguiente, si en algo se caracteriza el crédito solidario es porque cualquiera de los acreedores individualmente puede exigir la totalidad del crédito al deudor. Tratándose de un crédito hipotecario, la cuestión va mucho más allá, pues hay que resolver sobre la cancelación total de la hipoteca por el hecho de que solo uno de los acreedores ejercite la pretensión ejecutiva hipotecaria.

Ahora bien, en el seno de la doctrina no hay unanimidad a la hora de aclarar esta cuestión y admitir el ejercicio individual de la pretensión ejecutiva por uno solo de los

---

<sup>528</sup> O'CALLAGHAN alude a un tipo más de obligación pluripersonal que no se recoge en el Código Civil, pero que cabe según la prestación y voluntad de los sujetos que es la obligación conjunta, en la que el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación a uno solo de los deudores, sino a todos conjuntamente, en su compenetración o identificación. Es decir, son obligaciones en mano común, en las cuales el deber de prestación tiene que ser cumplido conjuntamente por todos los deudores, o, a la inversa, todos los acreedores tienen que ejercitar conjuntamente su crédito. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*, Dijusa, 2008, págs. 91 y 92.

<sup>529</sup> El art. 1137 del CC alude a los dos tipos de obligaciones si bien, respecto a la solidaridad, exige que ésta conste de un modo expreso, al tiempo que establece una presunción de mancomunidad. Afirma textualmente: "La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria." No obstante, la Jurisprudencia ha matizado el rigor literal de este precepto y hay casos en que admite la solidaridad tácita. Así, entre otras, las SSTs de 19 de junio de 1984, 13 de diciembre de 1986 y 11 octubre de 1989: "...Aunque el art. 1137 CC establece en materia de obligaciones como regla general el principio de la mancomunidad, y como excepción la solidaridad, sin embargo la doctrina jurisprudencial admítela doctrina de la solidaridad tácita, aplicable cuando ente los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre ellos, con lo que se trata de facilitar y estimular la garantía de los perjudicados, descartándose únicamente cuando hay una era causal identidad de fines o prestaciones.." Más recientemente, la STS de 31 de octubre de 2005: "...La rígida norma del art. 1137 CC ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de este tribunal y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto...". Por su parte, la STS 19 de octubre de 2006: "... se ha dulcificado el rigorismo del art. 1137 sin que se exija con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad, admitiéndose la doctrina de la solidaridad tácita; además, se ha mantenido la solidaridad cuando existe una comunidad jurídica de objetivos y se ha dicho también en caso de reconocimiento de deuda: la obligación dimanante de reconocimiento de deuda tiene naturaleza solidaria...".

acreedores. Básicamente, quienes niegan esta posibilidad (GARCIA GARCIA, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS), lo hacen de un lado, alegando que es necesario determinar las cuotas de cada acreedor solidario en el crédito garantizado, de otro, la indivisibilidad de la hipoteca y la necesidad de separar el plano sustantivo obligacional y el plano registral. En este último ámbito, el registral, sostienen que la solidaridad se referirá únicamente al crédito, a la obligación y no a la hipoteca. Por ello, entienden que a la hora de inscribir habría que señalar las cuotas de cada acreedor en el crédito, pues al considerarse la hipoteca como un derecho real, no puede pertenecer solidariamente a varias personas.

No obstante lo anterior, cabe contra-argumentar con SAENZ DE JUBERO<sup>530</sup> que el régimen de la solidaridad recogido en el Código Civil no aparece excepcionado para los supuestos en que el crédito está garantizado con una hipoteca. Por consiguiente, la hipoteca no puede suponer una disminución de las facultades del acreedor solidario ni, mucho menos, la alteración del régimen esencial de la solidaridad.

Por su parte, BLASCO GASCO considera que si la pluralidad de sujetos se organiza en régimen de solidaridad, sólo habrá una hipoteca, sin necesidad de determinar la cuota en que participa cada acreedor en la titularidad total de la hipoteca, pues exigir dicha determinación exacta iría en contra de la esencia de la solidaridad misma. Por tanto, cualquiera de los co-acreedores puede ejercitar individualmente la pretensión ejecutiva hipotecaria y de la misma manera puede cancelar la hipoteca<sup>531</sup>.

Todo ello, sin perjuicio de su responsabilidad frente a los demás acreedores solidarios<sup>532</sup>.

---

<sup>530</sup> *Pluralidad de acreedores...*ob, cit, pág. 215.

<sup>531</sup> GARCIA GARCIA y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS consideran que no debe admitirse, no sólo porque afirman la imposibilidad de ejercicio individual de la acción hipotecaria, sino también acudiendo a la prohibición de los actos perjudiciales ex art. 1141 CC, lo que supondría exigir para la cancelación de la hipoteca el consentimiento de todos. En contra de esta opinión, SAENZ DE JUBERO, para quien sí debe admitirse tal posibilidad, pues una cosa es la ejecución por cualquier de los acreedores y otra distinta el ámbito interno de la relación entre ellos. Los posibles perjuicios para los acreedores no actuantes que se derivarían del ejercicio individual de la acción hipotecaria y la posterior cancelación de la garantía, en cuanto al riesgo de no verse satisfechos en su parte del crédito son efectos propios de la existencia de solidaridad, ya sea en un crédito ordinario o en un crédito hipotecario. *La pluralidad de acreedores...*ob, cit, pág. 216.

<sup>532</sup> En idéntico sentido RIVERA FERNANDEZ y GARCIA GIL. *El préstamo hipotecario y la ejecución...* Ob, cit, pág. 330. También CORDERO LOBATO: "si el crédito se configura como solidario es irrelevante determinar la cuota que a cada acreedor solidario corresponde en la relación interna, que no tiene por qué constar en la inscripción, pues ello resulta indiferente para el deudor y los terceros que adquieran derechos sobre la finca hipotecada. En cualquier caso, la constitución de hipoteca a favor de varios acreedores requerirá que la inscripción exprese bien el carácter solidario del crédito, bien la participación que en el crédito parciario garantizado corresponde a cada acreedor (cfr. art. 54 RH), sin que, a esos efectos, baste la presunción de igualdad de cuotas derivada de los arts. 393 y 1138 del CC. *Tratados de los Derechos de garantía, Aranzadi, 2002, pág. 531.* En contra, sin embargo, GARCIA GARCIA para quien



Entendemos que debe ser así, además, porque esta postura es más acorde con el concepto mismo de solidaridad y porque es la defendida, tanto por la DGRN como por el TS<sup>533</sup>. La primera, en Resolución de 10 de febrero de 2003, señala que la hipoteca, por su propia finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase, es accesoria del crédito que garantiza, de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. Y si en el ámbito de éstos la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad de la hipoteca que lo garantice. Para la DGRN es innecesario determinar la cantidad del capital prestado que se ha recibido de cada uno de los que resultan acreedores solidarios, cuestión que tan solo tiene relevancia en la relación interna entre ellos y resulta indiferente para el deudor.<sup>534</sup> Entre tanto, tal y como recuerda AZPITART.E CAMY<sup>535</sup>, los posibles perjuicios que pudieran derivarse de este ejercicio individual para los acreedores no actuantes, son efectos propios de la existencia de la solidaridad y, precisamente por ello, la solidaridad se hace poco atractiva, reduciéndose en la práctica a supuestos en los que exista cierta confianza entre los acreedores que deciden unirse en régimen de solidaridad.

MONTERO AROCA se muestra partidario también de permitir el ejercicio individual de la pretensión ejecutiva y consiguiente cancelación de la hipoteca en el caso de créditos solidarios. En términos procesales admite que la existencia de una pluralidad de acreedores hipotecarios solidarios determina también la presencia de un litisconsorcio activo cuasi necesario, por cuanto cada acreedor puede ejercitar individualmente todos los derechos, incluido el de formular la pretensión ejecutiva en un mismo proceso<sup>536</sup>.

---

hay que tener en cuenta, a efectos registrales, que la solidaridad solo se refiere al crédito o derecho obligacional y no a la hipoteca. Por ello, dice, ha de expresarse en la escritura de constitución el porcentaje o cuota indivisa que corresponde a cada acreedor en el derecho real de hipoteca. *El procedimiento judicial...*, ob cit, pág. 115.

<sup>533</sup> Entre otras, en Sentencia de 3 de junio de 1995, que da por supuesta la posibilidad del ejercicio de la pretensión ejecutiva por uno solo de los acreedores, si bien, en el caso concreto, la referida Sentencia estima que la adjudicación por el ejecutante puede ser un acto perjudicial para el otro acreedor solidario.

<sup>534</sup> En el mismo sentido, Resoluciones de la DGRN de 15 de febrero de 2000 y 1 y 23 de marzo de 1994, según las cuales, cuando un derecho real de hipoteca se constituye en garantía de un crédito perteneciente a varias personas debe expresarse si dicho crédito tiene carácter solidario o mancomunado y, en ese segundo caso, la cuota exacta correspondiente a cada acreedor. Por tanto, sólo en el caso de que se haya pactado la mancomunidad debe precisarse la cuota exacta perteneciente a cada acreedor, y no en el caso de que el régimen organizativo de la relación jurídico-obligacional pactada haya sido la solidaridad.

<sup>535</sup> *Cesión parcial y pluralidad de los créditos hipotecarios*, en *Libro homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios registrales, Madrid, 1998, pág. 367.

<sup>536</sup> Ob, cit, pág. 522.

Cuestión distinta es la que hace referencia a la denominada solidaridad activa uniforme en la que existen distintos plazos de vencimiento afectantes a los distintos sujetos. SAENZ DE JUBERA resuelve este caso igual que cualquier crédito en las mismas circunstancias, es decir, si no se ha producido el vencimiento nada se puede reclamar todavía, y si se hace, el deudor podrá excepcionar; ahora bien, en el supuesto en que exista ya una parte vencida no cumplida, la cuestión es si cabría ejecutar la hipoteca y si esa ejecución sería total o parcial. Para esta autora sí cabría instar la ejecución, pues el acreedor que primero ve vencida la obligación no tiene por qué esperar a los demás cotitulares para poder actuar, puesto que sería contradictorio con la propia esencia de la solidaridad. Por tanto, afirma, se ejecutará, pero sólo por el importe del crédito vencido y exigible, y si mientras tanto venciere la obligación para otros acreedores podrá ampliarse la ejecución en virtud de lo dispuesto en el art. 578 LEC<sup>537</sup>.

b) Pluralidad de acreedores mancomunados.

Cuando la pluralidad subjetiva de acreedores se asienta en el concepto de mancomunidad, existe un crédito dividido en tantas partes como acreedores existan, reputándose créditos distintos los unos de los otros. Las obligaciones mancomunadas también se denominan parciarias (ROCA SASTRE) y se oponen a las obligaciones realmente mancomunadas o en mano común.

El art. 1138 del CC<sup>538</sup> establece una presunción de mancomunidad de manera que *si del texto de las obligaciones no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros*. Sienta el precepto, por tanto, no solamente la presunción *iuris tantum* de mancomunidad sino también la de igualdad de las cuotas en que se divide el crédito. Sin embargo, la DGRN ha mantenido, en contra de este precepto, que ante la existencia de cuotas, es necesaria su determinación de forma clara y concreta, sin que sea suficiente en este sentido la presunción de igualdad de cuotas que deriva del art. 1138 CC<sup>539</sup>.

---

<sup>537</sup> *Pluralidad de sujetos...*ob, cit, pág. 216.

<sup>538</sup> Afirma la STS 19 de septiembre de 1997 que el artículo 1138 CC establece la presunción *iuris tantum* de estimar mancomunada toda obligación en la que concurren varios acreedores o varios deudores; desprendiéndose, además, de su redacción, que el crédito o la deuda han de estimarse divididos en tantas partes como acreedores o deudores existan. En el caso concreto al que alude la referida Sentencia, la presunción de mancomunidad que pretende la parte recurrente aparece destruida por una resolución judicial firme de la que surge la obligación nexo entre las partes de este recurso.

<sup>539</sup> Resoluciones de 23 de marzo de 1994, 28 de julio de 1998 y 28 de abril de 1999.

En este contexto, la cuestión principal se centra en dilucidar si cada acreedor puede ejercitar por sí solo la pretensión ejecutiva hipotecaria por su respectiva cuota, o, por el contrario, no cabe esta posibilidad. La doctrina se divide en dos posiciones: la de aquellos que mantienen la necesidad de que la hipoteca deba ser ejecutada de manera conjunta y la de aquellos otros que admiten la ejecución autónoma e independiente de cada acreedor por su cuota<sup>540</sup>.

Así, RIVERA considera que no hay inconveniente en aplicar la idea de cuota en el crédito también a la hipoteca que lo garantiza, permitiendo la ejecución autónoma de cada acreedor por su cuota, sin que ello suponga un perjuicio en el resto de los acreedores no ejecutantes, que verán cómo su cuota sigue garantizada con la hipoteca accesoria. La DGRN mantiene la misma postura señalando en Resolución de 28 de julio de 1998 que *tratándose de una obligación única por su fuente, causa y fin, en la que la concurrencia de dos o más acreedores prevista en el art. 1137 del CC, pueda dar lugar por razón de la mancomunidad simple y divisibilidad de la prestación a que hayan de reputarse como distintos los créditos de cada uno de ellos, comportándose como tales en su posterior desenvolvimiento, no se han opuesto reparos a la garantía hipotecaria única desde las ya antiguas Resoluciones de 9 de febrero de 1898, 16 de julio de 1902 ó 28 de marzo de 1903.*

---

<sup>540</sup> Las distintas teorías que se han postulado al respecto, parte de una Sentencia del TS, de 10 de marzo de 1947, que niega la posibilidad de ejercicio individual de la pretensión hipotecaria por la cuota creditural determinada del acreedor actuante, precisamente por el carácter indivisible de esta garantía real. Unos, entre otros PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, se muestran favorables a la doctrina de esta Sentencia al entender que la admisión de la actuación individual sería un sistema especialmente gravoso para el dueño de la finca que soportaría una pluralidad de ejecuciones y, además, sería insatisfactoria para el primer coacreedor que ejecuta si el valor de la finca es insuficiente. Frente a esta planteamiento, CORDERO LOBATO opone la idea de que el riesgo en realidad lo sufren todos los acreedores y que un mismo sujeto no sufre una pluralidad de ejecuciones, pues tras la primera de ellas el adquirente del bien en la subasta será quien sufra la siguiente ejecución parcial, y así cada vez que se ejecute el bien hipotecado. Para otros autores, (AZPITARTE CAMY, LOPEZ TORRES) sin embargo, también se exige la actuación conjunta, pero no con base en las normas de la comunidad de bienes sino en el art. 1139 CC (régimen de las obligaciones mancomunadas indivisibles). Consideran esencial tanto el principio de indivisibilidad como el de accesoriedad y configuran el crédito hipotecario dos tipos de prestaciones: unas divisibles (las que nacen del propio crédito) y otras indivisibles (nacen de la hipoteca y se rigen por el art. 1139 CC). Finalmente, SAENZ DE JUBERA, después de haber analizado las posturas doctrinales existentes en la materia, tomando como punto de partida la voluntad de las partes plasmada en el crédito, considera que existen tantas hipotecas o cuotas de la hipoteca como créditos, por tanto cada acreedor podrá ejercitar su derecho con total independencia de los demás y, en consecuencia, ante el incumplimiento voluntario de la prestación podrá acudir a la ejecución de la hipoteca respecto a su parte, subsistiendo el gravamen sobre el mismo bien a favor de los demás acreedores (art. 227 RH), con lo que estos no se ven en nada perjudicados por el ejercicio individual de la acción por uno de ellos. tal posibilidad, entiende la citada autora, es más lógica y congruente con la voluntad de las partes y no está reñida con el carácter indivisible de la hipoteca. Los arts. 1860 del CC y 122 y sig. LH, lo que prohíben con carácter general es que la hipoteca se cancele parcialmente respecto del bien gravado (es decir, que una vez cumplida, voluntaria o forzosamente, parte de la deuda, la hipoteca deje de gravar parte del bien, pues ello sí perjudicaría a los demás acreedores; pero no impiden que la cuantía garantizada sí se vaya cancelando parcialmente, ya sea a través del cumplimiento voluntario de la prestación ya mediante la ejecución parcial de la hipoteca (permitida por analogía a lo dispuesto en el art. 693 LEC). *Pluralidad de sujetos...* Ob, cit, pág. 220.

Por su parte, VERDERA SERVER entiende que no siempre ha de exigirse una actuación conjunta de todos los acreedores pero distingue entre créditos solidarios respecto de los que cabe hablar de cancelación total y créditos mancomunados, en relación a los que una actuación individual con eficacia total contradice los principios de la cotitularidad parciaria<sup>541</sup>.

En definitiva, en un intento por aclarar la cuestión de si cabe el ejercicio individual por parte de cualquiera de los acreedores mancomunados y el destino de la hipoteca, o, por el contrario, si se exige la actuación conjunta de todos ellos para instar la ejecución, puede servirnos de guía la Resolución de la DGRN de 10 de febrero de 2003<sup>542</sup>, que reconoce la singularidad del derecho de hipoteca, y con fundamento en su propia accesoriedad reconoce que su titularidad será la misma que la del derecho de crédito. El modo de proceder a la ejecución de la hipoteca dependerá directamente de si la relación que liga a los acreedores es de solidaridad (sin fijación de cuotas) o mancomunidad (con determinación inexcusable de las cuotas de cada uno)<sup>543</sup>.

BLASCO GASCÓ arroja luz a la cuestión al distinguir dos tipos de mancomunidad, la que lo es en sentido propio, pues a ella alude expresamente el CC, y la germánica o en mano común. En este sentido, afirma el citado autor, que si la comunidad es ordinaria o por cuotas se deberá indicar la cuota o participación de cada uno de los comuneros en el crédito garantizado, pues debe entenderse que hay tantas hipotecas distintas e independientes como acreedores hipotecarios. Por el contrario, si el crédito es mancomunado (en mano común), sólo hay una hipoteca, como sólo hay un crédito, y en este caso no parece haber inconveniente en que se pacte un ejercicio de las facultades y acciones hipotecarias de carácter colectivo.

---

<sup>541</sup> *La hipoteca a favor de dos o más acreedores (cotitularidad crediticia y garantía hipotecaria)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 107 y 108.

<sup>542</sup> En el mismo sentido, la de 15 de febrero de 2000.

<sup>543</sup> Afirma textualmente la citada Resolución: "la titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en Derecho común, como disciplina básica, al régimen de la comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, lo que excluye, en principio, la admisión de titularidades dominicales solidarias, tal y como tuvo ocasión de señalar la Resolución de 26 de diciembre de 1946. Ello se traduce a efectos registrales en la necesidad de precisar en la inscripción a practicar la cuota o porción ideal de cada titular en el derecho con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (cfr. Art. 54.1 RH). Ahora bien, la hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en este punto evidentes singularidades. Su propia finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase la convierte en accesoriedad respecto del crédito que garantiza de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. Y si en el ámbito de éstos la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad de la hipoteca que lo garantice y como tal habrá de inscribirse, a favor de los titulares solidarios de ese crédito haciendo constar de forma expresa la existencia de esa solidaridad, en lugar de la determinación de las cuotas correspondientes que sería inexcusable en el caso de mancomunidad (cfr. Resoluciones de 23 de marzo de 1994 y 28 de abril de 1999)".

## C) El cesionario del crédito hipotecario

### a) La cesión de créditos como título de legitimación derivada.

La actual crisis económica, padecida a nivel mundial y particularmente en España está suponiendo la adopción por parte de las entidades financieras de otras fórmulas de financiación y obtención de ingresos o recursos y, en ese marco, la cesión de créditos hipotecarios se revela como un instrumento eficaz para tal fin<sup>544</sup>.

Cada vez es más frecuente la adquisición de carteras enteras de créditos hipotecarios, distinguiéndose entre los denominados *créditos buenos*, *créditos malos* y *créditos buenos sobre inmuebles en los que hay algún problema*<sup>545</sup>.

En virtud de estas operaciones, el cedente del préstamo hipotecario elimina el riesgo de impago de los créditos cedidos al tiempo que mejora su balance; el cesionario, por su parte, asume el riesgo de los créditos cedidos y se convierte en nuevo acreedor, normalmente con un importante descuento, sin que tal acreedor deba ser necesariamente una entidad regulada, pudiendo incluso contratar la gestión de esos créditos con la propia entidad financiera cedente<sup>546</sup>.

Con todo, es menester subrayar que la cesión de créditos hipotecarios no es un fenómeno nuevo, ni siquiera puntero, si bien, como efecto de la crisis, algunas entidades financieras están procediendo de forma masiva a la cesión de sus créditos en un intento por mejorar sus balances y su propia situación económica. De ahí que el régimen jurídico de dicha cesión adquiera una relevancia evidente.

El cesionario en estos casos tendrá legitimación activa ordinaria y derivada<sup>547</sup> para incoar el proceso de ejecución hipotecaria en reclamación de los créditos hipotecarios adquiridos si se produce una situación de impago o incumplimiento. Vaya desde ahora nuestro reconocimiento abierto a la posibilidad de que el cesionario pueda instar el

---

<sup>544</sup> Sobre la distinción conceptual entre cesión de créditos y subrogación, véase *la transmisión de créditos y deudas. Una singular especialidad: transmisión de crédito hipotecario por la sola voluntad del deudor*. PINTÓ RUIZ, Revista Economist & Jurist, d, Difusión Jurídica, nº 100, mayo de 2006, págs. 72 a 88.

<sup>545</sup> Porque ya se haya producido una situación de mora o impago, tengan algún ocupante, arrendatario o cualquier otra contingencia negativa que permita presuponer que el resultado de una eventual ejecución pueda no ser satisfactorio.

<sup>546</sup> *La cesión de créditos hipotecarios: régimen jurídico, obstáculos y soluciones*. ALBIÑANA CILVETI. [www.uria.com/documentos/publicaciones](http://www.uria.com/documentos/publicaciones)

<sup>547</sup> MONTERO AROCA así lo confirma diciendo que si el acreedor tiene legitimación originaria, el cesionario la tiene derivada, pero en los dos casos estamos ante una legitimación ordinaria y singular. Ob, cit, pág. 504.

proceso de ejecución especial. No obstante, no hay unanimidad, ni siquiera consenso, a la hora de precisar si el cesionario puede acudir al proceso de ejecución hipotecaria regulado en los arts. 681 y siguientes de la LEC, y en el caso de poder hacerlo cuál es el título ejecutivo con base en el que podrá instar la ejecución; si la cesión debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad con alcance declarativo o constitutivo, así cómo cuales son los requisitos para que la cesión sea válida y si cabe la cesión por separado de crédito e hipoteca<sup>548</sup>.

b) Régimen jurídico de la cesión de créditos.

Si hubiera que definir el régimen jurídico de la cesión de créditos a través de sus notas esenciales, podrían destacarse las que se exponen a continuación, partiendo de la regla general que se desprende de lo dispuesto en el art. 1112 del CC, es decir, todos los créditos son transmisibles salvo pacto en contrario. A partir de ahí, como notas básicas, recordar que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente, pero el deudor no quedará obligado por la cesión a más de lo que ya estuviera obligado. No es necesario el consentimiento del deudor y la notificación a éste de la cesión únicamente cumple una función declarativa que tiene por objeto poner en su conocimiento la operación para que se entienda con el nuevo acreedor a efectos de pago. La venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios y en el caso concreto de la cesión de un crédito hipotecario, la hipoteca se transmitirá junto con el crédito. El cedente responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo del contrato, pero, salvo pacto en contrario, no responderá de la solvencia del deudor

Con carácter general, la cesión de créditos está regulada en los arts. 1526 a 1536 del Código Civil. Particularmente, para los créditos hipotecarios el punto de referencia hay que situarlo en el art. 149 de la Ley Hipotecaria.

El principio básico lo asienta el primero de los preceptos mencionados, según el cual *la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro.*

---

<sup>548</sup> Opción que aventuramos como no factible habida cuenta de la accesoriadad que se predica de la hipoteca.

La cesión implica un cambio en uno de los elementos subjetivos de la relación jurídica obligatoria, es decir, un cambio en la figura del acreedor, de manera que quien lo era originariamente deja de serlo por efecto de la cesión para ser sustituido por otro<sup>549</sup>. Dicho cambio tiene efectos directos en el eventual proceso de ejecución hipotecaria que se inicie en la medida en que incidirá en las partes procesales, pues en el lado activo de la relación procesal no figurará el acreedor originario, sino el posterior, es decir, el cesionario del crédito hipotecario.

En definitiva, el nuevo acreedor (cesionario) es el titular del derecho subjetivo de crédito, frente al mismo deudor, mientras que el acreedor primitivo queda desligado de la relación jurídica. La cesión de créditos supone una aplicación específica de lo dispuesto en el art. 1112 CC, que proclama la transmisibilidad de los derechos adquiridos en virtud de una obligación<sup>550</sup>. Concretamente, cabe definir la cesión de créditos (distinta de la subrogación de préstamos hipotecarios),<sup>551</sup> como el negocio jurídico celebrado por el acreedor cedente con otra persona, denominada cesionario, en cuya virtud aquél transmite a éste la titularidad del derecho de crédito cedido. En el caso particular del crédito hipotecario la cesión comprenderá también a la hipoteca, tal y como se desprende de lo estipulado en el art. 1528 del CC<sup>552</sup>.

---

<sup>549</sup> Así lo reconoce expresamente, entre otras, la Sentencia de la AP de Jaén, sección 3ª, de 31 de julio de 2007 al declarar textualmente: “la cesión de créditos como sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria”. Alude esta Sentencia a la del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2002.

<sup>550</sup> En efecto, afirma la STS 26 de septiembre de 2002 que “la cesión de crédito, como sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito supone un cambio acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria, como han destacado las sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1990 y 22 de febrero de 1994. Cuya cesión es admitida con carácter general por el art. 1112 CC y está regulada, con carácter particular, en los arts. 1526 y ss. del mismo cuerpo legal, como negocio jurídico, sea o no contrato de compraventa” Tal doctrina ha sido reiterada, entre otras, por las Sentencias de 18 de julio de 2005 y 25 enero de 2008.

<sup>551</sup> Implica también la posibilidad de novar la posición jurídica del acreedor, pero su naturaleza es distinta que la de la cesión. En la subrogación de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, es el deudor hipotecario quien insta el cambio ante la posibilidad de sustituir el crédito en condiciones más favorables.

<sup>552</sup> “La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio”. O’CALLAGHAN considera que aunque el artículo alude expresamente a la fianza, hipoteca y la prenda, tal enumeración debe considerarse *numerus apertus* y, por tanto, deben añadirse otros derechos accesorios, aunque no estén incluidos, como por ejemplo, la anticresis. A su juicio, no nos encontramos ante una norma de derecho cogente, por lo que no se producirá la transmisión de un derecho accesorio si se ha pactado que no se comprende en la del derecho principal. Pacto que se puede incluir en la propia cesión del contrato, o bien por el sujeto o sujetos del derecho accesorio con el deudor garantizado. *Código Civil comentado y con Jurisprudencia*. Ed. La Ley, 6ª edición, 2008, pág. 1605. Que la cesión comprende también a la hipoteca lo ha afirmado expresamente el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 25 de febrero de 2003: “Como principio general, según considera la doctrina científica, en la cesión del crédito hipotecario existe, de una parte, la de un derecho obligacional o personal, integrado por el crédito, y de otro, la de un derecho real constituido en garantía de aquel, es decir, la hipoteca; de modo que la cesión ha de comprender ambos componentes y, por ello, el objeto de la cesión es la suma de los dos; así, no cabe la cesión del crédito sin ceder el derecho real de hipoteca, pues, dado el principio de accesoriedad de la hipoteca, la cesión del crédito comprende la de sus garantías, según dispone el artículo 1528 del Código Civil”.

El negocio, en principio, está sometido a la máxima general de libertad de forma, sin embargo, tratándose de un crédito hipotecario hay que considerar lo dispuesto especialmente en el art. 149 de la vigente Ley Hipotecaria<sup>553</sup> que exige escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>554</sup>.

Actualmente, según se desprende de este último precepto, tal y como fue redactado merced a la Ley 41/2007, dos son los requisitos<sup>555</sup> que deben conjugarse

---

<sup>553</sup> “El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil, La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviera por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente”.

<sup>554</sup> La STS 357/2007 de 26 de marzo define la cesión de créditos como un negocio jurídico para cuya perfección no se requiere el consentimiento del deudor cedido, sólo que se le notifique para que no pueda pagar válidamente a su antiguo acreedor, pero el hecho de que no se le haya notificado en modo alguno supone fraude o perjuicio para él. El acreedor cedente será titular del crédito y como tal puede exigírsele. Con todo, tras la reforma producida por la Ley 41/2007 en el art. 142 LH ni siquiera la notificación es preceptiva. Por su parte, la STS 34/2008 de 25 de enero aporta un concepto preciso de lo que es y lo que implica la cesión de créditos, al tiempo que reitera la innecesariedad de notificación al deudor; se pronuncia en estos términos: “la cesión del crédito la contempla el Código Civil dentro del contrato de compraventa, artículos 1526 y siguientes aunque ciertamente no es una verdadera venta sino la cesión que puede tener como causa la venta u otro negocio jurídico cuyo deudor no ha de consentir el negocio de cesión para que pueda llevarse a cabo. Su concepto es la sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito y supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho del anterior y quedando el antiguo ajeno a la relación crediticia. Es importante, pues, destacar que en la cesión de crédito, el cedente queda fuera de la relación jurídica obligacional; su derecho de crédito ha pasado al cesionario. Por ello, aquel nada puede reclamar, ya que ningún derecho tiene, por haberlo cedido”. Finalmente, la STS 1127/2008 de 20 de noviembre define también la esencia del crédito hipotecario y concede legitimación al cesionario para instar el procedimiento judicial sumario que regulaba la Ley hipotecaria en el antiguo art. 131. Declara en este sentido la referida Sentencia: “...un cambio de acreedor en la relación obligatoria puede acontecer por la cesión o la subrogación en el crédito, mera modificación del crédito existente sin destruir su identidad. La cesión de créditos es la transmisión por el acreedor de la titularidad de su derecho de crédito a otra persona, normalmente como consecuencia de un negocio jurídico en cuya virtud se ha producido ese desplazamiento patrimonial, ya venta, donación, cesión solutoria, etc. En el negocio jurídico de cesión entre cedente y cesionario, el deudor cedido no es parte al no tener que manifestar ningún consentimiento para que se produzca. La venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, determina el art. 1529 en enumeración puramente ejemplificativa. ....Producida la cesión, puede el deudor cedido oponer al cesionario todas las excepciones objetivas o reales que pudiera oponer a su primitivo deudor, pues son excepciones que están ínsitas en el mismo derecho de crédito objeto de la cesión...”

<sup>555</sup> En efecto, el actual art. 149 de la LH, en su redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre ha suprimido el requisito de la notificación al deudor incorporando a la legislación lo que era una práctica habitual, es decir, que no existiese tal notificación, pues en la mayoría de los casos se eximia al cedente de tener que verificarla mediante pacto expreso y no tenía más finalidad que la de vincular al deudor con el nuevo acreedor. Con la nueva regulación, RODRIGUEZ BOIX considera que puede caber una interpretación favorable a defender que el requisito de la notificación al deudor ha quedado derogado y sustituido por la inscripción, que haría sus veces. En ese contexto, afirma, la nueva redacción del art. 149.1 LH ha pretendido poner fin a la distinción entre los efectos de la cesión respecto de terceros y respecto del deudor cedido, de modo que la inscripción de la cesión sustituiría, a todos los efectos, el requisito de la notificación y, en consecuencia, dicha inscripción surtiría efectos absolutos frente a todos, incluso frente al deudor. Si bien el autor citado sostiene que lo anterior podría defenderse, termina concluyendo que la cesión sigue siendo oponible y eficaz frente al deudor cedido si la conoce, aunque no figure en el Registro de la Propiedad, y, viceversa, si la desconoce, no le es oponible aunque esté inscrita en el Registro. *La notificación al deudor de la cesión...*ob, cit. Por otro lado, en materia de notificaciones, una de las cuestiones que se han suscitado es si debe notificarse la cesión de un crédito hipotecario a los terceros poseedores cuyo derecho esté inscrito con anterioridad a la inscripción de la cesión de crédito. A este interrogante, al amparo de la legislación anterior, que exigía notificación, VENTURA-TRAVESET da respuesta a través de una serie de aseveraciones. Para este autor lo primero que hay que hacer es delimitar el concepto *deudor*, a su juicio, hay que entenderlo en sentido amplio, comprensivo no sólo de la persona individual *deudora*, sino que se refiere al *género deudor*, más que a la especie y en este



para que la cesión sea válida, a saber, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>556</sup>.

a) El requisito de la inscripción de la cesión.

La confusión acerca del alcance que ha de darse a la inscripción en el Registro de la cesión del crédito o préstamo hipotecario, proviene sobre todo de la parquedad con que se pronuncian los dos preceptos esenciales que se refieren a la cuestión y que podían haber solventado numerosas dudas doctrinales y jurisprudenciales con una

---

concepto entran y deben entrar todas aquellas personas que tienen facultad de pagar el crédito hipotecario y a las que por un motivo u otro se les puede exigir el mismo. Entre ellas, dice, figuran claramente los terceros poseedores en el momento de la cesión, causahabientes del deudor y en cuyo nombre pueden actuar. Asimismo, siendo el objeto de la notificación a estas personas impedir que paguen al primitivo acreedor o cedente, carece de razón de ser una notificación fragmentaria hecha sólo a parte de las partes que integran el concepto *deudor* tal y como se ha formulado, porque con ello no se evita totalmente el fin perseguido. Por tanto, únicamente la notificación a todo el grupo es válida a los efectos liberatorios. *Notificación a terceros poseedores en la cesión de crédito hipotecario*, Revista general del Derecho, Año VII, nº 84.

<sup>556</sup> Antes de la reforma producida por esta Ley, el art. 149 de la LH exigía tres requisitos para la cesión o enajenación del crédito hipotecario, si bien, no todos con carácter imprescindible: a) que se pusiese en conocimiento del deudor; era el cedente quien tenía la responsabilidad de informar al deudor, aunque, en su defecto, lo podía hacer el cesionario. El requisito de notificación era exigible salvo renuncia expresa y cuando la hipoteca se hubiese constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador (art. 150 LH). Sin embargo, este requisito no era imprescindible para la existencia de la cesión misma. b) Que la cesión se formalizase en escritura pública y se inscribiese en el Registro de la Propiedad. Respecto de este segundo requisito, la doctrina polemizó en torno al carácter meramente declarativo o constitutivo de la inscripción. En su mayoría, los autores defendían la naturaleza declarativa de la inscripción, dados los términos en que se pronuncian respectivamente los arts. 1526 Y 1528 del CC y 38 de la LH. Especialmente, el primero de ellos no alberga lugar para la duda habida cuenta que únicamente exige la inscripción a los efectos de oponibilidad frente a terceros, *erga omnes*. No obstante, hubo autores que, por el contrario, defendieron una inscripción con alcance constitutivo al considerar que el valor constitutivo evitaría problemas derivados de la discordancia entre la situación registral y la realidad jurídica extra registral; entre ellos, JORDANO FRAGA quien además afirmó el distinto régimen de transmisión de cesión e hipoteca, sometiéndolo, la primera al CC y la segunda al art. 149 de la LH. *Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen de cesión de créditos hipotecarios*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 653, 1999, pág. 1295 y siguientes. En el mismo sentido, siguiendo la tesis expuesta por JORDANO FRAGA se pronuncia RODRIGUEZ BOIX, para quien tras la ley 41/2007 cabe distinguir la cesión del crédito, de un lado, y de otro, la cesión de la hipoteca. *La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre*. [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com). c) El último requisito era la escritura pública. A pesar de todo, hay que decir que antes de la reforma de la Ley 41/2007 ninguno de estos requisitos era del todo necesario. Imperaba el principio de libertad de forma del art. 1278 del CC y en su consecuencia, la falta de alguno de ellos no afectaba a la validez del negocio de cesión. Para MANRIQUE PLAZA la reforma operada por la Ley 41/2007 en realidad no fue tal, pues no representó más que una mejora técnica que en nada modificaba el régimen jurídico existente, sin aportar más que diferencias terminológicas como la que supone hablar ahora de *crédito o préstamo garantizado con hipoteca*, donde antes se aludía a la *cesión del crédito hipotecario*. Para este autor, la cesión del crédito lleva ínsita la de la garantía hipotecaria conforme al art. 1528 del CC; en ningún caso puede entenderse, a su juicio, que la reforma es un intento de introducir en nuestro derecho una cesión separada del crédito y de la titularidad de la hipoteca, dado que ello hubiera implicado una alteración de las normas que determinan la accesoriadad de la hipoteca. *La hipoteca: constitución y cesión*, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario*. Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008, págs. 162 y 163. En este mismo sentido, MONTERO AROCA considera que aunque no sería menester tener que precisarlo, no podría admitirse que se cediera el crédito a una persona y la hipoteca a otra, dado que la cesión de un crédito comprende todos los accesorios, incluida la hipoteca, como dice el art. 1528 CC. En los últimos tiempos, alega el autor, la hipoteca va dejando de ser algo accesorio cuando conviene a los productos financieros, pero al menos debería exigirse que la ruptura de la accesoriadad se permitiera únicamente por ley. *Ejecución de la hipoteca....ob, cit, pág. 510.*

redacción más afortunada, especialmente el art. 149 de la LH que es regulación especial en la materia y que fue reformado por la Ley 41/2007, que sólo acertó a hacer ligeros retoques de signo gramatical<sup>557</sup>. Puestas así las cosas, la solución que se aporte al respecto pasa necesariamente por una interpretación conjunta de ambos artículos.

En efecto, ni el art. 1526 del CC, ni el art. 149 de la LH aclaran hasta donde llega la referida inscripción, de manera que se duda sobre si es puramente declarativa, a los efectos de dar noticia de la cesión, o, por el contrario, constitutiva, en el sentido de *conditio sine qua non* para la existencia de la cesión.

La mayor parte de la doctrina considera que la inscripción registral no es constitutiva de la cesión, (declarativa) y, por consiguiente, no resulta necesaria sino para que produzca efectos frente a terceros (entre otros, DE COSSIO Y CORRAL, PEÑA, BLASCO Y ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL)<sup>558</sup>.

En esta línea se pronuncia HERBOSA, citando a ROCA SASTRE, para quien la inscripción no es un requisito constitutivo de la cesión sino sólo de eficacia frente a terceros, de manera que el cesionario adquiere el derecho real de hipoteca mediante el otorgamiento de la escritura pública correspondiente. A su juicio, debe ser así a tenor de los antecedentes históricos del art. 144 LH y de una interpretación sistemática de dicho precepto y del párrafo 2º del art. 1526 del CC<sup>559</sup>.

MONSERRAT VALERO, por su parte, insiste igualmente en el valor declarativo de la cesión del crédito hipotecario. El art. 149 de la LH parece imponer, alega MONSERRAT, que la cesión del crédito hipotecario se documente en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad, mas el art. 1526 del CC se pronuncia en términos muy distintos al establecer que la cesión de un crédito que se refiera a un inmueble no surtirá efecto frente a tercero sino desde su inscripción en el Registro.

---

<sup>557</sup> Donde antes decía *crédito hipotecario* se habla ahora de *crédito o préstamo garantizado con hipoteca*; se sustituye la *transmisión* de la titularidad de la hipoteca por el término *cesión* y tampoco se incluye en la segunda parte del art. 149 de la LH la cesión del *crédito garantizado*. Quizás el cambio más reseñable es la supresión del requisito de notificación al deudor, si bien, dado que en la realidad dicha notificación no era preceptiva y solía eximirse a las entidades, mediante pacto expreso, tener que hacerla, el precepto ha convertido en ley lo que antes era práctica habitual.

<sup>558</sup> También MORELL y TERRY (*Comentarios a la legislación hipotecaria, Tomo IV, Madrid, 1930, pág. 241*); SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho Civil de LACRUZ III, 2ºT, Barcelona 1991, pág. 377*); GARCIA GARCIA (*Comentarios del Código Civil, Comentario a los arts. 1875 a 1878, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 1913*) y ANDERSON (*La cesión de créditos hipotecarios, Barcelona 1999, pág. 168*).

<sup>559</sup> *El despacho de la ejecución...*ob, cit, págs. 213 y siguientes.

Alude el autor al pensamiento de los antiguos comentaristas de la LH, que entendieron que la redacción del precepto era defectuosa y aunque pudiera parecerlo, no imponía la cesión como constitutiva. En todo caso, concluye, aunque la impusiera como tal, habría que admitir que tal exigencia fue derogada por el art. 1526 CC del que se deriva que la inscripción sólo es requisito para oponerla frente a terceros<sup>560</sup>.

Sin embargo, hay autores que se sitúan en el posicionamiento contrario y conceden a la inscripción naturaleza constitutiva. Dentro de estos últimos, JORDANO FRAGA afirma que el art. 1526 del CC, únicamente regula la cesión de créditos, pero no de hipotecas, y, por tanto, se pronuncia en contra del valor puramente declarativo de la inscripción de la cesión. Ello no obstante, no puede obviarse que el propio art. 1526 CC alude a la oponibilidad de la cesión frente a terceros una vez inscrita en el Registro, luego considerando que los derechos de crédito no deber ser inscritos en el Registro, cabe concluir que se refiere a la cesión de créditos hipotecarios<sup>561</sup>.

ADAN DOMENECH parece defender el carácter constitutivo de la inscripción, aunque afirma no querer entrar en la disquisición que ocupa tanto a la doctrina como a la Jurisprudencia<sup>562</sup>; asevera que la inscripción es requisito de validez de la propia cesión y, además, presupuesto justificativo de la legitimación del acreedor cesionario posterior. Apoya su afirmación en el juego de los arts 149 de la LH y 244 del RH, precepto éste último que exige la constancia de la cesión en el Registro por medio de una nueva inscripción. Asimismo, el autor últimamente citado alude a lo dispuesto en el art. 319 de la LH, que encierra una sanción a efectos procesales cuando se refiere a los documentos no inscritos en el Registro, que no podrán ser tomados en consideración.

A su juicio, la imperatividad de esta inscripción registral viene corroborada asimismo por la aplicación analógica de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, cuyo art. 6 defiende la necesidad de que la entidad subrogada deberá presentar para la ejecución de la hipoteca, además de su primera copia auténtica inscrita de la escritura de

---

<sup>560</sup> *La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC*. Diario La Ley, nº 5522, Sección doctrina, 12 abril, 2002, Año XXIII.

<sup>561</sup> *Transmisión del crédito cedido...*, ob, cit, pág. 1291.

<sup>562</sup> *La ejecución hipotecaria*. Ob, cit, págs. 177 y 178.

subrogación, el título de crédito, revestido de los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para despachar ejecución<sup>563</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia GÓMEZ GÁLLIGO, para quien el carácter constitutivo que se exige para la existencia misma de la hipoteca debe aplicarse a su transmisión. Para fundamentar su alegación, GÁLLIGO alude a la historia al mencionar la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 en donde se afirmaba que a la cesión de créditos hipotecarios se aplicarían las mismas reglas que dominan todo el proyecto. Alude igualmente a la Jurisprudencia contradictoria existente en la materia STS 29 de junio de 1989 que considera que la inscripción no es constitutiva y STS 23 de octubre de 1991 que la exige con alcance preceptivo.

En todo caso, GÓMEZ GÁLLIGO se muestra partidario absoluto de la naturaleza constitutiva de la inscripción de la cesión al declarar que lo exige así una adecuada técnica hipotecaria y que todos los negocios relativos a la hipoteca deberían seguir la misma suerte que su constitución: la inscripción constitutiva. Y es que, en rigor, a su entender, no tiene ningún sentido que un derecho de formación registral pueda modificarse al margen del Registro<sup>564</sup>.

Finalmente, FERNÁNDEZ GALVIS<sup>565</sup> y CHORNET<sup>566</sup> se muestran partidarios, igualmente, del carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario. El primero de los autores últimamente citados, igual que GÓMEZ GÁLLIGO, lo entiende así, toda vez que, a su juicio, sería ilógico y absurdo que la inscripción de la hipoteca sea constitutiva y no lo sean las posteriores adquisiciones del crédito hipotecario. Asimismo, el art. 150 LH es el único que no exige la inscripción de

---

<sup>563</sup> Insistir, una vez más en que, a nuestro juicio, este es el verdadero título ejecutivo y no la escritura de hipoteca, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad sí opera con fin constitutivo porque lo dice expresamente el Código Civil en el art. 1875. Pero eso no convierte a la escritura de hipoteca en el verdadero título ejecutivo o, al menos, no debería serlo; sostenemos lo anterior a pesar de que la práctica y la realidad de nuestros tribunales circulan por otros derroteros a consecuencia de la grave confusión que se sigue arrastrando de regulaciones anteriores. A la grave confusión ha contribuido la reforma que la Ley 41/2007 hizo del art. 130 de la LH en donde se viene a decir que la ejecución se basará en los extremos contenidos en los asientos del Registro. Luego, por tanto, hoy en día se afirma que nos encontramos ante un verdadero proceso con todo lo que ello implica y, sin embargo, con declaraciones tan perniciosas como las del precepto comentado, sigue latente una óptica eminentemente registral del proceso de ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles. Nos empeñamos en avanzar, en “procesalizar” pero de alguna forma seguimos anclados en el pasado al confundir crédito y garantía, título de crédito y título inscrito.

<sup>564</sup> *Práctica hipotecaria. Procedimiento Judicial Sumario. Art. 131 de la Ley Hipotecaria (Jornadas sobre Ejecución Hipotecaria*. Ed. Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Pág. 101.

<sup>565</sup> *La finalización del procedimiento. Su constatación registral*, Revista La Buhaira, nº 46, págs. 155 a 160.

<sup>566</sup> *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC de 2000*, RCDI, nº 663, enero-febrero 2001, pág. 169.

la transmisión de hipoteca en garantía de títulos por endoso o al portador y, por último, esgrime una razón de índole práctica, como es que tal exigencia evitaría dobles ejecuciones.

Por su parte, CHORNET afirma que con independencia de la naturaleza de la inscripción de la cesión hay que entender que el cesionario del crédito hipotecario no puede ejecutar por el procedimiento especial, porque carece de legitimación activa y título ejecutivo.

b') Ejecución por el cesionario no inscrito a través del proceso de ejecución hipotecaria.

La cuestión suscitada en torno al valor declarativo o constitutivo de la cesión del crédito hipotecario presenta capital importancia a la hora de resolver si el cesionario no inscrito tiene legitimación para acudir al proceso de ejecución especial. Ahora bien, también en este punto la doctrina se halla muy dividida, incluso autores que únicamente conceden valor declarativo a la cesión han negado la posibilidad de que el cesionario acuda a esta ejecución especial (GARCIA GARCIA, MONTERO, ANDERSON).

RIVERA FERNÁNDEZ se muestra especialmente contundente en su negativa a admitir que el cesionario no inscrito pueda instar la ejecución regulada en los arts. 681 y siguientes de la LEC; afirma que las especiales características del procedimiento de ejecución sobre bienes inmuebles no permiten la ejecución al cesionario no inscrito. La falta de cognición o fase contenciosa y la base tabular del procedimiento, a su juicio, no se compaginan bien con la falta de inscripción de la cesión. Si al cesionario le bastara con aportar junto con la demanda ejecutiva la escritura, incluso un documento privado, constitutiva de la cesión no inscrita, debería entonces permitirse al deudor alegar lo que a su derecho convenga en relación a tal documento, a fin de no colocarle en situación de indefensión<sup>567</sup>. Ni la fase de cognición es propia de este procedimiento, sostiene este autor, ni puede admitirse una ejecución en base a documentos ajenos al Registro, pues ello vulneraría el mandato del art. 130 de la LH<sup>568</sup>.

---

<sup>567</sup> Indefensión que, a nuestro juicio, se produce de todas formas y no únicamente por las escasas posibilidades de alegación que encierra el art. 695 de la LEC.

<sup>568</sup> Ob, cit, págs. 103 y 104.

Por su parte, MONSERRAT sistematiza los argumentos de estos autores, que no han perdido vigencia, a su juicio, tras la promulgación de la vigente LEC, y entiende que no son definitivos para defender la solución negativa postulada: 1º) El hecho de que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea de base registral impide que el cesionario no inscrito pueda acudir al mismo; 2º) La Ley de modificación y subrogación de préstamos hipotecarios exige expresamente que la entidad subrogada inscriba la escritura de subrogación de préstamos hipotecarios; 3º) Algunas normas del procedimiento imponen que el ejecutante sea quien aparezca como titular de la hipoteca en el Registro; 4º) Con base en el actual art. 319 LH, el tribunal de la ejecución no debe tener en cuenta la escritura de cesión no inscrita que pudo inscribirse.

A los anteriores argumentos defendidos por los autores que niegan legitimación al cesionario no inscrito, el propio MONSERRAT opone los suyos propios, que le llevan a concluir que el tribunal puede proceder a la ejecución instada por el cesionario antes de la inscripción de la cesión, aunque tal inscripción será, finalmente, necesaria para que el adjudicatario inscriba<sup>569</sup>.

Así las cosas, este autor alega lo siguiente: 1º) El primero de los argumentos(procedimiento de base registral) encuentra apoyo en el actual art. 130 LH que afirma que la ejecución de la hipoteca sólo podrá basarse en los asientos del Registro; sin embargo, observa MONSERRAT, el hecho de que se mantenga dicha base registral del procedimiento no implica que lo sea exclusivamente, pues si esto fuera así no se tendría que requerir de pago al poseedor no inscrito o, en su caso, notificarle el procedimiento.

Por tanto, el cesionario no inscrito tiene legitimación para instar el proceso de ejecución especial. Asimismo, en un sistema en el que la adquisición de derechos reales no es constitutiva, salvo excepciones como la adquisición originaria de la hipoteca y, en un sistema en el que el titular de un derecho está legitimado para ejercitarlo ante los Tribunales, considera más respetuoso con los derechos del acreedor la admisión de la demanda ejecutiva interpuesta por el cesionario no inscrito. 2º) El art. 6 de la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 1994 exige la inscripción de la escritura de subrogación para despachar ejecución mediante cualquier procedimiento; sin embargo, afirma este autor, que la aplicación

---

<sup>569</sup> *La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito...ob, cit, pág. 5.*

análoga a un supuesto de cesión es más que cuestionable atendiendo a la finalidad de la norma cuando se promulgó, que tuvo que resolver el problema de la guerra de clientes entre entidades financieras, y el legislador pudo considerar oportuno exigir a la entidad subrogada especiales requisitos que no tienen sentido cuando el cambio de acreedor se produce por acuerdo entre cedente y cesionario. 3º) Si fuera requisito para ejecutar la hipoteca que el acreedor ejecutante fuera el mismo que el registral, sería muy extraño que el legislador permitiera al juez dictar auto en que despache ejecución sin haber constatado antes este extremo, y la ley lo permite, pues prevé la solicitud de la certificación registral por el juez después de haberse dictado el Auto que despacha ejecución. La certificación contiene este extremo, *subsistencia de la hipoteca*, a favor del actor o a favor del ejecutante, para que el deudor pueda alegar la causa de oposición de que se ha extinguido la hipoteca, luego, en definitiva, la Ley sólo permite alegar como causa de oposición que la hipoteca está cancelada, no que el titular registral de la hipoteca sea distinto del ejecutante. 4º) ANDERSON afirmó que el actual art. 319 de la LH que impide a los tribunales admitir escrituras no inscritas, es una razón de peso para negar legitimación al cesionario no inscrito. Sin embargo, el propio MONSERRAT, que inicialmente aceptó este planteamiento, con el tiempo se desmarca del mismo diciendo que en un sistema en que los derechos reales se transmiten al margen del Registro, resulta excesivo que el legislador haya hecho depender el ejercicio del derecho de su inscripción, por eso, con buen sentido, los tribunales no aplican este criterio<sup>570</sup>.

Las mismas disquisiciones que ocupan a buena parte de la doctrina se han trasladado al campo jurisprudencial, siendo así que nuestros tribunales han flexibilizado en su mayoría la exigencia de inscripción de la cesión en el Registro y entienden complementada la falta de inscripción con la presentación del título justificativo de la cesión y la certificación registral de la subsistencia de la hipoteca.

En muchos casos en que los Tribunales han tenido que pronunciarse al respecto, lo han hecho para resolver a un tiempo si el cesionario puede acudir al procedimiento de ejecución hipotecario, pues surge la duda inicial de cuál sería el título ejecutivo para acudir a tal proceso expeditivo. Un buen ejemplo de lo antedicho lo constituye el Auto de la AP de Valladolid, sección 1ª, de 24 de octubre de 2003 cuando afirma que la inscripción de la cesión para poder ejecutar la hipoteca no resulta de una lectura de los presupuestos exigidos en el art. 685 y concordantes de la LEC, en la que tan solo se

---

<sup>570</sup> Ob, cit.

exige certificación acreditativa de la inscripción y subsistencia de la hipoteca, mas no de la identidad del titular del crédito hipotecario en cada momento. En todo caso, concluye el Auto, no parece obstáculo suficiente para la ejecución del crédito cedido la falta de inscripción de la cesión, cuando a los efectos de acreditar el tracto sucesivo puede acreditarse la cesión realizada aportando la escritura de cesión antes de inscribir el remate o adjudicación, o bien especificando en el mismo Auto de adjudicación o remate con la suficiente claridad la mencionada escritura, con su fecha, Notario autorizante, número de protocolo, identificación de cedente y cesionario y cuantos datos fueren necesarios para la finalidad de justificación pretendida<sup>571</sup>.

El criterio argumentativo sostenido por el Auto arriba referenciado ha sido mantenido también por otras Audiencias<sup>572</sup>, que a su vez parten de la doctrina sentada

---

<sup>571</sup> Partidarios de esta “flexibilización” son HERBOSA Y OLIVER, en tanto que DOMENECH se muestra contrario a conceder legitimación al cesionario que no ha inscrito la cesión al considerar que de aceptarse por parte de los órganos judiciales esta postura, se abre la posibilidad al deudor de poder formular dos motivos de oposición no regulados de forma expresa en el articulado de la ley procesal, pero de admisible alegación al erigirse como excepciones procesales alegables en toda vía procesal, en este caso, el incumplimiento de los requisitos propios de esta modalidad ejecutiva, vulnerándose el art. 130 de la LH, y la falta de legitimación activa del acreedor por no constar inscrito en el Registro de la Propiedad. Ob, cit, pág. 181. Por el contrario, HERBOSA mantiene: “...cabe, de esta forma, que el Tribunal pueda examinar la legitimación del cesionario (mediante comparecencia o documento fehaciente) para instar el proceso de ejecución y que aquel que considere suficientemente acreditada la sucesión en el crédito a los solos efectos, como establece el precepto citado, del despacho de ejecución. Una vez despachada ésta, el ejecutado podrá oponerse, en su caso, a la ejecución por no haber acreditado el ejecutante el carácter con que demanda. *El despacho de la ejecución...*ob, cit, pág. 319. Muy Interesante es la posición mantenida por OLIVER que considera que en caso de sucesión se puede afirmar que no se precisa legitimación registral del sucesor, pese a la literalidad del art. 130 LH. *El proceso civil, Volumen VII*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 5633 y 5634.

<sup>572</sup> Sirva citar, entre otras, Sentencia de la AP de Barcelona de 16 de febrero de 1999 (dictada en un supuesto de sucesión procesal, distinto, por tanto a la cesión que sin embargo no impidió que la Audiencia adoptara la doctrina sentada por el TS en su Sentencia de 21 de junio de 1989); Sentencia de la AP de Granada, sección 4ª, 144/2000 de 6 de marzo; Sentencia de la AP de Segovia, 151/2002 de 30 de abril; Auto de la AP de Córdoba, sección 1ª, de 3 de marzo de 2003; Sentencia de la AP de Madrid, sección 19ª, 526/2005 de 21 de noviembre; Auto de la AP de Cádiz, sección 8ª, 101/2007 de 29 de mayo; Auto de la AP de Madrid, sección 12ª, 831/2009 de 16 de diciembre; Sentencia de la AP de Barcelona, sección 11ª, 428/2011 de 15 de septiembre y Sentencia de la AP de Tarragona, sección 1ª, 415/2011 de 4 de noviembre. Más recientemente, en el sentido de considerar que la cesión no debe inscribirse, Auto de 20 de noviembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcalá de Henares; Auto de la AP de Castellón, sección 1ª, de 23 de noviembre de 2012 y Auto de la AP de Madrid, sección 12ª, de 11 de enero de 2013. Todas las resoluciones citadas reconocen el carácter declarativo de la inscripción de la cesión prácticamente en los mismos términos, al tiempo que definen la esencia del concepto mismo de cesión y atribuyen legitimación al cesionario no inscrito para instar la ejecución hipotecaria producida una situación de impago. Por el contrario, mantienen el carácter constitutivo de la inscripción el Auto de la AP de Castellón, sección 3ª, de 12 de julio de 2012 y de 16 de noviembre de 2012; igualmente, el Decreto de 3 de diciembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torrejón de Ardoz; Auto de la AP de Valencia, sección 9ª, de 4 de febrero de 2013. El Auto de la AP de Vizcaya de 26 de mayo de 1992, a modo de *obiter dicta* sostiene que el cesionario a título singular no inscrito no puede ejecutar. Por último, aunque en puridad no tiene nada que ver con las cuestiones expuestas, baste citar la STS de 18 de junio de 2009 referida a un supuesto en que la aparente cesión de créditos se utiliza como instrumento de engaño. Declara en este sentido la Sentencia: “...la licitud y admisibilidad en general de la figura de la cesión de créditos no significa que este negocio jurídico pueda utilizarse desviadamente para alterar el orden de la preferencia crediticia ni, desde luego, menos aún para, al amparo de la personalidad jurídica de tres sociedades limitadas, presentar como cesión de un crédito hipotecario, en el momento escogido por los presuntos cesionarios y el presunto deudor cedido dada su falta de inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que en realidad era una negocio jurídico vacío de contenido porque el crédito había sido pagado por la sociedad deudora hipotecaria y ésta pretendía pasar a tener la condición de acreedor



por el Tribunal Supremo que exime de la necesaria inscripción de la cesión del crédito hipotecario, a efectos de fijar la legitimación en el proceso de ejecución hipotecaria. Particularmente importantes son las Sentencias de 29 de junio de 1989<sup>573</sup>, 23 de noviembre de 1993 y 4 de junio de 2007<sup>574</sup>, que confirman una inscripción de la cesión puramente declarativa y, en consecuencia, no exigen legitimación registral para instar el proceso de ejecución hipotecaria.

La primera de las Sentencias del Tribunal Supremo aludidas, la de 21 de junio de 1989, que mereció una crítica muy severa por parte de MONTERO AROCA<sup>575</sup> y

---

valiéndose de la personalidad jurídica diferenciada de las otras dos sociedades con las que en realidad formaba una sola. No hubo, pues, pago por persona interesada o no interesada en el cumplimiento de la obligación determinante de la subrogación de quienes pagaron, sino extinción de un crédito mediante pago por su deudor y simultánea apariencia de subsistencia de ese crédito mediante la manipulación de la figura de la cesión de créditos abusando de la formal personalidad jurídica diferenciada de las tres sociedades hoy recurrentes”.

<sup>573</sup> Resuelve un caso en el que un banco en escritura pública se subroga universalmente en todo el contenido patrimonial y obligacional que existiese o pudiese existir en el futuro y que correspondiera a otro banco, incluyéndose en esa subrogación una concreta hipoteca existente a favor del segundo. El banco cesionario, sin inscribir la cesión del crédito hipotecario concreto, formuló juicio ejecutivo hipotecario contra el deudor; procedimiento que el juzgado llevó hasta su término, adjudicando la finca hipotecada al mismo banco cesionario y ejecutante. Después el deudor hipotecario instó en proceso declarativo ordinario la declaración de nulidad de todo lo actuado en el procedimiento judicial sumario y el Tribunal Supremo denegó la pretendida nulidad. El relato factico es el que hace MONTERO AROCA, *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria...ob, cit, pág. 505.*

<sup>574</sup> Esta Sentencia en línea con las anteriores, dictada también en un proceso de fusión, proclama que la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aún contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligarle con el nuevo deudor debiendo entenderse las exigencias de la legislación hipotecaria (art. 149) de inscripción del crédito hipotecario cedido en sus efectos en relación a terceros, puesto que en esta materia el ordenamiento jurídico especial, tanto en el orden civil como hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia, sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello, la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios habiéndose declarado en cumplimiento de tales aseveraciones, que el hecho de que el demandante actúe en procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandado, aunque la cesión haya sido inscrita frente al demandado en fecha posterior. También la STS 1127/2008 de 20 de noviembre que, además, reconoce expresamente legitimación del cesionario no inscrito para instar el proceso de ejecución hipotecaria.

<sup>575</sup> Para este autor lo peor de todo no es que la Sentencia declarase el alcance no constitutivo y, por tanto, puramente declarativo, de la cesión, sino la incomprensión que, a su juicio, demuestra sobre lo que constituye el título ejecutivo a los efectos de poder acudir al entonces procedimiento judicial sumario, puesto que reconocido que la cesión no se había inscrito en el Registro, afirma que el banco cesionario tenía legitimación y que podía acudir a este procedimiento. Para MONTERO una vez incoado el juicio ejecutivo, recibida certificación en el juzgado relativa a la subsistencia de la hipoteca a favor del actor y comprobado que no era el mismo que el ejecutante, el juzgado debió denegar el despacho de la ejecución porque el ejecutante carecía de legitimación conforme al título. Afirma textualmente: “...estamos ante una aplicación obvia de que la legitimación la confiere el aparecer en el título en posición activa, y no debe olvidarse que el título en el proceso de ejecución hipotecaria es la escritura de hipoteca debidamente inscrita”. Finalizado el procedimiento con la adjudicación de la finca hipotecada al banco cesionario ejecutante, e instada la inscripción del auto de adjudicación, el Registrador denegó la inscripción y también la cancelación de la hipoteca pero la Sentencia sigue desestimando la nulidad pretendida. En definitiva, esta Sentencia supone para MONTERO una quiebra de la esencia misma en que se asienta el procedimiento judicial sumario (de base estrictamente registral), pues descansa en un título que tiene especiales características, siendo la primera y principal que no existe sin la inscripción registral de la escritura pública. Al margen de lo anterior, el autor concluye que el resultado tenía que haber sido otro pues la necesidad de inscripción se encuentra establecida en el art. 149 de la LH y se deriva también de la Ley 2/1994, de 30 de marzo.

también de ISÁS i SOLANES<sup>576</sup>, se ocupa de un supuesto de cesión universal operada en una fusión, pero supone el punto de partida hacia la consideración de una inscripción puramente declarativa, tanto en las cesiones a título particular como a título universal. De esta forma, viene a decir el Tribunal Supremo que si bien la normativa hipotecaria (Ley Hipotecaria y Reglamento Hipotecario) alude a la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad del crédito hipotecario cedido, ello hay que entenderlo en sus efectos en relación a terceros, puesto que, en esta materia, el ordenamiento jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa y en consecuencia robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de noviembre de 1993, que en términos muy elocuentes añade expresamente que la inscripción *no tiene valor constitutivo tratándose de cesión de créditos hipotecarios*.

En cualquier caso, planteada la controversia en los términos expuestos, podría concluirse que la línea defendida mayoritariamente por nuestros tribunales, en el sentido de “aligerar” la carga de inscribir la escritura de cesión en el Registro, resulta más acorde con el carácter procesalista, no registral, que aquí se postula en torno a la ejecución hipotecaria.

De la misma forma que en ciertos casos, como ya se ha visto, hay que proceder a la integración del título ejecutivo, haciéndolo acompañar de otros documentos complementarios, en el caso de la cesión de créditos hipotecarios, bien podría

---

<sup>576</sup> La autora también se muestra muy contundente en sus críticas hacia la STS de 21 de junio de 1989, las cuales pivotan en torno a tres ejes fundamentales: el haber prescindido, a su juicio, de los principios registrales de legitimación y fe pública, el confusionismo que introduce la Sentencia y la necesaria distinción entre legalidad y legalidad registral. Concretamente, dice la autora: “1. El Juez que siguió el procedimiento del artículo 131 LH prescindió de los principios registrales de legitimación y fe pública, al aceptar la legitimación activa del Banco de Vizcaya en un procedimiento de base registral, en el que a través del cumplimiento de lo establecido en el artículo 131.4.2 era evidente que el derecho inscrito no lo era a favor del actor. 2. La Sentencia del TS comentada, juega al confusionismo cuando equipara como acreedor hipotecario al titular registral del derecho y al cesionario no inscrito, prescindiendo, por tanto, de los mismos principios hipotecarios que en el párrafo anterior. Pero, además, cuando justifica la inscripción declarativa de la cesión, repitiendo lo escrito por ROCA SASTRE la inscripción es(meramente) declarativa y(en consecuencia) sólo robustece el título inscrito frente a (dichos) terceros a los efectos de la fe pública registral, no termina el párrafo, de forma que queda incompleto, ya que hay que añadir *aparte de los derivados del principio de legitimación*, es decir, que no inscrito no puede ser legitimado por el Registro, aquí: la legitimación activa del acreedor extra registral. 3. Además, el recurrente justifica su derecho en función de la violación del principio de legalidad contenido en los arts. 149, 18, 20 y 32 LH y 244 RH, desconociendo que el principio de legalidad registral, contenido en los arts. 3º,4º, 18, 19, 65,99 y 100LH y concordante del RH, hace referencia a la legalidad de los títulos que pretenden entrar en el Registro y que como tal es observado por el Registrador en la calificación de los mismos. En realidad, se trataba de la infracción del artículo 131.4.2 en el que se especifica que el actor es el titular registral y, en consecuencia, es una violación de los principios de legitimación registral y de fe pública, contenidos en los artículos 1º-3, 38 y 97 y 34 LH. De todo lo dicho parece razonable deducir que el Registro de la Propiedad es un gran desconocido”. *Comentario a la Sentencia de 21 de junio de 1989*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre/diciembre 89.

defenderse que el título sigue siendo el de crédito con las formalidades exigidas en la LEC para tener fuerza ejecutiva, “integrado” con el documento fehaciente en el que conste la cesión del crédito hipotecario, y con él el cambio de acreedor. Por tanto, no hay más inscripción constitutiva que la de la propia hipoteca, pero una vez que ésta se ha constituido y ha quedado debidamente registrada, nada exige que su transmisión tenga que ser también con alcance constitutivo, ni siquiera la inercia.

Dicha afirmación resulta coherente con una interpretación conjunta de dos preceptos, el art. 149 de la LH que sí exige inscripción, y el art. 1526 del CC, que supedita la producción de efectos frente a terceros (luego no la existencia misma de la cesión) a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por último, tomando como referencia lo dispuesto en el art. 3 del CC, podría argumentarse que los preceptos legales deben interpretarse según el sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo finalmente al espíritu y finalidad de aquellas. En definitiva, si el legislador del año 2000, al promulgar la vigente Ley Procesal Civil optó por incorporar en su seno la regulación de la ejecución hipotecaria, dándole carácter jurisdiccional y puramente procesal, parece oportuno ir superando esa concepción “registralista” que subyace en muchas de las afirmaciones que todavía hace la doctrina. Bien es cierto que los términos literales en que se pronuncia especialmente el art. 130 de la LH, conducen al caos interpretativo. Es posible que cueste obviar la tradición, pero eso nunca debería ser un obstáculo para avanzar en el camino que ha querido sembrar el legislador moderno y ese camino no sintoniza con una exclusiva base registral del proceso de ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados.

De otro lado, admitir la posibilidad de que el cesionario tiene legitimación para instar el proceso de ejecución, la que le otorga el título de crédito complementado con el documento justificativo de la cesión, es un afirmación que tiene su base en el propio art. 538 de la LEC, que confiere también cierta eficacia legitimadora a la resolución judicial por la que efectivamente se despacha ejecución al definir quiénes son partes en el proceso.

D) La sucesión procesal como título de legitimación derivada: normativa aplicable.

Por *sucesión procesal* cabe entender la sustitución en un proceso determinado, una vez iniciado éste, de alguna de las partes formales, como consecuencia de la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de los derechos u obligaciones de la relación jurídica litigiosa. En definitiva, la *sucesión procesal* implica un cambio de partes, de alguna de ellas (el demandante o el demandado, o lo que es más inusual, de ambas), pendiente el proceso o entablado éste. En virtud de dicho cambio, el sujeto sucesor pasa a ser titular de los derechos, bienes u obligaciones objeto del proceso y se convierte en autentica parte procesal, sucediendo de manera absoluta al sujeto de quien provienen los derechos, bienes u obligaciones.

En palabras de LORCA NAVARRETE, la institución de la *sucesión procesal* engloba todas las cuestiones que afectan a los posibles cambios de sujetos en la titularidad de la parte legítima en el seno de la instancia procesal; luego lo que separa la sucesión verdaderamente procesal de la que pueda haberse producido al margen del proceso (por ejemplo, en el caso visto del cesionario del crédito hipotecario) es precisamente que el cambio se produzca una vez iniciado el proceso o con anterioridad al mismo, caso éste último en el que en puridad no cabe hablar de *sucesión procesal*.

Tampoco son supuestos de *sucesión procesal* todos aquellos en que la parte sigue siendo la misma pero cambian su capacidad o su representación<sup>577</sup>.

En el supuesto específico en que el cambio de alguna de las partes, (lo dicho aquí vale tanto para el cambio de acreedor como de deudor) tenga lugar en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria, la primera cuestión a resolver es si tal sucesión deber atenerse a lo dispuesto en el art. 540 de la LEC o resultan de aplicación los arts. 16 y 17 del mismo texto legal que regulan la *sucesión procesal* con carácter general para el proceso declarativo. Surgen dudas en este sentido, pues el art. 540 se intitula *ejecutante y ejecutado en casos de sucesión*; no aclara si es estrictamente procesal o no<sup>578</sup>, y mientras algunos autores quieren ver en el precepto la regulación especial de la institución de la *sucesión procesal* para los procesos de ejecución, otros, sin

---

<sup>577</sup> El concepto es pacífico. Así, GARBERÍ, (*introducción al nuevo proceso civil*, ob, cit, pág. 103) GIMENO SENDRA, (*Derecho procesal Civil...* ob, cit, pág. 171) DE LA OLIVA, (*Curso de derecho procesal civil...*, ob, cit, pág. 487) LORCA NAVARRETE (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 211*) coinciden esencialmente en sus definiciones.

<sup>578</sup> Cabría entender que la voluntad del legislador era precisamente que por este precepto se regularan todos los supuestos de sucesión, tanto los procesales como los producidos al margen del proceso. De ahí, la falta de precisión al respecto.

embargo, consideran que lo que se contempla en este precepto no es verdaderamente *sucesión procesal*, sino simple sucesión material acontecida antes de iniciarse la relación procesal. Junto a los autores que se posicionan en uno u otro sentido, los hay también que asumen una posición ecléctica al entender de aplicación el art. 540 como regulación especial de la *sucesión procesal*, pero únicamente cuando el cambio se constata despachada la ejecución<sup>579</sup>.

Visto lo anterior, podría argumentarse que sólo se entiende la polémica relativamente. Bien es cierto que el art. 540 de la LEC con un título más preciso podría haber evitado la controversia, pues, dado que se refiere textualmente a la *sucesión*, podría haberla calificado explícitamente de *procesal* y se hubieran evitado discusiones doctrinales que, como no podía ser de otra forma, se han trasladado a los Tribunales de Justicia.

En cualquier caso, considerando que el efecto de litispendencia se produce por y desde la presentación de la demanda (una vez que ésta es admitida), consideramos que el precepto debatido sí encierra la regulación básica del fenómeno de la *sucesión procesal* en el seno del proceso de ejecución y, por ende, en el proceso de ejecución hipotecaria, extrapolable a los casos en que el cambio de alguna de las partes se produce en un momento muy inicial del proceso, (antes de despacharse ejecución), o en un momento posterior.

Desde que se presenta demanda existe proceso, por tanto, cabe hablar de *sucesión procesal*. Y si de los términos en que se pronuncia la demanda se deduce que el cambio de alguna de las partes tuvo lugar al margen del proceso, como podría observarse si ya en la propia demanda el ejecutante o el ejecutado es distinto, como quiera que es voluntad del legislador que los casos de sucesión, al margen de si es

---

<sup>579</sup> Entre los primeros destaca CORDON MORENO que considera que el precepto se refiere a los supuestos de sucesión *mortis causa* e *inter vivos* y es una aplicación al proceso de ejecución de lo previsto para el de declaración en los arts. 16 y 17 LEC. (*Comentarios a la Ley...ob*, cit, pág. 137). MONTERO AROCA y HERBOSA consideran, por el contrario, que el art. 540 de la LEC no regula propiamente el fenómeno de la sucesión procesal en los procesos de ejecución. Concretamente MONTERO sostiene que la LEC no regula en ningún momento de un modo directo la *sucesión procesal* para el proceso de ejecución, haciéndolo únicamente para el proceso declarativo en los arts. 16 y 17 que, a su juicio, son los que deben aplicarse cuando una vez iniciado el proceso se produce el cambio en la relación jurídico material. El hecho de que por las particularidades propias del proceso de ejecución hipotecaria deban acomodarse estos preceptos, afirma, no impide su aplicación. (*Ob*, cit, pág. 512). HERBOSA, por su parte, se pronuncia en el mismo sentido, pues considera que la vigente LEC no regula de una manera específica la sucesión procesal en los procesos de ejecución ya que lo dispuesto en el art. 540 está pensado para los supuestos en los que la sucesión se produce antes de despacharse ejecución. Por tanto a falta de norma específica ha de estarse a lo estipulado en los arts. 16 y 17 LEC para los juicios civiles. (*Ob*, cit, pág. 229). En una posición intermedia, DOMENECH defiende la postura de que el art. 540 LEC es una concreción para el proceso de ejecución de lo previsto en los arts. 16 y 17 para los procesos declarativos, susceptible de ser aplicado sólo al supuesto de que ya estuviera despachada ejecución. (*Ob*, cit, pág. 184)

material o procesal, se rijan por este precepto específico, el mismo tendrá que ser aplicado en detrimento de la normativa genérica de los arts. 16 y 17 de la LEC.

Esta es la solución que postula el Auto 60/2007 de la AP de Burgos, sección 3ª, de 2 de febrero de 2007, referido al fallecimiento de uno de los cónyuges deudores antes de la presentación de la demanda ejecutiva, en el que el tribunal opta por la aplicación del art. 540 de la LEC, pues no distingue según que la sucesión se haya producido en el curso de la ejecución o antes de que la misma se haya abierto<sup>580</sup>.

---

<sup>580</sup> Su Fundamentos Jurídico Segundo afirma textualmente: “ Partiendo de la base de que en la ejecución la sucesión procesal mortis causa se rige por el artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluido este dentro de las disposiciones generales en materia de ejecución, y no por el artículo 16 de la misma Ley, que regula la sucesión procesal en la fase declarativa, partiendo de esta base, la solución tras el fallecimiento de uno de los ejecutados, y sin que conste la aceptación de la herencia por los herederos forzosos, no puede ser la de dirigir la ejecución contra estos como pretende la parte apelante.... El artículo 540 regula los efectos de la sucesión de una forma bien distinta a como lo hacen los artículos 16 y siguientes, dentro estos del Libro I de las disposiciones relativas a los juicios civiles....el artículo 540, que regula el mismo supuesto para el proceso de ejecución. No distingue según que la sucesión se ha producido en el curso de la ejecución, o antes de que la misma se haya abierto. Es más, la misma previsión que hace el artículo 538.2.º cuando dice que solo podrá despacharse ejecución frente a (...) quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo responda personalmente de la deuda por disposición legal (...) induce a pensar que el artículo 538 se reserva para los casos en los que la ejecución se despacha directamente contra la persona del heredero y el artículo 540 para los casos en los que la intervención del heredero se produce o se constata a posteriori. Por todo ello, la sucesión procesal debe producirse sin retrotraer las actuaciones al momento inicial de la ejecución”. Igualmente han determinado la aplicación del artículo 540 de la LEC como regulación específica del fenómeno de la sucesión procesal para los procesos de ejecución, entre otros, el Auto 30/2003 de la AP de Asturias, sección 5ª, de 28 de febrero de 2003: Se alegaba falta del carácter o representación con que se demandaba al ejecutado, afirmando el tribunal que el tema de la sucesión debió dilucidarse por el juzgador *a quo* tal y como se infiere del art. 540 de la LEC antes de dictarse el auto despachando ejecución, precepto que se refiere a la sucesión (afirma la Audiencia) y a la suficiencia o no de la documentación aportada para acreditarla. Afirma, asimismo, que el defecto es subsanable atendiendo al principio *pro actione*. Por tanto, concede plazo para subsanar la falta de acreditación de la sucesión producida. La Sentencia 313/2003 de la AP de Cádiz, sección 7ª, de 22 de julio de 2003, ante el fallecimiento del demandado, afirma que el artículo 540 regula de forma específica los supuestos de sucesión, debiendo aportarse ante el Tribunal que entiende del procedimiento documentos fehacientes en los que conste que son herederos del fallecido. Auto de la AP de Barcelona, sección 14ª, de 2 de diciembre de 2003: esta resolución determina la aplicación del artículo 540 de la LEC cuando el fallecimiento de uno de los deudores se produce antes de iniciarse el proceso. Afirma textualmente: “...la exigencia de demandar y requerir de pago al deudor, resulta una exigencia esencial del procedimiento de ejecución hipotecaria, e incluso el actual artículo 132 de la LH, en la redacción introducida por la disposición final novena de la Ley 1/2000, incluye entre las funciones de calificación del Registrador de la Propiedad el comprobar que se ha demandado y requerido de pago al deudor. Resultando evidente que uno de los deudores falleció antes de la interposición de la demanda, antes de examinar la oposición formulada debió procederse de conformidad con el artículo 540 LEC antes citado, y corolario de lo expuesto es que deban retrotraerse las actuaciones a dicho momento procesal, sin que por tal motivo se aprecien méritos para efectuar una especial imposición de costas...”. El Auto de la AP de Orense, sección 2ª, de 16 de noviembre de 2004, igual que el anterior resuelve aplicando el art. 540 de la LEC incluso cuando el fallecimiento del deudor se produjo antes de interponerse la demanda, rechazando expresamente la aplicación del art. 16 de la LEC: “...El precepto no es, sin embargo, de aplicación al caso que nos ocupa. En él se contempla la sucesión procesal por muerte la cual tiene lugar, en lo relativo a los sujetos, cuando fallece quien inicialmente actuaba como actor o demandado después de que la litis se hubiese constituido, es decir, después de la admisión a trámite de la demanda con efectos desde su interposición, mientras que aquí el supuesto deudor, contra el que inicialmente se dirigió la ejecución, falleció antes de interponerse la demanda, de modo que no llegó a adquirir la condición de litigante por falta de capacidad para ser parte. El supuesto debe resolverse acudiendo al artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...donde se posibilita la ejecución frente al que se acredite que es el sucesor de quien en el correspondiente título aparezca como ejecutado. El apartado 2 obliga al ejecutante a presentar al tribunal los documentos en los que conste la sucesión y si aquél los considera suficientes despacha ejecución...” El Auto 61/2007 de la AP de Salamanca, sección 1ª, de 24 de mayo de 2007, ante la muerte del ejecutado, declara en su Fundamento de Derecho Tercero: “El artículo 540 LEC regula,

En definitiva, el precepto en cuestión alude genéricamente a la *sucesión*, sin querer separar la puramente material de la procesal y únicamente exige que se acredite la sucesión a los solos efectos del despacho de la ejecución<sup>581</sup> mediante documentos fehacientes; si el Tribunal no considera los documentos presentados suficientes o no son fehacientes, se celebrará comparecencia a fin de resolver sobre este extremo de la sucesión. Por tanto, tratándose de cambios en las titularidades de la relación litigiosa, de sucesión propiamente dicha, resulta de aplicación preferente lo señalado en el art. 540 de la LEC, pues esa es la voluntad del legislador y no otra. La legitimación de quien sucede, es decir, de quien sustituya al acreedor primitivo, será en todo caso una legitimación ordinaria, derivada, al surgir en un momento posterior, pero ordinaria y no extraordinaria.

#### 4) Legitimación pasiva en el proceso de ejecución hipotecaria.

##### A) Sujetos que pueden asumir la condición de parte pasiva: partes necesarias y partes contingentes.

Llegado el momento de analizar la legitimación pasiva en el seno del proceso de ejecución hipotecaria, se hace necesario insistir de nuevo en la naturaleza jurídico-procesal de esta ejecución con las consecuencias que, como tal, le son inherentes; entre ellas, la vigencia del principio de dualidad de partes. Por consiguiente, frente a la

---

dentro de las disposiciones generales de la ejecución, quiénes son las partes de la misma en casos de sucesión procesal....” Por su parte, el Auto 159/2009 de la AP de Madrid, sección 8ª, de 8 de julio de 2009 afirma: es cierto que el precepto en virtud del cual accionó la ahora apelada, esto es, el artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentra en el Capítulo I (de las partes de la ejecución) del Título III (de la Ejecución) del Libro tercero de la LEC de 2000, dedicado a la Ejecución Forzosa, siendo deseable que la parte hubiera acudido al mismo dentro del procedimiento de ejecución, esto es, una vez presentada la oportuna demanda, pero ello no impide que lo dispuesto en el citado precepto se aplique a los supuestos en los que todavía la demanda no ha sido interpuesta...” En el mismo sentido, Sentencias 179/2012, de 15 de marzo, de la AP de Madrid, sección 12ª, de 15 de marzo de 2012 y Auto 3/2012 de la AP de Madrid, sección 21ª, de 12 de enero de 2012, todos ellos referidos a supuestos en que la sucesión se producía en la parte pasiva de la relación procesal. Para los casos en que dicha sucesión acontecía en el lado activo, pueden citarse, entre otros, Auto 157/2007, de la AP de Vizcaya, sección 3ª, de 15 de marzo de 2007 (Contempla la aplicación del art. 540 de la LEC en un supuesto en que el cambio en la titularidad activa se produce a través de la cesión global del conjunto del patrimonio a la accionista única, se trataba de un asunto de absorción de una sociedad por otra). También Sentencia 1/2008 de la AP de Barcelona, sección 13ª, de 8 de enero de 2008. En contra de los anteriores, Auto 2/2008 de la AP de Pontevedra, sección 1ª, de 10 de enero de 2008 que afirma: “..Con carácter general señalar que el art. 540 LEC prevé la sucesión en la ejecución, pudiendo despacharse ésta a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado. Precepto que debe ponerse en relación con los arts. 16 y 17 LEC que recogen los supuestos de sucesión procesal. El primero regula la sucesión procesal por causa de muerte y el segundo la sucesión por transmisión del objeto litigioso. Debe matizarse que la sucesión en la ejecución a que se refiere el art. 540 LEC se refiere a la que se produce entre el momento en que se origina el título ejecutivo y el inicio de la fase de ejecución, si bien la Jurisprudencia menor se ha mostrado favorable a aplicar los arts. 16 y 17 LEC si la ejecución ya se ha iniciado (AAP de granada de 17 de junio de 2003 o AAP de Málaga de 24 de abril de 2003...”.

<sup>581</sup> En este sentido, el Auto 54/2008, de la AP de Toledo, sección 1ª, de 4 de junio de 2008, que confirma que, en efecto, el art. 540 ordena que se decida sobre la sucesión a los solos efectos del despacho de la ejecución.

parte activa o ejecutante, en este proceso, como en todos, existe necesariamente una parte pasiva o ejecutada, pues las demandas siempre se han de dirigir frente o contra alguien perfectamente identificado, tal y como resulta con carácter general del art. 399 de la LEC para las demandas que principian un proceso declarativo y del art. 549 referido a aquellas por las que se inicia un proceso de ejecución.

En contra de lo afirmado tradicionalmente por algunos autores<sup>582</sup> y por el propio Tribunal Supremo<sup>583</sup> en el sentido de que la inexistencia de cognición en todo proceso de ejecución lleva aparejada la correlativa inexistencia de auténticas partes procesales y, sobre todo, de parte pasiva o ejecutada, no cabe sino mantener lo contrario. En consecuencia, existe parte pasiva o ejecutado, pues el hecho de que, efectivamente, la cognición sea muy limitada, que no inexistente, no altera la naturaleza jurídica del proceso sumario, ni el papel que a los afectados directamente<sup>584</sup> pueda corresponderles en este proceso. Podrán limitarse sus medios de defensa, pero nunca su condición de parte pasiva o demandada, en el caso, ejecutada<sup>585</sup>.

a) Litisconsorcio pasivo necesario.

Concretamente, el art. 685 de la LEC<sup>586</sup> confirma lo anterior al aclarar quién asume el papel de ejecutado en este proceso (*el deudor*), y quién puede asumirlo también junto a él (*hipotecante no deudor*<sup>587</sup> y *tercer poseedor*). La expresión que

---

<sup>582</sup> En este sentido, se pronunció ROCA SASTRE, en relación al proceso sumario hipotecario regulado en el art. 131 de la LH, para quien la ausencia de una fase contenciosa o de oposición, provocaba que no pudiera hablarse propiamente de *parte demandada*. *Derecho Hipotecario*, ed. 8ª, IX, pág. 248. HERBOSA, (ob, cit, pág. 239) por su lado, aludiendo a ROCA SASTRE, recuerda que según una opinión muy extendida, el deudor no era realmente parte ni estaba legitimado pasivamente para soportar el ejercicio de la pretensión hipotecaria, ya que ésta únicamente debía dirigirse contra el propietario de los bienes. En contra de los anteriores se pronunciaban los procesalistas, GUASP a la cabeza, por considerar evidente que el deudor estaba legitimado pasivamente como persona distinta del tercer poseedor, reuniendo ambos sujetos la condición de parte, (*La ejecución procesal...ob, cit, pág. 300*).

<sup>583</sup> Por todas, Sentencia de 12 de noviembre de 1985, cuando afirma que ni deudor, ni tercer poseedor o los demás interesados son verdaderas partes procesales a los que en algún caso la ley ordena hacerles notificaciones en vía de apremio pero no emplazamientos ni citaciones, pues de otra forma el proceso puramente de ejecución o apremio que la ley ha previsto quedaría desvirtuado y transformado en un declarativo más o menos amplio.

<sup>584</sup> Sirva la terminología empleada siempre y cuando se matice que son verdadera parte procesal, distintos de los *terceros afectados* por la actuación judicial.

<sup>585</sup> Así lo declaró el Tribunal Supremo en Sentencia 643/2007 de 7 de junio al advertir que una cosa es la limitación de armas y de cognición propia del proceso de ejecución y otra bien distinta la falta de intervención de éste cuando lo cierto es que el ejecutado posee una situación procesal asimilable a la del demandado en los procedimientos declarativos, con derecho de contradicción, rogación y audiencia, así como de acceso al recurso, si bien limitado por las especialidades procedimentales de la ejecución, lo cual no es equivalente a la ausencia total de instrumentos de defensa.

<sup>586</sup> Estipula en su número 1: " La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que éste último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes."

<sup>587</sup> Sirva la cita del Auto 295/2002 de la AP de Zaragoza, sección 5ª, de 6 de mayo y Resolución de la DGRN de 27 de junio de 2011.



emplea el precepto cuando se refiere a estos últimos, (“*en su caso*”), no significa más que su existencia en el proceso es contingente o, lo que es lo mismo, puede que existan o no<sup>588</sup>. Pero si existen, la demanda deberá dirigirse contra todos ellos formando un litisconsorcio pasivo necesario<sup>589</sup>.

La exigencia del art. 685 de dirigir la demanda contra todos ellos tiene sentido en la medida en que lo que pretende el acreedor cuando insta el proceso, según se infiere de lo dispuesto en el art. 681 LEC, no es otra cosa que demandar el pago, de ahí que reclame directamente contra su deudor, pero como quiera que la realización de la garantía accesoria o hipoteca es el instrumento procesal que se pone en marcha para satisfacer su derecho de crédito, obligando al deudor al pago, se hace necesario demandar también, caso de que existan y sean distintos del deudor, a los otros dos sujetos, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor del inmueble a través del cual el acreedor cobrará su derecho.

El acreedor estará obligado a demandarlos a todos si quiere constituir adecuadamente la *litis*<sup>590</sup>. Esa es la pura esencia de la excepción de litisconsorcio

---

<sup>588</sup> Así lo reconoce DOMENECH que habla de su existencia ocasional, bien porque en muchas ocasiones coinciden las figuras de deudor e hipotecante, bien, porque al no haberse producido con posterioridad la transmisión del bien hipotecado no existe un tercer poseedor o propietario del mismo. Ob, cit, pág. 189.

<sup>589</sup> Así lo corrobora, entre otros, el Auto de la AP de Cantabria, sección 1ª, de 20 de abril de 2004, al manifestar: “...en efecto, en el nuevo proceso son en todo caso partes ejecutadas, y por tanto, con todas las cargas y derechos que conlleva la posición de ejecutado, tanto el dueño de los bienes hipotecados como el deudor, pues el art. 685.1 LEC impone un auténtico litisconsorcio pasivo necesario al decir que la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados.” FERNANDEZ-BALLESTEROS (*La ejecución forzosa...* ob, cit, pág. 636) asegura que la finalidad de este litisconsorcio pasivo necesario es doble: por un lado, pretende poner en conocimiento de ciertas personas interesadas del inicio del procedimiento (sobre todo, a quienes aun sin aparecer nominalmente en el título ejecutivo pueden ser parte ejecutada en virtud del art. 538.2.2º o del 538.2.3º. Por otro lado, afirma el autor, si la ejecución del bien hipotecado termina sin la total satisfacción del ejecutante podrá éste pedir que el proceso de ejecución prosiga por el resto pidiendo el embargo de nuevos bienes, pero ese embargo sólo podrá proyectarse sobre el resto de bienes del deudor, que es quien responde de la deuda con todo su patrimonio. Si el ejecutado no dirigió la demanda frente al hipotecante no deudor ni el tercer poseedor, el juez puede optar entre no admitir la demanda, obligando al ejecutante a formularla de nuevo correctamente, o admitirla y notificar la pendencia de la ejecución a estas personas en los mismos términos que se ha de hacer al deudor demandado. Para DOMENECH, el fundamento de este litisconsorcio pasivo necesario es consecuencia de que nada impide en nuestro sistema de que sean dos personas distintas el deudor personal (cuya responsabilidad por la deuda es ilimitada a tenor del art. 1911 del CC), y el hipotecante, que se convierte en sujeto pasivo del crédito hipotecario en virtud de la hipoteca. Ob cit, págs. 190 y 191.

<sup>590</sup> Algo distinto ocurre en otros Derechos extranjeros como en el derecho positivo costarricense. Si bien, en este hay cierta discordancia entre los partidarios de dar al hipotecante no deudor o garante y al fiador el tratamiento de simples interesados, o demandarles como verdadera parte pasiva. La Jurisprudencia opta por el camino de considerarles parte pasiva, en tanto la ley sustantiva los considera simples terceros. Así, OROZCO pone de manifiesto que cuando en un proceso hipotecario se constata que el inmueble fue dado en garantía por una persona distinta del deudor, el juzgado no ordena citar a esa persona como un tercero interesado, sino que obliga al actor a demandarla (litisconsorcio pasivo necesario), a pesar de que la ley sustantiva dispone lo contrario, es decir, que el garante sea considerado como un simple fiador. Para OROZCO esta jurisprudencia es errónea, pues si bien el garante forma parte de la relación jurídica material desde que concurrió a la firma de la escritura de la hipoteca, ese dato por sí solo no conlleva la necesidad de demandarlo. Igual ocurre con el fiador que también participa en la

pasivo necesario, es decir, sin la intervención en el proceso de todas aquellas personas interesadas en la relación jurídico material que se discute, no hay proceso válido. La figura, de creación jurisprudencial, encuentra su fundamento en la necesidad de evitar que puedan resultar afectados directamente por una resolución judicial o, en el caso que nos ocupa, pueda despacharse ejecución, contra sujetos directamente implicados y/o afectados cuya falta de intervención en el proceso acarrearía su indefensión y, por ende, la nulidad de actuaciones<sup>591</sup>. En este contexto, deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor, tienen esa condición en el proceso de ejecución hipotecaria, de ahí la previsión expresa de la LEC en el sentido de tener que demandarles a todos ellos si en el caso concreto existieren.

b) El fiador solidario de la obligación.

Distinto, sin embargo, es el caso del avalista o fiador. Como quiera que estos únicamente responden del cumplimiento de la obligación, es decir, del pago, para el

---

constitución de la deuda y sin embargo, no es necesaria su participación como parte demandada. A su juicio, la creación jurisprudencial que opta por considerar al garante como parte demandada vulnera el derecho positivo, concretamente el art. 1329 del Código Civil de Costa Rica que establece que el garante participe en el proceso hipotecario pero no en calidad de litisconsorte. En definitiva, al garante, igual que al fiador, afirma este autor, debe dársele el mismo tratamiento que al tercer poseedor, siendo, por tanto, todos ellos, terceros interesados. *La participación del garante en el proceso hipotecario: un litisconsorcio innecesario*. Revista de Ciencias Jurídicas nº 109(79-90), enero-abril 2006, págs. 83 a 90. En consecuencia, mientras que en nuestro país queda claro que deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor, de existir, son parte pasiva del proceso de ejecución y, por tanto, ejecutados, por disposición expresa de la ley y, entendemos, que no cabe cuestionar este litisconsorcio pasivo necesario, en otras legislaciones como la mencionada, la legislación dispone justo lo contrario y ha sido la jurisprudencia la que en contra de la letra de la ley ha terminado por crear el litisconsorcio al exigir que la demanda se dirija también contra el garante.

<sup>591</sup> Es el caso al que alude la Sentencia 50/2012 de la AP de Girona, sección 1ª, de 2 de febrero que declara la nulidad de actuaciones desde la celebración de vista, por no haber comparecido en el proceso el titular de la obligación reclamada sino el sujeto que lo representaba. Dicha sentencia, además, es interesante porque recuerda la esencia y fundamento del litisconsorcio pasivo necesario con cita de diversas resoluciones judiciales. Así, la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006 recuerda: “la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario aparece por primera vez en la jurisprudencia en la sentencia de 27 de junio de 1944, como un mecanismo técnico relativo a la intervención o no en el proceso de aquellas personas interesadas en la relación jurídico material que se discute, porque el litisconsorcio existirá siempre que por la naturaleza de la relación, los litigantes estén unidos de tal manera que la decisión pueda afectar a todos por igual. La Sentencia de 8 de marzo de 2006 afirma, por su parte, “la figura de creación jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario tiene a evitar, de una parte, que puedan resultar afectados directamente por una resolución judicial quienes no fueron oídos en juicio, y, de otra, a impedir la posibilidad de sentencias contradictorias. Exige, por tanto, que estén en el pleito todos a los que interesa la relación jurídico material controvertida, por lo que tal figura sólo puede entrar en juego y producir sus efectos con respecto a aquellas personas que hubieran tenido intervención en la relación contractual o jurídica objeto del litigio, pues sólo los interesados en ella pueden ser estimados como litisconsortes pasivos necesarios ya que quienes no fueron parte en el contrato controvertido, carecen de intereses legítimos sobre su cumplimiento o incumplimiento, y, por tanto, no existe razón alguna para que sean llamados a juicio”. Por último, de forma pacífica la jurisprudencia ha reconocido que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario es apreciable de oficio, entre otras, en sentencias del TS de 2 de octubre de 2006, con cita de las de 9 de julio de 2004 y 22 de noviembre de 2005, señalando esta última que “la falta de litisconsorcio pasivo necesario constituye un presupuesto procesal de orden público que puede ser estimada de oficio en cualquiera de las fases del procedimiento...” Entre las Audiencias, sirva citar la SAP de Madrid 213/2012 de 24 de abril, sección 25ª que declara la nulidad de actuaciones por constitución defectuosa de la relación jurídico procesal y proclama la apreciación de la excepción de oficio por el tribunal. Dicha sentencia además establece los perfiles de la garantía personal típica como es la fianza y de la garantía real como es la hipoteca y sus requisitos esenciales.

supuesto en que el deudor no lo hiciere, algunos juzgados les notifican la existencia del impago y del saldo deudor, pero no exigen que tenga que dirigirse contra ellos la demanda al no imponerle así el art. 685 de la LEC, ni tener legitimación pasiva. Para MONTERO, esto último es evidente, pues la legitimación pasiva no la tiene el fiador solidario del deudor, sino el *fiador hipotecario*, que no es otro que el hipotecante no deudor.<sup>592</sup>

Que el fiador no es parte en el proceso de ejecución hipotecaria, ni tiene por qué serlo a tenor del art. 685.1 de la LEC es algo que ha repetido constantemente la Jurisprudencia.<sup>593</sup>

---

<sup>592</sup> Ob, cit, pág. 525.

<sup>593</sup> Así, entre otros, en Auto de la AP de Valencia de 13 de marzo de 2002, Auto de la AP de Las Palmas de 9 de mayo de 2003: El apelante quería subsumir la figura del avalista en el concepto de hipotecante no deudor, pero el Auto estima que esto no debe ser así, pues los avalistas no son titulares del bien objeto del procedimiento hipotecario, por lo que no pueden nunca someter a dicho bien a carga alguna, ni, por tanto, ser hipotecantes. Ello no significa, continúa el Auto, que los avalistas no puedan ser demandados por el acreedor hipotecario en el caso de que con la realización del bien hipotecado no quedara enteramente satisfecha la deuda contraída por el deudor principal. Por su parte, el Auto de la AP de Asturias de 30 de noviembre de 2006 niega expresamente, en contra de lo pretendido por la apelante, que el fiador solidario se encuentre comprendido entre los legitimados pasivamente en el proceso de ejecución hipotecaria, ya que el art. 685 de la LEC considera como tales al deudor, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor de los bienes hipotecados y, según afirma la apelante, el fiador es un obligado solidario que responde igual que el deudor. La Sala no comparte tales argumentos ya que aunque sostiene que es cierto que el fiador solidario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1822 del Código Civil, responde del pago de la deuda en los mismos términos que el deudor, ello no significa que pueda estar legitimado pasivamente aquel en los procesos de ejecución hipotecaria.

Autos de la AP de Granada de 6 de febrero de 2009, de 7 de octubre de 2010 y 10 de junio de 2011. La Sentencia 319/2007, de la AP de Las Palmas, de sección 4ª, de 19 de julio afirma en su Fundamento Jurídico Primero: "...es claro que en el procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en los arts. 681 y siguientes LEC el fiador no es parte y así el art. 685 establece que la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que éste último hubiera acreditado la adquisición de dichos bienes....El apelante no era sujeto pasivo, no era parte de la ejecución hipotecaria ni es un tercero indefenso afectado por la misma por lo que ciertamente no tiene legitimación activa para instar la nulidad del juicio de ejecución hipotecaria. Es facultad del acreedor instar el procedimiento de ejecución que estime adecuado a la tutela de sus derechos, de su crédito hipotecario, y sólo si se hubiese instado procedimiento de ejecución dineraria contra el deudor y el fiador solidario sería exigible el cumplimiento del art. 572 LEC. El acreedor optó por el procedimiento de ejecución hipotecaria y por tanto la ejecución sólo se dirige contra los sujetos a que se refiere el art. 685.1 LEC. Del art. 685.2 LEC no puede deducirse la obligación de notificar al fiador la cantidad exigible puesto que contra él no se dirige, ni puede dirigirse el procedimiento de ejecución hipotecaria....El demandante además de no ser parte en el procedimiento de ejecución hipotecaria por no ser deudor, ni hipotecante, ni tercer poseedor, tampoco es un tercero con interés legítimo en pedir la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria al no haberle sido exigido el cumplimiento de la obligación afianzada, ninguna acción se ha dirigido contra el mismo, y por tanto, ningún quebranto patrimonial ni perjuicio de otra índole puede oponer. El fiador no puede exigir el cumplimiento forzoso de su parte de la obligación que afianza si el acreedor no se lo reclama".

El Auto 56/2011, de la AP de Guadalajara, sección 1ª, de 14 de junio declara que hizo el bien el juzgado al no despachar ejecución contra los fiadores solidarios, pues el art. 685.1 determina las personas contra las cuales se debe dirigir la demanda de ejecución hipotecaria, no figurando entre ellas los fiadores solidarios, pues así lo ha querido el legislador, frente a los cuales, por otro lado, podrá ejecutarse las acciones correspondientes pero no en el seno de este procedimiento de ejecución, de ahí que no se haya producido infracción alguna del art. 1822 CC, pues dicho artículo no dice que el pago deba exigirse en un procedimiento específico. El presente Auto se remite también a la Sentencia de la AP de Coruña, sección 5ª, de 28 de enero de 2011. Por último, el Auto 29/212, de la AP de Cuenca, sección 1ª, de 17 de abril de 2012 afirma con rotundidad que en el procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en los arts. 681 y siguientes LEC el fiador no es parte y se remite a las siguientes resoluciones: Auto de la AP de Barcelona, sección 11ª, de 30 de enero de 2012, Auto de la AP de Madrid, sección 11ª, de 28 de septiembre de

Por último, en contra de la extensión del concepto de *deudor* para incluir en él la figura del *fiador* se ha pronunciado recientemente la AP de Barcelona, sección 1ª, en Auto 159/2012 de 8 de junio, que niega legitimación pasiva al *fiador* en el proceso de ejecución hipotecaria al haberse situado en un plano obligacional distinto, aunque se trate de una fianza solidaria y no goce del beneficio de excusión. Matiza, asimismo, el referido Auto, que será en un momento muy posterior cuando el acreedor ejecutante pueda integrar en la *litis* al fiador y solicitar el despacho de la ejecución contra sus bienes o contra otros bienes del deudor con base en el art. 579 LEC (cuando con el producto de lo obtenido en la subasta no hubiere resultado suficiente); es decir, que tras la ejecución del bien hipotecado, podrá extender la ejecución a los fiadores pero ello no es posible estando abierto el proceso hipotecario<sup>594</sup>.

## B) El deudor de la obligación.

De los términos en que se pronuncia el art. 685.1 de la LEC, se desprende una primera conclusión en relación a la figura del deudor<sup>595</sup>; éste siempre ostentará la

---

2011, Auto de la AP de Zaragoza, sección 2ª, de 21 de junio de 2011, Auto de la AP de Guadalajara de 14 de junio de 2011, Auto de la AP de Madrid, sección 25ª, de 7 de junio de 2011, Auto de la AP de Madrid, sección 8ª, de 23 de mayo de 2011, Auto de la AP de Vizcaya, sección 4ª, de 16 de marzo de 2011, Auto de la AP de Barcelona, sección 1ª, de 23 de febrero de 2010 y Sentencia de la AP de Las Palmas, sección 4ª, de 19 de julio de 2007. Igualmente, el Auto 8/2011 de 28 de enero de la AP de La Coruña, sección 5ª, niega la admisión a trámite de demanda ejecutiva hipotecaria contra el fiador por imposición de sus normas reguladoras contenidas en los arts... 681 y siguientes de la vigente LEC.

<sup>594</sup> Ello no obstante, también puede citarse alguna resolución en contrario, como la Sentencia de la AP de Madrid de 21 de mayo de 2007, que declara la nulidad de un anterior procedimiento judicial sumario del antiguo art. 131 LH porque no se requirió de pago al fiador solidario, o el Auto de la AP de Barcelona de 28 de octubre de 2010. En idéntico sentido, Auto 87/2010 de la AP de Ciudad Real, sección 1ª, que declara la necesidad de demandar a los avalistas. Afirma el referido Auto que a pesar de la dición del art. 685.1 según la cual la demanda ejecutiva se dirigirá frente al deudor, hipotecante no deudor y, en su caso, tercer poseedor, nada impide que también pueda dirigirse contra terceros que de alguna u otra forma deban responder en relación a la obligación garantizada con el bien hipotecado, como ocurre con los fiadores solidarios del deudor, tal y como permite expresamente el art. 538, pues por un lado, estos pueden poner fin a la ejecución mediante el pago de la deuda garantizada y, por otro, cabe que ante la insuficiencia del bien hipotecado pueda continuarse la ejecución frente a otros bienes de estos terceros obligados (art. 579) en tanto que la existencia de esos fiadores supone una garantía de carácter personal que se suma a la garantía real hipotecaria. Concluye el Auto últimamente citado: "al no existir una norma excluyente en el ámbito de las especialidades de la ejecución hipotecaria en relación con las disposiciones generales del procedimiento de ejecución, en este caso el art. 538, la conclusión no puede ser otra que la posibilidad de demandar a los fiadores en la ejecución hipotecaria..." También, Auto 50/2011 de 18 de mayo de la AP de Asturias, sección 7ª, para el que una interpretación sistemática del art. 685 LEC con el resto de disposición atinentes a la ejecución hipotecaria y a la ejecución ordinaria lleva a la conclusión de que se debe demandar a los fiadores. Cita a los autos de 9 de septiembre de 2010 de la AP de Ciudad Real y de la AP de Madrid de 16 de marzo de 2010. Insiste en la legitimación pasiva de los fiadores la misma AP de Asturias en Auto 104/2011 de 4 de noviembre, sección 7ª.

<sup>595</sup> La obligación es una relación jurídica en cuya virtud una persona, *deudor*, tiene el deber jurídico de realizar una prestación a favor de otra, *acreedor*, quien tiene el derecho de exigirla. Por tanto, el deudor es la parte de la relación que tiene un deber jurídico, definido éste como la necesidad de observar cierto comportamiento que viene impuesto por las normas reguladoras de una relación jurídica: es la llamada deuda. Y el acreedor tiene el derecho subjetivo a exigir tal comportamiento: es el llamado *crédito*. Son notas propias de la obligación, primera, el ser relativas, que se da siempre entre sujetos determinados y, segunda, ser correlativa, ofrece una correlación entre el deber de un sujeto y el derecho de otro, no hay

condición de ejecutado en el proceso<sup>596</sup>, pudiendo asumir esa condición en solitario si, además, es el dueño del bien garantizado con hipoteca y no existe un tercer poseedor, o, compartir la cualidad con el hipotecante no deudor y tercer poseedor, caso de existir estos últimos. Incluso, cuando junto a él exista un hipotecante no deudor, la demanda siempre deberá dirigirse contra el deudor<sup>597</sup>, así lo exige expresamente el art. 685 en perfecta consonancia con lo que establece el art. 681, pues la finalidad esencial del proceso de ejecución hipotecaria no es otra que la de procurar el pago de la deuda, y del pago de la deuda responde únicamente el deudor. Ahora bien, como quiera que de forma mediata, como medio de procurar dicho pago, (objeto principal) se insta la realización del bien inmueble sujeto a la garantía,(objeto accesorio) se hace necesario demandar también al hipotecante que no sea el mismo deudor, pues su bien será objeto de realización a través de la subasta, y con el producto de lo obtenido se satisface el derecho de crédito del acreedor hipotecario.

Lo anterior corrobora que estamos ante un verdadero proceso en el que las partes, activa y pasiva, ejecutante y ejecutado, deben estar claramente identificadas, pues no cabe proceso simplemente dirigido contra algo, sin que pueda mantenerse por más tiempo la afirmación clásica de que este proceso se dirige en realidad contra los

---

deuda sin crédito y a la inversa. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de obligaciones*, 5ª edición, Dijusa, 2008, págs. 31 y 32.

<sup>596</sup> No han sido pocas las voces en el seno de la doctrina que han negado la condición de parte al deudor, así como la necesidad de que la demanda deba dirigirse contra él, si bien el “grueso” de las opiniones se referían al antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 LH. (ROCA SASTRE, ALBALADEJO, SANCHO REBULLIDA). MONSERRAT VALERO y FUENTES SORIANO también se muestran en la misma línea argumentativa que los anteriores, es decir, en la de negar la condición de parte al deudor. MONSERRAT (Ob, cit, pág. 549). basa su negativa en la consideración “real” que, a su juicio, tiene el procedimiento de ejecución por entender que está destinado exclusivamente a lograr la enajenación forzosa en pública subasta de la finca hipotecada, por lo que la condición de parte debe tenerla el dueño de la finca ya que es la persona frente a la que se pide la enajenación. Por su parte, FUENTES SORIANO argumenta que en este procedimiento se ejercita una acción real hipotecaria, por lo que lo que se pretende con la demanda es exclusivamente la realización de los bienes afectos y de ahí que deba dirigirse en cualquier caso contra el dueño del bien, independientemente de que éste fuera o no deudor de la obligación insatisfecha. A su juicio, todo lo más que hay que dirigir contra el deudor es un requerimiento de pago pero la demanda no hay que dirigirla contra él si no es el dueño del bien hipotecado. (Ob, cit, pág. 43 y 100). En contra de los anteriores, se pronunció GUASP (ob, cit, págs. 87 y siguientes) para quien el deudor no propietario sí es parte en el proceso como demandado, distinto de los titulares de cargas posteriores, que son simplemente interesados, Por nuestra parte, con base en la regulación de la LEC de 2000 entendemos que en la actualidad no puede negarse la condición de parte al deudor no propietario de bien sujeto a la garantía hipotecaria, pues no es cierto que el proceso persiga únicamente y exclusivamente la realización del bien inmueble, sino que lo que persigue inicialmente es el pago del que debe responder el deudor, ese es su objeto principal, y sólo en el supuesto en que éste no pague(lo normal es que no lo haga, pues de haberlo podido verificar, lo hubiera hecho extramuros del proceso judicial), se procederá contra el inmueble con el fin de satisfacer el pago vendiendo el inmueble y aplicando el producto de lo obtenido al pago de la deuda existente. Este proceso es uno más de los que regulan la LEC para el cobro de deudas y en su seno debería estudiarse como tal junto con el monitorio, cambiario o ejecución ordinaria.

<sup>597</sup> Sobre la legitimación pasiva del deudor se pronuncian, entre otros, Auto de la AP de Almería, sección 3ª, de 6 de julio de 2004 y Auto de la AP de La Rioja, sección 1ª, de 10 de noviembre de 2005.

bienes hipotecados<sup>598</sup>; si así fuera, no sería menester demandar al deudor, bastaría con hacerlo contra el titular de la finca hipotecada.

La condición de *deudor* deriva directamente del *título de crédito*, salvando los casos de sucesión y de legitimación extraordinaria, y aunque en la mayoría de supuestos existe coincidencia plena entre éste y el hipotecante, incluso cuando no es así, existe cierto vínculo entre uno y otro, pues, tal y como asegura el Auto de la AP de Madrid, sección 14ª, de 15 de noviembre de 2006, la deuda en estos casos no puede desvincularse de la hipoteca, pues ésta es un derecho real de garantía que *no puede operar en abstracto o en vacío desvinculado de la obligación garantizada*.

Igualmente, cabe la posibilidad de que existan varios deudores o titulares pasivos de la deuda; el modo de proceder contra ellos dependerá del vínculo que les una, solidaridad o mancomunidad. Como quiera que no hay diferencia en relación a aquellas situaciones en que la pluralidad se constata en el lado activo de la relación obligatoria, hemos de remitirnos a lo ya dicho con anterioridad. No obstante, la ejecución frente a deudor solidario es uno de los supuestos especiales de legitimación pasiva que contempla expresamente la LEC y a ello nos referiremos más adelante.

Finalmente, cabe referirse a una cuestión que tal y como reconoce MONTERO<sup>599</sup> no tiene demasiado interés práctico, de ahí que se haga tan solo una alusión testimonial a ella; alude al interrogante de si el deudor puede ser el Estado, es decir, si cabe ejercitar pretensiones ejecutivas contra el Estado mismo. En el trance de dar respuesta explícita a esta cuestión, existe un referente jurisprudencial importante: la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 1984 en la que parece negarse tal posibilidad. Sin embargo, a partir de la STC 166/1998, de 15 de julio, la respuesta es muy distinta. Al admitir la embargabilidad de bienes patrimoniales de las entidades públicas no afectos a uso o servicio público, sería posible dirigir la ejecución hipotecaria contra entes públicos titulares de bienes garantizados con hipoteca en proceso de ejecución.

a) Ejecución en bienes gananciales.

---

<sup>598</sup> Como se afirma, entre otros, en el Auto de la AP de Barcelona de 23 de marzo de 1999 y en el Auto de la AP de Madrid de 16 de mayo de 2010.

<sup>599</sup> Ob, cit, págs. 533 y 534.

Contra la sociedad de gananciales no se despachará ejecución<sup>600</sup>. Como quiera que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, no puede contraer deudas, en todo caso, quienes la contraen son siempre los cónyuges.

Ahora bien, si la deuda garantizada con hipoteca que pretende ejecutarse en el correspondiente proceso fue contraída por ambos cónyuges<sup>601</sup> en concepto de deudores, no hay ninguna duda acerca de su legitimación pasiva. Por tanto, los dos deberán ser demandados en el proceso, dado que ambos son deudores y ambos, por tanto, deben ser requeridos de pago. No obstante, aunque el Tribunal Supremo ha declarado que la falta de requerimiento a uno de los esposos puede quedar subsanada por el conocimiento extraprocesal que haya podido tener el otro cónyuge de la existencia del procedimiento, cabe sostener con rotundidad que si la deuda fue contraída por ambos, la demanda debe dirigirse contra los dos esposos.<sup>602</sup> En este sentido, el propio Tribunal Supremo ha declarado que la facultad que el art. 1385.2 del CC concede a los cónyuges para defender los bienes y derechos comunes significa que cualquier de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción que, por afectar a ambos, debió ser dirigida contra los dos.<sup>603</sup> La anterior doctrina confirma la STS de 22 de julio de 1991, tiene su fundamento en las exigencias derivada del art. 1377 del CC, que requiere el consentimiento conjunto de ambos cónyuges como regla general para realizar válidamente actos de disposición a título oneroso sobre los bienes gananciales.

Distinto es el caso regulado expresamente en el art. 541 de la LEC en que la ejecución pretende dirigirse contra un bien ganancial. Si la ejecución se sigue a causa de deuda contraída por uno solo de los cónyuges, pero de la que deba responder la sociedad de gananciales, es decir, alguno de los bienes que forman parte de la

---

<sup>600</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS precisa al respecto que porque la sociedad de gananciales nunca es deudora, no puede ser parte ejecutada; pero lo bienes que la componen responden casi siempre de la deudas contraídas por los cónyuges y con frecuencia se ven envueltos en un proceso de ejecución. Ob, cit, pág. 203.

<sup>601</sup> Los bienes gananciales responden en todo caso de la deuda contraída por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro y en este caso debe demandarse a ambos. Así lo declara el art. 1367 del Código Civil. Precisa O'CALLAGHAN en este sentido que el precepto comprende una norma de responsabilidad, aspecto externo o frente a terceros, de los bienes gananciales, que no prejuzga el destino final que internamente han de seguir las deudas. De ahí, que si la deuda resulta privativa por cualquier causa, pueda obtenerse el reembolso. Se refiere a aquellas deudas contraídas, bien por los dos cónyuges actuando como contratantes, bien, por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro (aunque también se admite por la doctrina el consentimiento tácito. *Código Civil, Comentado...* ob, cit, pág. 1423.

<sup>602</sup> En esta línea, Sentencias de 17 de octubre de 2000 y 30 de octubre de 1996. Para HERBOSA esta presunción es exagerada e injustificada. Ob, cit., pág. 262.

<sup>603</sup> Entre otras, Sentencia de 13 de julio de 1995.

comunidad, por tratarse de deuda consorcial, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor<sup>604</sup>, pero habrá que notificar al otro cónyuge la existencia del proceso, dándole traslado de la demanda y del Auto despachando ejecución a fin de que pueda oponerse a la ejecución por las mismas causas que podría hacerlo el ejecutado<sup>605</sup>, y además porque los bienes gananciales no deben responder de la deuda, correspondiendo en este último caso al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales<sup>606</sup>. Y si no se acredita esta responsabilidad el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal<sup>607</sup>.

De la misma forma debe notificarse al cónyuge no deudor, si la ejecución se sigue por deudas propias del otro cónyuge, pero de la que deban responder bienes comunes a falta o por insuficiente de bienes privativos<sup>608</sup>. Si éste optase por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre la disolución del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en la LEC, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes<sup>609</sup>.

---

<sup>604</sup> No obstante, la Sentencia de la AP de Valencia de 6 de marzo de 1993 adujo que lo más prudente es examinar las particularidades de cada caso y determinar si el hecho de no haber demandado al otro cónyuge puede suponer para éste algún perjuicio real o potencial, bien porque aparezca, siquiera indiciariamente, que los cónyuges están legal o fácticamente separados, bien porque concorra cualquier circunstancia indicativa de que los intereses de cada uno de los cónyuges no son los mismos o de que se contraponen total o parcialmente, en cuyos casos ya se da alguna razón fundamentadora de la necesidad de convocar a juicio a uno y otro cónyuge, convirtiéndose en una exigencia indispensable para poder considerar correctamente constituida la relación jurídica procesal.

<sup>605</sup> En efecto, la oposición a la ejecución por parte del cónyuge no deudor podrá fundarse en las mismas causa tasadas que corresponden al ejecutado, al margen de si éste se opone o no, reguladas en los arts. 556 y siguientes (ejecución ordinaria) y 695 (ejecución hipotecaria). A las anteriores, la LEC contempla una causa genérica más cuál es que los bienes comunes no deban responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, como la regla general es que los gananciales no responden salvo que concorra una causa de responsabilidad, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales en el incidente de oposición. Si no se acreditara esta responsabilidad el cónyuge no deudor podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal y que se sustituya el embargo de gananciales por el embargo de la parte que le corresponda al cónyuge deudor en la liquidación, sobre cuyos bienes adjudicados, el embargo seguirá adelante.

<sup>606</sup> Para DIEZ-PICAZO y GULLON la prueba debería corresponder al cónyuge que niega la responsabilidad de los bienes gananciales, salvo cuando el acreedor pueda conocer oficial y objetivamente la situación. *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV*, 5ª ed. Tecnos, 1989, pág. 189.

<sup>607</sup> Según el art. 1369 del CC *de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta.*

<sup>608</sup> Exige la ley en este caso que se notifique al cónyuge deudor, pero sin necesidad de darle traslado de la demanda, al responder los bienes comunes de un modo subsidiario, si los privativos del deudor no fueran suficientes para hacer efectivas las deudas propias. También éste puede pedir la disolución de la sociedad conyugal.

<sup>609</sup> Si las deudas se hubieran contraído por uno solo de los cónyuges sin el consentimiento expreso del otro, es el cónyuge deudor quien responde con sus bienes privativos de un modo directo y principal. Pero también responderán los dos cónyuges con los bienes comunes, pues el art. 1373 del CC reconoce a favor del acreedor la posibilidad de pedir el embargo de los bienes gananciales si los privativos del deudor no fueran suficientes para hacer efectivas las deudas propias. Estipula expresamente el art. 1373 CC: "cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el



En los dos últimos supuestos, previstos en los apartados segundo (deudas contraídas por uno de los cónyuges de las que deba responder la sociedad de gananciales) y tercero (deudas propias de uno de ellos, de las que respondan bienes comunes por inexistencia o insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor) del art. 541 LEC, se contempla la posibilidad de disolución del patrimonio común, pero es tan poco lo que aclara el precepto en lo atinente a esta cuestión que no dejan de plantearse ciertas dudas. Así, siguiendo a SALGADO CARRERO<sup>610</sup>, el precepto podía haber aprovechado la ocasión para resolver con claridad alguno de los problemas que se plantean en la práctica; por ejemplo, cual es el plazo<sup>611</sup> para el ejercicio del derecho a instar la disolución, el procedimiento para llevarlo a cabo o si el juez que conoce de la ejecución, caso de que ninguno de los cónyuges inste la división del patrimonio, una vez pedida la disolución de la sociedad, puede ordenarla de oficio. A juicio de este autor, esta última posibilidad conecta con los principios de buen fe procesal (art. 247 LEC) y el deber de colaborar en las actuaciones de la ejecución (art. 591 LEC), que permitirían al juez señalar a los cónyuges un plazo razonable para que insten la división del patrimonio común bajo apercibimiento de que de no hacerlo voluntariamente acordará la división de ese patrimonio común y ello sin desconocer las dificultades derivadas de la falta de colaboración de los cónyuges en la formación de inventario. Asimismo, plantea SALGADO, podrían imponerse multas coercitivas al cónyuge no deudor que no instase la división del patrimonio.

En cuanto al procedimiento para llevar a cabo la disolución, aunque el art. 541 no dice nada, parece oportuno remitirse al procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial que prevé la propia Ley en los arts. 806 a 810<sup>612</sup>.

Por último, es voluntad del legislador en todo caso, que el cónyuge no deudor disponga de un ámbito amplio de defensa, pues el art. 541.4 alude a los recursos que podrá interponer y los medios de impugnación que podrá usar, que serán los mismos

---

embargo llevará consigo la disolución de aquélla. Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquellos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal”.

<sup>610</sup> *Los títulos ejecutivos: la sentencias...* en *La ejecución, los procesos hipotecarios*, ob, cit, págs. 48 a 50.

<sup>611</sup> Ni la LEC, ni el CC establecen plazo alguno para el ejercicio de dicha opción por el cónyuge no deudor, por lo que, según CORDON MORENO, parece razonable la fijación de uno prudencial cuando se le notifique la traba sobre los bienes comunes. Ob, cit, pág. 111.

<sup>612</sup> Así lo entiende GUASCH FERNANDEZ, para quien tal remisión provocará un importante perjuicio al acreedor al tratarse de un procedimiento que puede ampliar excesivamente la suspensión. *La ejecución forzosa*, en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, Volumen III*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2000, pág. 81.

de que disponga el ejecutado, asimilándose su posición a la del cónyuge deudor para evitar la posible indefensión que pudiera ocasionarle la imposibilidad de denunciar la realización de modo indebido de la ejecución<sup>613</sup>.

---

<sup>613</sup> La aplicación del art. 541 de la LEC ha generado abundante Jurisprudencia en el seno de las Audiencias Provinciales, pudiendo extraerse un denominador común de la generalidad de las sentencias dictadas al respecto y es que tal precepto no deja de ser una aplicación específica de lo que establece el Código Civil en el art. 1373. Así, el Auto 143/2010 de la AP de Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª, de 18 de mayo, en un caso en que tras separación judicial de los cónyuges uno de ellos contrae deuda privativa, pero sin haberse liquidado la sociedad de gananciales, declara aplicable el art. 541 LEC ante el embargo trabado en vivienda conyugal cuyo uso y disfrute se adjudicó judicialmente en el proceso de separación a la esposa y a los hijos del matrimonio. Afirma el Auto que el art. 541 sí es aplicable a este caso en contra de lo sostenido por la recurrente, en tanto en cuanto prevé expresamente la posibilidad de que la oposición a la ejecución podrá fundarse en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda, tal y como ocurre en el caso de autos, al tratarse de una deuda privativa del esposo, planteando a continuación el precepto, como mera posibilidad, que no obligación, el que el cónyuge afectado pueda pedir la disolución de la sociedad (pudiendo optar si así lo decidiera, consecuentemente, por no hacerlo, pues de lo contrario, el legislador hubiera hecho uso de una norma imperativa, obligando a instar su disolución), dándose la circunstancia de que en el presente caso ya está disuelta (vía separación judicial) si bien no liquidada, entendiéndose el Tribunal que la petición de oposición se centra exactamente en instar la disolución a pesar de que ya contaba con la misma. El Auto 46/2008 de la AP de Burgos, sección 3ª, de 1 de febrero de 2008, en un supuesto de bien ganancial adjudicado a la ejecutada, afirma que la ejecución puede dirigirse contra el cónyuge no deudor aunque no haya sido parte en el procedimiento de jura de cuentas, y aunque no haya podido impugnar los honorarios del abogado y los derechos del procurador, siempre que la deuda se haya contraído vigente la sociedad de gananciales y que los bienes gananciales respondan del pago de la misma. Respecto de la presunta indefensión causada, en el caso concreto, el Auto critica que en ningún momento de la oposición se alegó que los bienes gananciales, como lo era el adjudicado en proceso de liquidación, no debiera responder del pago de la deuda. De ahí que la parte ejecutante quede exonerada de probar esta responsabilidad conforme al art. 541.2 que establece que cuando la oposición a la ejecución se funde en esta última causa corresponderá al acreedor la carga de probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Por tanto, no es que a la parte ejecutada se le haya impedido alegar y probar todas aquellas situaciones de las cuales deriva su propia falta de responsabilidad, y que esa imposibilidad sea la causante de su indefensión; es que ha podido hacerlo, y por eso resulta ocioso que en su recurso alegue vulneración de los derechos fundamentales. El Auto 142/2006 de la AP de Badajoz, sección 3ª, de 1 de septiembre, aplica el principio de economía procesal al declarar que de la deuda reclamada no deben responder los bienes gananciales (determinados inmuebles), al ser la deuda privativa, no obstante, mantiene la subsistencia del embargo trabado en tanto no se proceda a la disolución y liquidación del patrimonio de la sociedad conyugal. En la misma resolución, la Audiencia acuerda la disolución de la sociedad, al haberlo solicitado el cónyuge no deudor y manda al juzgado de primera instancia iniciar los trámites de la división judicial del patrimonio conforme a lo dispuesto en la ley, quedando suspendida la ejecución respecto de los bienes gananciales sobre los que se ha trabado el embargo. Respecto al interrogante de cuál es el plazo para pedir la disolución de la sociedad conyugal, que no fija el art. 541.2, la Sentencia 228/2006 de la AP de Barcelona, sección 12ª, de 3 de abril afirma que el hecho de que el precepto no fije un plazo concreto, no significa que el cónyuge al que se le ha notificado el embargo del bien común, mediante el traslado correspondiente de demanda y el auto que despacha ejecución, pueda comparecer en cualquier momento en el procedimiento ejecutivo solicitando la disolución de la sociedad. Por tanto, concluye la Audiencia, podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal, pero no en cualquier momento, sino dentro del plazo legal, esto es de los 10 días. El Auto 71/2005 de la AP de Madrid, sección 14ª, de 31 de marzo confirma que la oposición que regula el art. 541 LEC está pensada exclusivamente para regular la defensa del cónyuge no condenado cuando la ejecución se dirija contra bienes gananciales, por lo que en el caso, la interesada debió presentar una tercería de dominio, dado que ya se le había adjudicado el bien ejecutado. La Sentencia 344/2005 de la AP de Cantabria, sección 2ª, de 29 de junio, confirma el fundamento del art. 541 así como la aplicación del principio de economía procesal. En relación al primer aspecto, declara que el incidente del art. 541 es el cauce procesal adecuado para que el cónyuge no deudor accione en defensa de los bienes gananciales o haga uso de la facultad que le confiere el art. 1373 del Código Civil. Por otro lado, aplicación concreta del principio de economía procesal lo encontramos en la declaración de que el procedimiento de división del patrimonio ganancial ha de abrirse de oficio en el presente proceso de ejecución, con el fin de evitar la indefinida pendencia en la realización del crédito ejecutado. El Auto del Juzgado de Primera instancia nº 3 de Santander de 17 de septiembre de 2004 alega: "el art. 541 LEC ha venido a dar cauce procedimental a lo dispuesto en el art. 1373 del Código Civil, de tal modo que sólo en aquellos supuestos de privación externa de la deuda y ante la insuficiencia de los bienes privativos del deudor, se podrá instar por el cónyuge la disolución, para perseguir el ejecutante la parte que en aquellos se adjudique al cónyuge deudor; pero en ningún caso

b) Ejecución frente al deudor solidario.

La existencia de una pluralidad de deudores, unidos entre sí por el vínculo de solidaridad está regulada en el art. 542 de la LEC<sup>614</sup>, aplicación procesal de lo que en el plano sustantivo establece el art. 1144 del CC<sup>615</sup>. En estos casos, bastará con que el acreedor reclame contra uno de los deudores o varios de ellos, para que la deuda pueda hacerse efectiva, sin perjuicio de la relación interna que exista entre ellos y de lo que se tengan que reclamar en dicho ámbito.

Es muy importante enfatizar, así lo ha hecho la Jurisprudencia en reiteradas ocasiones, que en estos casos la pluralidad de deudores (*solidarios*)<sup>616</sup> no determina la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, por tanto la demanda no deberá dirigirse contra todos los deudores, pues es inherente al concepto de solidaridad, poder exigir el cumplimiento de la obligación a uno de los deudores solidarios y, caso de no satisfacerse íntegramente la deuda, efectuar reclamación por la parte de deuda no cubierta frente al resto de deudores<sup>617</sup>. Por tanto, bastará la presencia en juicio de

---

cabe solicitar por el cónyuge del deudor la disolución judicial en supuestos de ganancialidad externa, pues en tal caso son precisamente tales bienes los que deben responder; de tal modo que el párrafo 2º, ganancialidad externa, solo autoriza la disolución cuando el ejecutante no logre acreditar y probar la ganancialidad de la deuda. Por ello, instar la declaración de que la deuda es privativa, y subsidiariamente, que es ganancial, supuesto en el cual solicitan la disolución, resulta contradictorio y contrario a Derecho. El Auto 5/2003 de la AP de Huesca, sección única, de 30 de enero, declara no aplicable al caso el art. 541.3 LEC; alude a un supuesto en que la separación conyugal y la liquidación consorcial son posteriores al embargo del bien común pero anteriores a la comunicación del procedimiento a la esposa, ante lo que alega el referido auto que el art. 541.3 no es la vía procesal adecuada para la defensa de los intereses del cónyuge no deudor, dado que dicha norma presupone que la liquidación no se haya practicado antes de que dicho cónyuge pida la disolución de la sociedad conyugal, de modo que, ante la referida inidoneidad de la vía procesal elegida por la esposa, no cabe acceder a ninguna de sus pretensiones, pues todas ellas giran en torno a la aplicación del citado art. 541.3, con la consecuencia de que la suspensión de la ejecución acordada debe quedar sin efecto. Por último, el carácter tasado de las causas de oposición lo confirma el Auto 182/2003, de la AP de Castellón, sección 3ª, de 16 de junio.

<sup>614</sup> “1. Las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso. 2. Si los títulos ejecutivos fueran extrajudiciales, sólo podrá despacharse ejecución frente al deudor solidario que figure en ellos o en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda y lleve aparejada ejecución conforme a lo dispuesto en la ley. 3. Cuando en el título ejecutivo aparezcan varios deudores solidarios, podrá pedirse que se despache ejecución, por el importe total de la deuda, más intereses y costas, frente a uno o algunos de esos deudores o frente a todos ellos”.

<sup>615</sup> “El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”.

<sup>616</sup> Si la pluralidad fuera de deudores ligados entre sí por el régimen de mancomunidad, el modo de actuación es semejante a lo ya dicho respecto de la pluralidad de acreedores.

<sup>617</sup> Entre otras, la STS de 7 de noviembre de 2007 afirma: “...conforme a nuestro artículo 1144 el acreedor no sólo puede elegir al deudor solidario, la permitirle que dirija la demanda contra cualquiera de ellos, contra varios o contra todos, sin tener necesariamente que dividir s reclamación por partes, sino también exigir el cumplimiento de toda la prestación a un deudor distinto del primeramente elegido como sujeto pasivo de su pretensión, ya que se da por supuesto que no quedó liberado por la primera reclamación, sino que sigue obligado en el mismo primer plano hasta la total satisfacción del crédito”. Por su parte, la STS de 26 de abril de 2007 confirma la incompatibilidad de conceptos como el de solidaridad y litisconsorcio pasivo necesario en estos términos: “...la situación de litisconsorcio pasivo necesario no deviene forzosa en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, por razón de la solidaridad que

cualquiera de los responsables, no de todos, para que la decisión del objeto de su responsabilidad pueda ser tomada con la sola defensa del comparecido<sup>618</sup>.

En sentido coincidente se pronuncia FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, para quien el Tribunal Supremo tiene razón cuando asevera que la simple existencia de solidaridad (contractual o extracontractual) no impone el litisconsorcio necesario, sino más bien todo lo contrario. A su juicio, el art. 1144 del CC puede interpretarse perfectamente en el sentido de que faculta al actor para dirigirse frente a cualquiera de los deudores reclamando la totalidad de la deuda y, en esa medida, no sólo no impone un litisconsorcio necesario, sino que lo excluye, pues si puede dirigirse frente a cualquiera, *a sensu contrario*, es que no debe dirigirse frente a todos.<sup>619</sup>

Ahora bien, para este autor, cuestión muy distinta es la que tiene que ver con la válida constitución de la *litis*, pues ello dependerá de lo que el ejecutante pida en el suplico de la demanda; es decir, si el acreedor se limita a pedir la condena de uno de los deudores, la relación procesal estará bien constituida aunque existan otros deudores solidarios. Sin embargo, si el acreedor demanda a uno solo pero pide la condena, en el caso, el despacho de la ejecución, contra todos los deudores solidarios, entonces el juez tendrá que rechazar el despacho de la ejecución, pero no porque exista propiamente litisconsorcio<sup>620</sup>, sino por una elemental cuestión de congruencia.

La legitimación pasiva en estos casos, al hilo de lo apuntado en el art. 542 LEC, depende de la naturaleza del título ejecutivo que se pretenda ejecutar<sup>621</sup>; tratándose de títulos judiciales y laudos, su eficacia queda condicionada a que aquellos frente a los que se pide la ejecución, hayan sido parte en el proceso de

---

relaciona a los posibles intervinientes en la causación del daño y pudieran resultar obligados y no se individualizan las concretas responsabilidades plurales, pues el perjudicado está facultado para dirigir su acción contra cualquiera de ellos y exigirles la totalidad de la indemnización que reclama como reparadora del daño (artículo 1144 CC), y sin perjuicio de que proceda el derecho a repetir". La sentencia referencia cita otras, tales como Sentencia de 21 de abril de 1992, 30 de noviembre de 1992 y 30 de septiembre de 1995. En sentido idéntico a la anterior, STS 7 de julio de 2005.

<sup>618</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1988.

<sup>619</sup> Ob, cit, págs. 204 y 205.

<sup>620</sup> Ob, cit, pág. 205.

<sup>621</sup> En estos términos se pronuncia SENÉS MOTILLA para quien tratándose de títulos judiciales la estricta salvaguarda del principio de audiencia veda el despacho de la ejecución frente a quienes no fueron parte en el proceso declarativo. A su juicio, esta disposición legal que hallamos en el art. 542.1, no resta un ápice a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que reiteradamente prescribe la incompatibilidad entre la solidaridad y el litisconsorcio pasivo necesario, sino todo lo contrario, pues el precepto, afirma la autora, ratifica dicha interpretación jurisprudencial al admitir implícitamente sentencias condenatorias frente alguno o algunos de los obligados solidarios. *Disposiciones generales...* ob, cit, pág. 75.

declaración y, por tanto, condenados en el mismo<sup>622</sup>. Así lo estipula el precepto citado cuando afirma *las sentencias, laudos y otros títulos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso*. Tal declaración legal encierra un brindis al principio de audiencia que exige que únicamente pueda despacharse ejecución contra los deudores solidarios que fueron parte en el proceso declarativo correspondiente. Dicho principio conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva y la STC 85/1991, de 22 de abril, entre otras, que declara: “la actividad judicial en la ejecución sólo puede actuar válidamente sobre el patrimonio del condenado, ya que si un tribunal se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la sentencia que debe ejecutarse, está vulnerando el art. 24 de la CE”.

En el caso de títulos extrajudiciales, según establece el art. 542.2 LEC, sólo podrá despacharse ejecución frente al deudor solidario que figure en ellos o en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda y lleve aparejada ejecución conforme a lo dispuesto en la ley. Entendemos que semejante declaración legal, al tiempo que consagra la importancia capital que tiene el título ejecutivo en cuanto fundamento primero y último del proceso de ejecución, flexibiliza las exigencias para conceder la legitimación pasiva a los deudores solidarios, que no tendrán que figurar obligatoriamente en el título sino en cualquier otro documento integrador. Como quiera que los elementos subjetivos en ocasiones cambian al margen de la realidad jurídica que impone el título, el propio precepto contempla la posibilidad de integrar dicho título, es decir, de complementarlo con otros documentos que acrediten la solidaridad de la deuda y lleven aparejada ejecución, lo que desde el punto de vista de la eficacia procesal y del tráfico jurídico es positivo<sup>623</sup>.

---

<sup>622</sup> Lo que trata de impedirse con esta limitación es el ejercicio del denominado *ius variandi* en el proceso de ejecución ante la eventual posibilidad de que el deudor resulte insolvente, haciendo innecesario un nuevo proceso de declaración contra otro de los deudores elegidos. La doctrina mayoritaria rechaza esa eficacia *ultra partes* contra el deudor solidario, al entender que el *ius variandi* concedido al acreedor por el art. 1144 CC no puede ser ejercido en contra de la tutela judicial efectiva y consiguiente prohibición de indefensión, omitiéndose la audiencia del deudor no condenado (DE LA OLIVA) o la necesidad del título para despachar ejecución (FERNANDEZ LOPEZ), ya que nadie que no figure como condenado en la sentencia puede verse afectado por la misma. SALGADO CARRERO, ob, cit, págs. 50 y 51.

<sup>623</sup> En línea con lo expuesto, la Jurisprudencia ha contemplado en reiteradas ocasiones la improcedencia de litisconsorcio pasivo necesario en casos de responsabilidad solidaria. Entre otros, el Auto 370/2004 de la AP de Madrid, sección 14ª, de 30 de junio cuando afirma: “ Es doctrina admitida que en supuestos como los de la presente ejecución, de concurrencia de varios vehículos en el accidente con sus correspondientes seguros obligatorios, los terceros perjudicados no vienen obligados a actuar contra todas las compañías que se mencionan en el título ejecutivo, por estar obligadas frente a aquellos de modo solidario –existe solidaridad impropia en los casos de responsabilidad extracontractual entre copartícipes del hecho ilícito o entre ellos y sus aseguradores y esta última solidaridad deriva de la unidad de prestación con objetivo único de resarcir al perjudicado–, descartándose en este campo toda necesidad de apreciar una situación de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que pueden dirigir su acción

---

contra una sola de las compañías aseguradoras de los vehículos participantes, y ello aun cuando el vehículo asegurado por esta compañía no hubiera sido el causante de los daños y perjuicios, siempre que el perjudicado que reclame sea un tercero ajeno a la conducción de los mismos; compañía que una vez efectuado el pago podrá repetir contra el tercero causante de los mismos. Es decir, de intervenir en el accidente un único comportamiento causal el autor del mismo ha de indemnizar de forma exclusiva y excluyente al perjudicado y si convergen varias conductas causales jurídicamente relevantes, si procede de terceros respecto del perjudicado, todos ellos han de responder solidariamente de la indemnización debida a la víctima, exonerándose de responsabilidad a cualquier partícipe del fenómeno circulatorio que no haya aportado una causación jurídica –negligente, culpable o fortuita no exoneradora de responsabilidad– en la producción del accidente; a su vez, los perjudicados han de ser resarcidos de sus daños con cargo al conductor del vehículo implicado, aunque no sea culpable, siempre que no se aprecie culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan entablarse entre los distintos intervinientes; por ello, aun cuando pudiera estimarse posible la oposición por la causa acogida por el juez de instancia, no cabe la situación de litisconsorcio pasivo necesario apreciada por el mismo. Es más, la alegación de la ejecutada opuesta es que el vehículo por ella asegurado no es responsable del accidente porque lo es un tercer vehículo asegurado en otra compañía, de modo que no puede darse situación litisconsorcial”. De otro lado, para el Auto 135/2005 de la AP de Barcelona, sección 1ª, de 7 de junio, la condena en costas tiene la misma naturaleza que la deuda principal y si ésta es solidaria, también lo será la obligación de abonar las costas. En este sentido, declara dicho Auto: “...Esta Sala dictó resolución en fecha 8 febrero de 2000 en la que expresamente se indicaba que al ser la condena en costas una consecuencia ligada por la ley a la causación de un proceso sin éxito, es independiente de lo que haya constituido el fondo del proceso y de las reglas que lo rigen. Consecuentemente, la obligación de pago de las costas a la que ha sido condenada una parte está sometida a las normas que regulan las obligaciones en el Código civil y concretamente a la regla general de exclusión de la solidaridad contenida en el artículo 1.137 C.C. Sin embargo, la promulgación y entrada en vigor de la nueva L.E.C. ha introducido un elemento nuevo de debate en la interpretación de la referida cuestión, cual es la concreta redacción del artículo 542 párrafo tercero que para el supuesto de un título ejecutivo con varios deudores solidarios, como sucede en el caso de una sentencia con condena solidaria, permite que el despacho de ejecución pueda pedirse no sólo por el total importe de la deuda y sus intereses sino por el total de las costas, frente a uno o alguno de los deudores. De esta manera el legislador vincula la naturaleza de la deuda que deriva de la condena en costas con la naturaleza de la obligación principal, y trastoca la argumentación contenida en varias resoluciones judiciales en el sentido de que fuera necesaria una petición concreta en demanda en tal sentido y una declaración igualmente expresa en la sentencia, ya que nada se indica al respecto, por lo que la ejecución podrá dirigirse, por la sola voluntad del acreedor contra cualquiera de los deudores solidarios, tanto por el principal como por las costas, en el bien entendido que esta mención ha de ser interpretada en el sentido de que comprende la totalidad de las costas causadas a la parte beneficiada por la condena y no sólo a parte de ellas, porque de no ser así, la referencia expresa a la posibilidad de incluir a las costas en la demanda de ejecución carecería de sentido. La novedad legislativa expresada hace una opción concreta en el debate que la referida cuestión ha venido suscitando y cierra el mismo, pues a la vista de la redacción del indicado precepto resulta difícil argumentar que junto a una ejecución solidaria por la condena principal, deba seguirse una ejecución mancomunada respecto de las costas devengadas en el proceso...” En el mismo sentido, Auto de la AP de Barcelona, sección 1ª, de 27 de noviembre de 2006 que afirma: “...En efecto, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en casos similares al presente, en los que la sentencia que pone fin al proceso condena de forma solidaria a los demandados al pago de una cantidad en concepto de principal, en el sentido de considerar que tal solidaridad se ha de extender a la condena en costas. Venimos argumentando al respecto que la discusión que podía suscitar éste tema quedó resuelta con la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que ha introducido un criterio interpretativo sobre esta cuestión en el párrafo 3º del artículo 542 , y así prevé que para el supuesto de un título ejecutivo con varios deudores solidarios, como sucede en el caso de una sentencia con condena solidaria, permite que el despacho de ejecución pueda pedirse no sólo por el total importe de la deuda y sus intereses sino por el total de las costas, frente a uno o alguno de los deudores, de manera que el legislador vincula la naturaleza de la deuda que deriva de la condena en costas con la naturaleza de la obligación principal, y se aparta de la línea contenida en algunas resoluciones judiciales (a la que acude la resolución apelada) que apuntaban la necesidad de una petición concreta en demanda

c) Asociaciones o entidades temporales.

Dentro de lo que hemos denominado *supuestos especiales de legitimación*, hay que hacer mención igualmente al que prevé el art. 543 de la LEC referido a asociaciones o entidades temporales. Cuando en el título ejecutivo aparezcan como deudores uniones o agrupaciones de diferentes empresas o entidades, sólo podrá despacharse ejecución directamente frente a sus socios, miembros o integrantes si, por acuerdo de estos o por disposición legal, respondieren solidariamente de los actos de la unión o agrupación. Por tanto la solidaridad debe venir establecida de forma expresa en perfecta consonancia con la norma general del 1137 del CC. Ahora bien, puede ser que la responsabilidad de los socios, miembros o integrantes de estas entidades sea subsidiaria por imposición expresa de la ley, y en ese caso, apunta el art. 543 LEC, para el despacho de la ejecución frente a éstos será preciso acreditar la insolvencia de tales entidades<sup>624</sup>.

---

en tal sentido y una declaración igualmente expresa en la sentencia, ya que nada indica al respecto, por lo que la ejecución podrá dirigirse, por la sola voluntad del acreedor, contra cualquiera de los deudores solidarios, tanto por el principal como por las costas, en el bien entendido que esta mención comprende la totalidad de las costas causadas a la parte beneficiada por la condena y no sólo a una parte de ellas, porque, de no ser así, carecería de sentido la referencia expresa a la posibilidad de incluir a las costas en la demanda de ejecución. El legislador se inclina por la línea jurisprudencial tendente a reforzar la posición del acreedor que ha resultado vencedor, al reconocerle la posibilidad de quedar indemne, de igual modo, de las consecuencias de la conducta de los demandados, tanto material como procesal, pues es evidente que su negativa a dar satisfacción al acreedor, le ha obligado a acudir a los tribunales agravando de este modo su situación y añadiendo a la deuda reclamada en la demanda, el gasto que supone el proceso y del que ha de ser igualmente resarcido. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2001, señaló que "de esta manera se garantiza mejor el cobro del crédito por parte del acreedor, y se permite a quien como obligado al pago lo haga efectivo, a acudir contra los demás en vía de regreso". En definitiva, en la vigente LEC el legislador hace una opción concreta en el debate que la referida cuestión había venido suscitando, de manera que ahora resulta más difícil argumentar que junto a una ejecución solidaria por la condena principal, deba seguirse una ejecución mancomunada respecto de las costas devengadas en el proceso". De otro lado, en sentido contrario, a favor de la mancomunidad, Sentencia 58/2005 de 18 de marzo de la AP de Zamora, sección 1ª cuando declara: "...En el supuesto de autos, si bien la sentencia firme condena individualmente a dos de los demandados y a un tercero, solidariamente, con cada uno de ellos, sólo lo hace en relación a las pretensiones principales de la demanda, mientras que en relación a la condena en costas, al no señalar condena solidaria de todos los condenados, según el artículo 1137 del Código Civil, se entiende que están condenado mancomunadamente, lo que significa que el acreedor no tiene derecho a pedir de cada uno de los deudores, ni estos están obligados a prestar íntegramente, las cosas objeto de la obligación. Por todo ello, el ejecutante solo podría reclamar de cada uno de los deudores el importe de las costas de las que deba responder cada uno de ellos. Y si, vulnerando el artículo 1137 del Código Civil en relación con el artículo 542. 3, dirige la demanda ejecutiva contra uno sólo de los deudores mancomunados por la totalidad de la deuda es lógico que el ejecutado pueda oponer ese motivo de oposición..."

<sup>624</sup> La acreditación de la insolvencia del que habla el precepto en cuanto presupuesto del despacho de la ejecución frente a los socios es reflejo en el ámbito procesal del beneficio de excusión que les asiste por aplicación de las normas generales de la sociedad colectiva. SENÉS MOTILLA, ob, cit, págs. 78 y 79.

Con carácter general, los supuestos contemplados en el art. 543 de la LEC responden a dos modelos previstos expresamente en nuestro ordenamiento jurídico sustantivo: las uniones temporales de empresa y las agrupaciones de interés económico<sup>625</sup>. En ningún caso, ni este precepto, ni el 544 LEC relativo a las entidades sin personalidad jurídica, son susceptibles de aplicarse a casos en los que intervienen sociedades de responsabilidad limitada, cuyo régimen está regulado en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995<sup>626</sup>.

d) Entidades sin personalidad jurídica.

Para CORDON MORENO<sup>627</sup> el concepto en cuestión, es decir, el de *entidades sin personalidad jurídica*, que contempla el art. 544 LEC debe entenderse en sentido amplio y, por tanto, deben incluirse en él los siguientes supuestos: a) las masas patrimoniales o los patrimonios separados que transitoriamente carezcan de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración que comparezcan en juicio por medio de las personas que, conforme a la ley, los administren; b) las entidades sin personalidad en sentido estricto, que sólo tienen capacidad para ser parte, demandante o demandada, cuando la ley expresamente se la reconozca; c) las entidades que no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado, por las que comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.

El régimen especial de los sujetos que ostentan legitimación pasiva en el seno del proceso de ejecución se cierra con la disposición del art. 544 LEC, atinente a las entidades sin personalidad jurídica. Según dicho precepto, en el caso de existencia de títulos ejecutivos contra estas entidades que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados, podrá despacharse ejecución frente a los socios, miembros o gestores

---

<sup>625</sup> Afirma SENÉS que la novedosa previsión que contiene el art. 543 de la LEC sobre ejecución por la responsabilidad contraída por las agrupaciones y uniones temporales de empresas está en consonancia con la progresiva consolidación de su régimen jurídico-sustantivo.

<sup>626</sup> Así lo afirma expresamente la Sentencia de la AP de Cádiz, sección 4ª, de 5 de junio de 2002, en cuyo Fundamento de Derecho primero, declara que el art. 543 LEC va dirigido a las uniones temporales de empresa y agrupaciones de interés económico. En ningún caso a las sociedades de responsabilidad limitada. Asimismo, la Sentencia citada declara que tampoco resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 544 de la LEC dado que este precepto alude a las entidades sin personalidad jurídica y es claro que una sociedad de responsabilidad limitada debidamente constituida ostenta personalidad jurídica y tiene un régimen jurídico específico en la LSRL.

<sup>627</sup> *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...* ob, cit, pág. 150.



que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad, siempre que se acredite cumplidamente, a juicio del tribunal, dicha condición de socio, miembro o gestor, así como la actuación ante terceros en nombre de la entidad. Puntualiza el propio precepto que lo en él dispuesto no será de aplicación a las comunidades de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal; ello es así, toda vez que su responsabilidad frente a terceros queda regulada en el art. 22 de la vigente Ley de Propiedad Horizontal<sup>628</sup>.

El art. 544 LEC hay que ponerlo en conexión con lo que mucho antes contempla la LEC, cuando en su art. 6.2 permite que puedan ser demandadas las entidades que no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado. Para SENÉS este reconocimiento legal tiene un carácter relativo, pues se refiere a la capacidad para ser parte demandada y tiene su fundamento en la necesidad de facilitar la viabilidad de las acciones que procedan frente a una unión sin personalidad, en definitiva, se trata de evitar que la responsabilidades en que puedan incurrir sus miembros cuando actúan en nombre de la entidad queden sin resolver. De esta forma, sostiene la autora citada, la ley se hace eco de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que venía concluyendo la responsabilidad de los miembros o de los individuos que componen una unión de hecho por los actos ejecutados en su nombre cuando aquella carece de personalidad jurídica<sup>629</sup> En el mismo sentido, SALGADO

---

<sup>628</sup> El artículo 22 dispone en su redacción dada por la Ley 8/1999 de 6 de abril: “La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor. Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho. 2 Cualquier propietario podrá oponerse a la ejecución si acredita que se encuentra al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad en el momento de formularse el requerimiento a que se refiere el apartado anterior. Si el deudor pagase en el acto de requerimiento, serán de su cargo las costas causadas hasta ese momento en la parte proporcional que le corresponda”.

<sup>629</sup> Supuestos contemplados en la Jurisprudencia, entre otros, son las agrupaciones gremiales, sociedades deportivas, mutualidades, entre otros. Sentencias de 26 de julio de 1994, 29 de julio de 1993 y 3 de noviembre de 1993, entre otras. También las herencias yacentes, sociedades irregulares y sociedades en constitución. Respecto a las sociedades irregulares, la aplicación del art. 544 de la LEC resulta clara; citar en este punto, sin ánimo exhaustivo, el Auto 267/2003 de la AP de Zaragoza, sección 4ª, de 9 de mayo, que cita la STS 417/1997, de 8 de mayo en la que se dice: “...la responsabilidad de los socios de una sociedad irregular, frente a los terceros que tienen conocimiento de su existencia, es de carácter solidario, por lo que no se precisa la firma del contrato con tercero para que éste se halle en condiciones de demandar al no firmante, sin que, por razón de su carácter de deudor solidario con el que firmó, pueda alegar falta de legitimación pasiva contra la reclamación judicial”. En idéntico sentido, Auto de la AP 71/2007 de Burgos, sección 3ª, de 12 de febrero que recoge la responsabilidad solidaria de socios, miembros o gestores cuando afirma: “...resulta indiscutido que una sociedad mercantil irregular como es la sociedad ejecutada carece de personalidad jurídica diferente de la de sus socios y que son ellos quienes, de acuerdo con lo regulado en el artículo 127 del Código de Comercio, están llamados a responder personal y solidariamente, con todos sus bienes de las operaciones que se hacen en nombre de la aludida entidad y por cuenta de la misma, claro está, conforme al artículo 237 del citado texto legal,

CARRERO, afirma que con esta regulación trata de resolverse situaciones frecuentes, muy conflictivas en la práctica, que no tenían tratamiento legal expreso y que podían traducirse en la burla de los derechos de acreedores. Ahora bien, el autor deja entrever una cierta crítica al modo en que el art. 544 reconoce la legitimación pasiva de los miembros, socios o gestores del ente sin personalidad, pues para tenerla, basta con *acreditar* tal condición y su actuación ante terceros; sin embargo, al no determinar el alcance exacto de lo que se entiende por acreditación, en la práctica será difícil discernir cuando esa acreditación es suficiente o no para fijar la legitimación pasiva<sup>630</sup>.

Por consiguiente, en virtud de lo dispuesto en el art. 544 LEC, cualquier ente sin personalidad jurídica puede figurar como deudor en un título ejecutivo, tanto judicial como extrajudicial, y en tales casos la falta de personalidad jurídica del ente, en sus relaciones con terceros, se sustituye por el reconocimiento de la responsabilidad solidaria de sus miembros que hubieren actuado en el tráfico jurídico en nombre del ente sin personalidad. Dado que la responsabilidad es automática, pues viene impuesta expresamente por la Ley, únicamente se exige para poder despachar ejecución acreditar dos extremos: la condición de socio, miembro o gestor del ente y la actuación de éste ante terceros en nombre de dicho ente.

No obstante, como se ha dicho, el art. 544 excluye de este régimen de forma expresa a las comunidades de propietarios, porque a pesar de ser entidades sin personalidad jurídica, tiene su propio régimen configurado en el art. 22 de la Ley de Propiedad Horizontal. Tal régimen se fundamenta en la responsabilidad directa de la comunidad con todos sus fondos y créditos y la subsidiaria de los propietarios que hayan sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que les corresponda aunque podrán oponerse a la ejecución si acreditan que se hallan al corriente de pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad en el momento de hacerseles el requerimiento previo de pago<sup>631</sup>. En este sentido, la LPH se hace eco de la doctrina

---

después de perseguirse los bienes sociales. De ahí que....con la finalidad de proteger los intereses de los terceros que contratan confiando en dicha sociedad, de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, puedan reclamar indistintamente a la sociedad o a los socios, en virtud de la responsabilidad solidaria ya aludida, no pudiendo en definitiva quedar excluida su facultad de dirigirse contra el patrimonio de la sociedad o de los propios socios....” Eso sí, matiza la Audiencia, en perfecta consonancia con lo estipulado en el art. 544 LEC, que para que opere esta responsabilidad solidaria es necesario que concurren dos presupuestos: que se acredite cumplidamente a juicio del tribunal, la condición de socio, miembro o gestor y que se prueba que su actuación ante terceros ha sido en nombre de la sociedad.

<sup>630</sup> Ob, cit, págs. 52 y 53.

<sup>631</sup> Las Audiencias han tenido ocasión de pronunciarse sobre la ejecución forzosa contra comunidades de propietarios; generalmente, lo han hecho para negar la posibilidad de que una sentencia condenatoria pueda ejecutarse contra bienes de los distintos propietarios que la conforman si estos no han intervenido en el proceso declarativo previo, si bien, también hay resoluciones que admiten esta posibilidad en el

perfilada por la Dirección General de los Registros y del Notariado que sistemáticamente venía denegando la anotación preventiva de embargo sobre bienes personales del comunero, argumentado que la traba no es consecuencia de una obligación que personalmente pueda exigirse al titular registral, sino de una deuda de la comunidad de la que aquél forma parte, de suerte que si el copropietario no ha sido parte en las actuaciones judiciales determinantes de la traba, sólo a través de los órganos colectivos no es posible anotar preventivamente embargo sobre bienes privativos de los comuneros; en suma, según la DGRN, cuando se trata de ejecutar sobre bienes privativos de los comuneros, es preciso tener en cuenta que ni los órganos colectivos ni el presidente tienen sobre ellos, en cuanto bienes privativos, poder directo alguno, al tiempo que la obligación de cada comunero de contribuir a la

---

supuesto de comunidades todavía no constituidas formalmente equiparándolas a las comunidades ordinarias. Sirva citar, entre otras, la AP de Sevilla, sección 5ª, en Auto de 11 de febrero de 2005, que alude al caso de condena al pago de una cantidad determinada y pretensión de exigir dicha condena mediante el despacho de ejecución contra bienes de todos los copropietarios. El Auto niega tal posibilidad al afirmar: "...si bien es cierto que la condena al pago de una cantidad determinada a una comunidad de propietarios implica la condena de los copropietarios que forman parte de la misma, esa deuda solo puede hacerse efectiva a través de la propia comunidad ya sea directamente sobre bienes de la misma, ya sea mediante el correspondiente mecanismo de atribución de gastos y responsabilidades a los comuneros, pero para ello deberá seguirse el oportuno procedimiento sin merma alguna de las garantías de intervención y defensa de tales comuneros, que deberán ser llamados personalmente a dicho procedimiento, y no a través de órganos de representación orgánica. No cabe, por tanto, proceder a la ejecución de la sentencia en su día dictada, sobre los bienes de los treinta y nueve copropietarios que forman parte de la comunidad condenada al pago, ya que los mismos no han sido demandados individualmente en el litigio seguido, y tal ejecución equivaldría a su condena sin haber sido oídos en el pleito, quebrantando así los derechos de defensa y tutela judicial efectiva". En el mismo sentido, Auto 287/2010 de la AP de Pontevedra, sección 6ª, de 17 de diciembre, que también deniega la ampliación de la ejecución a los comuneros al pronunciarse en estos términos: "...es evidente que el art. 544 del LEC sólo se refiere al presidente de la comunidad que no responderá personalmente de las deudas contraídas por la comunidad, de modo que la ejecución de la sentencia condenatoria no puede dirigirse contra su patrimonio. La cuestión que nos ocupa se rige por el art. 22 LPH...Este precepto establece la responsabilidad de los comuneros por las deudas de la comunidad como subsidiaria y siempre que el comunero destinatario de la reclamación haya sido parte en el proceso. Esta responsabilidad subsidiaria del comunero requiere: 1º Que no existan fondos y créditos a favor de la comunidad o que sean insuficientes para atender el total de la deuda; se trata, propiamente, de una existencia de previa excusión a favor de los copropietarios. 2º Que el propietario haya sido parte en el correspondiente proceso. esto obliga al acreedor que aspire a hacer efectivo su crédito sobre bienes privativos de los copropietarios a tener que demandarlos en el procedimiento declarativo, donde estos sean condenados con carácter subsidiario. Debe tenerse en cuenta que la representación de la comunidad por su presidente por su presidente no puede llevar a la idea errónea de que tal intervención atribuye a cada uno de los comuneros la cualidad de parte; cuando el presidente actúa como representante de la comunidad es cierto que implica la de todos los comuneros, pero ha de entenderse que se considera esto como un todo, no individualmente. Tal tesis ha sido recogida mayoritariamente por las Audiencia, en el mismo sentido, SAP de Alicante de 20 de octubre de 2004, de Valencia de 24 de mayo de 2004 y SAP de Burgos de 21 de septiembre de 1999. Por su parte, en sentido contrario, pero aludiendo a un supuesto en que la comunidad no está formalmente constituida el Auto 108/2005 de la AP de Madrid, sección 18ª, de 21 de junio considera que "...debe resolverse la cuestión de la responsabilidad de aquellas comunidades que no están formalmente constituidas, en el sentido de entender que la misma constituye una comunidad de bienes ordinaria y al constituir una comunidad de bienes ordinaria deviene la responsabilidad de todos los comuneros frente a las deudas generadas por dicha comunidad, puesto que las decisiones judiciales pueden tener efecto frente a terceros cuando estos terceros son titulares de la relación jurídica dependiente en virtud de la cual se ha generado la obligación, por lo que no existe inconveniente alguno en proceder a la ejecución contra los bienes de los que integran y pertenecen a la citada comunidad..."

satisfacción de la obligación impuesta en la sentencia no surge ente dicho copropietario y el acreedor sino a través de la comunidad<sup>632</sup>.

### C) El Hipotecante no deudor

El hecho de que un tercero ajeno a la obligación principal y, por ende, a la responsabilidad de su cumplimiento, garantice con un bien de su propiedad una deuda que le es ajena, es perfectamente posible merced a lo dispuesto en el art. 1857 del CC<sup>633</sup>.

A ese hipotecante no deudor<sup>634</sup> que grava su bien por una deuda de otro se le ha denominado en no pocas ocasiones *avalista o fiador hipotecario*<sup>635</sup> o simplemente *fiador real*<sup>636</sup>, a pesar de que la equiparación entre fianza e hipotecante no deudor no resulta clara desde un punto de vista conceptual y ha sido rechazada por parte de la Jurisprudencia. En efecto, entendemos que no cabe una identificación absoluta entre el *fiador* y el *hipotecante no deudor* a quien erróneamente se denomina como tal y en un intento por atenuar el rigor de la expresión se utiliza el calificativo de real; a pesar de ello algún autor admite la semejanza<sup>637</sup>.

---

<sup>632</sup> En efecto, tal tesis es la que a la postre recoge el art. 22 de la LPH, del que se desprende que el acreedor no puede embargar directamente bienes propios de los comuneros, sin perjuicio de que estos puedan acordar en junta el reparto voluntario de la deuda comunitaria según la cuota que a cada uno corresponda e incluso la posibilidad, como reconoce la doctrina, de que sea instado o apercebido el presidente para que convoque junta de propietarios con el fin de distribuir la deuda entre los comuneros. Entre otras, resoluciones de la DGRN de 30 de junio de 1986, 24 de agosto de 1993 y 7 de abril de 2000.

<sup>633</sup> El precepto después de mencionar los requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca afirma: "...las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes". En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de octubre de 2007 asevera que la persona que constituye la hipoteca debe ser propietaria del inmueble que se hipoteca y si no lo es, falta un presupuesto de eficacia que puede determinar la ineficacia del gravamen (del mismo modo que no puede venderse la casa de otro) por falta del poder de disposición. Por su parte, el Auto 33/2008 de la AP de Guipúzcoa de 9 de abril, sección 3ª, establece la delimitación conceptual de los tres posibles integrantes de la parte pasiva en el proceso de ejecución hipotecaria al definir al deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor. Establece la AP de Guipúzcoa que el deudor es aquel que debe el crédito garantizado con el contrato e hipoteca que, por lo general, es el titular de la finca o el bien hipotecado. El hipotecante no deudor aparece cuando el crédito o hipoteca se disocian en el sentido de que la acción personal sólo puede ejercitarse frente al deudor, obligado o fiador, mientras que la acción real hipotecaria se ejercita frente a la finca a través de su propietario. Por último, el Auto alude al tercer poseedor como aquel legitimado pasivo que surge en los casos en que la finca hipotecada pasa posteriormente a propiedad de un tercero.

<sup>634</sup> Tal y como recuerda MONTERO AROCA en la redacción originaria de 1909 del art. 131 de la LH no se hacía referencia al hipotecante no deudor o fiador real o hipotecante por deuda ajena, y tampoco se hizo en la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1946. La primera alusión al mismo se encuentra en la regla 7ª del artículo 131 en la redacción dada por la ley 19/1986, de 14 de mayo. Ob, cit, pág. 549.

<sup>635</sup> En la STS de 30 de abril de 1992.

<sup>636</sup> STS de 6 de octubre de 1995.

<sup>637</sup> Matiza en este punto SASTRE que está claro que el deudor es sujeto pasivo de una relación personal crediticia en trance de ejecución, en tanto que el hipotecante no deudor, es tan solo un fiador de aquella relación, por consiguiente, tiene el derecho a conocer de la actuación expropiatoria del bien ofrecido en garantía, pudiendo así cancelar las obligaciones que se ejecutan. Ob, cit, pág. 401. Igualmente admite la equiparación la RDGRN de 26 de mayo de 1986.

Con carácter general, nuestros tribunales han rechazado la analogía entre *fiadores e hipotecantes no deudores* y, en consecuencia, niegan la aplicación de las normas reguladoras del contrato de fianza contenidas en los arts. 1822 a 1856 del Código Civil al segundo por considerar que mientras que el fiador asume verdaderamente una obligación de pago de forma subsidiaria en los supuestos en que el deudor principal no cumpla, el denominado *fiador real o hipotecante no deudor*, sin asumir deuda alguna que le es ajena, se limita a ofrecer un bien de su propiedad en garantía. Así, la Sentencia 673/2000, de 10 de noviembre del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid, reconoció la diferencia existente entre la fianza, garantía personal por la que se trata de asegurar el cumplimiento de una obligación ajena y, la hipoteca que tiene carácter real y despliega su función de seguridad a través de la afectación de un bien concreto del deudor o de un tercero, existiendo por tanto entre ambas figuras diferencias que motivan un régimen jurídico diverso<sup>638</sup>

En cualquier caso, el hipotecante no deudor ostenta legitimación pasiva en el proceso de ejecución hipotecaria en virtud del art. 685.1 de la LEC y así lo ha reconocido también la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>639</sup>.

Actualmente, no cabe sostener lo contrario negando su condición de parte pasiva en el proceso<sup>640</sup>, pues la dicción literal del precepto no dejar margen para la

---

<sup>638</sup> Afirma la referida Sentencia que no es posible aplicar a la hipoteca una causa de extinción distinta de las legalmente previstas para ésta y ello sin desconocer que existe un sector doctrinal que establece la equiparación entre el llamado *fiador real y el fiador personal*. El Juzgado cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1995 que afirma: "...si el hipotecante ajeno a la deuda, no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador, conclusión que ratifica el mismo Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de marzo de 2000. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 219/2001 de 9 de marzo insiste en la inaplicación de las normas propias de la fianza al hipotecante no deudor; en esta ocasión se trata de la falta de notificación a éste último de la existencia del procedimiento ejecutivo que preveía la antigua ley en su art. 1435, concluyendo el Alto Tribunal que no es de aplicación al hipotecante la regla que impone dicha notificación del saldo deudor al fiador. También la Sentencia 18/2009 del Tribunal Supremo de 3 de febrero afirma la existencia de peculiaridades que excluyen la identidad de razón requerida por la analogía y considera inaplicable lo dispuesto en el art. 1852 del CC al hipotecante no deudor. A pesar de lo anterior, no han faltado resoluciones judiciales favorables a la equiparación entre *fiador e hipotecante no deudor*; en ese sentido, Auto 549/2006 de la AP de Madrid, sección 21ª de 12 de diciembre que a los efectos de la notificación de la cantidad exigible, considera que debe equipararse a ambos y ello porque el hipotecante no deudor no es más que un fiador aunque de naturaleza real y carácter limitado. Puntualiza este Auto que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste, pudiendo el fiador obligarse a menos que el deudor principal; en el caso del hipotecante no deudor responde de la obligación de un tercero y para el caso de que no la cumpla con un bien inmueble de su propiedad que grava con una hipoteca. Por último, afirma que la necesidad de requerir de pago al hipotecante no deudor, impuesta en el art. 686 no excluye que cuando sea preciso también tenga que ser notificado de la cantidad exigible.

<sup>639</sup> Sirva por todas la Resolución de 12 de mayo de 2001.

<sup>640</sup> El Auto de la AP de Cantabria de 20 de abril de 2004 se muestra especialmente contundente al afirmar que en el nuevo proceso son en todo caso partes ejecutadas, y por tanto, con todas las cargas y derechos que conlleva la posición de ejecutado, tanto el dueño de los bienes hipotecados como el deudor, pues el art. 685.1 de la Ley impone un auténtico litisconsorcio pasivo necesario al decir que la demanda ejecutiva "deberá dirigirse" frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados. Con base en lo anterior, el Auto citado justifica que se admitiera la

duda. Ello no obstante, lo anterior no debe fundamentarse en un argumento “realista” que ve en el proceso un procedimiento dirigido exclusivamente a la realización del bien garantizado con la hipoteca, de ahí la conveniencia de demandar a quien perderá su inmueble, sino en la esencia misma de este proceso; si su finalidad básica es conseguir el pago de la deuda y dicho pago se instrumentaliza realizando la garantía hipotecaria, resulta obvia la necesidad de demandar también (si es persona distinta del deudor) al hipotecante del bien en cuestión<sup>641</sup>, pero también al deudor principal aunque no sea hipotecante, pues lo que se persigue en el proceso de ejecución hipotecaria es el pago, aunque para ello haya que realizar en un buen porcentaje de casos el bien inmueble sujeto a la garantía<sup>642</sup>.

---

demanda contra los deudores no propietarios, teniéndoles por parte ejecutada. y permitiéndoles presentar en la subasta tercero que mejore la postura.

<sup>641</sup> En contra de lo dicho, hay autores que defienden la idea de que el hipotecante no deudor pudiese ser el único demandado a pesar de no ser el responsable de la deuda, pues en este proceso, lo único que se pretende es la realización del bien hipotecado que es de su propiedad (HERBOSA); igualmente CORDON MORENO para quien la posición procesal del hipotecante es prácticamente idéntica a la del deudor, pues, a su juicio, la acción se proyecta directamente sobre los bienes y en este procedimiento especial no tiene relevancia alguna que la responsabilidad de aquél se limite a dicho bien mientras que la del deudor es universal, porque también para éste queda limitada al bien hipotecado, proyectándose sobre el resto del patrimonio sólo cuando la realización del mismo ha resultado insuficiente para satisfacer su crédito Ob, cit, pág. 513. sin embargo, también hay autores que se pronuncian en sentido contrario (ADAN DOMENECH, DOMINGUEZ), habida cuenta de que la literalidad del precepto es contundente y no sólo permite, sino que exige otorgar la consideración de parte procesal pasiva también al hipotecante no deudor. ADAN DOMENECH, F, *La ejecución hipotecaria*, ob, cit, pág. 193. En el mismo sentido, la Jurisprudencia menor, entre otras, reconoce la condición de parte pasiva necesaria al hipotecante no deudor cuando es distinto del propio deudor, en el Auto de la AP de Zaragoza de 6 de mayo de 2005: “...el art. 685 dice que la demanda ejecutiva se dirige contra el deudor, que en principio, además, hipotecante, pero en el caso (“en su caso”) de que no fuera así, también habrá de comunicarse la demanda ejecutiva a quien puede perder su inmueble por deudas ajenas...” Ahora bien, si el hipotecante es deudor, es decir, prestatario entonces asume su legitimación pasiva como tal por ser deudor de la obligación principal (Auto 171/2009 de 26 de junio de la AP de Madrid, sección 19ª). Y si lo que ocurre es que el hipotecante no deudor inicial transmite la titularidad del bien de su propiedad a un tercero, éste y no él, deberá ser demandado; si a quien lo transmite es al deudor, concurrirán entonces en éste último las dos cualidades y, por tanto, solamente a éste habrá que demandar. En este sentido, Auto 282/2009 de 23 de diciembre de la AP de Castellón, sección 3ª cuando afirma que del tenor literal del art. 685.1 se desprende que la legitimación pasiva pueden tenerla el deudor y el hipotecante no deudor o el tercer poseedor de los bienes hipotecados y contra ellos debe formularse la demanda ejecutiva; por tanto, si quienes constituyeron la hipoteca hubiesen transmitido el bien a un tercero ajeno a la deuda, habría que demandar además de al deudor a esta persona, que sería el tercer poseedor de los bienes hipotecados, pero como la han transmitido al propio deudor, basta con demandar a éste, no teniendo sentido demandar a quien ha constituido la hipoteca cuando se conoce que ya no es propietario del bien inmueble hipotecado al tiempo de presentarse la demanda y es ajeno a la deuda. Precisar, finalmente, que la demanda ejecutiva debe dirigirse contra el hipotecante no deudor actual, no contra el hipotecante inicial que ya no lo es por haber transmitido la titularidad del inmueble (Auto de la AP de Zaragoza de 6 de mayo de 2002).

<sup>642</sup> Y a pesar de lo dicho, nuestros tribunales siguen insistiendo, entendemos que en contra de la dicción literal del art. 681, el cual habla de *la acción para exigir el pago de deudas*, en que la ejecución se dirige exclusivamente contra los bienes hipotecados. En el supuesto de autos al que alude el Auto 63/2010 de 16 de marzo de la AP de Madrid, sección 21ª se analizaba la legitimación pasiva en el procedimiento de ejecución hipotecaria del deudor principal, prestatario, pero no hipotecante, decantándose el tribunal por otorgarle legitimación pasiva. De este modo, afirma la AP de Madrid, puede intervenir el deudor no hipotecante como ejecutado en el procedimiento en defensa de sus intereses, aunque la ejecución se dirija únicamente contra los inmuebles hipotecados, y si el producto de los inmuebles hipotecados no fuera bastante para cubrir el crédito del actor podrá entonces proseguir la ejecución con arreglo a las normas ordinarias contra aquel deudor principal no hipotecante, conforme establece el art. 579 de la LEC. En su consecuencia, el Auto declara que procede admitir también la demanda de ejecución hipotecaria contra los deudores principales que no fueron hipotecantes. En la misma dirección el Auto 105/2011 de 23

Para SASTRE la obligatoriedad de demandar tanto al deudor como al hipotecante no deudor y en su caso, al tercer poseedor, es todo un acierto atribuible a la LEC del año 2000, dado que la cuestión conecta íntimamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, y aunque los intereses de deudor e hipotecante son distintos, ambos son merecedores de la mayor protección. Una forma de protegerlos es otorgándoles la condición de auténtica parte procesal<sup>643</sup>.

Asimismo, hay que puntualizar que el hecho de que se demande al *hipotecante no deudor* no implica concederle la cualificación de *deudor*, pues el límite de su responsabilidad se encuentra en el inmueble sometido a la garantía, sin que sea posible extender dicha responsabilidad a otros bienes del *hipotecante no deudor*, cual si de responsabilidad patrimonial universal se tratara<sup>644</sup>.

#### D) El tercer poseedor.

##### a) Concepto.

En último lugar, el art. 685.1 de la LEC establece la legitimación pasiva y, por tanto, prevé su intervención en el proceso como auténtica parte procesal, del impropriamente denominado *tercer poseedor*<sup>645</sup>. Sentada, por consiguiente, su

---

de mayo de la AP de Madrid, sección 8ª, cuando afirma "...se puede observar que las personas a las que la ley tiene como posibles demandados tienen una relación directa con el bien hipotecado, sea como deudores directos, sea como hipotecantes (aunque no deudores), sea como terceros poseedores (del bien hipotecado). Y ello porque lo que se va a realizar o a traducir en dinero a través de la ejecución y de la correspondiente subasta, en su caso, es el bien hipotecado (garantía de la deuda principal). Se trata de una acción real, porque la deuda está garantizada con un bien inmueble (el hipotecado). Mientras que la acción que pueda dirigirse contra el fiador, no deja de ser una acción personal derivada de un compromiso personal asumido para garantizar al deudor sin afección alguna a bien inmueble propiedad del fiador..."

<sup>643</sup> *Instituciones del nuevo proceso civil...*ob, cit, pág. 401.

<sup>644</sup> Así lo ha declarado expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1995 al advertir que cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal no se convierte en modo alguno en deudor, agotándose su responsabilidad en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca, y si éste es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes del deudor.

<sup>645</sup> Coinciden en señalar lo inadecuado de la denominación GARCIA GARCIA, J.M. (*El procedimiento judicial sumario...*ob, cit, pág. 123) y GARCIA GIL, F.J (*El préstamo hipotecario...*ob, cit, pág. 334), al precisar que la denominación no es del todo correcta pues no se trata de un simple poseedor, sino de un adquirente del dominio de la finca hipotecada. No obstante, GARCIA GARCIA, justifica el uso del término por lo que tiene de tradicional y porque aparece en otros textos legales como el Código civil. En la misma línea argumentativa RIVERA que insiste en la impropiedad de la terminología empleada para denominarle y se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1999 para decir que *tercer poseedor* es en puridad, el tercer adquirente de la finca hipotecada, es decir, la persona que ha adquirido la propiedad del inmueble que hipotecó su transmitente. También habrá que considerar como tal a quien adquiera, no ya la propiedad plena, sino solamente el usufructo, dominio útil, nuda propiedad o dominio directo de la finca. (*La ejecución de la hipoteca...*ob, cit, pág. 120.). Igualmente, MONTERO AROCA considera que es manifiesta la incorrección del término, justificada únicamente por la tradición repetida

condición de parte pasiva (demandada-ejecutada) en el proceso hipotecario, resulta necesario delimitar cuanto antes el alcance conceptual de la expresión, dado que, en efecto, la terminología que emplea la LEC y otros textos legales para referirse a éste sujeto procesal, induce a confusión.

El denominado *tercer poseedor* es algo más que un simple poseedor y algo más que un simple tercero interesado<sup>646</sup> y no debe identificarse tampoco con el tercer hipotecario del art. 34 de la LH<sup>647</sup>. Debe entenderse por tal el tercer adquirente que no asuma de una manera expresa o tácita la deuda asegurada<sup>648</sup>.

ROCA SASTRE lo define como el adquirente del dominio o de una titularidad, asimilada a estos efectos por la ley, de bienes o derechos hipotecados, en todo o en parte, que es extraño a la obligación garantizada y a la constitución de la hipoteca por lo que no va a responder personalmente de la deuda.

Por su parte, OLIVER al mencionar las características esenciales de la figura del *tercer poseedor* insiste primeramente<sup>649</sup> en la cualidad de tercero, en la medida en que no intervino en la obligación garantizada, no es deudor, ni hipotecante, si bien guarda relación con la titularidad del inmueble hipotecado al haber adquirido con posterioridad su propiedad o el usufructo o el dominio útil de la finca, o bien la nuda

---

en diversos textos legales y aunque reconoce que por fuerza de esa tradición hay que seguir usándola, afirma que es más propio hablar de tercer adquirente (*Ejecución de la hipoteca inmobiliaria...*ob, cit, págs. 537 y 538).

<sup>646</sup> En efecto, no es un simple ocupante del inmueble o un arrendatario que disfruta del uso siendo ajeno a la propiedad del inmueble. (Sentencias de AP de Barcelona, sección 16ª, de 18 de septiembre de 2007 y de la AP de Madrid, sección 14ª, de 20 de enero de 2004.

<sup>647</sup> Así lo matiza GARCIA GARCIA al decir que no es un tercero en el sentido del art. 34 LH, pues aquí resulta indiferente el problema de la buena o mala fe, y lo que si resulta fundamental es que no haya asumido la deuda ya que entonces se trataría de un deudor en sentido estricto, deudor propietario. Ob, cit, pág. 124. Por su parte, MONTERO AROCA, en la misma línea distintiva, asegura que el tercer poseedor no es tercero en el sentido del art. 34 LH, dado que ni siquiera entra en juego si su adquisición se ha producido a título oneroso o gratuito, ni si concurre o no buena fe. El mero hecho de haber adquirido la propiedad del bien hipotecado lo convierte en tercer poseedor y el bien seguirá respondiendo de la deuda hipotecaria. Ob, cit, pág. 539. Por su parte, el Tribunal Supremo separa los dos conceptos; entre otras, la Sentencia 435/2006 de 11 de mayo declara: "...el tercero adquirente en subasta pública no es el tercero hipotecario al que se refiere el art. 34 de la LH, sino que el de buena fe que participa en ella, del art. 114 LH...".

<sup>648</sup> La Sentencia 398/2006 de la AP de Valencia, sección 8ª, de 11 de julio define la figura del *tercer poseedor* al tiempo que niega tal condición a los demandantes en el caso de autos, pues eran titulares de un derecho de naturaleza personal como es el derecho de uso preferente sobre determinados amarres de un puerto deportivo. Asevera de forma textual: "... por tercer poseedor hay que entender al tercer adquirente del dominio que no se subroga en la obligación garantizada por la hipoteca y que únicamente soporta el gravamen en su aspecto pasivo. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque sigue empleando el término "tercer poseedor", se está refiriendo al tercer adquirente de los bienes hipotecados, al decir el artículo 685 que la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que éste último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes..." Recientemente, el Auto de la AP de Barcelona 63/2012, sección 14ª, de 26 de marzo, declara: "... la idea esencial es que sólo el deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor de los bienes hipotecados son parte en el litigio...Y el deudor ha de ser siempre demandado aunque no sea el titular de los bienes entregados en garantía".



propiedad o el dominio directo<sup>649</sup>. MONTERO AROCA insiste en este último aspecto, es decir, en la necesidad de incluir en el concepto de *tercer poseedor* también al adquirente no sólo del derecho de propiedad sobre el inmueble, sino también al adquirente del usufructo, dominio útil de la finca hipotecada o del dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo. En definitiva, hay una semejanza entre éste y el *hipotecante no deudor*, cual es que ninguno de los dos, como regla general, asume la obligación garantizada, a diferencia del deudor y, en consecuencia su responsabilidad en el proceso hipotecario se limita al bien sometido a la garantía, sin que el acreedor pueda dirigirse contra otros bienes de su patrimonio<sup>650</sup>.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que en puridad, el *tercer poseedor* o *tercer adquirente* es la persona que adquiere la propiedad del inmueble que hipotecó su transmitente. Se le llama tercero porque es ajeno a la constitución de la hipoteca y al préstamo concertado, pero debe soportar la realización de la finca<sup>651</sup>. Y, como tal, no asume la deuda garantizada como propia. Se disocian en

---

<sup>649</sup> *El proceso civil, Volumen VII*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 5639.

<sup>650</sup> Afirma MONTERO AROCA que del concepto postulado, se deduce: a) el tercer poseedor es ajeno (tercero) con relación a la constitución de la hipoteca, y con ello se marca su diferencia con el hipotecante no deudor, que es un fiador real. Tal y como sostiene este autor, es cierto que el tercer poseedor e hipotecante no deudor se caracterizan, los dos, porque ninguno de ellos es el deudor y porque no responden con todo su patrimonio, sino sólo con el bien hipotecado, pero el tercer poseedor no ha tenido participación en la constitución de la hipoteca; b) El tercer poseedor es ajeno (tercero) respecto de la deuda, lo que supone que ha adquirido el bien hipotecado (o un derecho asimilado), pero no se ha subrogado en la deuda asegurada con la hipoteca, con el fundamental efecto de que no ha quedado obligado al pago de la deuda que pudiéramos llamar personal, pero sí a la deuda hipotecaria, por lo que sólo responderá con el bien hipotecado que ha adquirid. Ob, cit, pág. 539.

<sup>651</sup> Así lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1999 y la Sentencia 1332/2007 de 13 de diciembre que afirma textualmente: "...en el ámbito hipotecario se considera *tercer poseedor* al adquirente de bienes hipotecados, el cual es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no asume la deuda garantizada como propia. Lo que sucede es que el crédito hipotecario es fuente de una responsabilidad personal e ilimitada para el deudor, que responde de su satisfacción con todos sus bienes presentes y futuros, pero al mismo tiempo genera una responsabilidad real o hipotecaria que se hace efectiva sobre el bien hipotecado. Por ello,.... ambas responsabilidades se disocian de modo que la responsabilidad real afecta al adquirente del bien dado el carácter oponible *erga omnes* cualquiera que sea su titular. Pero tal afectación no puede ir más allá de la cantidad garantizada por la hipoteca...." En el mismo sentido, diversas resoluciones provenientes de las Audiencias Provinciales, tales como: sentencia 88/1998 de la AP de Asturias, sección 4ª, de 24 de febrero de 1998, según la cual los terceros no tienen propiamente la condición de deudores, al ser ajenos a la deuda personal que el transmitente haya contraído con el acreedor. Su responsabilidad queda constreñida por el doble límite de que, en principio, únicamente cabe hacerla efectiva sobre la finca gravada y sólo hasta el límite garantizado con la hipoteca, excluyendo la responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil. Por su parte, la Sentencia de la AP de Ciudad Real, sección 8ª, de 11 de julio de 2006 afirmó: "...por tercer poseedor hay que entender al tercer adquirente del dominio que no se subroga en la obligación garantizada por la hipoteca y que únicamente soporta el gravamen en su aspecto pasivo. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque sigue empleando el término *tercer poseedor* se deduce que se está refiriendo al tercer adquirente de los bienes hipotecados". En términos absolutamente coincidentes con la anterior, la Sentencia de la AP de Valencia de 11 de julio de 2006 que define al *tercer poseedor* al decir textualmente: "...por tercer poseedor hay que entender al tercer adquirente del dominio que no se subroga en la obligación garantizada por la hipoteca y que únicamente soporta el gravamen en su aspecto pasivo. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque sigue empleando el término "tercer poseedor", se deduce que se está refiriendo al tercer adquirente de los bienes hipotecados, al decir el artículo 685 que la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante

este caso, de un lado, la responsabilidad personal derivada del préstamo y la puramente real que recae sobre el inmueble y que, por consiguiente debe soportar el titular del mismo.

La LEC, en el tantas veces citado art. 685.1, condiciona el reconocimiento de la legitimación pasiva del *tercer poseedor* a que acredite al acreedor la adquisición del bien, sin que precise la ley el modo en que tenga que acreditarse con lo que bastará con cualquier medio reconocido en Derecho. Existirá *tercer poseedor* siempre que se produzca con posterioridad a la hipoteca un cambio en la titularidad del inmueble sometido a la garantía. Por consiguiente, es su adquisición, junto con la acreditación de la misma, lo que supone el nacimiento del derecho a participar en el proceso como parte pasiva, pues a pesar de no haber intervenido en la obligación que se garantiza ni haber asumido deuda alguna, es titular del inmueble que lo garantiza<sup>652</sup>. Cuestión distinta es que para atribuir a un tercero la cualidad específica, con todo lo que ello conlleva, de *tercer poseedor*, sea menester que éste inscriba su titularidad en el Registro de la Propiedad, inscripción que no exige el art. 685, el cual sólo habla de acreditación.

b) Inscripción de la adquisición del bien en el Registro de la Propiedad.

Tanto en los tribunales como en el seno de la doctrina científica se viene discutiendo acerca de si para asignar la condición procesal de *tercer poseedor* es necesario o no que el adquirente inscriba su adquisición en el Registro. A nuestro juicio, al no exigirlo expresamente el art. 685.1 LEC que se limita a prever simplemente que el tercero acredite sin más su titularidad, tal requisito no operaría nunca como *conditio sine qua non* para reconocer la cualidad de tercer poseedor al tercer adquirente. Antes al contrario, bastaría con que éste probase su adquisición por cualquier medio, incluso al margen del Registro de la Propiedad. En este contexto, el Registro desempeña una función nada desdeñable de protección y seguridad jurídica, pero no es determinante para que se consumen las adquisiciones por terceros.

---

no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que éste último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”.

<sup>652</sup> Esta es la postura mantenida por buena parte de las Audiencias Provinciales, muchas de las cuales, no obstante, condicionan el modo de acreditar la adquisición a la obligatoria inscripción en el Registro de la Propiedad. Así, entre otros, Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 9 de enero de 2006 cuando afirma que según el tenor literal del art. 685, es la adquisición de los bienes hipotecados por un tercero lo que otorga la condición de tercer poseedor, condición que, por tanto, ostenta la persona que ha adquirido el bien hipotecado y ha inscrito en el Registro su adquisición, de manera que, por ello, la demanda debe dirigirse también frente al mismo. En la misma línea, SAP de Barcelona, sección 16ª, de 18 de septiembre de 2007, Auto de la AP de Badajoz, sección 2ª, de 24 de octubre de 2005, y Auto de AP de Madrid, sección 10ª, de 18 de julio de 2002.

Empero, a pesar de lo dicho, no son pocas las Audiencias que exigen la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad para otorgar a ese tercero la cualidad de *tercer poseedor* en cuanto parte pasiva del proceso hipotecario<sup>653</sup>. En contraposición, otras tantas resuelven en sentido totalmente opuesto<sup>654</sup>. Igualmente, en el seno de la doctrina científica mayoritariamente se exige la inscripción del título de adquisición en el Registro aunque existen opiniones divergentes, dado que, como se ha dicho, en este punto no hay unanimidad entre los autores<sup>655</sup>. Para ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, la discrepancia en este punto se debe al

---

<sup>653</sup> El Auto de la AP de Cuenca 8/1996 de 27 de febrero afirma que no basta con la mera posesión de la finca. La Sentencia de la AP de Barcelona, sección 16ª, de 18 de septiembre de 2007 exige que la acreditación tenga lugar mediante la correspondiente inscripción registral. La misma exigencia establece el Auto de la AP de Valencia, sección 7ª, de 10 de marzo de 2003 al declarar: “la demanda tan solo debe dirigirse también contra el tercer poseedor de los bienes si éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición de la finca. En consecuencia, el hecho de dirigir la actora su demanda contra un tercer adquirente sin constarle fehacientemente esta circunstancia, y sin que el mismo le hubiese notificado tal adquisición era innecesario, y además improcedente. Ello implicaba que no le fuera exigible el cumplimiento de lo exigido en los arts. 573 y 574, relativos a la notificación de la cantidad exigible respecto a este tercer poseedor que creía nuevo adquirente. Y ello, porque tal adquisición no constaba inscrita en el Registro de la Propiedad y difícilmente le era posible acceder al conocimiento de un título no inscrito...”

<sup>654</sup> En contra de la obligatoriedad de la inscripción y, entendemos que en perfecta consonancia con la exigencia de acreditación (el art. 685 ni siquiera habla de acreditación fehaciente) y con el sistema de adquisición de los inmuebles que se verifica mediante escritura pública, siendo la inscripción en el Registro de la Propiedad habitual pero no obligatoria, se pronuncian las siguientes resoluciones; Sentencia de la AP de Baleares, 784/1995, sección 3ª, de 17 de noviembre: “... exigir que el tercer poseedor tenga su derecho inscrito, a los efectos del artículo 131.3ª resulta inadmisibles cuando la ley específicamente contempla la posibilidad de que el tercero no esté inscrito, pues cuando dicho precepto establece que debe requerirse de pago igualmente al tercer poseedor de la finca en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble, es evidente que debe pensarse que se está regulando el supuesto de que el tercer poseedor no hubiese inscrito su derecho, pues en otro caso la publicidad registral sería suficiente para acreditar la adquisición. Auto de la AP de Madrid de 6 de octubre de 1998 y 28 de mayo de 1999: “...a los efectos del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, por tercer poseedor de la finca hipotecada debe entenderse el que, no habiendo sido parte en el negocio jurídico de constitución de la hipoteca (tercero), adquiere la propiedad del bien hipotecado (poseedor) sin subrogarse ni asumir la obligación personal de pagar la deuda garantizada con la hipoteca, no siendo necesario para adquirir tal condición, que el tercer poseedor tenga su derecho inscrito...”. En el mismo sentido, la Sentencia de la AP de Madrid de 4 de marzo de 2003 que obliga al acreedor hipotecario a interponer la demanda contra el tercer poseedor incluso cuando el conocimiento por su parte de la existencia de un tercer adquirente se hubiese producido al margen del Registro. La Sentencia 43/2003 de la AP de Badajoz, sección 1ª, de 30 de enero advierte que el hecho de el tercero no hubiere inscrito su título en el Registro, no le cierra toda posibilidad de intervenir en el proceso y no es justificación suficiente para que se omita la notificación del procedimiento; por tanto, si el banco conoce de su existencia y pudo llamarlo al mismo, incurre en conducta que puede desembocar en una nulidad posterior. No obstante, no cabe que el tercero alegue indefensión si se ha colocado en tal situación por falta de diligencia debida.

<sup>655</sup> GARCIA GARCIA sintetiza la cuestión aludiendo a la doctrina italiana que viene admitiendo en general la necesidad de la inscripción del título del tercer poseedor. Así, GORLA entiende que el tercer adquirente de la finca hipotecada ha de haber transcrito su título en el Registro, pero es únicamente al objeto de que pueda gozar de todos los beneficios que la ley atribuye al tercer poseedor. En parecidos términos, recuerda GARCIA GARCIA, se pronuncia RUBINO. Por su parte, ROCA SASTRE entiende que el tercer poseedor del bien hipotecado conserva su condición de tal haya inscrito o no su título adquisitivo, sin perjuicio de los resultados siguientes derivados de esta circunstancia. Ob, cit, pág. 124.

confusionismo, imprecisión e insuficiencia normativa de nuestra Ley Hipotecaria vigente que arrastra desde la anterior Ley de 1861 y posteriores<sup>656</sup>.

Sea como fuere, la polémica está servida, dado que hay opiniones para todos los gustos. Así, entre los autores partidarios de exigir la inscripción en el Registro para que el denominado *tercer poseedor* pueda hacer valer sus derechos en el proceso, figuran MONTERO LEON, MORELL y TERRY, CAMY y GARCIA GARCIA. Concretamente, MONTERO AROCA, con cita de algunos de los autores referidos<sup>657</sup> considera que la postura que obliga a la inscripción en el Registro conecta con los principios registrales y cuenta con el apoyo explícito de algunas resoluciones jurisprudenciales, como las Sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 1941 y 7 de diciembre de 1982<sup>658</sup>. A pesar de esto, el mismo autor asevera que lo importante para resolver la cuestión no es tanto que la postura defendida se adapte o no a los principios registrales, sino que pueda encajarse en la propia Ley Hipotecaria, y en este sentido termina reconociendo que el *tercer poseedor* conserva su condición de tal haya inscrito o no su título adquisitivo<sup>659</sup>.

RIVERA se muestra contrario a exigir al *tercer poseedor*, para gozar de esta cualidad, que inscriba su título de adquisición en el Registro, pues ningún precepto de la Ley Hipotecaria lo determina de forma expresa. Asimismo, este autor se remite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo para defender su postura. De forma específica cita la Sentencia de 20 de diciembre de 1999 según la cual “...tanto da que el *tercer poseedor* haya inscrito su derecho en el Registro como que no haya inscrito su título adquisitivo. Es más, son éstos últimos supuestos los que reclaman mayor tutela normativa y judicial”.

No obstante la existencia de disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales apuntadas, cabría argumentar que el art. 662 de la LEC resuelve tajantemente la controversia, pues al tiempo que encierra un concepto amplio de *tercer poseedor*, exige que éste inscriba su título en el Registro. En efecto, el artículo considera

---

<sup>656</sup> Siguen diciendo estos autores que quizás una de las causas de dicha imprecisión y confusionismo se deba a que la regulación especial sobre hipotecas es algo yuxtapuesto al derecho inmobiliario registral, unido al influjo que en esta materia se ha notado de otras legislaciones como la francesa, italiana y belga. Ob, cit, pág. 315.

<sup>657</sup> Citando a MORELL, CAMY y GARCIA GARCIA. Ob, cit, pág. 540.

<sup>658</sup> Esta última declara: “...la consideración de tercer poseedor a que aluden los arts. 126 de la LH y 222 del RH es la correspondiente al que tenga inscrito su título, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencia de 12 de julio de 1941, afirmando el criterio de ser de aplicación a todo procedimiento de efectividad hipotecario lo dispuesto en el art. 134 de la LH, lo que es lógica consecuencia de la previsión, con base en el principio de legitimidad registral sancionado en el art. 38, IV de la LH”.

<sup>659</sup> Ob, cit, pág. 541.

expresamente como tal también al adquirente del usufructo o dominio útil de la finca hipotecada y al que lo es de la nuda propiedad o dominio directo. Asimismo, y, en lo que en este punto interesa, sin rodeos el art. 662 exige la forma en que el adquirente debe acreditar su adquisición que no es otra que mediante la inscripción en el Registro. En este estado de cosas y visto todo lo anterior, no podemos por menos que afirmar que el precepto en cuestión se excede, pues el sistema instaurado en nuestro Código Civil, (teoría del título y el modo) para la adquisición del derecho de propiedad tratándose de bienes inmuebles, se limita a condicionar la entrega al otorgamiento de escritura pública (entrega ficticia), sin que sea preceptiva la inscripción en el Registro de la Propiedad para consumir la operación<sup>660</sup>. Cuestión muy distinta es que la inscripción en el Registro sea conveniente, pero de ningún precepto hipotecario cabe deducir que se exija de forma expresa que el tercer adquirente deba inscribir su título de adquisición para gozar de la posición de *tercer poseedor*

c) Alcance de la legitimación del *tercer poseedor*.

La intervención del tercero en el proceso, partiendo de la premisa básica que le confiere la naturaleza de verdadera parte procesal, dependerá de si al adquirir la titularidad del inmueble asume al mismo tiempo la deuda o si únicamente hace lo propio con el inmueble subrogándose en la hipoteca que lo grava<sup>661</sup>. Si no asume la deuda, y, en puridad debe ser así para poder seguir hablando en sentido propio de *tercer poseedor*<sup>662</sup>, será demandado junto con el deudor, pero si a tenor de lo dispuesto en el art. 118.1 de la LH se subroga en las responsabilidades derivadas de la hipoteca y también en la obligación garantizada, el deudor primitivo quedará desligado de la deuda y únicamente habrá que demandar al *tercer poseedor* sobre el que recaerá la pretensión ejecutiva de pago (personal) y la pretensión ejecutiva hipotecaria<sup>663</sup>.

---

<sup>660</sup> En particular, el art. 1462 del Código Civil estipula: “Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.

<sup>661</sup> En ese caso, su responsabilidad queda limitada a los términos en que la garantía está consignada en el Registro, no a la obligación de pagar las deudas a que se refieren las cargas. Y, existe, asimismo, un límite legal a la obligación de pagar intereses; declara en este sentido, la Sentencia 160/2000, de la AP de Ciudad Real, sección 2ª, de 22 de mayo: “... para el caso de crédito garantizado con hipoteca, el artículo 114 de la ley Hipotecaria establece un límite convencional, que habrá de especificarse en la escritura y en la inscripción, y legal sobre el aseguramiento de intereses en perjuicio de tercero y tal límite es tenido en cuenta por el artículo 126 de la misma ley al establecer las responsabilidades del tercer poseedor...”

<sup>662</sup> Si asumiera la deuda no sería *tercer poseedor*, sino deudor en sentido estricto.

<sup>663</sup> MONTERO AROCA lo explica muy bien al afirmar que si se trata de un verdadero deudor, es decir, de un adquirente de la finca que al mismo tiempo se subroga en la deuda, es lógico que su entrada en el proceso suponga la extromisión del deudor inicial, pues en realidad lo que se está produciendo es una

El momento en que debe dársele entrada en el proceso dependerá de si al punto de interponerse la demanda el acreedor conoce de la existencia de un *tercer adquirente* por haber acreditado éste su adquisición<sup>664</sup>. Si es así, la demanda ejecutiva desde un primer momento deberá dirigirse contra él, tal y como exige el art. 685.1 LEC y ello será condición indispensable para que la relación jurídico procesal esté bien constituida al darse un litisconsorcio pasivo necesario por imperio de dicho precepto legal.

Por el contrario, si inicialmente se desconoce su existencia, caben dos posibilidades: que derive de la certificación de dominio y cargas a que alude el art. 688 LEC (conocimiento registral) o que resulte de cualquier otra vía de conocimiento. En el primer caso, iniciado ya el procedimiento, si de la oportuna certificación surge la existencia de un *tercer poseedor* que no fue requerido, ni demandado, se le notificará la existencia del procedimiento, y se le dará traslado de la demanda y documentos que le acompañen, interviniendo como auténtica parte procesal siempre que hubiere acreditado su adquisición, en aras a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Así, puede pagar el importe del crédito en la parte asegurada con la hipoteca<sup>665</sup> e intervenir a lo largo del proceso, dentro de las escasas opciones que para hacerlo reconoce el proceso de ejecución sumario a la parte ejecutada.

---

sucesión en la legitimación y, por tanto, en el proceso. Por el contrario, si se trata sólo de un verdadero *tercer poseedor*, al no haberse subrogado en la deuda, el deudor ejecutado no puede quedar fuera del proceso, e cual debe continuar contra dos ejecutados, uno el deudor primitivo, y otro, el tercer poseedor, con lo que se habría producido un caso de intervención litisconsorcial en el proceso de ejecución. Ob, cit, págs. 547 y 548.

<sup>664</sup> Si hubo transmisión pero no acreditación de la misma, el tercero no podrá intervenir en el proceso, pues formalmente no existe como tal, siendo, éste sí, requisito indispensable para obtener la cualidad de *tercer poseedor* en el proceso. Insiste en la importancia de dicha acreditación el Auto de la AP de Valencia, 58/2003, sección 7ª, de 10 de marzo, cuando afirma: "... debe entenderse que las personas que tienen que ser requeridas de pago, bien con anterioridad a la presentación de la demanda....., bien posteriormente por conducto judicial, serán el deudor y el tercer poseedor de la finca hipoteca; éste último en el solo supuesto de que hubiera acreditado ante el acreedor, con anterioridad a iniciarse el procedimiento, la adquisición por su parte del bien hipotecado, y entendiéndose por tercer poseedor a estos efectos el que, no habiendo sido parte en el negocio jurídico de constitución de la hipoteca, adquiere la propiedad del bien hipotecado sin subrogarse ni asumir, la obligación personal de pagar la deuda garantiza con la hipoteca. En tanto que serán personas a las que no hay que requerir de pago, pero una vez iniciado el juicio y antes de la subasta, sí se las tiene que notificar judicialmente la existencia del procedimiento, a los efectos de que puedan, si pueden, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte asegurada con la hipoteca, aquella a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o de posesión de la finca hipoteca...". Por su parte, el Auto 1/2006 de la AP de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, 9 de enero declara que el tercer poseedor ha de ser demandado y requerido de pago de conformidad con lo dispuesto en el art. 685 y 686 LEC, pero sólo lo será si hubiere acreditado al acreedor su adquisición de los bienes hipotecados, esto es, si el acreedor fuera conocedor de su existencia. En otro caso, (se entiende, si no se conoce su existencia), debe ser entonces notificado de la existencia del procedimiento, notificación que no tiene sentido si ya se ha dirigido la demanda en su contra y ha sido requerido de pago.

<sup>665</sup> Como en el caso al que alude, entre otros, el Auto de la AP de Burgos 135/2001, sección 2ª, de 12 de marzo en el que el tercer poseedor, además subrogado en la posición del deudor, efectúa el pago que produce la suspensión del procedimiento judicial sumario del art. 131 LH.

De otro lado, si la existencia de un *tercer poseedor* deriva de cualquier otra fuente de conocimiento, acreditada su adquisición, podrá intervenir en cualquier momento del proceso y utilizar todos los medios de defensa que la Ley concede al ejecutado en los términos previstos en el art. 538.3 de la LEC. Impedir su participación, una vez conste su existencia en el proceso, podría generar una nulidad posterior por indefensión con base en el art. 24 de la CE, cuestión sobre la que ha tenido que pronunciarse reiteradamente el Tribunal Supremo, así como las distintas Audiencias, al demandarse la nulidad de procedimientos hipotecarios en los que no se había producido la intervención efectiva o a tiempo del *tercer poseedor* y su ausencia se esgrimía como causa de indefensión<sup>666</sup>.

---

<sup>666</sup> Es el caso al que alude, bajo el imperio del antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, la Sentencia del Tribunal Supremo 288/1997 de 7 de abril. Esta Sentencia, amén de negar el carácter de verdadera parte procesal al tercer poseedor, niega la existencia de indefensión en el caso de autos al haberse probado que éste tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento al ser notificado por el titular registral. En consecuencia, el Tribunal Supremo estima que no hubo indefensión, pues la parte recurrente tuvo medio directos e indirectos para conocer el procedimiento sumario contra la vivienda, de la que era titular no registral, y por ello pudo utilizar los remedios procesales oportunos, lo que le aleja definitivamente de la situación procesal prohibida por el art. 24 de la CE. Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo 464/2000 de 3 de mayo niega la existencia de indefensión de tercer poseedor y, por tanto, desestima la pretensión de nulidad del procedimiento, pues dado que éste no había inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, la entidad ejecutante no tenía ninguna carga procesal de notificarle. Como quiera que tampoco se demostró que la entidad tuviera conocimiento por cualquier otro modo de la presencia de otro propietario no inscrito del bien, no puede afirmarse la existencia de indefensión. Concluye el TS que la nulidad de actuaciones no puede convertirse en una especie de acción popular que legitime a cualquier tercero para pretenderla para velar por la pureza del procedimiento judicial. En el mismo sentido, reconociendo el carácter limitado de las facultades del tercer poseedor en los procedimientos de ejecución hipotecaria y la ausencia de indefensión del tercer poseedor que no inscribió su derecho cuando tuvo medios directos e indirectos para conocer del procedimiento sumario para la realización del inmueble del que es titular no registral, Auto del TS de 27 de noviembre de 2001. Por su parte, la Sentencia 1033/2004 de 3 de noviembre declara, ante la falta de notificación al tercer poseedor de la cantidad exacta que debía pagar para evitar la subasta, que no todos los defectos formales pueden dar lugar al efecto traumático de una nulidad de actuaciones. Por último, la Sentencia 322/2007 de 16 de marzo declara la improcedencia de la nulidad de actuaciones pretendida, pues el requerimiento de pago al tercer poseedor se produjo en la propia finca hipotecada, a pesar de haberse realizado un cambio de domicilio; como quiera que no se notificó a la entidad dicho cambio, ni se hizo constar, no cabe la nulidad de actuaciones por indefensión. De otro lado, también las Audiencias Provinciales se han hecho eco de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la materia y reconocen la procedencia de la nulidad de actuaciones cuando se omite el requerimiento al tercer poseedor, una vez acreditado que el acreedor tuvo conocimiento de su existencia. En este sentido, Sentencia 152/2001 de la AP de Las Palmas, sección 3ª, de 6 de marzo cuando afirma que habiéndose probado que el acreedor hipotecario tenía conocimiento de la venta así como de los ingresos que la adquirente efectuaba para el pago parcial del préstamo, la entidad actora debía haber sido requerida de pago, cumpliendo la exigencia del artículo 131.3ª.3 de la Ley Hipotecaria, por lo que al haberse causado indefensión al tercer poseedor debe decretarse la nulidad del procedimiento hipotecario. Asimismo, Sentencia de la AP de Almería 67/2003, sección 1ª, de 4 de marzo en el que se advierte que nos hallamos ante un procedimiento de pura ejecución en el que las facultades de intervención y de defensa de los vinculados por la hipoteca constituida están severamente restringidas de manera que, salvo los casos previstos en el art. 132 LH, la capacidad de acción del deudor se limita prácticamente a cumplir la obligación garantizada, es decir, a pagar. Ahora bien, en el caso concreto, en lo atinente a las notificaciones al tercer poseedor, la AP de Almería declara que éstas fueron practicadas, tanto la tendente a notificarle la existencia del procedimiento como la dirigida a comunicarle el señalamiento de la subasta, por tanto, no procede, concluye la Audiencia, declarar la nulidad que se interesa.

Por último, cabe afirmar a modo de conclusión y, aun a riesgo de ser reiterativa, que la intervención en el proceso del *tercer poseedor*, al margen del momento en que se produzca, pues ello esencialmente dependerá de si el acreedor hipotecario conoce de su existencia antes de interponer la demanda, o con posterioridad, será siempre como auténtica parte procesal<sup>667</sup>. Ello supone reconocerle la posibilidad de utilizar todos los medios de defensa que el ordenamiento jurídico pone a su disposición. Evidentemente, las limitaciones en este sentido, tratándose de un procedimiento sumario de ejecución son obvias, pero ello en ningún caso afecta a su condición de parte procesal. Y, en este punto, queremos precisar que aun cuando el art. 689 LEC limita la intervención del *tercer poseedor* a recibir la notificación del procedimiento a fin de actuar en los términos previstos en el art. 662<sup>668</sup> o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas en la parte que está asegurada con la hipoteca de su finca, su intervención debe ser en concepto de parte procesal plena, y consiguientemente, podría formular motivos oposición si los hubiera<sup>669</sup>.

En este contexto, la inscripción de la adquisición en el Registro facilita el conocimiento de su existencia y favorece su pronta intervención en el proceso; desde ese punto de vista dicha inscripción es recomendable, pero nunca preceptiva para atribuirle la condición de tercer adquirente que es como en puridad debería

---

<sup>667</sup> Y ello, a pesar de que como se ha dicho anteriormente, incluso se ha negado la existencia de partes en este procedimiento, no sólo cuando se trata del *tercer poseedor*, sino cuando se alude a cualquiera que pueda intervenir en este proceso. Tal negativa responde a la tradicional insistencia de algunos autores en negar que nos encontremos realmente ante un proceso, posiciones que hoy deben entenderse superadas. Con todo, la Jurisprudencia ha venido reflejando tales controversias. Para muestra, el Auto de la AP de Huelva, sección 2ª, de 1 de enero de 1998 cuando afirma que en este expediente (se refiere al procedimiento judicial sumario de antiguo art. 131 LH), no es que el tercer poseedor no sea parte procesal, en rigor nadie lo es, sino que como adquirente que tiene inscrito su título en el Registro, aparece como interesado en la ejecución, que puede evitar mediante el pago de la deuda hipotecaria. En el mismo sentido, Auto 28/1998 de la AP de Granada, sección 4ª, de 3 de febrero que niega expresamente la condición de partes procesales al deudor, al tercer poseedor y a los terceros interesados (lógica la negativa en el último caso), asistiéndoles todo lo más una serie de facultades, entre ellas, la de ser notificados del procedimiento. El Auto de la AP de Cáceres, sección 1ª, 43/1999, de 21 de mayo niega expresamente la condición de parte al *tercer poseedor* en estos términos: "...el *tercer poseedor*, a los efectos del procedimiento establecido en el art. 131 LH, en sentido propio y real no es una verdadera parte procesal, y por lo tanto no hay que darle traslado de la demanda y ni siquiera podrá interponer recursos que tiendan a suspender o a entorpecer la ejecución hipotecaria comenzada, como preconiza el art. 132 LH, lo cual es totalmente compatible con la doctrina del TC que establece que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 de la CE queda salvaguardado por la permanente facultad con que cuentan los posibles agraviados de obtener protección mediante la actuación y reconocimiento de sus derechos en el juicio declarativo correspondiente".

<sup>668</sup> Pidiendo la exhibición de los autos en la oficina judicial, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores.

<sup>669</sup> Lo dicho, a pesar de lo dispuesto en el Sentencia 228/2004, de la AP de Murcia, sección 3ª, de 29 de julio cuando afirma que tratándose de un tercer poseedor, su intervención en el procedimiento hipotecario queda limitada a lo dispuesto en el art. 689 LEC. En sentido contrario, el Auto de la AP de Sevilla, 32/2005, sección 2ª, de 8 de febrero, declara que el tercer poseedor está plenamente facultado para intervenir en el proceso de ejecución conforme tuviera por conveniente en defensa de sus legítimos derechos y denegarle su condición como tal supone indefensión.



denominársele. Por tanto, si el acreedor hipotecario tiene conocimiento de la existencia de un *tercer poseedor* al margen del Registro tiene la obligación de demandarle inicialmente o requerirle de pago provocando su intervención en el proceso en cuanto parte pasiva a fin de que se le de traslado de la demanda y se permita su intervención a todos los efectos procesales que sean inherentes<sup>670</sup>. De omitirlo voluntariamente, estaría incurriendo en un acto contrario a la buena fe procesal.

#### E) El arrendatario.

Habitualmente, en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria, con la realización de la garantía, surge el inconveniente que supone la existencia de un contrato de arrendamiento sobre la finca hipotecada, por cuanto puede desembocar en un incidente para procurar el lanzamiento del inquilino con la consiguiente extinción del arrendamiento en cuestión<sup>671</sup>. Se plantea entonces una polémica relación entre proceso de ejecución y arrendamiento que exige tratamiento jurídico a fin de dilucidar si ese contrato de arrendamiento debe seguir vigente a pesar de haberse adquirido la

---

<sup>670</sup> Bajo la vigencia del antiguo art. 131 de la LH, con argumentos perfectamente extrapolables al actual proceso que regula la LEC de 2000 en sus arts. 681 y siguientes, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14ª, en Sentencia de 2 de septiembre de 1998, confirma la falta de necesidad de inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad; la Audiencia declara que el acreedor cuando tiene conocimiento de su existencia por otra vía y omite el requerimiento de pago al tercer poseedor, comete un acto contrario a la buena fe procesal que supone infracción de una norma esencial del procedimiento de ejecución. Por su parte, insiste en la necesidad de requerir de pago al *tercer poseedor* la Sentencia 292/1998 de la AP de Málaga, sección 6ª, de 30 de mayo. Pero, no solamente cuando el acreedor tiene conocimiento registral de su existencia, sino cuando haya tenido constancia por cualquier medio, también está obligado a informar a éste. La omisión en este sentido puede suponer la nulidad de actuaciones por indefensión (Sentencia 162/2000 de la AP de Zamora, sección única, de 7 de abril).

<sup>671</sup> Actualmente, dicho incidente se encuentra regulado específicamente en el art. 675 de la LEC, tiene naturaleza sumaria y se limita a establecer si existe título suficiente que fundamente la situación posesoria. No tiene más objeto que la de decidir sobre tal situación posesoria y su continuidad o extinción. Sin embargo, bajo la regulación anterior, la cuestión era mucho más confusa, pues se dudaba, incluso, si podía resolverse en el mismo procedimiento judicial sumario sobre la vigencia de un contrato de arrendamiento o, por el contrario, los interesados debía remitirse al juicio declarativo que correspondiera. En ese estado de cosas, el Tribunal Constitucional se vio obligado a pronunciarse al respecto. Lo hizo en varias ocasiones, pero es la STC 158/1997, de 2 de octubre la que de alguna manera resuelve el dilema al declarar: "...el proceso del art. 131 LH no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos de desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia sólo a los efectos de la ejecución habrá de valorar el Juez, pero sí se opondrá, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la Ley, remitiendo, conforme al artículo 132 LH al declarativo correspondiente para ventilar todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y demás interesados..." A partir de la citada Sentencia, puede decirse que la Jurisprudencia constitucional cambia en este punto y el TC traslada a los órganos judiciales ordinarios la decisión del lanzamiento del poseedor. De esta forma, siguiendo a la ya citada Sentencia de 2 de octubre de 1997, las SSTC 27 de octubre de 1997, 15 de diciembre de 1997, 24 de febrero de 1998 y 8 de febrero de 1999 señalan: "la decisión en cada una de las situaciones posesorias, como cuestión de legalidad, habrá de acordarse por el Juez o Tribunal estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento hipotecario, o bien, si, por considerar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo". En perfecta consonancia con la doctrina constitucional sentada por las anteriores Sentencias, se pronuncia también la Jurisprudencia menor, entre otras en Sentencias de la AP de Madrid de 5 de febrero de 2002, Ciudad Real de 14 de enero de 2002, Pontevedra de 12 de marzo de 2001 y Auto de la AP de Barcelona de 29 de marzo de 2001.

finca por alguien ajeno a la obligación garantizada y a la propia hipoteca o, por el contrario, si se extingue con la ejecución y la realización de la garantía hipotecaria. En este contexto, resulta evidente la contradicción de intereses que hay que solventar, de un lado, el del adjudicatario que pretende recibir la finca libre de cargas y ocupantes; de otro, el del propio ocupante o arrendatario que busca mantenerse en la posesión de la finca(vivienda habitual en muchos casos), sin que le afecte la ejecución instada<sup>672</sup>. En definitiva, subyace en este punto, un eterno conflicto entre el arrendamiento (derecho personal) e hipoteca (derecho real y, a la sazón, instrumento de índole procesal para articular la efectividad del proceso de ejecución hipotecaria)<sup>673</sup>.

---

<sup>672</sup> Al amparo del antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, FUENTES SORIANO afirmó que la falta de una previsión legislativa específica para verificar el lanzamiento del inquilino, así como la oscilación jurisprudencial existente, llevan a la conclusión de que el problema es complejo y no es más que el reflejo procesal de un problema material o sustantivo de mayor envergadura: en definitiva, el de si debe subsistir o no el arrendamiento que pesa sobre una finca tras la ejecución de la hipoteca que lo grava. Partiendo de que la cuestión es difícil de solucionar porque, además, hay cuestiones de política social implicadas, reconoce esta autora, que hay diversos intereses en juego y la preponderancia de unos sobre otros, dependerá del momento histórico concreto así como de políticas sociales determinadas. Asimismo, afirma FUENTES SORIANO, que no solamente están implicados intereses de adjudicatario(el de disponer libremente de la vivienda) y arrendatario(mantenerse en el uso de la vivienda), sino también otros intereses no particulares, como el del crédito territorial mismo, pues en el momento en que las entidades crediticias empiecen a desconfiar de las bondadosas consecuencias que pueda generarse la ejecución de una hipoteca por impago del crédito contratado con el deudor, dejará de ofrecer créditos hipotecarios o, empezaran a endurecer sus cláusulas, lo que terminará repercutiendo en los ciudadanos directamente que en la mayoría de los casos cuentan como único modo de adquirir la propiedad de su vivienda con la vía de crédito hipotecario. Y, a su vez, ello repercutirá en el sector de la construcción. *El proceso de ejecución hipotecaria*, ob, cit, págs. 263 y siguientes. Por su parte, LASARTE considera que el conflicto de intereses entre adjudicatario (en no pocas ocasiones la propia entidad bancaria, acreedora hipotecaria) y el arrendatario debe resolverse a favor del primero y, aunque, según afirma, sus palabras pueden provocar rechazo, considera que lo importante es proteger a los ciudadanos que “al no haber sido bendecidos por la diosa fortuna” tienen que recurrir a los préstamos hipotecarios para adquirir sus viviendas. LASARTE asevera de forma textual: “...la superación de formas primitivas de garantía y movilización del crédito fueron posibles gracias a la construcción del sistema hipotecario. Guste o no, uno de los polos a considerar consiste en las indiscutibles garantías del acreedor hipotecario que merece, en todo caso, mejor protección que cualesquiera arrendatarios posteriores que hayan accedido al goce del bien sin su conocimiento y consentimiento. Acaso semejante afirmación provoque rechazo en el lector y sirva para tacharme de insolidario con los económicamente débiles. Sin embargo, semejante maniqueísmo como punto de partida apenas se sostiene. Nadie puede defender hoy que los arrendatarios, en general, y sobre todo las capas burguesas que actualmente se benefician (ahora sí, insolidariamente) de alquileres congelados en los cascos históricos de las poblaciones de cierta raigambre, sean los desarrapados. Sí puede afirmarse, en cambio, que el acceso al crédito hipotecario es la única vía de adquisición de la vivienda habitual para un altísimo porcentaje de ciudadanos que no hemos sido bendecidos por la diosa fortuna...” LASARTE ALVAREZ, *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, Madrid, 1992, pág. 28.

<sup>673</sup> FUENTES SORIANO repasa la evolución jurisprudencial en la resolución del conflicto desde la óptica de la consideración del arrendamiento como un derecho estrictamente personal. Así, recuerda esta autora, que en un primer momento, el Tribunal Supremo consideró en base al art. 131.17ª LH que la ejecución implicaba la cancelación de los derechos reales posteriores a la hipoteca, y con mayor razón, en consecuencia, debía suponer la extinción de los derechos personales que pudieran recaer sobre el inmueble ejecutado. (Sentencias de 31 de octubre de 1986 y 23 de diciembre de 1988 y Resolución de la DGRN de 19 de noviembre de 1987). Sin embargo, posteriormente, partiendo también del carácter personal del derecho arrendaticio, el propio TS tendió a interpretar que cuando la regla 17ª del art. 131 LH, prevé la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta, se refiere exclusivamente a éstas y no, por tanto, a aquellos derechos personales que no tuvieron acceso al Registro de la Propiedad (Sentencias de 9 de junio de 1990, 23 de febrero de 1991 y 6 de mayo de 1991). Ob, cit, págs. 306 a 312.

El problema, vigente la LEC de 2000, es sustancialmente el mismo que se planteaba al amparo del antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, por lo que la doctrina y la jurisprudencia que entonces se estableció para éste último, resulta de aplicación también al proceso regulado en los arts. 681 y siguientes de la LEC 1/2000, de 7 de enero. Con todo, los problemas se han planteado fundamentalmente en relación a los contratos de arrendamiento suscritos con posterioridad a la hipoteca, dado que respecto de los concertados con anterioridad se suele admitir que prevalezcan a pesar de la realización de la garantía hipotecaria.

Cuestión distinta es que el arrendamiento se concierte después de la constitución de la hipoteca, pues corroborada su concertación, debe decidirse a favor de su continuidad o extinción<sup>674</sup>.

En la resolución de la controversia jurídica apuntada se puede hablar de un posicionamiento tradicional sostenido por el Tribunal Supremo en los años sesenta y el cambio de orientación que supone la Sentencia de 9 de junio de 1990<sup>675</sup>. Asimismo,

---

<sup>674</sup> MONTERO AROCA recuerda en este punto que la situación pudo parecer pacífica al principio de los años noventa, pero después proliferaron los estudios y las opiniones de la más variada índole y, una gran parte de la confusión se debía a que no se distinguía entre clases de arrendamientos, es decir, los sujetos al Código Civil y los denominados especiales. Ob, cit, págs. 1091 y 1092. En cualquier caso, y, al margen del tipo de arrendamiento, RIVERA subraya la complicación que experimentan las ejecuciones en las que se plantea la existencia de un arrendamiento al decir "no cabe duda que la existencia de un arrendamiento recayente sobre la finca que es objeto de la ejecución constituye una grave perturbación a la hora de conseguir el buen fin de ésta. ¿Quién acudiría a la subasta judicial, y pujaría por el inmueble en cuestión, conociendo la existencia de un arrendamiento y las dificultades que le pueden surgir para obtener la posesión libre y efectiva de éste? O el valor de la finca disminuye notablemente o se tienen perspectivas de extinción del arrendamiento que la grava. El problema se centrará en determinar si la adjudicación de la finca practicada en el proceso de ejecución hipotecaria provoca la extinción del arrendamiento subsistente al momento de la transmisión. ¿Qué derecho prevalece? ¿el del nuevo propietario adjudicatario o el del arrendatario? ¿qué merece mayor protección, la estabilidad de la relación contractual, en beneficio del arrendatario, o el del crédito territorial acordando la extinción de aquella?". *La ejecución de la hipoteca*....ob, cit, págs. 504 y 505.

<sup>675</sup> Siguiendo a MONTERO (Ob, cit, págs. 1092 a 1099) puede hacerse un breve resumen de lo que ha sido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus etapas iniciales; su doctrina sobre la materia se caracteriza por una fluctuación evidente, pues se apoya la tesis de la extinción del arrendamiento en la Sentencia de 22 de mayo de 1963 y se opta por la subsistencia del arriendo en la de 18 de febrero de 1968. En efecto, la Sentencia de 22 de mayo de 1963 resuelve a favor de la extinción del arrendamiento, entre otros argumentos, porque como asevera el Tribunal Supremo, el adjudicatario ha de recibir los bienes judicialmente enajenados libres de toda carga o limitación que no sea anterior o preferente a su propio crédito, esto es, en el estado que tenían al ser inscrita la hipoteca (en el caso al que alude esta Sentencia el arrendamiento era posterior a la hipoteca). A partir de la referida resolución, el Tribunal se reafirma en la doctrina sentada por ella y la confirma en Sentencias posteriores, como la de 31 de octubre de 1986 y 17 de noviembre de 1989. En consecuencia, se reconoce que la ejecución hipotecaria debía producir el lanzamiento del arrendatario, sin perjuicio de que éste pudiera acudir al proceso declarativo que correspondiera para instar la tutela de su derecho, de conformidad con el art. 132 LH, con lo que el arrendatario podía ser demandante en un proceso posterior, después de haber perdido la posesión de la finca. Más tarde, en contra de lo declarado con anterioridad, el Tribunal Supremo se aparta de su doctrina anterior y dicta la Sentencia de 18 de febrero de 1968 en la que admite la subsistencia de un arrendamiento urbano, si bien, en resoluciones posteriores, el Tribunal volvió a su anterior doctrina. El cambio de orientación se produce realmente a partir de la Sentencia de 9 de junio de 1990, dictada en un supuesto de arrendamiento rústico, posterior a la constitución de la hipoteca, no inscrito en el Registro de la Propiedad. En ella, se sienta la doctrina, según la cual los arrendamientos sujetos al Código Civil se

resulta de vital importancia separar tres tipos de arrendamientos: los sometidos al

---

extinguen por resolución del derecho del arrendador con base en el art. 1571; este régimen no se aplica a los arrendamientos especiales, es decir, los sometidos a la legislación de arrendamientos urbanos o rústicos, en los que se ha de estar a la subsistencia de la relación arrendaticia, sin tener en cuenta si existe o no inscripción registral; la legislación de arrendamientos urbanos y, especialmente su art. 57 constituye (declara la Sentencia) un derecho positivo excepcional cuya finalidad es proteger en el grado máximo posible al arrendatario, lo que no puede quedar enervado por el art. 131 LH; por último, la única forma de interpretar la entonces vigente Ley 83/1980, es considerándola como norma excepcional, salvo supuestos de mala fe y fraude. Posteriormente, la STS de 23 de febrero de 1991, esta vez referida a un arrendamiento urbano, insiste en la no extinción del arrendamiento, empleando los siguientes razonamientos: a) la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario afecta solamente a las inscripciones posterior a la de la hipoteca que se ha realizado, pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad como es el derecho de arrendamiento litigioso; b) de seguirse el criterio propugnado por la sentencia recurrida, se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento no catalogada en la relación imperativa de esas causas que hace el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; c) en el supuesto debatido (arriendo anterior a la vigencia del Real Decreto Ley de 30 de abril de 1985, que suprimió la prórroga forzosa para los contratos posteriores a su entrada en vigor) es aplicable esa prórroga legal que establece el art. 57 de la misma Ley. GARCIA GARCIA (*La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella, crítica de la Sentencia de 23 de febrero de 1991*) efectúa una severa crítica a la doctrina sentada por esta Sentencia al considerar que da al traste con una serie de principios jurídicos fundamentales. Asegura que está en juego el principio de justicia, pues no tiene por qué ser preferente el arrendatario de unas naves industriales sobre el acreedor hipotecario anterior. Asimismo GARCIA GARCIA asegura que está en juego el Derecho hipotecario, cuya eficacia de publicidad y prioridad se niega en la presente Sentencia. Está en juego también la eficacia de la hipoteca, que, con tanto cuidado han tratado los legisladores y el propio Tribunal Supremo desde 1861 y, sobre todo, a partir del Código Civil y de la reforma hipotecaria de la Ley de 1909, y que la Sentencia no puede echar por la borda (en palabras de este autor). En definitiva, en el conflicto resuelto entre un derecho de hipoteca constituido e inscrito con anterioridad a un arrendamiento de local de negocio, del que es titular una sociedad anónima, se da prioridad y eficacia al arrendamiento posterior sobre la hipoteca anterior. Para GARCIA GARCIA lo anterior no tiene justificación, pues no tiene explicación lógica que un derecho personal posterior no inscrito pueda prevalecer sobre un derecho real de hipoteca anterior. Asimismo GARCIA GARCIA considera que la respuesta judicial examinada tampoco puede justificarse desde un punto de vista de *realismo sociológico*, peligroso para el Derecho, afirma este autor, pues puede dar lugar a la anarquía e inseguridad jurídica; tampoco es adecuado que se pueda dar preferencia a una sociedad anónima que ocupa una nave industrial para la exposición de coches (finalidad meramente mercantil o comercial de lucro), en contra del titular de una hipoteca constituida con anterioridad que prestó al propietario del local en el cumplimiento en que éste se encontraba libre de todo arrendamiento, dando cumplimiento a una loable finalidad crediticia y de garantía, todo lo cual repercute en el adjudicatario de la subasta que trae causa de la hipoteca preferente, y en definitiva, en el valor de la subasta que ha de satisfacer al titular de la hipoteca anterior y a los demás acreedores posteriores a dicha hipoteca pero anteriores al arrendamiento. Sea como fuere, al margen de las críticas vertidas, más tarde la STS de 6 de mayo de 1991 reproduce la anterior y afirma que la existencia del arrendamiento no se ve perjudicada por la realización forzosa de la hipoteca anterior, siempre que no se acredite fraude o confabulación en perjuicio del acreedor hipotecario y del adjudicatario. En el mismo sentido, entre otras, SSTS de 6 de junio de 1992, 20 de abril de 1995 y 30 de julio de 1996 que, igualmente, se muestran a favor de la subsistencia del arrendamiento. Asimismo, la Sentencia 365/1996 de 9 de mayo, confirma los mismos razonamientos que las anteriores para mantener la vigencia de los arrendamientos, pero afirma que la anterior doctrina quiebra: a) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia; b) cuando se prueba que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y c) cuando con el arrendamiento se haya causado una grave perjuicio económico al acreedor hipotecario, disminuyendo el valor de garantía o de subasta de la finca hipotecada. La Sentencia, termina, en definitiva, concluyendo igual que lo hizo el tribunal *a quo*, al llegar a la conclusión final de la existencia real y efectiva de los dos contratos de arrendamiento que se cuestionaban en el caso de autos. No aprecia la existencia de confabulación alguna que obligue a denegar la continuidad de tales contratos; y esta función apreciativa y valorativa sobre una cuestión de hecho, es de su exclusiva competencia, y no es revisable en casación, salvo los casos excepcionales en que ha existido una infracción de la norma, o un desvío notorio del razonamiento. En el caso, los demandantes arrendatarios de los pisos hipotecados no han cometido acto alguno que, pese a su apariencia de legalidad, viole el contenido ético del precepto legal en el que se amparan, ni ha existido burla de ley alguna, o abuso en el ejercicio anormal de la misma, ninguno de los elementos, afirma el Tribunal Supremo, que jurisprudencialmente configuran la teoría del abuso de derecho coinciden con la pretensión de la parte actora: a) uso de un derecho objetiva y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica e; c) inmoralidad o antisocialidad de ese dolo, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva. Por todo lo anterior, la Sentencia reconoce la subsistencia de los arrendamientos cuestionados.

Código Civil, los arrendamientos urbanos sujetos a la LAU de 1994 y los arrendamientos rústicos. Y es muy importante para resolver sobre la continuidad o no del arrendamiento la fecha de su establecimiento, pues tratándose de un arriendo anterior a la hipoteca, el debate se mitiga en gran medida<sup>676</sup>.

a) Arrendamientos sujetos al Código Civil.

En principio, los contratos de arrendamiento sometidos al Código Civil se rigen esencialmente por lo dispuesto en los arts. 1571<sup>677</sup> y 1549<sup>678</sup>. RIVERA<sup>679</sup> recuerda que el primero de ellos incluye el principio de *venta quita renta*, y podría colegirse del mismo el fin de todo arrendamiento cuando se concluye proceso de ejecución hipotecaria que tiene por objeto un inmueble arrendado. Sin embargo, como quiera que el precepto habla expresamente de *comprador*, cabe preguntarse si el adquirente de la finca hipotecada es un comprador a los efectos del art. 1571 CC y en este punto, a pesar de que el Tribunal Supremo en tiempos que podrían tildarse de remotos sí

---

<sup>676</sup> Para MONTERO AROCA, de hecho no se discute al respecto, de manera que si la hipoteca se constituye después del contrato de arrendamiento se admite sin problema que éste debe prevalecer respecto de la hipoteca y, por tanto, que el arrendamiento subsistirá después del proceso de ejecución hipotecaria. Ob, cit, pág. 1089. No obstante, FUENTES SORIANO recuerda que en el estudio del problema que nos ocupa, también los autores, tratándose de un arrendamiento anterior a la hipoteca, han distinguido en función de si éste fue inscrito o no en el Registro. En este sentido, la doctrina de forma unánime se muestra favorable a la subsistencia del contrato arrendaticio si éste fue inscrito, mientras que en caso contrario, es decir, arrendamiento no inscrito en el Registro, hay disparidad de opiniones, aunque mayoritariamente tiende a pensarse que, también en éste caso, el contrato arrendaticio pervive. A juicio de FUENTES SORIANO, se puede concluir que si el arrendamiento es anterior a la constitución de la hipoteca, independientemente de que haya sido inscrito o no, subsistirá siempre; es decir, que la ejecución hipotecaria no extingue, en su opinión, los arrendamientos constituidos con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta. Por tanto, la tensión entre arrendamiento y ejecución hipotecaria se produce sólo en los supuestos en los que el arrendamiento haya sido constituido con posterioridad a la hipoteca. *El proceso de ejecución...* ob, cit, págs. 271 y 272. Por su parte, PUJOL CAPILLA afirmó, en relación al arrendamiento inscrito anterior a la hipoteca, que subsiste siempre, con preferencia absoluta a la hipoteca; de lo contrario, estaría en juego, en toda su pureza el sistema de prioridad registral. Asimismo, esta autora defiende la necesidad de inscribir el arrendamiento en cualquier caso, por exigencia de seguridad jurídica. *Arrendamientos, hipoteca y Registro de la Propiedad*, RCDI, N° 615, 1993.

<sup>677</sup> “El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que se termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor la indemnice los daños y perjuicios que se le causen”. Este precepto, el 1571, sigue el criterio del Derecho Romano clásico establecido en la *ley Emptorem*, el cual subsistió en el derecho intermedio común, plasmándose en el aforismo *emptio tollit locatum* (venta quita renta) que se plasmó en las Partidas. ESTRADA ESTRADA A, *Eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados*, RCDI, 1989, pág. 423. El pacto a que se refiere el artículo no es el que pudiera existir entre arrendador y arrendatario, sino el acordado entre vendedor y comprador, el cual podrá configurarse como una cesión de contrato o como una estipulación a favor de tercero, por lo que dicho pacto resulta impensable en la enajenación forzosa; sin embargo, tal y como sostiene ACHON BRUÑEL, sí que afectan al rematante las limitaciones que surgen de la legislación hipotecaria y así procederá la subsistencia del arrendamiento que conste inscrito con anterioridad en el Registro de la Propiedad. En todo caso, procede señalar que dicha solución no es aplicable a los arrendamientos que se rigen por legislaciones especiales. *La ejecución dineraria. Cuestiones conflictivas. 300 preguntas y respuestas*. Sepin, 2009, pág. 294.

<sup>678</sup> “Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad”.

<sup>679</sup> Ob, cit, pág. 506.

admitió la equiparación<sup>680</sup>, los autores opinan en sentido contrario. Así, para GIMENO-BAYON<sup>681</sup> el pacto a que se refiere el art. 1571 CC difícilmente puede plantearse en el marco de una ejecución hipotecaria, pues alude al pacto que se produce entre comprador y vendedor que se culmina en beneficio de tercero.

En todo caso, suele diferenciarse entre arrendamientos anteriores y posteriores a la constitución de la hipoteca. Si el arrendamiento anterior, además está inscrito, siempre será oponible al adquirente posterior en pública subasta, resultando aplicable lo dispuesto en el art. 1571 del CC. Debe ser así, afirma RIVERA, en base al principio *prior tempore, potior iure* y la garantía que proporciona la publicidad registral, lo que, a juicio de este autor, hace evidente que el adjudicatario en el proceso de ejecución debe soportar el arrendamiento por el tiempo estipulado en su inscripción.

Por el contrario, no debe suceder lo mismo si el arrendamiento aun anterior, no consta inscrito<sup>682</sup>, pues rige entonces lo dispuesto en el art. 1549 CC, según el cual *con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad*. Ahora bien, si es posterior a la hipoteca pero está inscrito, también se extinguirá al tratarse de una inscripción posterior a la de la propia hipoteca, lo que no deja de ser una consecuencia natural a la propia normativa hipotecaria. Con mayor razón se producirá la extinción si no está inscrito.

b) Los arrendamientos urbanos en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre<sup>683</sup>.

---

<sup>680</sup> Lo hizo en sendas Sentencias de 5 de diciembre de 1924 y 17 de diciembre de 1958.

<sup>681</sup> *Algunas cuestiones sobre el procedimiento del artículo 131 de la LH*. En Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles, Madrid, 1992, pág. 623.

<sup>682</sup> En este sentido se pronuncian, respectivamente, MONTERO AROCA (ob, cit, pág. 1099) y RIVERA (ob, cit), pág. 506.

<sup>683</sup> MARIN LÓPEZ sintetiza la situación jurídica existente al amparo de la antigua LAU de 1964, en la que la resolución del derecho del arrendador no era percibida como un grave problema para el arrendatario, pues podía hacer valer indefinidamente la prórroga forzosa frente a quien adquiriera el derecho. En este sentido, la regla que contemplaba el art. 57 LAU/1964, aunque se formulaba especialmente para el tercer adquirente de inmueble arrendado, extendió de hecho su ámbito de aplicación a cualquier vicisitud jurídica que se tradujera en un cambio en la titularidad del derecho del arrendador, exceptuándose los arriendos concertados por el usufructuario que podían ser resueltos por el nudo propietario, una vez extinguido el usufructo, si probaba que las condiciones pactadas para el arrendamiento fueron notoriamente gravosas para la propiedad. Ahora bien, tal y como recuerda este autor, la supresión de la prórroga forzosa en virtud del Real Decreto ley 2/1985 supuso el recrudescimiento de la problemática que ya se había dejado sentir en algunas resoluciones judiciales contradictorias. En este contexto, el art. 13 de la vigente LAU ofrece una respuesta, reuniendo en su seno una serie de situaciones arrendaticias variadas entre sí: retracto convencional, sustitución fideicomisaria, enajenación forzosa derivada de ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o ejercicio de un derecho de opción de compra; los concertados por usufructuario, superficiarios o titular de un derecho análogo de goce; y, por último, los celebrados por persona que figure en el Registro como propietario de la finca arrendada o parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario. Sobre las vicisitudes parlamentarias del precepto, véase también este autor, *Comentarios a la Ley de*

## a) Arrendamientos de vivienda.

La vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, quizás por influjo de la controversia suscitada en la materia al amparo de la legislación precedente, resuelve de una forma expresa la convivencia entre un proceso de ejecución hipotecaria y un contrato de arrendamiento de vivienda y lo hace a favor de la subsistencia del arriendo pero únicamente por tiempo determinado<sup>684</sup>. Si bien, hay que decir que, a juicio de algunos autores, tampoco esta Ley ha conseguido resolver el problema de un modo absoluto<sup>685</sup>. En todo caso, la LAU otorga idéntico tratamiento a situaciones jurídicas

---

*Arrendamientos Urbanos*, Coord.: BERCOVITZ R, Thomson Aranzadi, septiembre de 2005, págs. 289 y 290.

<sup>684</sup> Según afirma PAU PADRON, la solución por la que se decanta la vigente LAU no es ni extinción inmediata del arrendamiento ni subsistencia por toda la duración pactada en el contrato. *Comentarios al artículo 13 de LAU en El nuevo arrendamiento urbano. Régimen Civil y registral*, Madrid, 1996, pág. 115. Por su parte, FUENTES SORIANO (ob. cit., págs. 375 a 389) señala que la actual LAU fue discutida precisamente en el momento más álgido de la polémica en torno a la subsistencia o extinción de los arrendamientos concertados después de la constitución de la hipoteca, una vez ejecutada ésta. Por ello, el legislador era muy consciente de que alguna respuesta tenía que dar al problema y ofreció una regulación basada en dos principios: establecimiento de un plazo mínimo de duración de los contratos; y, extinción de arrendamiento que pesa sobre una finca distinguiendo su tratamiento en función de si la duración es superior o inferior al referido plazo mínimo. Asimismo, recuerda esta autora, que la polémica ha existido siempre, si bien se desató con mayor virulencia a partir de la STC 6/1992, de 16 de enero. Por su parte, GUILART.E GUTIERREZ sostiene la bondad de la regulación contenida en la Ley de 1994, pues al amparo de esta nueva normativa, el arrendamiento ha dejado de ser una institución objetivamente perversa, tanto para el acreedor hipotecario cuanto para el ulterior adjudicatario, pasando a convertirse en una opción válida e interesante para todas las partes. Asimismo, advierte este último autor, que la posición del legislador, sin duda tendente a dar estabilidad al inquilino, ha sido sabiamente conjugada con la fijación de unos límites temporales en absoluto traumáticos para cualquier adquirente posterior. *Nueva ley de arrendamientos urbanos*, Valladolid, 1994, págs. 161 y 162. Sin embargo, no todo iban a ser “parabienes” respecto de la nueva regulación y en este contexto, GARCIA GARCA se pronuncia en sentido negativo cuando vaticina que la nueva regulación supondrá el descenso de postores legítimamente interesados frente a una mayor afluencia de subasteros profesionales que son los únicos que pueden soportar un arrendamiento mínimo de cinco años. *Las subastas hipotecarias y los arrendamientos*, RCDI, nº 622, mayo/junio, 1994, pág. 1293.

<sup>685</sup> Prueba de que la cuestión sigue sin ser pacífica, la encontramos en el comentario que hace GOMÁ LANZÓN al artículo publicado por POVEDA BERNAL titulado *Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas*. En el comentario, GOMÁ afirma que quizás nos encontremos más ante un problema de índole teórica que práctica, pues merced al art. 13.1 LAU el arrendamiento concertado, antes o después de la hipoteca, subsiste en todo caso durante los cinco años de duración legal del contrato. Sin embargo, en el aspecto teórico la cuestión sigue suscitando pasiones. Aludiendo directamente al artículo de la autora citada, GOMÁ afirma que ésta parece decantarse en la solución de la problemática por una posición *geométrica* según la cual la hipoteca purga el arrendamiento posterior; para esta autora, el hecho de que pervivan los arrendamientos es algo muy injusto y contradictorio con la regla *potior in tempore potior iure*, se cuestiona, por tanto, la injusticia que acarrea el hecho de que un derecho anterior, en este caso, la hipoteca, ceda ante otro nacido con posterioridad, cuya existencia no podía conocer el titular del primero en el momento de su constitución. Pues bien, es en este punto, según afirma GOMÁ donde más se puede disentir de la autora; así, siempre que nos encontramos ante una colisión de derechos, la elección de cuál debe prevalecer no depende tanto de cuál sea la solución más coherente con el ordenamiento jurídico, sino de lo que se considere socialmente más justo en un momento determinado, que podrá ser aceptado siempre que no choque con los principios establecidos que hagan a esta solución inviable en la práctica. Y esto es lo que ocurrió en esta cuestión. GOMÁ recuerda que puestos en la balanza el acreedor hipotecario y el arrendatario, la balanza se inclinó hacia éste, por diversos motivos sociales; la importancia de la estabilidad de la vivienda, consagrada en la prórroga forzosa, patrocínaban esta solución. Y quizás, tampoco chocaba tanto con los principios, pues al acreedor de nada se le privaba, ya que, al ejecutar, el bien sería adquirido

diversas como son, aparte de la enajenación forzosa a través de la ejecución hipotecaria, el retracto convencional, sustitución fideicomisaria y opción de compra<sup>686</sup>. Sin embargo, no soluciona el conflicto cuando la ejecución recae sobre finca sujeta a un arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

Tratándose del primero, es decir, de un arrendamiento de vivienda, el punto de referencia hay que situarlo en los arts. 9<sup>687</sup> y 13<sup>688</sup> de la actual LAU de 1994; de ellos puede deducirse que el legislador ha optado por proteger al arrendatario en perjuicio de la hipoteca, pero únicamente por tiempo determinado y, en principio, al margen de si el arrendamiento es anterior o posterior a la hipoteca que se ejecuta, pues el art. 13 de la LAU tan solo considera la duración del contrato y únicamente tiene en cuenta el dato de la inscripción registral para los contratos de duración pactada superior a cinco años<sup>689</sup>.

---

con el enriquecimiento o inversión de un arrendatario que paga una renta, que no es lo mismo que un acreedor hipotecario posterior cuyo crédito hubiera de pagar el adjudicatario, si no hubiera purga.

<sup>686</sup> Como siempre que la Ley hace una enumeración casuística, salvo que resuelva expresamente si dicha enumeración es *apertus* o *clausus*, cabe preguntarse al respecto y la cuestión no está exenta de importancia, pues hay otras muchas formas de resolución del derecho del arrendador que el art. 13 no menciona. En ese estado de cosas, resulta vital decidir si por analogía el art. 13 puede aplicarse a otras formas de resolución del derecho del arrendador o, por el contrario, el precepto resulta aplicable únicamente a las figuras jurídicas que menciona expresamente. MARIN LÓPEZ considera que la analogía es el instrumento a utilizar para aplicar el precepto en cuestión a esas otras modalidades que son muy variadas y para las que no hay ninguna razón que justifique un tratamiento distinto. Ob, cit, págs. 294 y 295.

<sup>687</sup> El art. 9 de la LAU establece un plazo mínimo de duración de estos contratos, pues, en principio será libremente pactada por las partes y si fuere inferior a cinco años, llegado el día de vencimiento del contrato, se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, salvo que el arrendatario manifieste su voluntad de no renovarlo en los términos y plazos que señala el propio artículo. El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta a disposición del arrendatario si ésta fuere posterior. Corresponderá al arrendatario la prueba de la fecha de la puesta a disposición.

<sup>688</sup> El art. 13 de la LAU establece textualmente: "Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador. 1. Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1. En contratos de duración pactada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada. 2. Los arrendamientos otorgados por usufructuario superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente Ley 3. Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1".

<sup>689</sup> En este sentido, FUENTES SORIANO asegura que con el cambio producido merced a la nueva LAU de 1994, concretamente, a través de su art. 9, se pone de manifiesto el interés del legislador por favorecer al arrendatario en la medida que se facilita su acceso a la vivienda y se le dota de una cierta estabilidad temporal. A su juicio, lo anterior responde sin duda a la realidad social del momento, en la que, especialmente en las grandes ciudades, la compra de viviendas se hace particularmente difícil. Por tanto, la protección del arrendatario, conjugada siempre con un intento de estabilizar el contrato de



Por tanto, si se trata de un contrato de duración inicial inferior a cinco años, inscrito o no, una vez producida la enajenación forzosa<sup>690</sup> derivada de una ejecución hipotecaria, el arrendatario tendrá derecho en todo caso a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan los cinco años. El art. 13.1 I LAU, por consiguiente, reconoce el derecho del arrendatario a permanecer en la vivienda alquilada incondicionalmente, tal y como se deduce de la expresión utilizada, *en todo caso*, y sin ningún otro requisito.

No obstante, se deja siempre a salvo la posibilidad de poder constatar el carácter fraudulento, ilícito o contrario a la buena fe del arrendamiento que daría lugar a su extinción<sup>691</sup> conforme a jurisprudencia consolidada en este punto. Pero, no habiéndose cuestionado la veracidad o el carácter fraudulento del título arrendaticio, una vez transcurridos los cinco primeros años, el adjudicatario que quiera poner fin al contrato de arrendamiento existente tendrá que acudir al juicio verbal previsto en el art. 250 de la LEC para promover el lanzamiento del inquilino<sup>692</sup>.

---

arrendamiento, de manera que no se perjudique tampoco el interés del arrendador es el criterio inspirador de la vigente LAU y, que, por tanto, habrá de tenerse en cuenta desde un punto de vista interpretativo. Ob, cit, págs. 376 y 377

<sup>690</sup> A pesar de que el artículo 13 de la LAU habla específicamente de enajenación forzosa también debe entenderse incluida la adjudicación forzosa. Tal y como recuerda MONTERO, la realización forzosa de los bienes en los procesos de ejecución puede llevar, bien a la enajenación forzosa, por medio de la subasta, bien a la adjudicación forzosa al ejecutante, en el caso de que fracase, y con ciertos requisitos, el sistema anterior. Por tanto, independientemente de que la adjudicación forzosa se entienda o no que se resuelve en “una venta” o en una adjudicación en pago, el derecho del arrendador queda resuelto por los dos sistemas exactamente igual, pues en los dos se produce la pérdida de la titularidad con el auto de adjudicación. . Ob, cit, pág. 1100.

<sup>691</sup> Inicialmente, conforme a la doctrina constitucional (SSTC 6 de enero de 1992 y 24 enero de 1995), era imposible proceder al lanzamiento del arrendatario urbano en el procedimiento especial del art. 131 LH, pero tal y como corrobora la STC 223/1997, de 4 de diciembre, la anterior doctrina fue restringida por el propio TC ya en la STC 69/1995, al declarar que en la medida en que aquella primera doctrina había nacido para garantizar el derecho de defensa de aquellos que ostentan un título legítimo que les legitima para poseer la finca que es objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria, la misma no puede ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante, excluyendo por ello su aplicación en los supuestos en los que se alegara un título que hubiera sido calificado por los propios órganos judiciales como fraudulento o extinguido por la ejecución (SSTC 24 de febrero de 1998 y 2 de octubre de 1997).

<sup>692</sup> MARIN LÓPEZ subraya en este punto: “...la protección que el art. 13.1 I LAU dispensa a los inquilinos no es una cueva en la que puedan refugiarse al abrigo de todo tipo de reclamaciones, los arrendadores y arrendatarios que celebren contratos con la intención, acaso exclusiva, de perjudicar derechos preexistentes de terceros. La Jurisprudencia no ha tenido empacho en anular los arrendamientos constituidos simuladamente, así como los concertados con fraude, dolo o confabulación. Esta doctrina, elaborada en el marco de la protección debida al derecho del acreedor hipotecario frente a los arrendamientos concertados después de la hipoteca, no sólo debe ser mantenida bajo la nueva LAU, sino también extendida a todas las situaciones cubiertas por el artículo 13.1 LAU, tanto las expresamente aludidas en él (retracto convencional, sustitución fideicomisaria, enajenación forzosa derivada de la ejecución hipotecaria o sentencia judicial), como aquellas otras a las que el precepto resulta aplicable por analogía. También es aprovechable en este empeño la jurisprudencia elaborada a propósito del artículo 114.12 LAU de 1964”. Ob, cit, pág. 321.

Por el contrario, el art. 13 LAU estipula que en los contratos de duración pactada superior a cinco años, si transcurridos los cinco primeros años, el derecho del arrendador se resuelve, el arrendamiento quedará extinguido, salvo que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad<sup>693</sup> con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, el arrendamiento continuará por la duración pactada, nunca indefinidamente, luego la inscripción del contrato de arrendamiento opera como una garantía de seguridad para el inquilino que por el hecho de haber inscrito su contrato tiene el derecho a permanecer en la posesión del inmueble por la duración pactada. Ello no obstante, hay que hacer notar que el precepto no aclara qué ocurre en los arrendamientos que, pactados contractualmente por una duración inferior a cinco años, acaban superando ese plazo gracias al juego combinado de las prórrogas de los arts. 9.1 y 10 LAU. En este punto, MARIN LÓPEZ considera que esta situación escapa al presupuesto de hecho del precepto, en la medida en que tiene por objeto los contratos cuya duración pactada sea superior a cinco años; por tanto, a su juicio, quedan fuera de su ámbito de aplicación los contratos que superen esa plazo quinquenal no por un pacto entre las partes, sino por la mutua articulación de las prórrogas de los arts. 9.1 y 10 LAU. Asimismo, reconoce que aunque la cuestión es susceptible de una mayor discusión, la solución debe pasar por considerar que la resolución del derecho del arrendador, verificada en un momento posterior al transcurso de los cinco primeros años de duración del contrato, determina la resolución del contrato locativo. En efecto, para MARIN LÓPEZ la solución más armónica con la LAU consiste en entender que este apartado (art. 13.1.II) se aplica no sólo a los contratos de duración pactada superior a cinco años, sino, en general, a los contratos cuya duración supere ese plazo, ya sea merced al pacto, ya sea gracias a la prórroga del art. 10 LAU. Además, a su juicio, no hay ninguna razón que justifique un tratamiento distinto en función de si la duración fue pactada o consecuencia de una prórroga legal, máxime si se repara en el dato de que la prórroga no obedece sino a la concorde voluntad de arrendador y arrendatario, y subraya que en el nuevo derecho arrendaticio que instaura la Ley de 1994, esta interpretación no está prohibida por su art. 6, ni resulta inadmisibles si tiene por objeto un arrendamiento cuya duración excede de los cinco primeros años<sup>694</sup>.

---

<sup>693</sup> En cumplimiento de lo señalado en la Disposición adicional segunda de la Ley 29/1994, el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, regula la inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos. MONTERO AROCA, critica que este Real Decreto no haya simplificado los requisitos formales de acceso, pues exige escritura pública o elevación a escritura pública del documento privado y establece que se dará una verdadera inscripción, no una anotación. Ob, cit, pág. 1103.

<sup>694</sup> Ob, cit, págs. 292 y 293.

De otro lado, estipula el art. 13.2 que los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente LAU<sup>695</sup>.

Por último, el art. 13.3 LAU concluye, en relación a los arrendamientos de vivienda ajena, que *duraran cinco años los arrendamientos que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1*. El precepto, tal y como se deduce de su tenor literal, protege a quien ha confiado en la apariencia registral, es decir, mantiene al inquilino en el disfrute de la vivienda a pesar de la falta de legitimidad del arrendador. La principal virtualidad del precepto en este punto no reside tanto en el mantenimiento del contrato de arrendamiento el cual es perfectamente válido, sino en que el verdadero titular del derecho que aparentaba ostentar el arrendador en el momento de concertar el arrendamiento está imposibilitado para solicitar la anulación o extinción del contrato invocando la inexistente titularidad del arrendador, sin perjuicio de las pretensiones indemnizatorias que el verdadero titular pueda articular contra el *falsus dominus*<sup>696</sup>.

En definitiva, el vigente art. 13 de la LAU resuelve el conflicto de intereses que se produce entre adjudicatario e inquilino sin tomar en consideración si el arriendo es

---

<sup>695</sup> Se trata de una aplicación del axioma *resolutus iuris concedentis resolvitur ius concessum*. MARIN LÓPEZ pone de manifiesto que el art. 13.2 es similar al actual art. 10 LAR, no guardando más que las diferencias necesariamente derivadas del hecho de que éste contemple los arrendamientos rústicos y aquél los urbanos. La extinción de los arrendamientos decretada por el art. 13.2 se produce cualquiera que sea el tiempo transcurridos desde su celebración, esto es, incluso si no han transcurrido los cinco primeros años desde la fecha de celebración. Para MARIN esta regulación pone de manifiesto una notable diferencia entre lo dispuesto en el art. 13.1 (que opta por la continuidad mínima hasta los cinco años) y el art. 13.2 (que se decanta por la extinción del arriendo tan pronto como se resuelva el derecho del arrendador), censurable por establecer diferencias arbitrarias entre situaciones que responden a una misma identidad o razón de ser. Sin embargo, afirma el autor, no puede defenderse la subsistencia del arrendamiento pese a la desaparición del derecho del arrendador, por lo menos hasta que transcurran los cinco años, pues cuando el legislador ha querido salvar el derecho del arrendatario durante ese tiempo lo ha dicho expresamente. Ob, cit, pág. 323.

<sup>696</sup> MARIN LOPEZ afirma que el contrato de arrendamiento concertado por el *non dominus* es una *res inter alios*, Sus efectos no alcanzan al verdadero titular del derecho recayente sobre el bien arrendado, sino que se producen únicamente entre el arrendado y el arrendatario. En todo caso, para por aplicar la previsión legal es necesario que se dé la nota de la *ajeneidad* en el momento de verificarse el contrato, porque si se produce después, el aplicable será el art. 13.1 o el art. 14 (si el arrendador enajena su derecho). Asimismo, es imprescindible el presupuesto de la buena fe consistente en un estado psicológico del arrendatario de creencia en que las situaciones aparentales se corresponden con la realidad. La buena fe se presume, por tanto, corresponderá al dueño real que pretenda la extinción del arrendamiento demostrar que el arrendatario es indigno de escudarse en la protección del artículo 13.3 LAU porque, a pesar de lo que proclamaba el Registro, o de lo que se deducía de los hechos, el inquilino era conocedor de la falsedad de aquel o de éstos. Ob, cit, pág. 333

anterior o posterior a la hipoteca; en consecuencia, la intención del legislador es que el arrendamiento persista por un periodo de tiempo determinado. Tan solo alude al elemento temporal (arrendamiento anterior a la hipoteca) cuando éste ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad y se ha concertado por tiempo superior a cinco años, único caso en que el arrendamiento continuará por la duración pactada. Por tanto, a modo de síntesis, si el contrato es por tiempo inferior a cinco años, sin ninguna otra consideración, persiste hasta completar los cinco años de vigencia; si es de duración pactada superior a esos cinco años que la LAU establece como de duración mínima recomendada, automáticamente se extingue el arrendamiento, salvo que el contrato hubiera accedido al Registro con anterioridad a la hipoteca, (la LAU habla de *los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador*), caso en que continuará por la duración pactada.

b) Arrendamientos para uso distinto de vivienda.

De la misma forma que la LAU,(art.13) con mayor o menor acierto, resuelve de una forma expresa la coexistencia entre un proceso de ejecución hipotecaria y un arrendamiento sobre vivienda, omite cualquier referencia al respecto tratándose de un arrendamiento para uso distinto de vivienda, también sometido éste último a la vigente LAU de 1994. Dicha omisión no se justifica, como no sea por el exceso de celo que el legislador quiso ejercer al querer proteger mejor a los arrendatarios de vivienda por estimar que en ellos subyace un interés más ponderable que el que resulta inherente a los arrendamientos para usos distintos, comerciales o mercantiles en muchos casos<sup>697</sup>.

En este contexto, a la hora de resolver la convivencia de la ejecución y el arrendamiento, autores y Jurisprudencia han discutido esencialmente sobre dos extremos: por un lado, discuten acerca de si el art. 13 LAU puede aplicarse por analogía a los arrendamientos para usos distintos de vivienda y, por otro, dudan en relación a si el art. 29 de dicho texto legal<sup>698</sup>, referido a la enajenación de la finca arrendada, puede aplicarse al supuesto que nos ocupa<sup>699</sup>.

---

<sup>697</sup> Así lo corrobora de forma expresa la propia Exposición de Motivos de la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, al manifestar que las realidades económicas subyacentes en uno y otro tipo de contratos son distintas, mereciendo una especial protección los arrendamientos de vivienda.

<sup>698</sup> El precepto estipula: "Enajenación de la finca arrendada. El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria".

<sup>699</sup> Sobre estas cuestiones se pronuncia la Sentencia 203/2001 de la AP de Asturias, sección 6ª, de 9 de abril, que después de recordar una serie de premisas básicas, tales como " el arrendamiento no queda sin efecto por la adjudicación hipotecaria de la finca arrendada, con independencia de que fuera concertado antes o después de la constitución de la hipoteca, ya que el art. 131 LH sólo se refiere a la cancelación de cargas o derechos reales, que no tienen nada que ver con el contrato de arrendamiento, al tratarse este último de un derecho personal..."; ello, constata la sentencia, siempre que el contrato de arrendamiento

En el primer caso, existe gran consenso a la hora de apreciar que no cabe aplicar por analogía el art. 13 LAU, pues atendiendo al sistema de fuentes que establece el art. 4.3 LAU, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se regulan preferentemente por la voluntad de las partes. Asimismo, tal y como afirman AZOFRA y MALKKI, no se persigue garantizar una duración mínima del contrato, principio que inspira la regulación de los arrendamientos de vivienda, y que, sin embargo, falta en los arrendamientos para usos distintos.<sup>700</sup> Por su parte, la Sentencia de la AP de Madrid 1 de abril de 2000 declara que cuando el legislador ha querido aplicar el régimen legal de los contratos de arrendamiento de vivienda a aquellos que no lo son, lo ha indicado de forma expresa.

---

no se presente ya *prima facie* como inexistente por estar efectuado en fraude de ley. Asimismo, la referida Sentencia considera que la lista de supuestos que encierra el art. 13 LAU es puramente enunciativa, no exhaustiva y, en consecuencia, deben comprenderse todos los supuestos de desaparición del patrimonio del arrendador del derecho que posibilitó el arrendamiento y su consiguiente ingreso en el patrimonio de un tercero. Por último, y en lo que aquí interesa, la Sentencia alude a las dos grandes posturas doctrinales formuladas en un intento por resolver la ausencia de regulación legal cuando la convivencia entre ejecución y arrendamiento se refiere a uno que lo es de uso distinto de vivienda. En este sentido establece textualmente, en alusión a esas dos posiciones: "...A) Los que estiman que procede la aplicación analógica de lo previsto en el párrafo primero del art. 13, en sede de arrendamiento de vivienda con fundamento en que una interpretación extensiva del art. 29 de la propia Ley, reputando incluidos entre los adquirentes que menciona a los derivados de un procedimiento de apremio, llevaría a la consecuencia de que tendría una mayor protección que los arrendamientos de vivienda, en contra de lo argumentado por el propio legislador en el apartado primero del preámbulo de la ley, limitando el carácter tuitivo a los arrendamientos de vivienda, lo que lleva a defender a este sector doctrinal en base a una interpretación sistemática de los arts. 29, 13 y 14 de la LAU, la aplicación del citado párrafo primero del art. 13, pero sin derecho a la permanencia en el arrendamiento durante los 5 primeros años, al no tener los arrendamientos para uso distinto tiempo mínimo de duración y prórroga obligatoria como las viviendas, y B) por el contrario, otro sector doctrinal, éste mayoritario, entiende que el art. 29 de la LAU ha de aplicarse a todos los supuestos de transmisión inter vivos de la propiedad, análogos al de compraventa, esto es, en definitiva a cualquier negocio que suponga un acto traslativo y de disposición por el que se transmita la titularidad de la cosa a un tercero, entre los que estaría la enajenación forzosa. Consecuencia de ello es que la regla general para este sector doctrinal será la subrogación en el contrato del adquirente durante el plazo pactado con la única limitación de que éste ostente el carácter de tercero hipotecario". En el caso de autos, la Sala se decanta por este último criterio por las siguientes razones: "...es el más acorde con el propio tenor literal de la ley, desde el momento en que no cabe duda alguna que entre los adquirentes de vivienda arrendada están los que lo sean por cualquier título traslativo de la propiedad, entre lo que se encuentra la enajenación forzosa en vía de apremio. Además, sigue diciendo la Sentencia, la tesis que propugna la aplicación analógica del art. 13 de la LAU, quiebra el sistema de fuentes aplicable a los arrendamientos para uso distinto de vivienda, según lo dispuesto en el art. 4.3 de la propia LAU, que rechaza la aplicación supletoria a los mismo del Título II relativo a las viviendas y, por último, porque la aplicación analógica exige como presupuesto la existencia de una laguna legal que aquí no concurre desde el momento en que la amplitud de los términos en que aparece redactado el art. 29 LAU, en sede de arrendamientos para uso distinto de vivienda, permite incluir en el mismo el invocado por el actor de adquisición de la misma en procedimiento de ejecución hipotecaria, tanto más cuanto que la analogía propugnada supone parcelar la norma de cobertura en cuanto se excluyen los efectos previstos por el legislador expresamente en la misma". La propia Sentencia concluye su razonamiento citando otra del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1998, según la cual el art. 29 LAU dispone que el adquirente, por cualquier título, de una finca arrendada queda subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, excepto sin concurren en aquel los requisitos del art. 34 LH. Por último, la Sentencia 493/2009 de la AP de Barcelona, sección 4ª, (referida a un supuesto de retracto) declara también que el art. 29 LAU ha de aplicarse a todos los supuestos de transmisión inter vivos de la propiedad, análogos a la compraventa, es decir, a cualquier negocio que suponga un acto traslativo y de disposición por el que se transmita la titularidad de la cosa a un tercero.

<sup>700</sup> *La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto de vivienda*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 688, 2005, págs. 525 a 538. También en [www.uria.com/documentos](http://www.uria.com/documentos).

Sea como fuere, la falta de una previsión legal específica ha generado básicamente dos posiciones doctrinales opuestas<sup>701</sup>: de un lado, un sector doctrinal considera que debe seguirse el régimen legal de prelación establecido en la LH, la LEC y el CC<sup>702</sup>, según la cual el conflicto debe resolverse con arreglo a las normas de derecho común, al igual que los contratos de arrendamiento no sometidos a leyes especiales. Por tanto, se aplicaría el art. 1571 CC ("*venta quita renta*"). En su virtud, por la remisión que hace éste último precepto a la LH, los arrendamientos de fincas de uso no residencial no inscritos o los inscritos con posterioridad a la hipoteca carecen de preferencia frente al acreedor hipotecario y, a instancia de éste, se extinguirán a la fecha de la venta del bien en subasta, pues la transmisión de la finca provoca en este caso la extinción del derecho.

Por el contrario, otros autores centran la discusión en la aplicabilidad o no del art. 29 LAU. Así, BERCOVITZ considera que la expresión *enajenación* empleada en el título del art. 29 de la LAU engloba no sólo los casos de venta, sino también otros negocios de orden traslativo, de manera que dicho artículo resultaría aplicable a los supuestos de venta o enajenación forzosa de la finca producida en el seno de una ejecución hipotecaria<sup>703</sup>.

Por su parte, AZOFRA y MALKKI, rechazan esta aplicabilidad al considerar que si el art. 29 LAU se interpretara extensivamente a los supuestos de adquisición forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, se estarían imponiendo al adjudicatario de local de negocio arrendado por plazo superior a cinco años, mayores exigencias para desconocer el derecho del arrendatario de uso distinto del de vivienda que las que se imponen, conforme al art. 13 LAU, al adjudicatario de vivienda arrendada por el mismo plazo. Según estos autores, resultaría entonces que el arrendatario de uso distinto de

---

<sup>701</sup> Sintetizadas por AZOFRA Y MALKKI, Ob, cit.

<sup>702</sup> ROCA-SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, DE LA PUENTE ALFARO, FERNANDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, RIVERA FERNANDEZ, LASART.E ALVAREZ, REDONDO GARCIA y POVEDA BERNAL.

<sup>703</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, ob, cit págs. 707 a 709. Igualmente, GULLÓN BALLESTEROS que, además, pone de manifiesto lo desafortunado de la LAU en este punto al afirmar: "...ha sido un desacierto notable de la nueva LAU no atender a las situaciones que se crean por la posibilidad de que un propietario-arrendador celebre contratos de arrendamientos para que lo tengan que soportar sus acreedores si le ejecutan. Debió haberse diferenciado entre los arrendamientos inscritos en el Registro de la propiedad antes o después de los derechos de éstos, y protegerse a los primeros en sus propios términos, extinguiéndose los segundos con la ejecución.....No se ha solucionado legislativamente el viejo tema de la suerte del arrendamiento constituido por el arrendador frente al adquirente en un procedimiento de ejecución sobre la finca arrendada, es más, lo puede haber agravado interpretando literalmente el artículo 29, pues si se inscribe antes de la adquisición forzosa, habría que soportarlo el adquirente al no reunir los requisitos del artículo 34 de la ley Hipotecaria". La cita de GULLÓN está tomada de AZOFRA y MALKKI, ob, cit.

vivienda gozaría de mayor protección para mantenerse en su derecho que el arrendatario de vivienda y “ésta sola reducción al absurdo bastaría para rechazar la aplicación del artículo 29 LAU a la ejecución hipotecaria”. En definitiva, a su juicio, el derecho de arrendamiento no puede gozar de mayor protección que los derechos reales, ni perjudicar el valor de la finca dada en garantía al acreedor hipotecario que tiene un legítimo interés a que el valor de la cosa hipotecada no se vea perjudicado por la concertación posterior de un arrendamiento en condiciones perjudiciales.<sup>704</sup> Por tanto, el art. 29 LAU únicamente es aplicable a la transmisión voluntaria.

c) Arrendamientos rústicos.

Con respecto a los arrendamientos sometidos a la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, no se plantean especiales dificultades. Si el arrendamiento es anterior a la hipoteca, esté inscrito o no en el Registro de la Propiedad, subsiste a tenor de lo dispuesto en el art. 22, según el cual el adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el art. 34 de la LH, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, debiendo respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato o de la prórroga tácita que esté en curso.

Al igual que acontece con los arrendamientos urbanos, siempre queda a salvo la posibilidad de alegar y, en su caso, probar el fraude, mala fe o confabulación en la realización del contrato que puede dar lugar a su extinción<sup>705</sup>.

Ahora bien, tratándose de un arrendamiento posterior a la hipoteca, resultan de aplicación, respectivamente, los arts. 10 y 24 de la LAR. En consecuencia, la resolución del derecho del arrendador extingue el arrendamiento, que subsistirá mientras dure el año agrícola y el nuevo adquirente no inste su resolución<sup>706</sup>.

d) Garantías a favor del arrendatario.

La problemática examinada en torno a la convivencia entre ejecución hipotecaria y arrendamientos ha pasado por distintas fases, desde aquella en la que

---

<sup>704</sup> Ob, cit. Si bien, no puede desconocerse toda la doctrina que los tribunales han tenido ocasión de consolidar sobre los contratos de arrendamientos simulados o suscritos en fraude de los derechos de los acreedores y que no son válidos, pues no subsisten tras la ejecución hipotecaria, una vez demostrado su carácter fraudulento.

<sup>705</sup> Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997, Sentencia de la AP de Valencia de 14 de mayo de 2001, Sentencia de la AP de Madrid de 10 de mayo de 2000 y Auto de la AP de Granada de 14 de febrero de 2000.

<sup>706</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1990.

se resolvía a favor de la extinción de los contratos<sup>707</sup> hasta otra bien distinta en la que se opta por su mantenimiento<sup>708</sup>; y aunque hoy la LAU trata de ofrecer respuesta para los arrendamientos de vivienda, decantándose por la supervivencia del arriendo por tiempo determinado, ello es así siempre y cuando no resulte que el contrato de arrendamiento se concertó con la intención de defraudar los intereses de adjudicatarios y/o acreedores hipotecarios.

En este punto, la doctrina que tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales tuvieron ocasión de conformar antes del año 1994 sigue tan vigente como entonces. Y se proyecta sobre la regulación vigente, de manera que constatada la existencia de fraude o confabulación entre arrendador y arrendatario, el contrato locativo se extingue.

Dicha doctrina no distinguía si el arrendamiento era de local de negocio o de vivienda pero sí incidía en la nota de existencia de fraude o confabulación en su concertación para concluir su extinción en el caso de que existiera. A modo de síntesis, cabía concluir, lo mismo que en la actualidad, que nos hallamos ante derechos compatibles, de un lado, el derecho personal de arrendamiento y, de otro, el derecho real de hipoteca. Como regla general, el arrendamiento es válido y permanece a pesar de la ejecución hipotecaria, incluso cuando se concierta después de la hipoteca. Por último, como tercer pilar sobre el que descansa la solución del problema en dicha jurisprudencia, el arrendatario no puede ser lanzado sin ser oído<sup>709</sup>.

---

<sup>707</sup> Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1945, 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986 y 23 de diciembre de 1988.

<sup>708</sup> Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1990, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991.

<sup>709</sup> Las tres ideas principales se condensan en el Auto de la AP de Navarra de 7 de febrero de 1992 que proclama la validez y prevalencia del arrendamiento concertado después de la constitución de la hipoteca. El referido Auto declara: "...habida cuenta de que no consta, ni tan siquiera se alega la existencia de fraude, dolo o confabulación entre arrendador y arrendatario, ello obliga a partir de la existencia de dicho arrendamiento, y siendo compatibles el derecho real dominical con el derecho personal arrendaticio, no puede declararse la extinción del contrato de arrendamiento por la ejecución hipotecaria del inmueble arrendado". Doctrina ésta que unida a la establecida por el Tribunal Constitucional, Sentencia de 16 de enero de 1992, lleva, asimismo, a concluir a la AP de Navarra en el caso de autos, que "el lanzamiento del arrendatario sin ser oído, colocaría a éste en posesión notoria y gravemente disminuida para una eficaz defensa de su derecho, causante de indefensión, lo que veda el art. 24. 1 de la Constitución." En el mismo sentido de rechazar la extinción del arrendamiento de inmueble hipotecado y proclamar la necesidad de que el arrendatario sea oído en proceso declarativo ordinario para poder ser lanzado, se pronuncia el Auto de la AP de Asturias de 19 de marzo de 1992; en orden a lo determinante que resulta la existencia de fraude, dolo o confabulación para decidir sobre la extinción del contrato, este Auto afirma: "...habida cuenta de que en el supuesto de autos no se ha alegado ni probado en el momento procesal oportuno que concurriera fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y arrendatario en la celebración del contrato de arrendamiento de vivienda, y que, además, ésta se concertó con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas prevista en la regla cuarta de la ley Hipotecaria, cuya nota registral hubiese permitido al inquilino el conocimiento de la existencia del procedimiento, ha de concluirse que el repetido contrato subsiste y no se ha extinguido como consecuencia del auto de adjudicación dictado...". Por su parte, el Auto de la AP de Madrid de 16 de noviembre de 1992, con alusión directa a determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo recuerda que "...en principio el arrendamiento del bien hipotecado subsiste tras la ejecución hipotecaria y adjudicación de éste a un tercero, no siendo en sí causa



Por el contrario, se declara la extinción del arrendamiento cuando se acredita la existencia de fraude o mala fe en el arrendatario, cuando se duda sobre si realmente hay contrato o se ha simulado uno con el objetivo de frustrar los fines de la ejecución o, en definitiva, concurre fraude de ley<sup>710</sup>.

---

de extinción o resolución del contrato arrendaticio que, en cambio, sí procederá cuando éste tenga por causa la simulación o el fraude entre arrendador y arrendatario, no se acredite la existencia del arrendamiento, la ausencia de buena fe entre los contratantes o la fijación de rentas en contra de lo prevenido en el art. 219 del Reglamento Hipotecario...". También, el Auto de la AP de Madrid de 2 de diciembre de 1992. Por su parte, la Sentencia de la AP de Huesca de 20 de septiembre de 1994 añade un elemento más en la decisión del conflicto, pues al mismo tiempo que reconoce que la ejecución hipotecaria no puede extinguir los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca, salvo que hubiese existido confabulación o fraude, afirma igualmente que no puede distinguirse entre los arrendamientos anteriores o posteriores al RD 2/1985, de 30 de abril. Concretamente, declara la AP de Huesca en esta resolución: "...no acertamos a encontrar argumento alguno que permita proclamar la extinción del arrendamiento por la ejecución hipotecaria, según tenga o no derecho a la prórroga, con más razón, cuando nos parece indiscutible que es mucho menos gravoso para el acreedor hipotecario y para el eventual adjudicatario un arrendamiento sin derecho a prórroga que otro que sí que tenga derecho a ella, pese a lo cual, si se entrara en la distinción, resultaría que la ejecución hipotecaria determinaría la extinción de un arrendamiento con duración temporal limitada mientras que, salvo los supuestos de fraude, nada podría frente a un arrendamiento con derecho a prórroga, susceptible de durar indefinidamente desde una perspectiva práctica...". Asimismo, reconociendo la validez del arrendamiento posterior a la escritura de constitución de la hipoteca, Auto de la AP de Girona de 24 de febrero de 1995, Auto de la AP de Barcelona de 17 de mayo de 1995, Sentencia 235/1996 de la AP de Málaga, sección 6ª, de 22 de abril, Asimismo, Auto 75/1998 de 3 de abril de la AP de Islas Baleares, sección 5ª, que además, argumenta que el arrendatario es un poseedor civil aunque en concepto distinto al de dueño, sin menoscabo del derecho dominical y la atribución dominical del inmueble hipotecado afecta solamente a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad como es el derecho de arrendamiento. En el idéntico sentido, la misma Audiencia, sección 1ª, en Auto de 5 de octubre de 1998 y Sentencia 594/1998 de la AP de Asturias, sección 1ª, de 10 de noviembre. Tratándose de un arrendamiento anterior a la propia hipoteca, con más razón reconoce su validez y vigencia el Auto 168/1998 de la AP de Girona, sección 2ª, de 10 de diciembre. Si se trata de contratos de fecha coetánea, reconoce su validez, el Auto 126/1999 de 10 de la AP de Málaga, sección 6ª, de 10 de junio. Igualmente, sobre la validez de los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca, a menos que hubiese existido confabulación o fraude, Auto 269/1999, sección 19ª, de la AP de Madrid de 17 de junio. Sentencia de la AP de Barcelona, sección 13ª, de 9 de marzo de 2000; Auto 63/2000 de la AP de Cádiz, sección 8ª, de 9 de noviembre, Sentencia 333/2001 de la AP de Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª, de 20 de abril, Auto de la AP de Barcelona, sección 1ª, de 6 de junio de 2001; Sentencia 386/2001 de la AP de Lleida, sección 2ª, de 4 de septiembre.

<sup>710</sup> Es el caso de las Sentencias que se citan a continuación, que declaran la invalidez de los arrendamientos concertados. Así, entre otras, STS de 23 de diciembre de 1988 que ve claros indicios de la concertación dolosa y, además, afirma que un mero derecho personal no puede prevalecer frente a la hipoteca, tanto más, cuando se ha concertado en circunstancias fraudulentas; afirma el TS: "...el arrendatario y el arrendador, conocedores de la situación no ya de hipoteca sino de ejecución en trámite de la misma, suscriben posteriormente un documento que por sus condiciones de gravosa onerosidad para el futuro e inminente propietario distinto del arrendador actuante, proyecta una anomalía que va dirigida sobre todo, contra las prevenciones marcadas en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario que tampoco les es dable desconocer conforme al artículo 6.1 del Código Civil y para ello se conviene una renta muy inferior al 6% reglamentario, no actualizable en tres años, que patentiza el ánimo defraudatorio que pudiera conseguir finalísimamente la frustración de reintegro de la deuda por la vía de apremio hipotecario, lo que enmarca la cuestión en los artículos 1291 y siguientes del Código Civil (...). No debe hacerse de mejor condición un mero derecho personal como es el que confiere el contrato de arrendamiento, lo que comporta la extinción del mismo por resolución del derecho del arrendador, sobre todo si lo ha sido en las circunstancias y connotaciones reseñadas". En el mismo sentido, confirmando la concertación del fraude y, por tanto, la extinción del contrato, STS de 23 de junio de 1992 y 388/1995 de 20 de abril. Por su parte, entre las Audiencias Provinciales, por orden cronológico, pueden citarse, entre otras: Sentencia de la AP de Sevilla de 13 de mayo de 1994, que con cita, a su vez, de la Sentencia del TC de 16 de enero de 1992, se muestra a favor de la confirmación de los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta, a no ser que se trate de contratos simulados o realizados con confabulación o mala fe para intentar impedir la eficacia del procedimiento judicial sumario. Se basa esta nueva orientación, según asegura la sentencia: 1º En la coexistencia y compatibilidad del arrendamiento con el derecho de dominio de un tercero, en cuanto el arrendatario es poseedor civil en

concepto distinto del de dueño, sin que ésta titularidad conlleve un menoscabo de ese derecho dominical;

2º En que la regla 17 del art. 131 afecta únicamente a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se haya realizado, sin que de ella pueda derivarse que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la propiedad, como ocurre con la mayoría de los arrendamientos; y 3º. En que, de admitirse la solución contraria, se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento no catalogada en la relación exhaustiva que esas causas hacen la Ley de Arrendamientos urbanos y la Ley de Arrendamientos Rústicos (...) La referida Sentencia, sigue diciendo: "... constan indicios que permiten pensar fundadamente que el arrendamiento que concertó el deudor hipotecario fue un negocio simulado, como el hecho de cuando la comisión del Juzgado compareció en la finca a fin de entregar su posesión a la actora, como adjudicataria de la misma, encontró que quien ocupaba la vivienda ubicada en ella era el hijo del arrendador, que fue precisamente quien alegó la existencia del arrendamiento y presentó el documento que lo recogía....Tal contrato se celebró con la finalidad de defraudar al acreedor hipotecario, o bien quien resultara el adjudicatario de la finca, al celebrarse la subasta, haciendo ineficaz la garantía hipotecaria. Además, de las condiciones pactadas en el contrato como el largo plazo de duración o la percepción por anticipado de la renta, pone en evidencia el fraude el hecho de celebrarse apenas ocho días antes de la tercera subasta...." En el mismo sentido, Sentencia de la AP de Salamanca de 16 de enero de 1995 que observa finalidad de perjudicar la efectividad de los derechos del acreedor hipotecario en contrato concertado con posterioridad a la constitución de la hipoteca y al inicio del procedimiento judicial sumario del art. 131 LJ; también, Auto de la AP de Zamora de 17 de febrero de 1995(resume muy bien someramente la doctrina jurisprudencial en la materia); Sentencia de la AP de Madrid de 29 de marzo de 1995 que enmarca la confabulación en la relación de parentesco existente entre los deudores hipotecarios y el arrendatario; por su parte, en la misma línea, la Sentencia de la AP de Cádiz de 14 de junio de 1995 recuerda que no es novedosa la cuestión planteada en el caso que ha de resolver, relativa a la aparición de un posible arrendamiento en la fase final del procedimiento del art. 131 de la LH y pone el acento en la cuestión de indefensión, alegada por el presunto arrendatario; afirma que "la simple alegación de una relación arrendaticia no se convierte en causa de suspensión del procedimiento hipotecario, si no va acompañada tal alegación de una mínima credibilidad objetiva de la certeza de tal situación". En el caso de autos, la AP afirma que "está fuera de toda duda que la parte que se titula arrendataria ha tenido suficiente conocimiento de la ejecución hipotecaria y no ha hecho alegación alguna ni ha querido hacer valer su posible relación contractual, sino hasta el mismo momento del lanzamiento, lo que en modo alguno puede permitirse, ya que denota, cuando menos, mala fe procesal e inadecuado uso y alegación de sus derechos....El concepto de indefensión, con trascendencia y operatividad, es de carácter material y no exclusivamente formal, de modo que no podrá alegarse si no se ha observado, en el curso de las diferentes fases procesales, la debida conducta diligente con miras a propiciar la rectificación o corrección de posibles omisiones judiciales lesivas, en principio, del derecho a ser oído en un proceso en el que se ostenta la condición de parte. Corresponde a las partes intervinientes en un proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefensión de actuar con una diligencia razonablemente exigible, pues, si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento, subsanando así la posible infracción cometida por el órgano judicial de modo que sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión". La Sentencia de la AP de Huelva, declara la extinción de un arrendamiento no sujeto a prórrogas legal con base en el art. 1571 del Código Civil; igualmente, respecto de contrato sometido a las normas de régimen común, y, en particular, el art. 1571 CC, Auto 64/1999, de la AP de Zamora, sección única, de 10 de junio. Por fraude, confabulación o simulación, declaran la extinción de los arrendamientos, también, la Sentencia 340/1997 de 22 de octubre de la AP de Huesca, Auto 39/1998 de la AP de Toledo, sección 1ª, de 18 de junio, Auto de la AP de Barcelona, sección 14ª, de 16 de febrero de 1999, Auto 123/1999 de la AP de Málaga, sección 6ª, de 3 de junio, Auto 142/1999 de la AP de Asturias, sección 4ª, de 22 de junio, Sentencia 207/1999 de la AP de Jaén, sección 2ª, de 6 de julio, Sentencia 9/2000, de la AP de Asturias, sección 4ª, de 17 de enero, Auto 596/1999 de la AP de Lleida, sección 2ª, de 30 de noviembre, Auto 96/2000 de la AP de Málaga, sección 6ª, de 29 de marzo, Auto de la AP de Madrid, sección 21ª, de 1 de abril de 2000, Sentencia 457/2000 de la AP de Castellón, sección 1ª, de 2 de octubre, Auto 35/2000 de la AP de Granada, sección 4ª, de 14 de febrero y 173/2000, sección 3ª, de 30 de mayo, Auto 306/2000 de la AP de Castellón, sección 1ª, de 14 de junio, Sentencia de la AP de Barcelona, sección 13ª, de 8 de septiembre de 2000, Auto de la AP de Cádiz, sección 2ª, de 2 de noviembre de 2000, Auto 71/2001 de la AP de Toledo, sección 2ª, de 6 de febrero, Auto de la AP de Madrid, sección 14ª, de 6 de marzo de 2001 y sección 21ª, de 26 de marzo de 2001, Sentencia 75/2001 de la AP Pontevedra, sección 3ª, de 12 de marzo, Auto de la AP de Barcelona, sección 16ª, de 29 de marzo de 2001, Sentencia 74/2001 de la AP de Segovia, sección única, de 18 de abril, Sentencia 291/2001 de la AP de Valencia, sección 8ª, de 14 de mayo, Auto de la AP de Madrid, sección 14ª de 29 de octubre de 2001, que declara la imposibilidad de dejar subsistente el arrendamiento de local adjudicado a la acreedora hipotecaria, pues dicho arrendamiento, concertado después de estar en mora el préstamo y promovida la demanda de ejecución hipotecaria, se concertó causando una grave perjuicio económico al acreedor hipotecario ahora adjudicatario, disminuyendo ostensiblemente el valor de la finca

Por último, aunque en la vigente LEC se regula expresamente un incidente para decidir sobre la continuidad o no del arrendamiento en el mismo proceso de ejecución, conviene recordar que la Jurisprudencia anterior ya fue adelantando el camino al tener que decidir sobre este punto particular; en este sentido, muchas Sentencias dictaminaron que es en el seno del procedimiento hipotecario donde el juez ejecutor, y no otro, debe resolver la cuestión. En consecuencia, el proceso del art. 131 LH no impedía (mucho menos el del art. 681 y siguientes LEC), a los poseedores en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento que puedan exhibir un título cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución debe valorar el juez ejecutor. El juez a la vista del título presentado valoraba y decidía sobre si había de hacerse efectivo el lanzamiento o no. Asimismo, se pone de manifiesto la evolución que ha experimentado la Jurisprudencia del TC, desde las SSTC 6/1992 y 21/1995 hasta las SSTC 158/1997, 174/1997, 223/1997 y 42/1998; las dos primeras remitían al procedimiento declarativo ordinario, sede procesal en la que las partes tenían que hacer valer sus derechos, en igualdad de armas y forma contradictoria. Por el contrario, las restantes Sentencias tratan de resolver los problemas prácticos que había generado la doctrina de las anteriores y, en consecuencia, declaran que el proceso del art. 131 LH no impide que los poseedores, a la sazón, inquilinos o arrendatarios, no puedan exhibir los títulos en que basan su posesión, cuya eficacia únicamente a los efectos de la ejecución deberá valorar el Juez ejecutor, estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento hipotecario o bien si, por constar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, la diligencia de lanzamiento no debe llevarse a cabo<sup>711</sup>. Será en un procedimiento declarativo posterior donde las partes puedan hacer valer otro tipo de alegaciones que tengan por conveniente.

---

hipoteca; Sentencia 101/2002 de la AP de Alicante, sección 6ª, de 26 de febrero, Auto de la AP de Barcelona, sección 4ª, de 25 de marzo de 2002, Sentencia 210/2004 de la AP de Murcia, sección 3ª, de 15 de julio, Sentencia 191/2010 de la AP de Granada, sección 4ª, de 7 de mayo, Sentencia de la AP de Madrid, sección 13ª, de 5 de febrero de 2002, Por su parte, la Sentencia 143/2010 de la AP de Jaén, sección 1ª, efectúa interesantes consideraciones en cuanto a la nulidad de actuaciones, pero en lo que aquí interesa, la vigencia de un contrato de arrendamiento de local en el seno de una ejecución hipotecaria, afirma que en caso de autos no queda acreditada su existencia y, en consecuencia, considera que se trata de un contrato simulado y confeccionado *ex profeso* para su presentación en el procedimiento de ejecución hipotecaria, o al menos con otra finalidad que la de regular una cierta y real relación arrendaticia, sin que desde luego sea oponible frente a terceros. Por último, Sentencia del Tribunal Supremo 450/2009 de 25 de junio, y Sentencia 396/2011 de la AP de Cáceres, sección 1ª, de 17 de octubre.

<sup>711</sup> Entre otras, Auto de la AP de Barcelona, sección 17ª de 18 de enero de 1999, Sentencia 829/1999 de la AP de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de octubre, Sentencia 112/2000 de la AP de Pontevedra, sección 1ª de 14 de marzo, Auto 558/2000 de la AP de Castellón, sección 3ª, de 10 de octubre, Autos 11/2001 de la AP de Cádiz, sección 8ª, de 31 de enero y 45/2001, sección 8ª, Auto 122/2002 de la AP de Granada, sección 4ª, de 3 de octubre. En el mismo sentido que las anteriores aunque en el caso concreto, remite al declarativo ordinario la cuestión conflictiva, pues excede del ámbito hipotecario, Auto de la AP de Barcelona, sección 1ª, de 19 de junio de 2001. Todas ellas con cita expresa de las SSTC 6/1992 y 21/1995, SSTC 158/1997, 174/1997, 223/1997 y 42/1998



## CAPÍTULO V

### LA FORMALIZACIÓN DE LA PRETENSIÓN EJECUTIVA HIPOTECARIA.



## CAPÍTULO V

### LA FORMALIZACIÓN DE LA PRETENSIÓN EJECUTIVA HIPOTECARIA.

La pretensión hipotecaria puede formalizarse judicialmente a través de distintas vías procedimentales. El presente Capítulo se va a estructurar en dos grandes partes; en la primera de ellas, sin ánimo de profundizar, se alude a todas las opciones procesales por las que el acreedor hipotecario puede intentar la satisfacción de su derecho de crédito, partiendo de la facultad que le compete de elegir entre todas ellas<sup>712</sup>. Particularmente, se hace una especial referencia a la esencia y fundamento del proceso de ejecución para subrayar después las ventajas y desventajas de las alternativas procesales que asisten al acreedor hipotecario. En la segunda parte, se analizará la opción procesal preferente que no es otra que la regulada en los arts. 681 y siguientes LEC; en suma, la que se corresponde con el proceso especial hipotecario, así como a los actos procesales que en el seno de éste último tienden a delimitar formalmente *la pretensión ejecutiva hipotecaria*.

#### I. OPCIONES PROCESALES DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.

##### 1) Facultad de elección a favor del acreedor hipotecario.

Como es sabido, cuando un acreedor tiene su derecho garantizado con una garantía real, como es la hipoteca<sup>713</sup> inmobiliaria, producida una situación de

---

<sup>712</sup> En efecto, no se duda acerca de la posibilidad real que tiene el acreedor hipotecario de escoger entre todas las opciones procesales (y la no procesal), si se dan los presupuestos indispensables en cada caso. En este sentido, ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÁ i XIRGO. *Derecho hipotecario, 9ª edición, Tomo X*, 2009, Bosch, pág. 258. Con todo, hay que reconocer que el poder del acreedor de acudir a uno u otro procedimiento no depende de la voluntad concorde de las partes, sino de que, en el caso concreto, concurren los presupuestos procesales específicos de cada uno previstos en la ley.

<sup>713</sup> ALBALADEJO define la hipoteca inmobiliaria como un derecho que recae sobre un inmueble, que no pasa a posesión del acreedor y, que, como todos los derechos reales de garantía, asegura el cumplimiento de una obligación facultando a su titular para, si es incumplida, promover la venta del inmueble gravado, y cobrarse aquella sobre el precio que den por éste. Cuenta entre sus características especiales el ser un derecho de constitución registral, en cuanto es necesaria su inscripción en el registro de la propiedad para que nazca. *Derecho Civil III, Derecho de Bienes, Volumen segundo, Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad, sexta edición, Ed. Bosch*, 1989, Págs. 288 y 289. Aunque en esta definición el autor se centra en la hipoteca inmobiliaria que es la que nos interesa por cuanto favorece la existencia de una eventual ejecución del inmueble en cuestión, la misma puede recaer tanto sobre inmuebles, como sobre ciertos muebles, regulándose éstas última por las disposiciones de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión de 16 de diciembre de 1954, que en su artículo 12 advierte que únicamente podrán ser hipotecados: los establecimientos mercantiles, los

morosidad, le asisten diferentes vías para reclamar el cumplimiento y la satisfacción de su derecho. En primer lugar, el ejercicio de la pretensión ejecutiva hipotecaria puede canalizarse por un procedimiento jurisdiccional o también a través de una vía extrajurisdiccional, que implica la venta notarial del bien en pública subasta, recientemente declarada constitucional por el TC<sup>714</sup>.

---

automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular, las aeronaves, la maquinaria industrial, la propiedad intelectual y la industrial. Por su parte, el Art. 1874 del CC dice que solo podrán ser objeto del contrato de hipoteca los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase. Una STS de 29 de enero de 1996 define la hipoteca como un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento forzoso de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de proceder a tal realización por el cauce adecuado.

<sup>714</sup>. Lo dispuesto en este precepto se completa con la regulación establecida en los arts. 234 a 236 del Reglamento Hipotecario. En este sentido, debe partirse de la STC de 18 de diciembre de 1981 que hizo extensivo a este procedimiento lo dicho con respecto al procedimiento judicial; en consecuencia, la ausencia de controversia y demás particularidades del proceso que regulaba el art. 131 LH no vulneran el derecho de defensa consagrado en el art. 24.1 CE, de la misma manera que, a su entender, no lo hacen tampoco en la venta extrajudicial. Este criterio fue confirmado por las Sentencias del TS de 4 de abril de 1995 y 23 de octubre de 1995. Sin embargo, posteriormente, las SSTS de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999 dan un giro “copernicano” en la materia al pronunciarse en contra de su constitucionalidad (confirmadas por SSTS de 13 de diciembre de 2005 y 10 de octubre de 2007). En síntesis, ambas sentencias impulsoras del giro jurisprudencial, con argumentaciones similares, declaran que la venta regulada en el art. 129 LH es contraria a la Constitución por las siguientes razones, principios o derechos: el derecho a la tutela judicial efectiva; el principio de la exclusividad de la función jurisdiccional en materia de ejecución; el art. 1872 del Código Civil, establecido como una especialidad de la prenda, no aplicable a la hipoteca; la prohibición de la autodefensa que subyace en el texto constitucional y el rango reglamentario, no legal, de su regulación (para mayor análisis, DIAZ FRAILE, *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 94 y siguientes). Así las cosas, el propio Tribunal Supremo en fecha 14 de julio de 2008 dicta una nueva Sentencia en la que confirma la inconstitucionalidad del art. 129 LH y la nulidad del procedimiento extrajudicial. Con todo, las resoluciones apuntadas se referían al procedimiento del art. 129 LH concluido antes de la LEC de 2000, cuya tramitación se sustentaba al amparo del viejo art. 129, párrafo segundo de la LH, en su redacción original que delegaba enteramente la tramitación del procedimiento en una norma reglamentaria a la que hacía remisión expresa, la de los arts. 234 a 236 del Reglamento Hipotecario. Con la nueva Ley, se cambia la redacción del precepto y donde éste decía *procedimiento ejecutivo extrajudicial*, se dice *venta judicial del bien hipotecado*. No obstante, el cambio redaccional no ha conseguido evitar las sombras de inconstitucionalidad que todavía a día de hoy se ciernen sobre esta venta extrajudicial. Y ello, potenciado, a buen seguro, por el hecho de que el TS, a través de sus Salas de lo civil y de lo contencioso demostró una contradicción evidente. En ese sentido, MIRA ROS (*Nuevo pronunciamiento...ob, cit*) apuesta porque el TC tenga que pronunciarse de nuevo y apunta a la STC de 12 de marzo de 2007 que perdió la oportunidad de hacerlo, con lo que las dudas y las sombras se siguen proyectando sobre este procedimiento extrajudicial cual si de espada de Damocles se tratara. Ello no obstante, a su juicio, las discrepancias en este sentido son producto de una auténtica confusión al comparar constantemente dos realidades diferentes: de un lado, el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria y, de otro, el procedimiento judicial. El primero responde a una configuración contractual, no jurisdiccional y se cae en el error, según pone de relieve MIRA ROS, de cuestionarlo como un atentado contra el principio de exclusividad jurisdiccional; además, en sentido opuesto, también se cae en el error de confundir la naturaleza ciertamente jurisdiccional del procedimiento judicial hipotecario, que muchos, esencialmente los hipotecaristas, han definido simplemente como un procedimiento de base registral, donde la importancia del Registro vendría a reducir casi al mínimo la del Juzgado en un expediente de mera realización judicial de un derecho inscrito, con una ejecutoriedad extendida como eficacia ligada a la presunción de exactitud del asiento, sin apenas margen de contradicción procesal. Asimismo, subraya la autora citada, sorprende sobremanera que la ejecución judicial haya superado el test de constitucionalidad en la Sentencia del TC de 18 de diciembre de 1981, donde sólo se examinó la compatibilidad entre ausencia de controversia y derecho de defensa, pero no se abordó el verdadero alcance y significado del principio constitucional de reserva jurisdiccional. En este marco, la autora considera que el monopolio jurisdiccional resultaría perfectamente compatible con otras ejecuciones extrajudiciales, como los apremios administrativos o la ejecución extrajudicial de la hipoteca u otros derechos de garantía, previstas no sólo en leyes preconstitucionales, sino post constitucionales. La doctrina sentada por la STS de 4 de mayo de 1998, posteriormente confirmada por otras, parte de una premisa errónea: “atribuir carácter jurisdiccional a una actuación extrajudicial, desprovista por definición de naturaleza procesal, tildando de suplantación judicial lo que no es sino un modo de efectividad



A ella alude el art. 129 de la LH después de referirse primeramente al proceso judicial regulado en la vigente ley procesal, y lo hace en estos términos: "...además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario". La característica esencial de esta venta extrajudicial, como su propio nombre indica, es que se verifica al margen del proceso y *extramuros*, por tanto, de la competencia de los Jueces. Se desarrolla ante Notario y encuentra su fundamento en el pacto entre las partes. Creado con la idea de descargar de asuntos a los juzgados, no reviste demasiada utilidad, pues en la práctica son contadas las ocasiones en que el acreedor hipotecario insta la ejecución por esta vía. Además, planea sobre este procedimiento una sombra de inconstitucionalidad que no ha sido despejada por la Jurisprudencia, antes al contrario, las dudas de inconstitucionalidad van y vienen, al tiempo que gravitan sobre cuatro ejes principales: quiebra del principio de reserva de ley, quiebra del principio de unidad jurisdiccional, del derecho a la tutela judicial efectiva y vulneración del principio de irretroactividad de las normas".

Tal y como recuerda MIRA ROS<sup>715</sup>, el Tribunal Supremo se ha mostrado oscilante entre aquella Sentencia de su Sala de lo civil, de 4 de mayo de 1998, que declaraba la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 129.2 de la LH, en cuanto autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial, y lo declarado por la Sala tercera, que había resuelto en sentido opuesto varios años antes en Sentencias de 16 y 23 de octubre de 1995. El citado Tribunal aseveró que "el procedimiento ejecutivo extrajudicial tampoco vulnera el art. 117

---

contractual ante Notario. Se trata de un contrato que atribuye a una de las partes la facultad de vender extrajudicialmente el inmueble dado en garantía bajo condición suspensiva de incumplimiento de la obligación garantizada, pactado al amparo de la autonomía privada, como simple supuesto de disponibilidad y ejercicio de un derecho privado, que no puede realizar por si solo el acreedor, en las condiciones libremente fijadas por él, sino que habrá que pasar por el tamiz de la dirección y control de legalidad que realiza el Notario, impidiendo el ejercicio arbitrario del propio derecho. La venta notarial de la finca hipoteca no excluye el derecho de las partes en todo momento a contender, en su caso, ante los Tribunales, accediendo libremente al proceso y al juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, en contra de lo sostenido por la STS de 4 de mayo de 1998, en la ejecución extrajudicial de la hipoteca, no hay indefensión ni quiebra del principio de exclusividad de jurisdiccional, pues nada impide la impugnación judicial de lo ejecutado conforme a un contrato. No cabe invocar, aquí, por tanto, los arts. 24 o 117 CE. Tampoco cabe extender la reserva de la ley imperante en materia jurisdiccional a una normativa, como la del Reglamento Hipotecario, referente a una actuación notarial desprovista, por definición, de naturaleza procesal".

<sup>715</sup> En Nuevo *pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la ejecución extrajudicial de hipoteca. La exclusividad jurisdiccional a debate*, Revista El Notario del siglo XXI, nº 23.

de la Constitución, que atribuye exclusivamente a los Juzgados y tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, porque el objeto de este procedimiento es ejecutar ante Notario un derecho de hipoteca de origen contractual, no una resolución judicial”. Y es esta extrajudicialidad del procedimiento que se encuentra reconocida, previo acuerdo de las partes, en el párrafo 2º del artículo 129 de la Ley hipotecaria, lo que, a juicio del TS, impide que pueda entenderse que existe infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, al ser válida la tramitación ante notario derivada de acto expreso, quedando en todo caso expedito el juicio declarativo ordinario.

En cualquier caso, tales dudas de inconstitucionalidad referidas al antiguo procedimiento extrajudicial se proyectan también sobre la actual venta ante Notario, el matiz es que ahora le corresponde al Tribunal Constitucional decidir al respecto, técnicamente, a través de la cuestión de constitucionalidad.

El acreedor entonces, a pesar de que se den los presupuestos que exige la LEC para poder iniciar una ejecución hipotecaria conforme a los arts. 681 y siguientes, sólo acudirá a esta vía si le parece oportuno y más viable para satisfacer sus propios intereses, por lo que, como recuerda FERNANDEZ BALLESTEROS<sup>716</sup>, *este procedimiento hipotecario especial y privilegiado ni siquiera es de orden público, es decir, no deber ser forzosamente utilizado para la exigencia judicial de un crédito hipotecario*. Cuestión distinta es que sea más fácil, rápido y cómodo acudir directamente a la ejecución hipotecaria, porque es mucho más expeditiva al poner a su disposición un procedimiento ágil y relativamente sencillo para la ejecución de la hipoteca, entendiendo por *ejecutar la hipoteca* la promoción de la enajenación de la cosa sujeta a garantía para cobrar el crédito garantizado. Si lo que sucede es que no concurren los presupuestos precisos para ello, entonces acudirá a cualesquiera otros de los cauces previstos legalmente.

## 2) Pretensiones declarativas y pretensiones ejecutivas.

Constituida la hipoteca, en caso de incumplimiento de la obligación principal el acreedor hipotecario se debe plantear qué procedimiento dentro del ámbito jurisdiccional va a seguir para satisfacer su crédito. Las opciones del acreedor son las

---

<sup>716</sup> Ob, cit, págs. 630 y 631.

siguientes: a) el acreedor hipotecario puede acudir al juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía de la cantidad que se reclama. b) Puede también optar por el juicio ejecutivo (por la misma razón que antaño: la escritura pública en que se documenta el crédito hipotecario y en que se constituye la hipoteca es título ejecutivo (art. 517.1.4º). c) Puede acudir al procedimiento especial de ejecución hipotecaria de los art. 681 y ss. LEC.

Cada una de ellas puede presentar alguna ventaja frente a las demás, que la haga recomendable desde el punto de vista de los intereses del acreedor, sin embargo, puede anticiparse que la opción preferente en la mayor parte de los casos, es siempre la ejecutiva hipotecaria por las razones a que se aludirá. Con todo, si el acreedor, cumpliéndose los presupuestos procesales oportunos, se decanta por una vía concreta en detrimento de las demás, deberá seguir la opción escogida sin que pueda simultanear varias a la vez o iniciar una y después otra<sup>717</sup>. Esto último, a salvo la precisión contenida en el art. 573.3 LEC referida al caso en que el acreedor tuviera alguna duda sobre la exigibilidad o realidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, supuesto en que podrá pedir ejecución por la cantidad que le resulte indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución.

A) Pretensiones declarativas: el proceso declarativo ordinario y la determinación de la cuantía.

El acreedor hipotecario puede acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda a la cuantía, ejercitando una pretensión declarativa de condena.

El presente procedimiento no deja de ser testimonial en la práctica forense cuando de lo que se trata es de ejercitar la pretensión hipotecaria, pues podría parecer absurdo prescindir de la vía ejecutiva para acudir a un declarativo que con toda seguridad será mucho más lento, con el peligro de que se adelanten otros acreedores del deudor y el consiguiente riesgo de perder un bien sobre el que realizar su derecho; sin embargo esta posibilidad existe, aunque encuentra su primera justificación en la imposibilidad de acudir a la ejecución por ausencia o defectos del título ejecutivo, no puede dejar de reconocérsele aspectos positivos, tales como la ventaja de que lo que se decida en Sentencia tendrá el efecto de cosa juzgada

---

<sup>717</sup> Ello, sin perjuicio de la reconversión de la ejecución hipotecaria en ejecución ordinaria con fundamento en el art. 579 LEC.

La doctrina parece estar de acuerdo igualmente en que el acreedor, una vez que se produce el incumplimiento del contrato principal, podrá ver satisfecho su crédito mediante la realización de un proceso declarativo ordinario,<sup>718</sup> donde la pretensión puede discutirse en toda su extensión; es decir, la *cognitio judicial* se proyecta sobre la totalidad de la relación jurídica controvertida (*préstamo hipotecario*) y lo resuelto por el Juez en el seno de este proceso plenario genera el efecto de cosa juzgada con todo lo que ello implica de mayor seguridad jurídica.

Asimismo, y, ésta puede ser su principal ventaja, en contra de lo que sucede en la ejecución hipotecaria en la que la reclamación en un principio únicamente puede referirse al bien sujeto a la garantía hipotecaria, en el declarativo tiene un ámbito más amplio, pues puede dirigirse contra la masa patrimonial del deudor, con base en el principio de responsabilidad patrimonial universal que postula el art. 1911 CC<sup>719</sup>.

Como argumenta LASARTE,<sup>720</sup> la condición de acreedor hipotecario es doble: es un acreedor, pero con un crédito especialmente garantizado. Procesalmente hablando, cuenta a su favor con una acción de carácter real (pretensión ejecutiva) y también con una acción de carácter personal, (pretensión declarativa) si bien la última tiene menos relevancia práctica que la primera. LASARTE justifica la distinta trascendencia de una y otra alegando que, si tuvieran la misma intensidad protectora, si las prerrogativas procesales fuesen idénticas, probablemente ningún acreedor procuraría la constitución

---

<sup>718</sup> En contra de lo que hoy se sostiene unánimemente, algún autor (SANZ FERNANDEZ) de forma prácticamente aislada y, desde una perspectiva hipotecarista, no procesal, mantuvo que no existe opción para el acreedor hipotecario pues ha de dirigirse contra los bienes hipotecados con preferencia a todos los demás que forman parte del patrimonio del deudor. Insiste en que no se trata de una simple facultad del acreedor, sino de un deber, con un correlativo derecho del deudor, de hacer efectivo el crédito realizando los bienes hipotecados, no pudiéndose dirigir contra los demás, más que en caso de insuficiencia de aquellos respecto del déficit no percibido. Para este autor, la responsabilidad patrimonial del deudor hipotecario y la consiguiente acción personal del acreedor tiene únicamente alguna trascendencia en caso de destrucción, deterioro o depreciación por cualquier causa del inmueble hipotecado, de tal entidad que le haga insuficiente para el pago del crédito. La circunstancia de que este supuesto es normalmente excepcional, unida a que los acreedores buscan siempre suficiente garantía para ponerse a cubierto de esta contingencia, hace totalmente infrecuente en la práctica la actuación de esta acción personal. Comparte el criterio de SANZ, otro autor, CAMY. *Los créditos hipotecarios*, LALAGUNA, Reus, 1977, págs. 54 y 55.

<sup>719</sup> En la misma línea, MONTERO matiza que “*siempre es posible acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda conforme a la cuantía, aunque ello no será lo normal, dado que supondría renunciar al camino mucho más rápido que implica ir directamente a la tutela judicial ejecutiva, sin pasar por el proceso de declaración del derecho, al contar con un título ejecutivo no judicial. La posibilidad, con todo, está ahí y no puede desconocerse que en algún supuesto puede ser conveniente optar por ella, advirtiéndose que se tratará entonces de una pretensión declarativa de condena*”. *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 9ª edición*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 792.

<sup>720</sup> Ob, cit, págs. 127 y 128.

de la hipoteca, ni el deudor (a quien le supone gastos complementarios de gran importancia) acabaría por aceptarla.

En este contexto, el ejercicio de la acción personal por el acreedor hipotecario supondría la culminación del correspondiente juicio declarativo en búsqueda de una Sentencia de condena que, posteriormente, podría o debería ser objeto de la correspondiente ejecución.

De conformidad con el art. 248.1 de la LEC, *toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada otra tramitación será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda*. Tras esta aseveración genérica, el mismo precepto, esta vez en su apartado 2, precisa que *pertenecen a la clase de los procesos declarativos el juicio ordinario y el juicio verbal*<sup>721</sup>. Con la distinción tajante entre juicio ordinario, por un lado, y verbal, por otro, el legislador quiere acentuar la condición de proceso común o proceso tipo que tiene el primero, frente al verbal que, por su ámbito de aplicación, sería más “accesorio”, al menos desde el punto de vista cuantitativo, por su reducida limitación (sólo hasta 6.000 euros), que no cualitativo, pues el catálogo de materias que prevé el art. 250 para el juicio verbal es, si cabe, más extenso que el que establece el art. 249 para el juicio ordinario. Sin embargo, en la práctica, tan ordinario es uno como otro y hubiera sido deseable una mayor concisión terminológica por parte del legislador a fin de no provocar discusiones inocuas acerca de la naturaleza de ambos procedimientos.

Concretamente, la Ley establece en los arts. 249<sup>722</sup> y 250,<sup>723</sup> el ámbito de aplicación material de cada uno de los tipos de juicios declarativos ordinarios,

---

<sup>721</sup> Este último, tal y como afirma GARBÉRÍ, tan ordinario como el anterior, pese a su denominación. *Introducción al nuevo proceso civil, Volumen I*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002. Pág. 185.

<sup>722</sup> “Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: 1º. Las demandas relativas a derechos honoríficos de la persona. 2º. Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente. 3º. Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles. 4. ° Las demandas en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. No obstante, se estará a lo dispuesto en el punto 12. ° del apartado 1 del artículo 250 cuando se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad. 5. ° Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12. ° del apartado 1 del artículo 250. 6º. Las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia. 7º. Las que ejerciten una acción de retracto de cualquier tipo. 8º. Cuando se ejerciten las acciones que otorga a

cualquiera que sea su cuantía, en sendas listas que no pueden calificarse de exhaustivas o excluyentes.

En relación al juicio ordinario, tal y como recuerda GIMENO<sup>724</sup>, el legislador conjuga dos criterios para determinar su procedencia desde la perspectiva material: uno, el de la relevancia del asunto, otro, el de su complejidad. Así, de conformidad con el primer concepto, el de relevancia, los procesos sobre tutela de derechos fundamentales o el denominado amparo ordinario se dilucidarán siempre por las normas del juicio ordinario. Según el segundo, el de complejidad, las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales, propiedades especiales, como la industrial, intelectual o publicidad, condiciones generales de la contratación, arrendamientos (excepto desahucio por falta de pago), retracto y propiedad horizontal (salvo reclamaciones de cantidad que se tramitan por el monitorio), se ventilarán siempre a través del juicio ordinario.

---

*las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda. 2. Se decidirán también en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía exceda de seis mil euros y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo”.*

<sup>723</sup> “Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 1º. Las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero, o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca. 2º. Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca. 3º. Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. 4º. Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. 5º. Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva. 6º. Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande. 7º. Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación. 8º. Las que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título. 9º. Las que supongan el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales. 10º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, al objeto de obtener una sentencia condenatoria que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos o financiados a plazos. 11º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o contrato de venta a plazos con reserva de dominio, siempre que en ambos casos estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de éste, en su caso. 12. ° Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. 13. ° Las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil. En estos casos el juicio verbal se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I del título I del libro IV de esta ley. 2. Se decidirán también en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de seis mil euros y no se refieran a ninguna de las materias previstas en el apartado 1 del artículo anterior”.

<sup>724</sup> *Proceso Civil Práctico, Tomo III, Octubre de 2002. Ed. La Ley, pág. 4- 13.*

Nada se especifica en la Ley acerca de las pretensiones derivadas del incumplimiento de un préstamo garantizado con hipoteca, por lo que habrá de aplicarse, para determinar el juicio declarativo que corresponda, el criterio de la cuantía cuando el acreedor hipotecario haya decidido acudir a esta vía jurisdiccional para hacer valer su crédito.

En orden al factor cuantía<sup>725</sup>, el art. 249 LEC, centrándose en el juicio ordinario, establece que se decidirán también por este cauce procesal las demandas cuya cuantía exceda de seis mil euros y aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

De otro lado, para el juicio verbal, el art. 250.3 señala que se decidirán también en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de seis mil euros y no se refieran a ninguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo precepto.

En cualquier caso, tal y como se establece para el ejercicio de cualquiera otra pretensión declarativa ordinaria, incumbirá al acreedor hipotecario, normalmente la entidad bancaria con la que se haya concertado el préstamo hipotecario, la carga de justificar en su escrito inicial de demanda la cuantía de la demanda, que determinará con arreglo a los criterios fijados en los arts. 251 y 252 de la LEC.

La aplicación de estos preceptos a la hipótesis que planteamos obliga a realizar las siguientes puntualizaciones:

a) La regla primera del art. 251 de la LEC establece que “en el caso de que se reclamara una cantidad de dinero determinada, la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad. En el caso que nos ocupa, esta cantidad vendrá facilitada por la que figure en el título ejecutivo en el que se haga constar la deuda, que será la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario. Sucede, sin embargo, como recuerda MIRA ROS, que por la sofisticación de los productos y servicios financieros, la hipótesis más común hoy en día es que en todo tipo de operaciones mercantiles la deuda casi nunca venga ya fijada de antemano, sino que dependa de factores muy variables posteriores a la celebración del contrato, incluso después, a veces, de diez, veinte o treinta años, que es, por lo general, el plazo de vencimiento de tantos préstamos hipotecarios. La liquidación de la deuda aparece entonces cronológicamente desvinculada del título público, por lo que surge la duda de si en estos casos la demanda habrá de considerarse de cuantía indeterminada, con la consiguiente obligación de formularla por el proceso ordinario o, al contrario, será necesario acudir para la determinación de la cuantía a los documentos que en tales

---

<sup>725</sup> Los arts. 251 y 252 de la LEC fijan normas sobre determinación de la cuantía.

hipótesis integran el título ejecutivo, de acuerdo con el art. 572 de la LEC, es decir, la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo.

b) Un segundo interrogante surge porque la obligación principal nacida del contrato de préstamo se ve garantizada por un derecho real accesorio derivado del contrato de hipoteca, pero el deudor en el proceso ordinario no responde sólo con el bien hipotecado sino con todo su patrimonio. La garantía hipotecaria lo que hace es identificar un bien de los existentes en el patrimonio del deudor (o del tercero hipotecante no deudor) y sujetarlo o trabarlo al pago de una deuda, dando publicidad a esta traba de tal manera que tenga eficacia frente a terceros. Pero la hipoteca no se erige siquiera en el objeto principal del proceso declarativo ordinario, ni puede por tanto servir para determinar la cuantía del mismo. Por esta razón no será de aplicación lo dispuesto en la regla 6ª del art. 251 de la LEC, relativo a las demandas relativas a la existencia, inexistencia, validez o eficacia de un derecho real. La circunstancia de haber trabado anticipadamente un bien con una hipoteca se reflejará en el proceso declarativo ordinario en la medida en que no se podrá ordenar como medida cautelar el embargo de los bienes previamente afectos al pago de la deuda, por encontrarse ya sujetos de antemano.

c) La determinación de la cuantía en los procesos declarativos ordinarios que se inicien por incumplimiento de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca dependerá de un factor importante, como será que en la escritura de préstamo se haya pactado la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo, en cuyo caso el valor de la pretensión se habrá de calcular por el total de lo debido, aun que sea pagadero a plazos, según la regla 8ª del art. 251 y el deudor haya incumplido tan solo una de las cuotas del total adeudado. Cuando por el contrario esta condición no se haya previamente establecida en el contrato, y se reclamen varios plazos vencidos de una misma obligación, la regla aplicable para determinar la cuantía de la demanda se encuentra en el art. 252 regla 4ª, debiéndose estar a la suma de los importes reclamados, salvo que se pida en la demanda declaración expresa sobre la validez o eficacia de la obligación. En este último caso, la Ley impone que se esté al valor total de la misma.

#### B) Proceso especial monitorio.

Sin entrar en mayores consideraciones, se ha de decir en este punto que el derecho de crédito garantizado con una hipoteca, puede realizarse, a través de su



reclamación por los trámites, breves y sencillos, del “nuevo” proceso monitorio<sup>726</sup>. Es, además, mucho más factible tras la reforma que ha experimentado este último, merced a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que ha suprimido el tope cuantitativo, pudiéndose reclamar en consecuencia cualquier importe por este proceso<sup>727</sup>.

El proceso monitorio<sup>728</sup> está regulado en los arts. 812<sup>729</sup> a 818 de la LEC, dentro de su Libro IV dedicado a los procesos especiales; su introducción en nuestro Derecho

---

<sup>726</sup> La Jurisprudencia menor ha tenido ocasión de pronunciarse sobre numerosos aspectos relacionados con el proceso monitorio que instaura la LEC del año 2000 y, entre otros datos de interés, ha definido la esencia misma del proceso al afirmar, SAP de Baleares de 1 de febrero de 2005 que el proceso monitorio es declarativo porque su finalidad es la obtención de un título de ejecución y es plenario porque el Auto con que finaliza, en caso de incomparecencia del deudor, produce efectos de cosa juzgada. Por su parte, la SAP de Badajoz, Sección 1ª, de 19 de abril de 2004, alude a la finalidad fundamental de este proceso al advertir que tiene como finalidad permitir al acreedor que inicialmente carece de título ejecutivo, seguir una ejecución dineraria contra su deudor, salvo que éste se oponga a que se despache ejecución. Siendo ello así, cumpliéndose los requisitos y presupuestos de la deuda (así como de la posibilidad de acreditarla), no ha de verificarse una *cognitio* judicial del mérito alegado, por lo que no habrá un enjuiciamiento definitivo sobre el fondo en la medida en que el órgano jurisdiccional lo único que debe hacer es constatar *prima facie* si la petición inicial constituye el supuesto de hecho que le obliga a emitir un requerimiento de pago. Y todo ello sin olvidar que esta primera fase lo único que supone es situar al demandado ante la disyuntiva de pagar o de alegar razones, con el correspondiente desplazamiento de la iniciativa del actor al demandado. CORREA DEL CASSO lo ha definido como proceso especial plenario rápido que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la Ley. Y SERRA DOMINGUEZ, por su parte, considera que, en realidad, más que ante un juicio propiamente dicho, el proceso monitorio es un instrumento procesal dirigido a la obtención de un título ejecutivo sin necesidad de contradictorio, en aquellos casos en que el deudor carece de motivos para oponerse al cumplimiento de la obligación que se le reclama. Resulta antieconómico obligar en dichos supuestos al demandante, a formular un proceso y a proponer pruebas, y al órgano jurisdiccional a tramitar todo un proceso y dictar sentencia, siendo así que de antemano es previsible la real existencia de la deuda y la ausencia de motivos de oposición. *La reclamación del crédito a través de los procedimientos específicos de la Ley 1/2000*. MOXICA ROMÁN, Aranzadi, 2002, págs. 636 y 637.

<sup>727</sup> A diferencia de lo que se ha manifestado en numerosas ocasiones, especialmente, tras la entrada en vigor de la LEC del año 2000, el proceso monitorio no es nuevo en nuestro Derecho. El nacimiento del proceso parece que tuvo lugar en la Italia del siglo XIII por influencia del derecho canónico, con el fin de crear rápidamente un título ejecutivo y buscando atender a las exigencias comerciales de la época, las cuales no eran capaces de soportar el proceso civil ordinario. El proceso se extendió pronto por toda Europa, en especial, por tierras germánicas. En España aparece en la literatura científica a finales del siglo XIV, si bien TOMÁS Y VALIENTE consideró que pudo existir antes como una práctica extralegal que aparece como corruptela del juicio sumario ejecutivo. Finalmente, el proceso monitorio fue desterrado de nuestro Derecho merced a la *Instrucción del marqués de Gerona de 1835*, la cual *desaconsejó su incorporación al considerarla como un mandato condicionado de pago, y una práctica abusiva, no incluyéndose finalmente en la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*. Algunos autores clásicos como GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA veían, *el antiguo juicio ejecutivo y el procedimiento del artículo 41 LH como variantes del proceso monitorio documental*. MARTINEZ BELTRAN, *El proceso monitorio. Teoría y práctica*, Grupo Difusión 2007, págs. 16 y 17. En el mismo sentido, el Auto de la AP de Madrid, Sección 14ª, de 30 de junio de 2005 (nº recurso 256/2005), que afirma que *el proceso monitorio es un viejo conocido de la doctrina, con precedentes en la Ley de 1881, en la que podían encontrarse tipos monitorios como los arts. 8 y 12, dedicados a la jura de cuentas y el apremio en negocios de comercio de los arts. 1544 y 1560*.

<sup>728</sup> *Es una de las novedades introducidas en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Enjuiciamiento Civil, como su propia Exposición de Motivos señala en su apartado XIX, “en cuanto al proceso monitorio, la Ley confía en que por los cauces de este procedimiento, eficaces en varios países, tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario, líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños”. Este proceso tiene como finalidad amparar a los acreedores, a fin de que éstos encuentren una pronta satisfacción de sus créditos dinerarios, líquidos y que no superen la cantidad de 30.005,61 euros. Y para ello establece un proceso especial en el que se centra en la persona del deudor, el desarrollo del proceso, de tal forma que si comparece y acredita el pago concluye el procedimiento, mientras que si comparece y se opone a ese requerimiento de pago, el procedimiento se*

positivo respondió a la Recomendación dictada por la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio, por la que se proponían determinadas directrices de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, medidas entre las que se citaba la introducción de un proceso judicial ágil y rápido que articulase la reclamación judicial al deudor<sup>730</sup>.

Se configura como un instrumento eficaz para la reclamación judicial de deudas dinerarias, líquidas, vencidas y exigibles, de cantidad determinada de cualquier importe, siempre y cuando dicha deuda se encuentre acreditada documentalmente, pues se trata de un proceso con marcado carácter documentario en la medida en que es necesario justificar la solicitud de pago de la deuda acompañándola de algún documento que la justifique o acredite<sup>731</sup>.

---

*transforma en un declarativo, a tramitar según las normas generales; así lo establece el artículo 818.1º de la LEC. (Auto de la AP de La Rioja, Sección 1ª, 1 de febrero de 2005). Naturalmente, la referencia cuantitativa, actualmente, ha de entenderse hecha a los 250.000 euros, tras la reforma producida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que ha aumentado considerablemente su ámbito de aplicación, al pasar de los 30.000 euros a los 250.000 que se pueden reclamar por esta vía, siempre y cuando se aporte un principio de prueba documental.*

<sup>729</sup> *Lo que exige la norma, artículo 812 LEC, para que se pueda reclamar a través del proceso monitorio, es primero, que el que acuda al mismo sea titular de un crédito dinerario, vencido y exigible, de cuantía no superior a....., y, en segundo lugar, se acompañe alguno de los documentos que en él se enumeran, pero siempre documentos, sean o no elaborados por el acreedor, originales. El artículo 812 exige, en cuanto a los documentos, que la deuda de esa cantidad se acredite de alguna de las formas siguientes: 1ª Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor. 2ª Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax, o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor. (AP de Madrid, Sección 21ª, 26 de febrero de 2002).*

<sup>730</sup> Actualmente, el proceso monitorio se encuentra prácticamente extendido por toda Europa, así como por algunos países de América Latina, como, por ejemplo, Brasil. En Europa, manteniendo la esencia del monitorio, como procedimiento ágil, y eficaz en la reclamación de ciertas deudas, hay variantes. En Austria, se regula desde antiguo un proceso monitorio puro, que data del año 1895. Francia, por su parte, cuenta con un modelo de monitorio documental desde 1937. Documental es también el modelo que recoge la legislación italiana, cuna del histórico *mandatum de sovendo cum clausula iustificativa*, desde 1922. Por último, Alemania cuenta con uno de los tipos de monitorio puro más antiguos de toda Europa. *Los procesos para el cobro de deudas: monitorio, cambiario, monitorio europeo y europeo de escasa cuantía*. Ed. Civitas y Thomson Reuters, 2010, pág. 36.

<sup>731</sup> El legislador español ha optado por la introducción de un tipo de proceso monitorio documental, frente a la otra modalidad, la de un proceso monitorio puro, en el que no se requiere, para su puesta en funcionamiento, de un principio de prueba documental por escrito que acredite la legitimidad de la deuda reclamada por el acreedor. Por el contrario, en el documental (como el francés, el portugués, el italiano y el español), se exige que a toda petición monitoria se acompañe un principio de prueba documental, por escrito. Así lo corrobora de forma expresa, entre otros, el Auto de la AP de Baleares, Sección 3ª, de 7 de noviembre de 2002, al insistir en la diferencia entre ambos tipos de procesos monitorios, diciendo que *en la necesaria presentación de documentos junto a la petición de monitorio radica la principal diferencia formal entre el proceso monitorio puro, característico de los países del centro y norte de Europa, y el monitorio documental, propio de Francia, Italia, y España. En el monitorio puro, el pago se despacha con base en una mera manifestación del acreedor, que no precisa de base probatoria alguna, por lo que no existe cognición, ni siquiera intervención del juez para decidir la práctica del requerimiento del pago, atribuyéndose al secretario la tramitación de esta primera fase del procedimiento. En el proceso monitorio documental, en el que el acreedor debe aportar un principio de prueba de su derecho, es necesario que el juez valore si concurre o no el requisito de "acreditación prima facie" de la pretensión dineraria, como base para su decisión de admisibilidad de la petición.*

La propia Exposición de Motivos de la LEC define la esencia del nuevo procedimiento que introduce, cuya aceptación práctica ha sido innegable<sup>732</sup>, al decir que se inicia mediante solicitud, para la que pueden emplearse modelos o formularios, dirigida al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del deudor, sin necesidad de abogado, ni procurador. Punto clave de este proceso es que con la solicitud se aporten documentos de los que resulte una buena base de apariencia jurídica de la deuda<sup>733</sup>.

La tramitación del proceso es siempre la misma, al margen de la cuantía de la deuda reclamada, con la única excepción de las deudas en el seno de Comunidad de propietarios. El deudor tiene tres opciones básicas, ante el requerimiento judicial de pago: pagar, oponerse o bien, ni pagar, ni comparecer, ni oponerse. Así lo expresa la propia LEC, en su Exposición de Motivos al afirmar que *quien aparezca como deudor, es inmediatamente colocado ante la opción de pagar o “dar razones”, de suerte que si el deudor no comparece o no se opone, está suficientemente justificado despachar ejecución. En cambio, si el deudor se opone, su discrepancia con el acreedor se sustancia por los cauces procesales del juicio que corresponda según la cuantía de la deuda reclamada. Este juicio es entendido como proceso ordinario y plenario encaminado, por tanto, a finalizar, en principio, mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada.*

Definida muy a grandes rasgos la esencia del proceso monitorio, la cuestión principal que aquí se suscita es la de si una deuda garantizada con hipoteca puede reclamarse, producida la situación de falta de pago por parte del deudor, a través de sus trámites en vez de por cualesquiera de las otras vías procesales existentes al efecto. En este sentido, la respuesta ha de ser positiva, pudiendo afirmarse con

---

<sup>732</sup> Según el informe “Justicia dato a dato 2008”, elaborado por el CGPJ, si el número total de asuntos ingresados en 2008 fue de 1.708.702, el número de monitorios fue de 645.976 asuntos, aproximadamente el 38% del total.

<sup>733</sup> Contribuyó a perfilar la esencia de este proceso, al tiempo que a distinguirlo del proceso de ejecución, el Auto de la AP de Burgos, Sección 2ª, de 6 de febrero de 2003, al advertir que *el proceso de ejecución y monitorio son dos procesos autónomos y de naturaleza distinta. Constituye el proceso de ejecución, el cauce procedimental para el ejercicio de la acción ejecutiva, con la que se pretende la realización forzosa de un título ejecutivo, mientras que el segundo es un procedimiento especial, una figura intermedia entre el proceso de cognición y el de ejecución que pretende dotar de una protección rápida y eficaz al crédito dinerario, líquido, que no se configura como título ejecutivo, contractual o de cualquier otra índole y que, por tanto, no puede acceder a la realización a través del proceso de ejecución. En definitiva, el legislador ha arbitrado dos procedimientos distintos para dar solución a dos problemáticas diversas; pretendiendo con el monitorio facilitar la realización o ejecución de un crédito dinerario líquido y documentado, que por no alcanzar la categoría de título ejecutivo, por sí mismo, no podía acceder a la ejecución, pero cumplimentado con un requerimiento de pago al deudor sin oposición, puede acceder a la misma. Por su parte, la AP de Toledo, Sección 1ª, en resolución de 22 de noviembre de 2001, insistía en que no nos hallamos ante un juicio ejecutivo, aunque si puede conseguirse el título, en los siguientes términos: *el proceso monitorio regulado en la LEC es un proceso especial, plenario y rápido, que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo, con plenos efectos de cosa juzgada, en los casos determinados por la ley, casos en lo que el legislador, por el carácter aparentemente incontrovertido de la deuda reclamada, presume que la resolución dictada in audita parte, no será contestada por el deudor. El monitorio no es un juicio ejecutivo, sino uno declarativo que lo que pretende es la obtención de un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada.**

carácter general que las reclamaciones dinerarias basadas en alguno de los títulos ejecutivos previstos en el artículo 517 de la LEC, también permiten acudir al proceso monitorio, siendo una opción del actor acudir a una vía procesal o a otra. De manera contundente, así lo afirma, entre otros, el Auto de la AP de Zamora, de 18 de junio de 2003. Ello no obstante, el hecho de que el acreedor hipotecario pueda acudir al proceso monitorio en reclamación de su deuda, como una opción procesal más, no significa sin embargo que sea lo más habitual, ni siquiera lo más recomendable. No cabe duda que actuar de este modo le proporciona ventajas, como la agilidad de la reclamación y la rapidez o la posibilidad de dirigir la reclamación contra todos los bienes del deudor; pero entraña desventajas evidentes, como el régimen de oposición, muy restrictivo en el procedimiento de ejecución hipotecaria y muy abierto en el monitorio y en el declarativo posterior. Quizás por esta razón, la Jurisprudencia menor ha tenido ocasión de resolver abundantes supuestos en los que se reclamaba por vía del monitorio, no la deuda hipotecaria inicial, sino el sobrante, es decir, la parte no cubierta con la ejecución hipotecaria, orillando, por consiguiente, la posibilidad que brinda el artículo 579 de la LEC, la cual supone la conversión de la ejecución hipotecaria en una ejecución ordinaria. En estos casos, nuestros Tribunales han considerado adecuado escoger el procedimiento monitorio, al tratarse de una deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada <sup>734</sup>.

Por último, la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, que se estima normal en el tráfico económico diario, es subsumible dentro de los parámetros del art. 812 LEC, aun cuando su enumeración en ningún caso ha de entenderse cerrada, sino abierta a los usos civiles y mercantiles que se impongan en el tráfico dentro de su propio dinamismo (Auto AP de Murcia, Sección 3ª, de 8 de enero de 2004)<sup>735</sup>.

---

<sup>734</sup> Así, entre otros, Auto de la AP de Sevilla, Sección 5ª, de 13 de marzo, Auto de la AP de Huelva de 10 de julio de 2003 y Autos de la AP de Granada de 24 de mayo y 1 de junio de 2004. Los dos últimos Autos citados, en términos absolutamente coincidentes, afirman que el hecho de que la LEC prevea un procedimiento específico para reclamar el sobrante derivado de una ejecución hipotecaria, no excluye en absoluto la posibilidad de acudir a esta vía procedimental. Si bien las acciones amparadas en el art. 131 LH, hoy 681 y siguientes LEC, y la ejecutiva, sobre la base del título que constituye la primera copia de la escritura pública que instrumenta el crédito hipotecario, son compatibles, pues cuando en un mismo documento público, que reúne los requisitos del art. 517.1º y 2º, núm. 4 de la LEC, se constituye una garantía hipotecaria, el acreedor tiene dos títulos ejecutivos perfectamente compactibles entre sí, e instrumentados en un único documento; primero, el de la escritura constitutiva del derecho real de hipoteca, que se puede ejercitar por la vía del art. 131 LH(hoy 681 y siguientes) y, segundo, esa misma escritura en cuanto reúne los requisitos del art. 517 LEC citados, para servir de título ejecutivo, en cuanto a la cantidad restante, si con el primer procedimiento, no se pudo conseguir el cobro de la totalidad, persiguiéndose con este segundo procedimiento, todo el patrimonio del deudor, presente y futuro. Si bien, ambas acciones son posibles, también se ha de manifestar que esta última(ex art. 579 LEC), no excluye la vía del proceso monitorio, al concurrir los supuestos de ser cantidad líquida, vencida y exigible, que no excede del límite del artículo 812 LEC, y aparecer aportados los documentos del art. 812.2º de la LEC

<sup>735</sup> En sentido igualmente positivo, Auto de la AP de Tarragona, Sección 3ª, de 18 de enero de 2005.

A pesar de lo dicho, se hace menester reseñar que también ha habido supuestos en que los Tribunales han rechazado la petición monitoria basada en documentos relacionados con el préstamo hipotecario; así, el Auto de la AP de las Palmas, Sección 5ª, de 30 de junio de 2010, refiriéndose a la reclamación a través del proceso monitorio de deudas contenidas en título ya ejecutivo, desestima tal vía. En el supuesto de autos, se reclamaba la diferencia entre lo obtenido por adjudicación en una subasta judicial de finca urbana en procedimiento hipotecario y el importe adeudado por el préstamo a que servía aquella garantía, al no cubrir el importe del remate la totalidad de la deuda. Como documentos monitorios se aportaban certificación registral de la finca hipotecada, liquidación unilateral de la deuda y el auto de adjudicación del procedimiento hipotecario y, en este punto, el Auto sostiene que el procedimiento monitorio es un procedimiento hábil para lograr por parte del acreedor, en caso de falta de oposición del deudor, un título de ejecución, por lo que todo acreedor que ya disponga respecto del crédito reclamado de un título ejecutivo, no judicial, no está legitimado para, haciendo dejación del mismo, evitando de este modo una ejecución controlada, obtener un nuevo título ahora judicial cuyas causas de oposición sean distintas.

C) La pretensión de ejecución dineraria: especialidades cuando recae sobre bienes garantizados con hipoteca.

Tal y como se ha venido diciendo, el hecho de que la LEC regule un procedimiento específico para instar la ejecución cuando existe un bien inmueble hipotecado, no determina que obligatoriamente el acreedor tenga que acudir a este procedimiento especial. Al margen de las otras alternativas procesales no ejecutivas a que se ha hecho mención, el acreedor podría acudir a la vía ejecutiva ordinaria. No suele ser lo habitual en la práctica, pues la hipoteca se perfila como una garantía más sólida de cara a favorecer el derecho de crédito del acreedor; sin embargo, hay ocasiones en que éste puede considerar preferente desde el punto de vista de sus propios intereses, iniciar una ejecución ordinaria, por ejemplo, porque prevea de antemano que el producto de la subasta será insuficiente para cubrir la deuda, de ahí que prefiera dirigir su reclamación contra otros bienes del deudor, además de hacerlo contra el bien hipotecado. No regirán entonces las disposiciones contenidas en los arts. 681 y siguientes LEC, sino las correspondientes a la ejecución ordinaria.

Sirva en este ámbito hacer una somera referencia a algunos aspectos que caracterizan la ejecución ordinaria con carácter general de títulos extrajudiciales, y que coinciden en lo sustancial con el régimen de la ejecución de títulos judiciales.

a) Clases de procesos de ejecución.

La Ley de Enjuiciamiento Civil no habla expresamente de proceso de ejecución, sino que emplea la denominación genérica de “*ejecución forzosa*” para referirse a este tipo de proceso a lo largo de su Libro III, distinto del declarativo y que, en esencia, pretende dar cumplida satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de cumplimiento de lo juzgado (si el título es jurisdiccional) o cumplimiento de lo previamente pactado (en el caso en que nos hallemos ante un título no jurisdiccional); ello, a diferencia de lo que acontece en el proceso de declaración, en el que hay que empezar por declarar el derecho, por determinarlo, previa discusión entre las partes, guiada por los principios de igualdad y contradicción, que experimentan, tal y, como se anunció anteriormente, una atenuación evidente. en el proceso de ejecución.

En este sentido, cabe plantearse si dentro del proceso de ejecución existe sólo uno o, por el contrario, pueden establecerse diferentes modalidades. Ciñéndonos estrictamente a la vigente Ley procesal, podría afirmarse que proceso de ejecución no hay más que uno<sup>736</sup>; no obstante, podrían hacerse sendas clasificaciones, en función de dos criterios diferentes: de un lado, si tiene su origen en un título jurisdiccional y en función de si éste es firme o no lo es, la Ley regula la ejecución provisional de resoluciones judiciales, (por contraposición a la ejecución de las resoluciones que son firmes), y de otro, en función del contenido mismo de la ejecución, se habla de ejecución dineraria, de la que deriva la obligación para el ejecutado de entregar una cantidad de dinero líquida, también denominada ejecución expropiativa en la medida que conlleva la expropiación de los bienes del deudor, (como especialidad dentro de ésta cabe citar, precisamente a la ejecución hipotecaria); y, ejecución no dineraria, que existe cuando el título ejecutivo en cuya virtud se despacha ejecución, contiene condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta de una cantidad de dinero. Esta última, también se denomina satisfactiva (cuando la conducta consiste en la entrega de una cosa) y, transformativa, cuando la ejecución consiste en un hacer

---

<sup>736</sup> Para FERNÁNDEZ-BALLESTEROS hay tres procesos de ejecución: el proceso de ejecución de títulos judiciales; el de títulos extrajudiciales y el hipotecario y prendario.

o no hacer forzosos que transforma la realidad física tal y como existía anteriormente<sup>737</sup>.

Junto a las anteriores distinciones, suele hablarse igualmente de una ejecución distributiva (GUASP Y ARAGONESES) o universal, por contraposición a la ejecución singular, que es aquella que se proyecta sobre determinados bienes del deudor-ejecutado, mientras que la universal lo hace sobre el conjunto patrimonial de un individuo; ejemplo de esto último es el procedimiento concursal calificado doctrinalmente como de ejecución universal<sup>738</sup>

De todo lo anterior, cabe afirmar que proceso de ejecución no hay más que uno, si bien, a la ejecución en cuanto tal suele asignársele algún calificativo en función de su objeto (dineraria, no dineraria; hacer, no hacer; singular, universal) o en función de si el título judicial por excelencia, la sentencia, es firme, porque contra ella no cabe recurso alguno o no lo es, porque está pendiente de resolverse el recurso interpuesto contra la misma (definitiva o provisional).

Es lo que se ha dado en llamar *ejecución propia* frente a la denominada *ejecución impropia*<sup>739</sup>.. Esta última no es en puridad ejecución, pues se establece en conexión con aquellas sentencias que, por su contenido, encierran pronunciamientos no susceptibles de ejecución; en definitiva, no han de llevarse a cabo por vía coactiva, al no implicar declaraciones de responsabilidad. Esto es lo que ocurre en las sentencias declarativas y en las constitutivas, respecto de las que el art. 521 de la LEC afirma que no se despachará ejecución. Ello es así, por no contener pronunciamientos de condena; por tanto, si no hay algo que cumplir, nada hay que ejecutar. Agotan sus efectos con la mera declaración, constitución, modificación o extinción de las

---

<sup>737</sup> En efecto, GUASP y ARAGONESES establecen una clasificación cuatrimembre que resulta de una primera distinción básica (procesos de dación y procesos de transformación) pero, a su juicio, resulta insuficiente hablar de procesos de dación y procesos de transformación, según que tiendan a obtener una conducta de dar o de hacer o no hacer distinto del dar, pues dentro de los primeros caben otros dos subtipos: la dación que consiste en la entrega de una cantidad de dinero y la dación que consiste en la entrega de una cosa distinta del dinero. Asimismo, dentro del proceso de transformación, apuntan una clasificación semejante, según dicha transformación consista en un hacer o no hacer forzoso o, se materialice en una distribución de un patrimonio. Por consiguiente, hablan estos autores de ejecución expropiativa, satisfactiva, transformativa y ejecución distributiva. De todas ellas, la primera, la expropiativa, se presenta como la ordinaria y típica y, por extensión, la más importante, mientras que las restantes aparecen como ejecuciones peculiares, que no especiales. La distributiva se identifica con la necesidad de repartir un patrimonio entre varios sujetos (acreedores) y con ello, con la ejecución universal propia de los procedimientos concursales. Ob cit, pág. 586-588.

<sup>738</sup> Si bien, ARMENTA afirma que en puridad no lo es; que sí es un proceso universal porque afecta a la totalidad del patrimonio deudor no lo pone en duda pero, afirma que no lo es necesariamente de ejecución ya que el procedimiento puede cerrarse por convenio o sin acudir a la actividad liquidatoria del citado patrimonio, ob, cit, pág. 363.

<sup>739</sup> ARMENTA define la ejecución impropia como aquella que, sin implicar actividad coactiva o intromisión patrimonial alguna del órgano jurisdiccional, supone determinadas actuaciones en orden a la plena efectividad, como la inscripción en el Registro de la sentencia que declara la nulidad de un matrimonio o la reintegración de la capacidad. Ob cit, pág. 363.

situaciones que en ellas comprenden puesto que el cambio deseado se produce en el mismo momento en que la sentencia se dicta. Y ello, sin perjuicio, de que en una sentencia constitutiva, se contengan también pronunciamientos de condena, caso en que los mismos se llevarán a efecto, según lo previsto en la ley para la ejecución de sentencias de esta naturaleza.

Ahora bien, incluso estas sentencias meramente declarativas, y constitutivas que no precisan de proceso de ejecución, pueden requerir una serie de actuaciones complementarias, a veces complejas, que tienden a conseguir su efectividad plena y, sin embargo, no implican actos de ejecución en sentido estricto. En este punto, el art. 521.2 LEC afirma que *“mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que despache ejecución”*.<sup>740</sup>

Por consiguiente, y a pesar de los matices derivados de sus propios efectos (la sentencia declarativa se limita a declarar un derecho o relación jurídica, mientras que la constitutiva crea, modifica, cambia una situación jurídica), entre ambas hay una nota común, cual es, la carencia de ejecutabilidad, dado que se agotan en sí mismas, sin necesidad de actividades ejecutivas posteriores. En este mismo sentido, pero asentando la mayor relevancia de la sentencia constitutiva frente a la declarativa, CHIOVENDA<sup>741</sup> advirtió que la primera se presenta como una figura autónoma porque, de un lado, se acerca a la sentencia de condena dado que prepara un cambio en el estado actual de las cosas y, de otro, se asemeja a la sentencia mero declarativa, pues, produciendo el cambio en virtud de la sentencia misma, no es necesario ningún hecho posterior de ejecución; sin embargo, la sentencia de declaración sienta la voluntad de la Ley preexistente y no tiene otro efecto que la cesación de la incertidumbre del derecho.

En todo caso, unas y otras, deben ser acatadas y a este deber genérico alude el art. 522 LEC, si bien referido en exclusiva a las sentencias constitutivas, lo que

---

<sup>740</sup> Como ejemplos pueden citarse: la sentencia que declara la nulidad de un acto jurídico que causó una inscripción registral, es inscribible en el registro de la propiedad; la sentencia que declara la propiedad a favor de una persona determinada también puede ser inscrita en el registro; la sentencia que declara la filiación puede ser inscrita en el registro civil; o la sentencia que declara la incapacitación de una persona concreta.

<sup>741</sup> *Principios de derecho procesal Civil*, trad. por José Casais y Santalo. Madrid, 1977, pág. 236



llama poderosamente la atención pues, no se entiende el matiz omisivo, al margen de lo superfluo de la declaración contenida en este precepto que, sobra por innecesaria y redundante: la propia Constitución establece en su art. 118 el deber de cumplir las sentencias judiciales sin distinguir entre unos tipos y otros; es decir, todas las sentencias han de ser cumplidas, respetadas y acatadas. En perfecta consonancia con lo declarado en el texto constitucional, los arts. 17 y 18 de la LOPJ confirman el deber de cumplimiento y acatamiento de todas las resoluciones judiciales, sin distinción alguna.

b) Notas esenciales de la ejecución ordinaria.

a') El proceso de ejecución forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

Cuando el art. 24 de la CE se refiere al derecho fundamental a la tutela judicial, acto seguido, le añade el calificativo de *efectiva*, con lo que quiere resaltar la idea de que no basta con que el ciudadano tenga la posibilidad de acceder y plantear sus pretensiones ante un Juzgado, obteniendo una resolución de fondo, sino que es indispensable que también se cumpla lo determinado por el Juzgado de turno, el que haya conocido del asunto conforme a las normas de reparto<sup>742</sup> y, conforme, previamente, a las normas de competencia legalmente establecidas.

Por tanto, e incidiendo una vez más en el hecho jurídico de que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental y, como tal, susceptible de la protección especial que brinda la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE), ante su presunta inobservancia, hay que decir que también se vulnera dicho derecho fundamental si no se lleva a la práctica el fallo o parte dispositiva de la sentencia, pues la satisfacción que ha de otorgar el proceso, ha

---

<sup>742</sup> Las normas de reparto de asuntos se justifican en los casos en que existen una pluralidad de órganos jurisdiccionales del mismo rango y ha de dilucidarse cuál de ellos conocerá del asunto; son normas que posibilitan la distribución de la carga de trabajo pero, sumamente importantes, pues determinan el Juez legal o Juez predeterminado por la Ley previsto en el art. 24.2 de la CE. La regulación en la materia se encuentra esencialmente en la LOPJ (arts. 152, 160 y 167), y en la LEC (arts. 68 a 70) y aunque la aplicación de las referidas normas se entiende como función gubernativa, no jurisdiccional, lo cierto es que tiene trascendencia procesal. Tanto es así que el Tribunal Constitucional no ha estimado irrelevante ni la inexistencia ni la infracción de las normas de reparto. La regulación positiva parte de la obligatoriedad de las normas de reparto para todos los asuntos, reparto que deberá hacerse en el plazo de dos días siguientes a la presentación del escrito o solicitud de incoación de las actuaciones. Cuando se infrinjan tales normas, no cabrá interponer declinatoria (como consecuencia de su carácter gubernativo), pero cualquiera de los litigantes podrá impugnar la infracción de las normas de reparto vigentes en el momento de la presentación del escrito.

de ser plena y no meramente platónica o irreal; si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria<sup>743</sup>.

En este sentido, la STC 15/1986, de 31 de enero, confirmó tempranamente y de forma expresa que el proceso de ejecución forma parte de la tutela judicial efectiva y, además, es garantía importante para el funcionamiento mismo del Estado de Derecho, exigencia objetiva del sistema jurídico<sup>744</sup>. En términos coincidentes en esencia, se pronuncia la más reciente STC 285/2006 que, asimismo, puntualiza que en ejecución no se puede entrar a discutir lo ya resuelto pues desde la perspectiva del art. 24.1 CE, no puede aceptarse que sin el concurso de elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, por incorrecta determinación del fallo, por sus desproporcionadas consecuencias o por razones similares, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, por la vía de discutir de nuevo, en trámite de ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial<sup>745</sup>.

La necesidad de que la ejecución forme parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, hecho, por otro lado, no controvertido, ha sido corroborada y defendida en el seno de la doctrina. De esta forma puede decirse, partiendo de la caracterización que del proceso de ejecución hace ORTELLS, como instrumento necesario de la Jurisdicción<sup>746</sup>, tanto si la necesidad a la que responde se considera

---

<sup>743</sup> STC 61/1984, 16 de mayo).

<sup>744</sup> El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho y, como tal, es anunciado y recogido en el art. 118 de la CE. Exigencia objetiva del sistema jurídico, la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza también se configura como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al contenido del artículo 24.1 de la CE, cuya efectividad quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial a favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada, o más en general, éste tuviera carácter meramente dispositivo.

<sup>745</sup> También, entre otras, SSTC 144/2000, de 29 de mayo, 83/2001, de 26 de marzo, 3/2002, de 14 de enero, 140/2003, de 14 de julio, y 223/2004, de 29 de noviembre; SSTC 41/1993, de 8 de febrero, y 18/2004, de 23 de febrero.

<sup>746</sup> Como principios básicos que inspiran a la Jurisdicción, a tenor de lo declarado en los arts. 117 y 122 de la CE, pueden mencionarse:

a) Autogobierno del Poder Judicial. Partiendo de la consideración de la Jurisdicción como Poder del Estado, y siguiendo a GARBERÍ LLOBREGAT resulta que el autogobierno garantiza la independencia colectiva del Poder Judicial frente al resto de los poderes del Estado. No basta con la independencia individual de cada uno de los Jueces y Magistrados, debe añadirse la independencia orgánica o difusa de la Jurisdicción globalmente considerada. Manifestación clave de tal autogobierno la encontramos en el art. 122 de la CE cuando alude al Consejo General del Poder Judicial, (CGPJ) definiéndolo en su párrafo 2 como el órgano de gobierno del Poder Judicial para acto seguido añadir que una ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. El gobierno del Poder Judicial, pues, se ejerce por el CGPJ en todo el territorio nacional y, subordinados a él, por otros órganos

desde el punto de vista de la función de la potestad jurisdiccional, como si se examina desde la perspectiva de las personas que requieren el ejercicio de esa potestad, que hablar de *ejecución forzosa* obliga a centrarse en dos ideas principales: la primera, la ejecución es actividad que se subsume dentro de la función jurisdiccional; la segunda, si hay ejecución es porque previamente ha existido un incumplimiento, una voluntad rebelde a observar<sup>747</sup> el fallo o parte dispositiva de una Sentencia o lo dispuesto en cualquier otro título ejecutivo, judicial o extrajudicial.

En síntesis, que la tutela judicial no sería en verdad efectiva, si lo declarado no fuese ejecutado y que, por consiguiente, llegado el indeseable incumplimiento, hay que arbitrar mecanismos que garanticen la satisfacción de lo juzgado, recurriendo, incluso a medios coactivos (la ejecución, sin duda lo es), es idea en la que se centra FERNANDEZ-BALLESTEROS cuando asegura que *si la sola sentencia puede ser insuficiente para la eficaz tutela de los derechos e intereses lesionados, el Estado*

---

de gobierno tales como las Salas de gobierno existentes en el Tribunal Supremo (TS), la Audiencia Nacional (AN) y los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), los Presidentes de los Tribunales colegiados, los Presidentes de las Salas de justicia y los Jueces, así como los Jueces Decanos y las Juntas de Jueces.

b) El Principio de unidad jurisdiccional: El párrafo 5 del art. 117 CE afirma que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. Este es un principio que se opone a la creación de jurisdicciones especiales, características del antiguo régimen y de Estados autocráticos. Una Jurisdicción está informada por el mentado principio cuando la potestad jurisdiccional es encomendada exclusivamente a los Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial, estándoles vedado a cualesquiera otros órdenes de funcionarios el ejercicio de dicha potestad.(GIMENO). Ocurre, sin embargo, que al mismo tiempo que se reconoce el principio de unidad jurisdiccional con la consiguiente prohibición de creación de jurisdicciones especiales, el art. 117.5 reconoce la subsistencia de la jurisdicción militar, única jurisdicción especial que tenemos actualmente. Su subsistencia se justifica en sí misma, por los estrictos límites a que la somete el precepto constitucional: en tiempos de paz, en el ámbito estrictamente castrense y siendo respetuosa con los principios constitucionales.

c) El principio de exclusividad jurisdiccional: sólo los Jueces y Magistrados pueden ejercer la función jurisdiccional. Es consecuencia y complemento del anterior y en sentido positivo, el principio se recoge en el art. 117.3 CE cuando advierte que *el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*. En sentido negativo, lo confirma el art. 117. 4 al decir que *los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*. En definitiva, el monopolio de la potestad jurisdiccional a favor del Poder Judicial se justifica, entre otras razones, por la combinación de dos factores. De una lado, el principio de la división de poderes, y de otro la prohibición de la autotutela de los derechos subjetivos.

<sup>747</sup> El cumplimiento de la obligación implica la exacta realización de la prestación por parte del deudor a favor del acreedor. Por el contrario, el incumplimiento, es la no realización de la prestación o su realización defectuosa, es decir, aquella situación antijurídica que se genera por la actividad culpable del deudor que impide que la relación jurídica quede satisfecha en el mismo tenor que se constituyó. El incumplimiento puede ser total o absoluto; se produce en aquellos casos en los que la falta de ejecución de la prestación tiene un carácter definitivo, es decir, no cabe ni un cumplimiento defectuoso ni tardío de la obligación; el incumplimiento es impropio o relativo cuando lo que hay es un cumplimiento defectuoso o tardío, identificado el último, generalmente con el concepto de mora. CUEVILLAS MATOZZI I, GARCIA VILLAR R, CASTRO GARCIA J Y GONZALEZ GARCIA-MIER R. *Instituciones de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, 1ª edición 1997, págs. 212 y 213.

debe arbitrar todos aquellos medios o sistemas de coacción que sean precisos para que lo ordenado en la sentencia tenga efectividad práctica.<sup>748</sup>

En ésta misma línea se pronuncia ARMENTA<sup>749</sup>, cuando afirma que la función jurisdiccional no se limita a declarar el derecho pronunciando una resolución de condena, meramente declarativa o constitutiva, sino que una verdadera efectividad del derecho exige, en ocasiones, una actividad coactiva posterior para dar adecuado cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia. Así, en un esquema conceptual básico, el quehacer jurisdiccional declararía el derecho en primer lugar (proceso de declaración), para posteriormente ejecutarlo (proceso de ejecución). Y ello, sin perjuicio de que para declarar o ejecutar el derecho, haya que garantizarlo a través de la correspondiente medida cautelar<sup>750</sup>.

---

<sup>748</sup> *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Iurium editores. Pág. 27.

<sup>749</sup> *Lecciones de Derecho Procesal Civil, Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, segunda edición, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2004

<sup>750</sup> En la actual LEC 1/2000, de 7 de enero, quedan reguladas las medidas cautelares en los artículos 721 a 747, que conforman el Título VI de su Libro III. El nuevo régimen cautelar que plantea la vigente ley rituaría trae consigo dos novedades importantes con respecto a este tipo de tutela: de un lado, se introduce un régimen cautelar común o unitario, a diferencia de lo que sucedía en la LEC de 1881, donde las medidas se regulaban separadamente y se establecía para cada una de ellas un régimen específico que, por lo demás, resultaba incompleto o lagunoso, y de otro, en cuanto a las concretas medidas, la ley opta por un sistema abierto. Es decir, no regula medidas concretas, sino que autoriza a los tribunales para decretar todas aquellas que resulten adecuadas en cada caso a los efectos de asegurar la eficacia de una eventual sentencia estimatoria. Lo que no impide que el art. 727 de la LEC ofrezca un catálogo de medidas específicas con el objeto de disipar dudas y concretar algún presupuesto particular. Así se desprende de lo manifestado textualmente por el Art. 721 de la Ley procesal cuando asegura que *bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenido, podrá solicitar del tribunal, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare*. El precepto, de paso, consagra el principio de rogación por cuanto se requiere siempre instancia de parte para su adopción. El Auto de la AP de Granada nº 56/2004, de 5 de mayo, apunta el nuevo tratamiento que dispensa en la materia la LEC de 2000, al tiempo que resume el procedimiento diseñado en la ley para adoptar este tipo de medidas al afirmar que *ha implantado un tratamiento unitario y un procedimiento común para las medidas cautelares sin perjuicio del tratamiento de medidas específicas, propias de los procesos especiales. El procedimiento que regula para su adopción, se inicia con solicitud de quien lo pretendiere, a la que se refiere el art. 732. Este precepto impone que su formulación rehaga con claridad y precisión, añadiendo que ha de justificarse cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legales. Del enunciado del primer punto entendemos que se deriva la necesidad para su admisión que se precise la medida pretendida fijando su contenido, extensión..., de forma que la parte contraria pueda oponerse sin indefensión. El número 2 del art. 732 requiere el imprescindible acreditamiento documental o el ofrecimiento de otros medios demostrativos de la concurrencia en el caso, de los presupuestos precisos para que sea acordada. Dispone la ley que todo ello deberá hacerse junto con la solicitud, hasta el punto de que, tal y como se expresa en el último párrafo del art. 732-2º, en ese momento precluye para el solicitante la posibilidad de proponer prueba. En el escrito de petición deberá ofrecerse caución, especificando tipo o tipos de la ofrecida y justificación del importe que se propone (art. 732-3º). La vista se regula en el Art. 734. Se convocará dentro de los cinco días desde la notificación de la solicitud al demandado para que tenga lugar dentro de los 10 días siguientes. En la misma, las partes alegarán lo que entiendan procedente, tanto en relación con la concurrencia o no de los requisitos para que sea acordada como lo referente al tipo y cuantía de la caución ofrecida, y se practicarán las pruebas que de las instadas con su solicitud por el peticionario de la medida y de las que pueda pedir en este acto la parte contraria, el tribunal considere pertinentes y útiles, incluso si se estimase preciso para acreditar extremos relevantes, podrá acordarse reconocimiento judicial (art. 734.2). Practicadas las pruebas concluirá la vista, resolviéndose lo que proceda por auto que deberá dictarse en el plazo de cinco días y que cualquiera que sea su sentido, será recurrible en apelación, sin efecto suspensivo el que acuerde su adopción. (art. 735 y 736).*

Con todo, conviene precisar que no toda ejecución tiene su base en una Sentencia como título ejecutivo judicial principal. Tal esquema esencial presenta diversas excepciones:

- En principio, sólo la Sentencia<sup>751</sup> de condena constituye título ejecutivo; de hecho, es el título ejecutivo por antonomasia. Pero si la Sentencia que pone fin al proceso de declaración absuelve al demandado, no hay nada que ejecutar, y si se limita a declarar la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica (Sentencia mero declarativa) o a crear, modificar, extinguir una situación jurídica (Sentencia constitutiva), la tutela solicitada se alcanzará con la propia resolución, sin necesidad de una actividad de ejecución posterior<sup>752</sup>. Tal argumento tiene, además, apoyo positivo en los arts. 521 y 522 de la LEC. Ello, no obstante, no es óbice para que las resoluciones meramente declarativas o constitutivas, que no requieren de esa ejecución, no provoquen, sin embargo, actuaciones complementarias que no podrían calificarse de ejecutivas porque con ellas no se hace efectivo ningún deber de prestación, pero que son, igualmente necesarias para dar cumplida satisfacción a lo manifestado en la resolución mero declarativa o constitutiva de que se trate. A estas otras actuaciones posteriores<sup>753</sup> alude la vigente Ley en el art. 521.2 cuando establece que *mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en los registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución*; o el art. 522.2 del mismo texto legal, que afirma que *quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo podrán pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan*. En este punto, las actuaciones más frecuentes son las que requieren la inscripción en registros públicos y a ellas aluden específicamente los dos preceptos mencionados, pero, pueden también desplegarse otro tipo de actuaciones como la

---

<sup>751</sup> El derecho a que la Sentencia se cumpla y a que, quien hubiere obtenido la Sentencia a su favor, sea repuesto en su derecho, y en su caso, compensado por los daños y perjuicios sufridos, forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. (STC 32/1982). Asimismo, el deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales también encuentra fundamento constitucional en el art. 117.3 CE y en el art. 118 CE.

<sup>752</sup> A salvo, la denominada ejecución impropia.

<sup>753</sup> Tal y como recuerda MONTERO, en estos casos suele hablarse de ejecución impropia, pero, a su juicio, sería conveniente evitar tal terminología perturbadora. Si la ejecución consiste en la realización de una conducta física productora de un cambio en el mundo exterior, ésta denominada impropia, no es ejecución, pues la inscripción en un registro público de la sentencia, que es el supuesto más normal de la actividad posterior a las sentencias declarativas puras y constitutivas, no añade nada a la sentencia, en cuanto ésta por sí sola ha satisfecho la pretensión otorgando la tutela pedida. La inscripción posterior no pasa de ser una actividad complementaria o de publicidad de los efectos de la sentencia. *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 9ª edición*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 500.

constitución o extinción de una tutela o curatela, a consecuencia de una Sentencia dictada en proceso de incapacitación<sup>754</sup> o, en el caso de un proceso sobre división de cosa común, las actuaciones de venta forzosa posteriores.

- En lo que respecta al argumento de que la Sentencia de condena no es el único título ejecutivo, baste leer lo dispuesto en el art. 517 de la LEC, precepto que enumera los títulos ejecutivos y que ARMENTA estructura en los siguientes: lo acordado por las partes en determinadas condiciones (arts. 515.2. 4º a 7º); lo establecido por el Juez sin haberse desarrollado un proceso (art. 517.2.3º); declaraciones no jurisdiccionales (art. 517.2.2.º) Con todo, y a los efectos de ofrecer un panorama más simplificado de los títulos ejecutivos que contempla la actual Ley procesal, bastaría con decir que son de dos tipos: judiciales y no judiciales.

#### b') Jurisdiccionalidad.

Actualmente, no se discute el carácter estrictamente jurisdiccional del proceso de ejecución. Dicha naturaleza tiene su origen en lo dispuesto en el art. 117 de la CE; por un lado, cuando afirma que la potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y por otro, cuando atribuye en exclusiva tal función a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial. Luego, si resulta que la ejecución es parte integrante de la actividad llamada *Jurisdicción o Potestad Jurisdiccional* y ésta última se asigna en exclusiva al Poder Judicial, se ha de concluir el carácter eminentemente jurisdiccional de la ejecución forzosa.

No obstante lo anterior, esta naturaleza podría tener su excepción en los casos en que la ejecución no tiene apoyo en proceso declarativo alguno y sí, por el contrario, en la voluntad de las partes o negocio celebrado por ellas, mediando la constitución de título ejecutivo no judicial (pólizas de contratos mercantiles, escrituras públicas, títulos al portador o nominativos y/o certificados no caducados expedidos por entidades encargadas de registros contables respecto de los valores representados por anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores), dado que, en estos casos, la ejecución no implica cumplimiento de lo juzgado previamente.

---

<sup>754</sup> La incapacidad es un hecho jurídicamente irrelevante hasta que se incapacita a la persona incapaz. Para su declaración se exige pasar por el oportuno proceso judicial. A tenor de la nueva LEC los procesos sobre capacidad de las personas son fundamentalmente: el juicio de incapacitación en sentido estricto, es decir, aquel en que se pide que una persona quede formalmente incapacitada porque no puede gobernarse por sí misma; el proceso de incapacitación por prodigalidad; el proceso de reintegración de la capacidad o de modificación del alcance de la incapacitación constituida que sirve para dejar sin efecto la incapacitación declarada judicialmente o cambiar su régimen jurídico; y el proceso para proceder al internamiento no voluntario.

A pesar de ello, incluso en estos supuestos, ha de afirmarse sin reservas la naturaleza jurisdiccional del proceso de ejecución basado en alguno de estos títulos, especialmente en aquellas fases en las que el órgano competente ha de desarrollar cierta labor cognitiva y tomar decisiones jurídicas como acontece en el incidente de oposición. No olvidemos que del proceso de ejecución en su integridad conocen auténticos Juzgados, integrados en la organización jurisdiccional del Estado (Poder Judicial) y tal proceso se encuentra presidido por el principio de contradicción y el principio dispositivo, principios inherentes a la estructura de cualquier proceso y que aunque actúan debilitados en la ejecución, rigen en alguna de sus fases.

En este mismo sentido, FERNANDEZ-BALLESTEROS<sup>755</sup> considera que la ejecución forzosa es una actividad estrictamente jurisdiccional y no sólo porque haya sido atribuida de forma exclusiva a los Jueces y Tribunales, también porque forma parte muy sustancial de la actividad necesaria para el efectivo otorgamiento de la tutela que, incluye, el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten, como resulta de los arts. 24.1, 117.3 y 118 CE. Es más, el citado autor resalta la importancia de la ejecución al añadir que *de la sola realidad del proceso de ejecución y de su eficaz regulación procedimental depende en gran medida la efectividad real de la tutela jurídica. De ahí, que si el juez se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo o se abstiene de tomar las medidas necesarias estaría vulnerando el art. 24.1 CE y corresponde al TC en el ámbito del recurso de amparo el reconocimiento del derecho vulnerado* (STC 21 de septiembre de 1989).

Precisamente porque la ejecución forzosa está destinada a incidir de modo directo e inmediato en la delicada esfera de los derechos subjetivos privados, son aquí más necesarias que en sitio alguno la independencia, la imparcialidad y el desinterés objetivo, notas que, en conjunto, caracterizan la función jurisdiccional<sup>756</sup>.

En la misma línea, netamente jurisdiccionalista, MONTERO<sup>757</sup> señala que, precedido o no de la declaración jurisdiccional del derecho, el proceso de ejecución es aquél en el que, partiendo de la pretensión del ejecutante, se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional. En el Derecho español queda así claro, sostiene el citado autor, que la ejecución tiene naturaleza siempre jurisdiccional y que se confía siempre a un tribunal que actúa por medio de un proceso. Debe ser así,

---

<sup>755</sup> Ob, cit, págs. 36 a 38.

<sup>756</sup> Junto con las de responsabilidad y sumisión a la ley, son las garantías constitucionales por excelencia.

<sup>757</sup> Ob, cit, págs. 502 y 503.

porque la actividad ejecutiva es la que comporta una verdadera injerencia en la esfera jurídica de las personas y, por tanto, es la que más precisa de que en ella se respeten los principios constitucionales que informan el derecho jurisdiccional (juez predeterminado), del personal jurisdiccional (independencia) y del proceso (contradicción). Y ello, a diferencia de lo que ocurre en otros países, en los que la situación es muy distinta, al confiarse la ejecución a órganos de tipo administrativo como es el caso del *Huissier* de justicia francés o el Pflger (secretario) alemán<sup>758</sup>.

Por su parte, MORENO CATENA<sup>759</sup> subraya también la naturaleza jurisdiccional de la llamada *Ejecución Forzosa* pero, al hacerlo distingue entre la verdadera ejecución, la forzosa, y la llamada ejecución administrativa. No sólo nos encontramos ante actividad jurisdiccional sino que, a su juicio, constituye la actividad jurisdiccional por excelencia pues, mientras que la declaración con efectos de cosa juzgada sobre un litigio puede encomendarse a quien no es un tribunal de justicia, tal y como acontece en el arbitraje, la ejecución forzosa, el uso de la fuerza estatal, sólo puede ordenarse por el Poder público cual es el Poder Judicial.

En cuanto a la anunciada distinción entre el proceso de ejecución y la ejecución administrativa, este mismo autor afirma que, la exclusividad otorgada a los órganos jurisdiccionales no resulta óbice alguno para que exista también una vía de ejecución administrativa, a través de la cual las Administraciones Públicas y otros Entes públicos pueden hacer efectivas las deudas tributarias y demás ingresos que deban percibir como de derecho público. La ejecución administrativa funciona de un modo autónomo e independiente de la ejecución forzosa pero el que puedan seguirse de modo paralelo sendos procedimientos de ejecución (el judicial y el administrativo), contra un mismo deudor, suele generar no pocos problemas en el supuesto en que estén afectados los mismos bienes, supuestos en los que el conflicto tendrá que ser resuelto conforme a las normas que sobre preferencia de créditos se establecen en

---

<sup>758</sup> También en España se reclama una reforma de la Justicia en la que se asigne al Procurador de los Tribunales, más funciones, entre ellas, la dirección de los procesos de ejecución. Dejando en manos del órgano jurisdiccional las tareas de dicta el auto por el que se despacha ejecución y aprobar el remate de los bienes, todo lo demás podría encomendarse al Procurador. Los propios Procuradores consideran imprescindible desarrollar la facultad de realizar los actos de comunicación, dotándoles de cierta garantía jurídica; para ello, es necesario, sostienen, que se les conceda la capacidad de certificación a la hora de realizar los actos de comunicación. Asimismo, abogan por simplificar los trámites de la ejecución y de la vía de apremio respecto de los bienes declarados embargados por el órgano de ejecución competente. RUIZ MARTINEZ L, *El Procurador y la necesaria reforma de la Ejecución*. Boletín Informativo, Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, nº 66, enero/marzo de 2007.

<sup>759</sup> Op, cit, pág. 30



nuestro ordenamiento jurídico, sin marginar la relevancia de principios como el de *non bis in idem*, que rige en materia sancionadora.

Por su parte, ORTELLS<sup>760</sup> atiende a la naturaleza jurídica de la *ejecución forzosa* desde la perspectiva de la naturaleza de las normas jurídicas que la regulan. Desde su punto de vista, se trata de dilucidar si tales normas son de índole procesal o jurídico privada, lo que tiene repercusión en aspectos como el del ámbito temporal y espacial de aplicación de tales normas y el régimen de oposición a la ejecución, según se funde en razones de fondo o en defectos procesales.

Asimismo, mantiene la naturaleza procesal de las normas que regulan la competencia y la jurisdicción, capacidad de las partes y procedimiento, así como de las normas referidas a los títulos ejecutivos y su alcance objetivo y subjetivo; las que establecen medios ejecutivos como el embargo de bienes o multas coercitivas; el régimen de la oposición y las que regulan ciertos medios de defensa de terceros frente a actuaciones ejecutivas, como la tercería de mejor derecho y la tercería de dominio.

Por el contrario, poseen naturaleza jurídico privada, o al menos son de doble función, en cuanto tienen una dimensión también procesal, las normas que afectan a la conducta del ejecutado tendentes a proyectar la ejecución frente a personas o bienes que el título o la ley no autorizan (art. 538.4 LEC); el pago o cumplimiento de la prestación en el seno del proceso ejecutivo; o la finalización de la ejecución forzosa con la satisfacción del derecho del acreedor ejecutante.

En este punto, en nuestra opinión podría alegarse que es indudable la naturaleza jurisdiccional del proceso de ejecución, tanto cuando se basa en título judicial como cuando no es así; además, resulta innegable el carácter también procesal de sus normas reguladoras pues la conexión entre *Jurisdicción y Derecho Procesal*<sup>761</sup> es evidente si nos atenemos a la definición básica de este último como

---

<sup>760</sup> *Derecho Procesal Civil*, Ed Thomson Aranzadi, septiembre 2003. Págs. 732 a 734.

<sup>761</sup> En una visión simplificada podría definirse el Derecho Procesal como el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso, es decir, el cauce instrumental a través del cual se aplican las normas sustantivas, sean de Derecho Civil, Mercantil, Penal, Administrativo o Laboral. En este sentido VALENCIA MIRON afirma, desde una doble perspectiva, como garante y como ciencia, que *el Derecho Procesal*, en cuanto *sistema de normas jurídicas*, es *instrumento y garantía de otro Derecho (Civil, del Trabajo y de la Seguridad Social, Administrativo, Penal, Comunitario, Constitucional y del Derecho que*

conjunto de normas jurídicas que regulan la Jurisdicción o, siguiendo la definición apuntada por DE LA OLIVA<sup>762</sup> como conjunto de normas relativas a la estructura y funciones de los órganos jurisdiccionales, a los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional y a la forma y contenido de la actividad tendente a dispensar dicha tutela.

Por último, no desconoceremos el matiz que en este sentido realiza GIMENO<sup>763</sup> cuando, aun aceptando que la *ejecución forzosa* es proceso de ejecución, califica al juicio ejecutivo como de proceso sumario al participar de las características más importantes de estos procesos, cuales son: cognición limitada, limitación de los

---

*proporciona la tutela jurídica en el plano internacional a los derechos humanos) regulando su aplicación jurisdiccional y, como ciencia, es el conjunto de conocimientos sobre las normas jurídico procesales.*

En cuanto garantía es importante subrayar que en sí mismo, el Derecho procesal es una garantía de los Derechos Fundamentales que reconoce la Constitución Española (CE) en sus arts. 14 y 15 a 29, y entre los que resulta particularmente clave el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva del Art. 24 que afirma que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión.* Esta declaración se desglosa por imperativo constitucional en una serie de derechos tutelados también por la Norma Fundamental que podrían condensarse en dos grandes apartados: El Derecho al Juez legal o Juez ordinario predeterminado por la ley. Y el Derecho al proceso debido, con todos los derechos que relaciona el Art. 24.2: defensa y asistencia de Letrado, derecho a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas, a utilizar los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Con carácter general el derecho a la tutela judicial efectiva comporta como primera garantía el acceso al correspondiente proceso jurisdiccional, que es un derecho general de libre acceso a los órganos jurisdiccionales, de naturaleza constitucional y, en principio, de ejercicio incondicionado, pero que no garantiza la obtención de una tutela concreta; puede verse satisfecho mediante una resolución de inadmisión o meramente procesal fundada en una causa legalmente establecida; en síntesis, se satisface prioritaria aunque no exclusivamente, por medio de una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la cuestión debatida.(SSTC 19/1981,100/1987, 115/1990, 164/1991,190/1991, 48/1995 y 267/1993). En cuanto a los recursos, las SSTC 46/19984, 110/1985, 20/1991, 172/1993 Y 342/1993, argumentan que la tutela judicial es un derecho de prestación, cuya efectividad necesita de la mediación de la Ley, y por ello, si bien la Constitución no garantiza clase alguna de recurso judicial, sí ampara el acceso a los recursos legalmente previstos... y el acceso a los recursos legalmente previstos sí forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, siempre que se cumplan y respeten los presupuestos, requisitos y límites que la propia ley establezca, cuya observancia corresponde controlar a los órganos judiciales competentes en el ejercicio de la exclusiva potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 CE. Por su parte, GIMENO SENDRA concluye que el Derecho Procesal es el sector del Derecho Público que regula los presupuestos, requisitos y efectos del proceso. O más rigurosamente, el conjunto de normas de Derecho Público que regulan la Jurisdicción, los presupuestos procesales, los derechos, posibilidades, cargas y obligaciones procesales, los actos procesales, las resoluciones del órgano jurisdiccional y la Sentencia y sus efectos, tendentes a obtener la satisfacción jurídica de las pretensiones y resistencia de las partes. El Derecho Procesal regula la Jurisdicción y ésta no es otra cosa que el Poder Judicial, o por mejor decir, la función que desarrollan Jueces y Magistrados, quienes por su independencia y sumisión a la Ley y al Derecho, ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente están legitimados para la resolución jurídica, motivada, definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para la protección de los derechos subjetivos, el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico.(GIMENO) Como poder del Estado conceptúa la CE en su art. 117 a la Jurisdicción y matiza que se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley. Esto en cuanto a quienes conforman el Poder Judicial. En lo que concierne a su contenido, el mismo artículo en su punto tercero mantiene que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, luego la función jurisdiccional consiste simple y llanamente en eso: en juzgar y hacer cumplir lo que se ha juzgado.("Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado").

<sup>762</sup> *Derecho Procesal Civil, Introducción. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos.* Ed. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. Pág. 201

<sup>763</sup> *Derecho Procesal Civil, II. Los procesos especiales,* Ed Colex, 2005. Pág. 159.

medios de ataque y defensa y ausencia de plenitud de los efectos materiales de la cosa juzgada de la sentencia en ellos recaída.

c') Carácter forzoso de la ejecución.

La finalidad que persigue el proceso de ejecución no es otra que la de actuar directamente sobre los bienes que integran el patrimonio del deudor ejecutado y, ésta finalidad en sí misma, determina las dos grandes características de la actividad ejecutiva: de un lado, su carácter forzoso que opera siempre a remolque del incumplimiento del deudor, y, de otro, el carácter sustitutivo del quehacer jurisdiccional, en cuanto el tribunal ejecutor sustituye la voluntad del deudor ejecutado llevando a cabo los actos que éste debería realizar si quisiera restablecer el desequilibrio patrimonial originado por el incumplimiento<sup>764</sup>; en definitiva, el Estado, por medio del Juez ejecutor, se coloca en el lugar del deudor ejecutado y, de oficio o a instancia del acreedor, realiza aquellas conductas que cualquier deudor diligente abordaría por sí mismo si quisiera restablecer voluntariamente el perjuicio patrimonial que su incumplimiento ha producido al acreedor.<sup>765</sup>

Por tanto, la ejecución está prevista para actuar frente a la resistencia del sujeto pasivo y en contra de su voluntad. Prescinde de la voluntad del ejecutado para el cumplimiento, lo que permite adentrarse en su esfera jurídica, afectando su patrimonio o, incluso, utilizando la coacción sobre el ejecutado<sup>766</sup>. Sin embargo, dado que es cierto que la ejecución se perfila desde el principio como un procedimiento privilegiado que parte de un hecho, que no se cuestiona, cual es la existencia de una obligación incumplida por el demandado-ejecutado y que esa situación supone la actuación directa sobre el patrimonio del sujeto pasivo, puede afirmarse que esa actuación en sí misma, tiene dosis coercitivas indudables por la afectación que en ella experimenta la autodeterminación del deudor, que aparece realmente anulado en el proceso ejecutivo y, especialmente, por la coerción que lleva aparejada el solo hecho de dirigir el proceso directamente contra los bienes que integran el patrimonio del deudor-demandado. Buena muestra de ello, es que en el proceso de declaración primero hay que determinar el derecho y, sin embargo, en la ejecución no hay nada que declarar, a salvo, claro está, dilucidar las declaraciones que proceden sobre los motivos de oposición del demandado ejecutado, por los motivos tasados en la Ley,

---

<sup>764</sup> SENES MOTILLA C, ob, cit, págs. 20 y 21.

<sup>765</sup> FERNANDEZ-BALLESTEROS M, ob, cit, pág. 38.

<sup>766</sup> Opinión contraria, no obstante, a la de que la ejecución pueda implicar coacción o sustitución de la actividad del deudor, es la LORCA. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III*, Coordinador Guillarte Gutiérrez, V, 1ª ed. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, Pág. 2475.

sean de índole procesal o de fondo. Resulta tan claro que no hay nada que determinar, que el auto despachando ejecución se adopta sin ni siquiera oír al demandado, (*in audita parte*) y contra esta resolución no cabe recurso alguno.

En esta misma línea argumentativa, MONTERO, por su parte, acepta el carácter privilegiado del proceso de ejecución, considerando que el privilegio en este campo da todavía un paso mayor cuando la Ley convierte a determinados documentos, revestidos de ciertas garantías y realizados por las partes, en títulos ejecutivos, pues entonces se trata de que quien dispone de uno de esos documentos puede acudir al proceso de ejecución sin necesidad de una declaración previa del derecho<sup>767</sup>.

Asimismo, con un planteamiento no exento de cierta crítica, también FERNANDEZ-BALLESTEROS apunta el carácter privilegiado del derecho que tiene el ejecutante, al manifestar que la LEC parece más dispuesta a proteger los intereses del ejecutante que los del ejecutado. En sus preceptos aparece con claridad un *“favor creditoris”*, que parece extenderse, más allá de la realización de la condena por la que se ejecuta, al modo en que el acreedor pide que se realice la ejecución. Cita como ejemplos de esto último: el hecho de que el ejecutado no pueda recurrir determinadas resoluciones que le perjudican o la limitación que experimentan las posibilidades de alegación y de prueba de que puede valerse; por el contrario, el acreedor tiene un amplio protagonismo<sup>768</sup> en el proceso y, salvo en ocasiones muy especiales, no se le hace expresamente responsable de los daños que su actuación produzca, ni se le exigen fianzas que aseguren esa eventual responsabilidad.<sup>769</sup>

d') Carácter sustitutivo de la ejecución.

MONTERO<sup>770</sup> efectúa una serie de matizaciones importantes sobre el carácter sustitutivo del quehacer jurisdiccional que ayudan a perfilar mejor esta nota que preside toda ejecución.

---

<sup>767</sup> Ob, cit, pág. 502.

<sup>768</sup> Protagonismo que es inevitable si nos atenemos al principio de instancia de parte que preside todo proceso de ejecución y que coincide con lo declarado en el art. 549 de la LEC cuando afirma que *“sólo se despachará ejecución a instancia de parte...”* No obstante, esto no es obstáculo a que una vez iniciada la ejecución, los demás trámites puedan ordenarse de oficio.

<sup>769</sup> Ob, cit, pág. 37.

<sup>770</sup> Op, cit, pág. 503

De esta forma, explica que es posible que hablemos del carácter sustitutivo de la ejecución, sencillamente porque en nuestro ordenamiento se considera jurídicamente fungible la actividad del ejecutado sobre su patrimonio, esto es, porque algunas conductas personales privadas pueden ser sustituidas de derecho por medio del ejercicio de la potestad pública atribuida al tribunal.<sup>771</sup> En consecuencia, el tribunal está investido de potestad para hacer lo que puede hacer el ejecutado, pero no puede extender más allá su actividad; el ejecutado tiene el derecho de poner fin a la ejecución en cualquier momento, realizando él mismo la conducta que el tribunal está realizando por él. Establece, en este punto, el art. 583 LEC que *si el ejecutado pagase en el acto del requerimiento o antes del despacho de la ejecución, el Secretario Judicial pondrá la suma de dinero correspondiente a disposición del ejecutante, se entregará al ejecutado justificante del pago realizado y, en su caso, se dará por terminada la ejecución.*

Precisión no menos relevante que las anteriores, es la que apunta a que, aunque no es admisible un proceso de ejecución convencional, pactado por las partes, sí son posibles y válidos los pactos sobre actos procesales concretos.

Por consiguiente, cabe alterar convencionalmente el orden de bienes a embargar, tal y como se deduce de lo manifestado en el ya citado art. 592 LEC y pueden fijar el tipo de la subasta en los términos que describe el art. 637 LEC, el cual contempla la posibilidad de que las partes se pongan de acuerdo sobre el valor del bien, antes o durante la ejecución. Esta última precisión la hace de una forma expresa la vigente Ley procesal, no obstante, cuestión bien distinta es que la realidad la refleje fielmente pues, no suelen intervenir los deudores, en su caso ejecutados, en la fijación de los tipos de la subasta, sino que estos vienen dado por la sociedades de tasación y, en todo caso, de forma unilateral por las entidades crediticias.

e') La innecesariedad de un proceso previo de declaración.

Se ha afirmado que al proceso de declaración no sigue siempre, necesariamente, el de ejecución; dicho proceso únicamente tiene sentido si no hay cumplimiento, acatamiento real de lo que se ha determinado en el proceso de declaración previo; y por contra, hay casos en los que la ejecución no tiene su presupuesto en un proceso declarativo anterior, ni siquiera en una Sentencia, sino que

---

<sup>771</sup> Toma su argumentación siguiendo a CARRERAS.

es autónomo, al tener su fundamento en un título ejecutivo<sup>772</sup> no jurisdiccional, como es el caso, sin ir más lejos, de lo que acontece en la llamada ejecución hipotecaria, que tiene su base en un título ejecutivo no judicial cual es la escritura pública; más específicamente, la primera copia o, si fuera segunda, se exige para tener la consideración de título ejecutivo, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante, y se expida con la conformidad de todas las partes (art. 517.2.4º).

Dicho en los términos de SENÉS MOTILLA<sup>773</sup>: que la ejecución forzosa sea una forma de tutela judicial no significa que sea ineludible, ni complemento necesario de un previo proceso de declaración. No es ineludible, porque el proceso de ejecución es una actividad que deviene innecesaria cuando a la Sentencia de condena sobreviene el cumplimiento voluntario del deudor; es más, de instarse el proceso de ejecución, la actividad ejecutiva sería ilícita, de suerte que el ejecutado podría poner de manifiesto tal ilicitud, formalizando la correspondiente oposición a la ejecución, según lo dispuesto en el art. 556 LEC. De otro lado, el proceso de ejecución no es complemento necesario del declarativo, porque nuestro sistema procesal permite la posibilidad de instar un proceso de ejecución con base en títulos de naturaleza extrajudicial, títulos de los que *prima facie* se deriva la existencia de un derecho a favor del ejecutante.

---

<sup>772</sup> La vigente Ley de Enjuiciamiento no aporta una definición de *título ejecutivo*, se limita a enumerar en el art. 517 los documentos que llevan aparejada ejecución. Los mismos, pueden estructurarse en dos grandes apartados, en función de si son judiciales y “asimilados”, o no lo son. Entre los primeros, se enumeran: la Sentencia de condena firme; las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su contenido concreto, de los correspondientes testimonios de las actuaciones; el auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o de sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor; las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución; y, los laudos o resoluciones arbitrales. Títulos no judiciales son: la escritura pública, 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; las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos; los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios. La protesta de falsedad del título formulada en el acto de la confrontación no impedirá, si ésta resulta conforme, que se despache la ejecución, sin perjuicio de la posterior oposición a la ejecución que pueda formular el deudor alegando falsedad del título; los certificados no caducados expedidos por entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente. Instada y despachada la ejecución, no caducaran los certificados a que se refiere el párrafo anterior.

<sup>773</sup> *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, Colección *Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*, Ed, La Ley, mayo de 2000, pág. 18.

c) Principios que informan la ejecución ordinaria.

Teniendo en consideración que los principios del proceso de ejecución son los mismos que rigen en cualquier proceso civil, los cuales se citaron con anterioridad, y partiendo de las premisas básicas reseñadas, los principios propios de la ejecución forzosa podrían sintetizarse de la forma siguiente:

a') Principio de dualidad de partes<sup>774</sup>.

El concepto de parte es estrictamente procesal, de manera que solo puede darse dentro de un proceso concreto, distinguiendo las diversas posiciones que adoptan o pueden adoptar los sujetos implicados e interesados en su resultado. Dicho esto, hemos también de precisar que en todo proceso de ejecución hay dos partes, la ejecutante (persona o entidad que pretende la tutela ejecutiva) y la ejecutada (persona frente a quien se pide esa tutela). Esta afirmación es perfectamente asumible incluso, en el caso de la ejecución hipotecaria que, no obstante dirigirse directamente sobre el inmueble sometido a la garantía (*sobre los bienes pignorados o hipotecados*, estipula el art. 681.1), exige que la demanda se formule también contra el deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de los bienes, según indica el art. 685.1 de la LEC. Por lo demás, que rige el principio de dualidad de partes en la ejecución es afirmación que viene confirmada expresamente por el art. 538 del mismo texto legal al establecer “*que son parte en el proceso de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha*”.

b') Principio de contradicción.

Como es bien sabido, un proceso se rige por este principio cuando en su seno se produce un choque de pretensiones; implica la posibilidad de sustentar en el proceso las respectivas posiciones jurídicas de las partes enfrentadas, demandante-

---

<sup>774</sup> A pesar de la autonomía que muestra el proceso de ejecución frente al de declaración, el concepto de partes no se muestra con rasgos distintos. Para SERRA la noción de parte resulta del propio acto inicial del proceso de ejecución. Por consiguiente, se es parte simplemente por el hecho de formular activamente o soportar pasivamente en un proceso de ejecución, una petición de fondo, siendo totalmente irrelevante el que la parte procesal sea al mismo tiempo la titular o la obligada por el derecho material deducido en el proceso. *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación*, Justicia, nº II, 1987, Pág. 290.

demandado, ejecutante-ejecutado. Sin embargo, dada la finalidad esencial del proceso de ejecución, no destinado a discutir nada, es decir, a determinar si una pretensión procesal es o no conforme a Derecho, pues se parte de la existencia no controvertida, al menos inicialmente, del derecho a favor del ejecutante, el principio de contradicción se encuentra realmente mitigado en este proceso, pues en él no se produce un debate entre pretensiones contrapuestas, ni siquiera el ejecutado participa en el proceso, salvo en el momento procesal en que la Ley le da la oportunidad de plantear oposición por causas tasadas o, de poner de manifiesto la infracción de las normas que rigen el proceso de ejecución. Por consiguiente, estamos en condiciones de afirmar que si bien, el principio de contradicción, no desaparece de forma absoluta en la ejecución, sí lo hace de una manera sustancial, tanto que podría decirse que rige accesorio o accidentalmente en este proceso. Es lo que GARBERÍ<sup>775</sup> denomina contradicción atenuada, cuando afirma que el proceso de ejecución no se constituye de modo contradictorio, sin perjuicio de las actividades estrictamente ejecutorias y de los incidentes de naturaleza declarativa que puedan surgir; extraordinaria limitación de las posibilidades de contradicción que no implican, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional<sup>776</sup>, indefensión ni lesión de la tutela judicial efectiva, máxime en los casos en que al proceso de ejecución precedió el correspondiente declarativo.

c') Principio de igualdad.

No es suficiente, en todo proceso, que exista contradicción, sino que para que ésta sea efectiva, las dos partes procesales deben tener los mismos medios de ataque y defensa, las mismas posibilidades de alegación, prueba e impugnación. A pesar de ello, este principio en el proceso de ejecución es toda una entelequia pues no se manifiesta en un primer momento, sino que gracias al título ejecutivo, la parte ejecutante goza de una posición privilegiada; en palabras de ORTELLS<sup>777</sup>, se coloca en una posición de supra ordenación, mientras que la parte ejecutada se sitúa en una posición de subordinación. Tanto es así, que a pesar de que el ejecutado tiene también posibilidades defensivas, éstas están afectadas por la desigualdad, lo que se manifiesta en que la Ley no admite que las mismas se ejerciten de modo previo a la resolución o a la actuación pedida por el ejecutante. Su ejercicio es posterior y sin que, por regla general, el mismo implique suspensión de los efectos de la resolución o actuación decretada. Por consiguiente, tampoco el principio de igualdad rige en el

---

<sup>775</sup> *El proceso de Ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Civitas, 2003, pág. 98.

<sup>776</sup> STC 6/1992

<sup>777</sup> Ob, cit, pág. 735



proceso de ejecución del mismo modo en que lo hace en el declarativo, encontrándose realmente mitigado y anulado en alguna de sus fases.

No obstante lo dicho, no todos los autores coinciden en señalar que principios como el de contradicción y el de igualdad se encuentran ausentes en el proceso de ejecución, si no en todas sus fases, en la mayor parte de ellas. En este contexto MONTERO<sup>778</sup> afirma, por el contrario, que aunque suele decirse que en el proceso de ejecución, contradicción e igualdad se encuentran disminuidas, por cuanto el punto de partida es la existencia del derecho, por lo que las posibilidades de discusión son limitadas, esta concepción, afirma, se basa en una confusión, porque debemos distinguir entre la relación jurídico material y la relación jurídico procesal. En la primera, la existencia de un título ejecutivo no impide al ejecutado alegar sobre la existencia de la misma, si bien ello tendrá las limitaciones establecidas en la Ley, distinguiendo entre títulos jurisdiccionales y asimilados y títulos no jurisdiccionales. De otro lado, una vez en la órbita de la relación jurídica procesal, el ejecutado no puede ver limitados los poderes procesales inherentes a la condición de parte, por lo que podrá formular todas las alegaciones que se refieran al desarrollo del proceso (oposición por defectos procesales y por infracciones legales en la ejecución).

Sin perjuicio de lo dicho, es imposible obviar la realidad ejecutiva y es que, por mucho que se le de al ejecutado la oportunidad de oponerse en un momento procesal concreto, siempre después de haberse despachado ejecución contra él y antes se le notifique la pendencia del proceso de ejecución iniciado en su contra, en los términos establecidos en el art. 553 de la LEC, lo cierto es que adopta desde el inicio la posición de parte pasiva merced a la eficacia que despliega el título ejecutivo. Se podrá discutir la vigencia de estos principios en el proceso de ejecución, pero es indudable su carácter privilegiado, nota que resulta obvia tras la sola comparación entre el proceso declarativo y el de ejecución. Es cierto que el hecho de que se despache ejecución “*in audita parte*”, sin oír al demandado, con la finalidad de evitar que la ejecución devenga infructuosa por la disposición que el ejecutado pueda hacer de sus bienes, no significa que el proceso transcurra íntegramente sin dar audiencia al ejecutado; en este punto, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 17 de diciembre de 1985, puso de manifiesto que “*el derecho a la ejecución supone el de ejercitar en esa fase del*

---

<sup>778</sup> ob, cit, pág. 504

*proceso la defensa correspondiente a la protección de los propios derechos e intereses, cuando tal defensa resulte necesaria”.*

Por lo demás, que la ejecución se dirija directamente sobre los bienes que integran el patrimonio del deudor, no supone que ésta se sustancie de forma ilimitada e indiscriminada sobre sus bienes y derechos. Así, no se embargarán bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución; y existen, asimismo, prohibiciones de embargabilidad, tendentes a salvaguardar la subsistencia física y económica del ejecutado<sup>779</sup>. En definitiva, es evidente y así lo corrobora GIMENO<sup>780</sup>, que la posición de parte pasiva en el proceso sufre un cambio sustancial en el proceso de ejecución en relación con la que ocupaba en el de declaración, por cuanto, principios estructurales del proceso, como los de contradicción e igualdad de armas, que habían de ser escrupulosamente respetados en ésta, no van a regir en la misma medida en la ejecución.

Al margen del principio de igualdad, con sustantividad propia, algunos tribunales se han referido al llamado principio de *asimetría*, en el sentido de que el órgano jurisdiccional no es un árbitro estático e imparcial, sino el titular de la potestad sobre el patrimonio del responsable, si bien, al someterse a los trámites del proceso, se consigue un equilibrio asimétrico, consistente en la actual sanción ordenada por el título ejecutivo, sin salirse de los límites del ámbito de éste y con el máximo respeto a los derechos del ejecutado, al que habrá de producir la afección o distorsión mínima indispensable para conseguir aquel objetivo<sup>781</sup>. Así entendido, tal principio operaría como garantía para el demandado, al evitar que lo ejecutado exceda o rebase lo dispuesto en el título que sirve de fundamento al proceso de ejecución.

d') Principio dispositivo.

A diferencia de los dos anteriores, contradicción e igualdad, el principio dispositivo despliega todos sus efectos en la ejecución. Manifestación principal de su plena vigencia en el proceso ejecutivo, es lo dispuesto en el art. 549 de la LEC,

---

<sup>779</sup> SENÉS MOTILLA, ob, cit, Pág. 22.

<sup>780</sup> Ob, cit, Pág. 278.

<sup>781</sup> SAP Córdoba 28 de junio de 2000.

precepto que afirma que la ejecución se dará siempre a instancia de parte, en forma de demanda. En este sentido, la cuestión más controvertida que se ha planteado la Jurisprudencia más antigua, consiste en determinar si únicamente quien tiene a su favor el título ejecutivo, es decir, quien asumiría en la eventual ejecución, la parte activa o demandante, puede iniciar el proceso, o, por el contrario, también podría iniciarlo el propio ejecutado. Esto último llevaría a una gran incoherencia en la medida que nadie puede querer colocarse a sí mismo en situación de parte pasiva en un proceso; sin embargo, el Tribunal Supremo ha declarado que nada obsta a que sea el condenado el que inste la ejecución, sobre todo en los casos de obligaciones recíprocas. Concretamente, en la antigua Sentencia de 10 de julio de 1945, admitió con carácter general, que la ejecución de resoluciones judiciales puede ser pedida por cualquiera de los litigantes, atendido el interés que en la ejecución puedan tener; asimismo, tal posibilidad viene reconocida sin discusión, en la Sentencia de 4 de diciembre de 1985. En cualquier caso, una vez iniciado el proceso de ejecución y, aunque, como ha quedado dicho, el art. 570 confirma que sólo terminará con la completa satisfacción del ejecutante, nada impide que el proceso no llegue a su fin normal, pues el ejecutante es dueño de la acción ejecutiva y en cualquier momento puede abandonar su pretensión; es más, también el propio ejecutado puede ceder en alguna de las posibilidades que le concede la Ley, desistiendo de la oposición a la ejecución.

d) El título ejecutivo.

Cuando un prestamista y un prestatario se obligan por medio de un contrato de préstamo, el prestamista acuerda dejar dinero a cambio de que el prestatario lo devuelva en un plazo determinado y añadiendo el pago de unos intereses determinados.

Como garantía de que el prestatario va a cumplir con su obligación, el ordenamiento jurídico concede al prestamista una acción declarativa mediante la cual puede dirigirse contra el deudor y, una vez obtenga un título ejecutivo judicial, podrá iniciar un procedimiento ejecutivo y embargar cualquier bien en virtud del artículo 1.911 del CC.

Pero, dando un paso más, el ordenamiento jurídico ofrece al prestamista la posibilidad de acudir directamente al procedimiento ejecutivo, mediante la creación de un título ejecutivo no judicial: la escritura pública, ahorrándose con ello el procedimiento declarativo

Con carácter general, lo primero que se ha de precisar respecto del llamado título ejecutivo es que nos encontramos ante un presupuesto indispensable para poder iniciar el proceso de ejecución, de manera que, sin título ejecutivo, no hay ejecución.

La importancia del título en cuanto condición inevitable para el despacho de la ejecución, se expresa en el aforismo “*nulla executio sine título*” que expresa la innegable relevancia<sup>782</sup> del título en el proceso de ejecución.

Es el legislador quien determina de una forma expresa de qué títulos ejecutivos se puede disponer para una eventual ejecución; la creación de uno de estos títulos puede tener su origen en un pacto o convenio entre partes, pero determinar qué documentos adquieren la condición procesal de título ejecutivo compete en exclusiva al legislador<sup>783</sup>.

---

<sup>782</sup> Relevancia innegable, dado que la sola presencia del título regularmente constituido habilita a quien lo tenga para entablar el proceso de ejecución.

<sup>783</sup> En efecto, enumera el artículo 517 de la vigente LEC los títulos ejecutivos, siendo estos de dos tipos, judiciales, unos, y no judiciales, otros. Son títulos ejecutivos judiciales: la sentencia firme de condena, si bien también se permite la ejecución provisional de la sentencia no firme; los laudos o resoluciones arbitrales; las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones; el auto que establezca la cantidad máxima reclamada en concepto de indemnización, dictado en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro obligatorio de Responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor; las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución. Son títulos de ejecución extrajudiciales: las escrituras públicas, con tal que sea primera copia o, si es segunda, esté dada en virtud de mandamiento judicial y con la citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes; las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por Corredor de comercio colegiado que los intervenga, con tal de que se acompañe certificación en la que dichos corredores acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos; los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y estos, en todo caso, con los libros talonarios. La protesta de falsedad del título formulada en el acto de la confrontación no impedirá, si ésta resulta conforme, que se despache la ejecución, sin perjuicio de la posterior oposición a la ejecución que pueda formular el deudor alegando falsedad en el título; los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la ley del Mercado de valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente.

Actualmente es el art. 517 de la vigente LEC<sup>784</sup> el que enumera los títulos ejecutivos existentes, los cuales se pueden estructurar en dos grandes apartados según sean judiciales (o asimilados) y no judiciales. Unos y otros tienen la misma fuerza ejecutiva, es decir, presentado uno de estos documentos en el juzgado el tribunal, en el caso de que se presente la correspondiente demanda de ejecución, está obligado a despachar, sin entrar a estudiar el derecho del ejecutante. Tan sólo con la presentación del título (en ese primer momento el tribunal deberá examinar únicamente la regularidad formal del mismo) se presume el derecho del ejecutante a que se despache la ejecución, suponiendo tal eficacia absoluta lo que ARROM LOSCOS<sup>785</sup> ha denominado “eficacia feroz”, pues lo cierto es que el título ejecutivo la despliega y ello con independencia de que el derecho a la tutela ejecutiva concreta exista o no por haberse producido con posterioridad a la creación del título circunstancias que afecten a la existencia del derecho a la ejecución lícita. A juicio de la autora citada, esta situación es perfectamente factible, habida cuenta de que, entre el momento de creación del título y el de la reclamación judicial de su efectiva satisfacción, se inserta un lapso de tiempo en el que, por ejemplo, sería posible el pago espontáneo. Sin embargo y, a pesar de ello, seguiríamos teniendo un título perfecto que, por ello, nos daría derecho al despacho de la ejecución, mas no a una ejecución lícita, pues careceríamos de acción ejecutiva.

En la misma línea de separar nítidamente el derecho al despacho de la ejecución y el derecho a la tutela ejecutiva misma, se pronuncian SENES MOTILLA Y FERNANDEZ BALLESTEROS. En efecto, aunque existe una estrecha relación entre la acción y el título ejecutivo, su incidencia en el proceso de ejecución es diversa porque mientras el título es presupuesto absoluto de aquél, la acción ejecutiva, en cambio, es presupuesto de la ejecución lícita, toda vez que no en vano el ejecutado puede probar la ilicitud de la misma por inexistencia de acción, de suerte que el ejecutante obtuvo el despacho de la ejecución amparándose en el carácter meramente formal del título. Por consiguiente, la existencia del documento definido en la Ley como título ejecutivo,

---

<sup>784</sup> MONTERO AROCA habla de la nota de tipicidad, que supone que no se puede dar un concepto abstracto de título ejecutivo y partiendo del mismo buscar en la realidad jurídica documentos que se acomoden a ese concepto. Esa labor es inútil porque el título no es una categoría. Se debe hacer una enumeración, pero no buscar una noción. Ob, cit, Pág. 520. ORTELLS RAMOS, por su parte, corrobora el carácter esencial de la tipicidad porque consiste en que los elementos que se presentan ante el tribunal para fundar la emisión del despacho de la ejecución se correspondan, sean subsumibles, encuadrables en alguno de los supuestos de hecho legales a los que la ley específicamente vincula la eficacia jurídica de posibilitar la válida iniciación y prosecución de una ejecución. Es necesario que tales elementos respondan a un tipo legal de título ejecutivo, lo que significa dos cosas: ser uno de los documentos que la ley establece como títulos ejecutivos y presentar todos los requisitos del mismo. Ob, cit, Pág. 740.

<sup>785</sup> *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen II. arts. 517 al final.* Thomson Aranzadi, 2001 Pág. 24.

posibilita el despacho de la ejecución, pero no la ejecución en sí misma; en palabras de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, hace posible la ejecución, pero no garantiza su éxito.

Cuando el Derecho regula la ejecución prescinde de la existencia del derecho a la tutela, existencia que corresponde estudiar en el proceso de declaración, y sólo desde razones de política legislativa puede entenderse la presencia en nuestro ordenamiento jurídico de esta “prebenda procesal” de determinados documentos, que favorece “*ab initio*” que se dirija contra el patrimonio de alguien un proceso especialmente coercitivo, sin prejuzgar nada sobre si existe o no el derecho a la actividad ejecutiva, en definitiva, si existe o no el derecho a la tutela judicial ejecutiva.

Ello es así, porque una cosa es el derecho a la iniciación de la ejecución y otra bien distinta el derecho a su completo desarrollo. Con el despacho de la ejecución (ORTELLS) el ejecutante empieza a recibir la tutela ejecutiva y, dado que ésta no culmina instantáneamente, deberá continuar recibéndola, salvo que la eficacia del despacho deba ser suspendida o extinguida por alguna causa regulada en la Ley procesal.

En suma, el documento, advierte MONTERO<sup>786</sup>, importa especialmente como supuesto de hecho de la aplicación del Derecho Procesal. No interesa tanto como representación de una obligación, sino en sí mismo; no es un medio de prueba de la obligación, sino el presupuesto legal de la actividad jurisdiccional ejecutiva. Aun a riesgo de incurrir en indeseada reiteración, puede decirse, en definitiva, que el despacho de la ejecución necesita siempre un fundamento y esa base o justificación es la que proporciona siempre el denominado título ejecutivo. Distinto es el fundamento de la ejecución lícita, que lo será la acción ejecutiva. En este sentido, baste incidir en que el simple interés en la ejecución no justifica la pretensión ejecutiva, aunque sea indudablemente necesario para que se verifiquen actuaciones de esta clase. Hace falta un motivo en que pueda apoyarse la reclamación correspondiente y, ese motivo ha de consistir en un fundamento legal, es decir, en un título de ejecución<sup>787</sup>.

El hecho de que, sin lugar a dudas, el proceso de ejecución sea un procedimiento documental realmente privilegiado, pues de forma casi inmediata

---

<sup>786</sup> Lo importante es la existencia del título con todos sus requisitos. Instada la ejecución y comprobada la regularidad formal del título, el tribunal tendrá el deber de despacharla y de realizar todos los actos ejecutivos. El ejecutante no precisa más que presentar el título, sin que deba probar nada. Ob, cit, Pág. 518

<sup>787</sup> GUASP y ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil. Tomo II. Parte especial procesos declarativos y de ejecución*. Ed. Thomson Aranzadi, 2006. Pág. 605

coloca al ejecutado en la situación de parte pasiva del proceso, no significa, sin embargo, que a éste se le niegue toda posibilidad de oponerse a la ejecución contra él despachada. Puede hacerlo por las causas tasadas en la Ley y es la presencia en el procedimiento ejecutivo de esta fase declarativa, en la que se discute propiamente sobre el derecho a la acción ejecutiva, lo que, en opinión de GIMENO, permite calificar al proceso de ejecución (el juicio ejecutivo de la LEC de 1881) como proceso declarativo especial sumario. Son las causas que permiten una oposición por parte del ejecutado, las que, a su juicio, desnaturalizan el proceso de ejecución hasta convertirlo en una especie de declarativo sumario.

También como un proceso declarativo sumario, en la medida que concurren sus tres notas características (cognición limitada, limitación de los medios de ataque y defensa y falta del efecto de cosa juzgada), califican al proceso de ejecución PRIETO CASTRO, FAIREN Y SERRA.

En contra de tal consideración, CARRARAS, DE LA OLIVA Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES lo definen como auténtico proceso de ejecución<sup>788</sup>.

#### e) Presupuestos de la ejecución dineraria.

Sentada la distinción entre título ejecutivo y acción<sup>789</sup> ejecutiva<sup>790</sup>, se hace necesario, si quiera de una forma breve, aludir a los presupuestos o exigencias de ésta última, pues el ejercicio de la denominada pretensión *ejecutiva* debe hacerse respetando ciertos requisitos. Los establece la LEC en sus arts. 518 a 520.

#### a') Caducidad de la acción ejecutiva .

Siguiendo la definición apuntada por O' CALLAGHAN<sup>791</sup>, la caducidad es un modo de extinción de los derechos o poderes jurídicos por el mero transcurso del tiempo señalado por la ley, sin necesidad de ningún requisito más. Cuando hablamos de caducidad, se trata de derechos que nacen con un plazo de vida concreto y determinado, son derechos de duración limitada. Si bien las partes pueden establecer

---

<sup>788</sup> Ob, cit, Pág. 159

<sup>789</sup> Los términos *acción y derecho a la tutela* se utilizan cómo sinónimos.

<sup>790</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS la define como el derecho subjetivo público a obtener de los órganos jurisdiccionales que se haga efectiva en el patrimonio del ejecutado la responsabilidad contenida en el título ejecutivo. A que los jueces realicen todos aquellos actos ejecutivos que sean necesarios para que el acreedor obtenga la efectiva satisfacción de su derecho o interés lesionados. Ob, cit, Pág. 67

<sup>791</sup> *Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Parte general. 5ª edición. Ed. ER. Págs. 538 a 540*

un plazo de ejercicio de un derecho que pactan, la palabra “caducidad” se aplica sólo a la establecida por la ley, *caducidad legal*, en contraposición a la caducidad convencional o impropia. La diferencia con la prescripción, sigue diciendo el autor citado, es esencial y de concepto. Así, en la prescripción un derecho se extingue por su inactividad durante un periodo de tiempo; en la caducidad, lo que ocurre es que un derecho debe ejercitarse en un concreto plazo y si no, se extingue. Asimismo, en la caducidad, como extinción fatal del derecho de duración limitada, no cabe interrupción.

Cuando el artículo 518 LEC establece un plazo de caducidad de cinco años para el ejercicio de la acción ejecutiva, lo refiere únicamente a determinados títulos judiciales; concretamente alude a la Sentencia, la resolución del Tribunal o del Secretario Judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso y, por último, cita la resolución arbitral.

Dados los términos, ciertamente explícitos, en que se pronuncia la Ley en este precepto, cabe preguntarse si tal plazo de caducidad se aplica únicamente a los títulos de naturaleza judicial y, dentro de ellos, tan solo a los que cita expresamente, o, bien, es de aplicación igualmente a los títulos no judiciales, respecto de los que la Ley nada dice en este sentido.

Así las cosas, puede afirmarse que no cabe una aplicación extensiva de la letra y del espíritu del art. 518 de la LEC a los títulos extrajudiciales, que no menciona, sino que, por el contrario, a estos, le son de aplicación los plazos de prescripción que impone el Código Civil en el art. 1964, a saber, veinte años tratándose de la acción hipotecaria y quince para las acciones personales.

Esta distinción de trato encuentra su fundamento en la mayor consideración que en esencia se atribuye a los títulos judiciales, cuya ejecución tiene un fundamento claro en la necesidad de que se cumplan las resoluciones judiciales, así como en exigencias elementales de seguridad jurídica, mientras que los títulos no judiciales están presididos por intereses netamente particulares y, puede decirse, en todos los casos, exclusivamente económicos o pecuniarios. Asimismo, además de por la índole del fin perseguido (seguridad jurídica frente a pendencia indefinida) SALGADO CARRERO<sup>792</sup> mantiene la diferencia entre unos títulos y otros en función del contenido mismo de la ejecución y de esta forma argumenta que no es igual ejecutar un título judicial que uno extrajudicial, siendo de destacar que mientras que los primeros pueden documentar toda clase de obligaciones (prestaciones de hacer, no hacer, dar),

---

<sup>792</sup> La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil, Estudios de derecho judiciales. Ed. Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 26.



los extrajudiciales sólo pueden documentar obligaciones dinerarias o de cosas o especies computables en dinero.

Muy por el contrario, en relación al resto de resoluciones judiciales, que no se mencionan en el precepto, las dudas están más que justificadas, pues, ante el silencio de la Ley, es lógico preguntarse si el plazo de caducidad de los cinco años se aplica a todos los títulos judiciales sin excepción o, únicamente, a los que menciona de forma expresa el art. 518. Cabe admitir, que la omisión del legislador ha sido más involuntaria que consciente y, en todo caso, dado que la regulación actual propone dotar al sistema de la ejecución forzosa de una sustancial unidad (así se dice explícitamente en la Exposición de Motivos), sería contrario a la unidad pretendida que ni siquiera los títulos ejecutivos de un mismo tipo, (los judiciales) tuviesen idéntico plazo de caducidad. Por consiguiente, parece lógico entender que las demás resoluciones judiciales que lleven aparejada ejecución (art. 517.2 9º), entre otros, autos de tasación de costas o el auto de cuantía máxima, se beneficien igualmente de tal plazo de caducidad.

En este mismo sentido, de entender que nos encontramos ante una laguna legal, más que ante una intencionalidad legislativa, se ha pronunciado SENÉS MOTILLA que postula la plena equiparación de las resoluciones judiciales a efectos de caducidad.<sup>793</sup>

En contra de lo anterior, sin embargo, se pronuncia ACHON BRUÑEN cuando afirma contundentemente que el plazo de caducidad que establece el artículo 518 no se puede aplicar a todos los títulos judiciales, ni tampoco a los autos de cuantía máxima, pues aun cuando estos constituyen un título judicial, asegura la autora, no se mencionan expresamente en el mentado precepto. Precisamente, con respecto al auto de cuantía máxima, la Jurisprudencia menor ha resuelto en el sentido apuntado últimamente, al considerar que no le es de aplicación lo dispuesto en el art. 518 de la LEC. El Auto de la AP de Barcelona, Sección 1ª, (nº 109/2006), de 10 de mayo declara que, dada la singular naturaleza de este auto, no resulta admisible que se pretenda la aplicación al mismo del plazo de caducidad previsto en el art. 518 LEC, el cual está pensado para la ejecución de las resoluciones judiciales, *en el verdadero sentido del término*, y, en su consecuencia, determina la aplicabilidad de un plazo de prescripción de un año, establecido en la ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y no el de caducidad previsto en la ley procesal.

---

<sup>793</sup> Y ello, a pesar de la interpretación restrictiva que corresponde a las normas limitativas o privativas de derechos, pues lo contrario supone conferir un régimen procesal discriminatorio a los títulos expresamente invocados. Ob, cit, Pág. 32

Distinto es el supuesto en que la ejecución se hubiese instando antes de entrar en vigor la actual Ley de Enjuiciamiento Civil y con ella, el artículo 518, pues en estos casos, dada la imposibilidad de aplicar retroactivamente la Ley, opera el plazo de prescripción civil que regía con anterioridad. Así lo declaran, entre otros, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 1ª, (nº 233/2009), de 3 de noviembre; en el mismo sentido, Auto de la AP de Burgos, Sección, 3ª, (nº 598/2002), de 11 de noviembre que, estima de aplicación en el caso de autos, el plazo de prescripción de 15 años (ejecución de una sentencia firme que condenaba al pago de interés y costas), al ser el título ejecutivo anterior a la entrada en vigor de la LEC 1/2000. Alega el referido auto que *el plazo fijado en el artículo 518 sólo es aplicable a las sentencias o resoluciones judiciales dictadas a partir de la entrada en vigor de dicha ley, sin que pueda ser aplicado retroactivamente a las sentencias dictadas bajo la vigencia de la LEC/1881, por aplicación del principio de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas que con carácter general establece el artículo 9.3 CE, el artículo 2 del CC y el artículo 2 de la LEC.* Ahora bien, es necesario matizar que, para algunos tribunales, lo importante no es tanto, la fecha de la resolución judicial que se pretende ejecutar sino el momento en que dicha ejecución se solicita, pues, si se trata de una resolución anterior a la entrada en vigor de la LEC, pero se insta la ejecución con esta Ley ya vigente, opera entonces el plazo de caducidad del artículo 518 LEC. Así lo confirma, entre otros, el Auto 244/2009 de la AP de Barcelona, Sección 14ª, de 27 de septiembre, en el que expresamente se afirma que *el artículo 518 sí se aplica a los asuntos en lo que, dictada sentencia antes de la entrada en vigor de la nueva LEC, la demanda ejecutiva se insta tras el 8 de enero de 2001, fecha de su entrada en vigor*<sup>794</sup>. Con todo, la cuestión no es pacífica, pues hallamos un buen número de resoluciones judiciales que consideran inaplicable el art. 518 LEC tratándose de la ejecución de resoluciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley<sup>795</sup>.

b') Cantidad por la que se despacha ejecución.

---

<sup>794</sup> En la misma línea, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 18ª, de 30 de diciembre de 2002 que, refiriéndose a una sentencia de separación que era firme antes de la entrada en vigor de LEC de 2000, cuya ejecución se insta tras la vigencia de la nueva LEC, afirma que el plazo de caducidad de 5 años previsto en el artículo 518 de la citada norma procesal habrá de computarse con carácter general a partir de su entrada en vigor.

<sup>795</sup> Entre otros, Auto 69/2008 de la AP de La Rioja, sección 1ª, de 11 de septiembre, según el cual el art. 518 LEC no puede ser aplicado retroactivamente en el caso de sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. En el mismo sentido, refiriéndose a Sentencia que adquirió firmeza mucho antes de entrar en vigor la LEC de 2000, Auto 264/2006, de la AP de Barcelona, sección 18ª, de 28 de noviembre y Auto 126/2006, sección 4ª, de 15 de junio. También, Auto 34/2008 de la AP de Guadalajara, sección 1ª, de 6 de mayo; Auto 123/2009 de la AP de La Rioja, sección 1ª, de 9 de noviembre.

El último de los presupuestos de la acción ejecutiva que contempla la LEC entronca directamente con lo señalado en su art. 520; el precepto condiciona la ejecución de los títulos extrajudiciales que cita<sup>796</sup> a que la cantidad por la que se deba despachar ejecución exceda los 300 euros(en dinero efectivo, en moneda extranjera o en cosa o especie computable en dinero) y llama la atención que a pesar de la intención unificadora del legislador en materia de ejecución, refiera esta exigencia únicamente a determinados títulos no judiciales<sup>797</sup>.

Asimismo, ante lo explícito de los términos en que se pronuncia este artículo, cabe preguntarse si el límite cuantitativo de 300 euros se refiere únicamente al principal por el que se ha de despachar ejecución o hay que añadir también las cantidades pertinentes para intereses y costas. Sin perjuicio de la crítica que, a juicio de ARROM LOSCOS<sup>798</sup>, merece tal omisión, podría aventurarse que únicamente hay que considerar el principal por el que se despacha ejecución, máxime teniendo en cuenta que muchos juzgados actualmente dictan orden general de ejecución tan solo por el principal, dejando la determinación de intereses y costas para un momento posterior<sup>799</sup>.

En cualquier caso, lo dispuesto en el art. 520 LEC no representa ninguna novedad respecto de la regulación que se contenía sustancialmente en la LEC de 1881 y su aplicación no plantea una problemática especial.

Por último, el art. 520 alude a la posibilidad de adicionar varios títulos ejecutivos a fin de obtener el límite de cantidad de los 300 euros, señalando SENES que en este aspecto la LEC presente un ámbito de aplicación más amplio que la anterior, pues la Ley consiente la adición de cualquier título relacionado en el apartado segundo del art. 517, que incluye tanto a los judiciales como los no judiciales.

f) Especialidades de la ejecución dineraria cuando recae sobre los bienes garantizados con hipoteca.

---

<sup>796</sup> Escritura pública, pólizas, títulos nominativos o al portador y certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de registros contables, respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta.

<sup>797</sup> En este sentido ARROM LOSCOS, recuerda que el precepto reproduce de forma idéntica el contenido del artículo 522 del Proyecto, y a pesar de la intención unificadora del artículo 517 de la nueva LEC en la medida que pretende aglutinar de forma novedosa y en un mismo precepto, los títulos de factura judicial con los de factura extrajudicial, lo cierto es que, en determinados aspectos, y precisamente derivado de su muy diversa naturaleza, el legislador introduce diferencias entre unos y otros. Ob, cit, pág. 55.

<sup>798</sup> Para esta autora, la inconcreción del legislador respecto de esta cuestión resulta cuando menos criticable, pues genera un importante grado de inseguridad jurídica. Ob, cit, pág. 56.

<sup>799</sup> SENÉS afirma que no obsta al despacho de la ejecución la iliquidez de los intereses que se devenguen durante la ejecución y las costas, aunque tales conceptos no computarán a los efectos de obtener la cuantía mínima ejecutiva. *Disposiciones generales...*ob, cit, pág. 95.

Tal y como se ha venido diciendo, el hecho de que la LEC regule un procedimiento específico para instar la ejecución cuando existe un bien inmueble hipotecado, no determina que obligatoriamente el acreedor tenga que acudir a este procedimiento especial. Al margen de las otras alternativas procesales no ejecutivas a que se ha hecho mención, el acreedor podría acudir a la vía ejecutiva ordinaria, cuyo fundamento, esencia y notas básicas se han examinado anteriormente. No suele ser lo habitual en la práctica, pues la hipoteca se perfila como una garantía más sólida de cara a favorecer el derecho de crédito del acreedor; sin embargo, hay ocasiones en que éste puede considerar preferente desde el punto de vista de sus propios intereses, iniciar una ejecución ordinaria, por ejemplo, porque prevea de antemano que el producto de la subasta será insuficiente para cubrir la deuda, de ahí que prefiera dirigir su reclamación contra otros bienes del deudor, además de hacerlo contra el bien hipotecado. No regirán entonces las disposiciones contenidas en los arts. 681 y siguientes LEC, sino las correspondientes a la ejecución ordinaria.

Sirva en este ámbito hacer una somera referencia a algunas diferencias y/o especialidades en el seno de la ejecución ordinaria cuando ésta recae sobre bienes garantizados con una hipoteca. En este sentido, la primera diferencia importante es que si la *pretensión ejecutiva hipotecaria* se ventila en el seno de una ejecución ordinaria en vez de en la especial hipotecaria, no será necesario que en la escritura de constitución consten los dos presupuestos objetivos que exige el art. 682, a saber, la tasación del inmueble para subasta y la fijación de un domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos.

En segundo lugar, respecto de la competencia judicial también hay matices, pues en la ejecución hipotecaria, la competencia territorial se asigna al juez del lugar dónde esté situada la finca, pero en la ordinaria, el art. 545 se remite a lo dispuesto en los arts. 50 y 51 (domicilio del demandado). Además, el mismo artículo permite que el ejecutante inste la ejecución ante el Juzgado de primera instancia del lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o ante el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados; en su párrafo segundo, establece que si hay varios ejecutados, el ejecutante podrá elegir el juzgado que sea competente, respecto de cualquier ejecutado. Ello, sin perjuicio de la regla especial contenida en el art. 127 LH para el caso en que exista un tercer poseedor, pues en este caso será juez competente el que lo fuere respecto del deudor.

Una de las cuestiones más importantes que suelen plantearse en una ejecución ordinaria que recae sobre finca hipotecada es la de si debe procederse al embargo de la finca o no. Para responder a esta pregunta MONTERO separa dos situaciones, según que no exista un tercer poseedor o sí exista éste último. En el primer caso, es decir, si no existe un tercer poseedor, pero el acreedor pretende reclamar mayor cantidad que la garantizada con hipoteca, será necesario el embargo por el exceso y su correspondiente anotación preventiva. Por el contrario, si existe tercer poseedor, no será necesario, puesto que en todo caso la reclamación debe limitarse a la cantidad garantizada con la hipotecada y, resulta superfluo añadir a la afección que ya de por sí supone la hipoteca, un embargo.

Por su parte, GUZMAN, considera necesario proceder al embargo de bienes hipotecados cuando se incoa proceso de ejecución ordinaria; según este autor, al someterse la reclamación del crédito a las normas de tramitación de los procesos ordinarios de ejecución, una de sus principales características es que tendría que pedirse el embargo de los bienes, entre ellos, los hipotecados o pignorados que son los primeros que deben trabarse y realizarse, pero no necesariamente los únicos, de forma que se pierde el carácter de exclusividad y de persecución directa propio de la ejecución hipotecaria<sup>800</sup>.

Por el contrario, CARBONELL considera que al margen de si existe o no ese tercer poseedor, resulta innecesario y perturbador embargar la finca ya hipotecada y afecta a determinadas responsabilidades: si no hay tercer poseedor, según afirma esta autora, el acreedor en el ejercicio de la pretensión hipotecaria puede reclamar el principal de que responde la finca y todos los intereses debidos, sin límite por anualidades y, sin perjuicio de que pueda pedirse el embargo de otros bienes si se vaticina que la finca será insuficiente para cubrir todo el crédito. Por el contrario, si existe un tercer poseedor, entonces es clara la limitación de responsabilidad de la finca a las cantidades fijadas, especialmente por lo que se refiere a la cantidad de anualidades por intereses, sin que pueda pretenderse mayor cantidad sobre esa finca, así que también resulta superfluo su embargo.

En ese sentido, CARBONELL concluye que existiendo ya la afección que la hipoteca supone, no añade ninguna garantía más el embargo, ni tampoco su anotación preventiva, aparte de que además si se traba embargo y se toma anotación,

---

<sup>800</sup> Ob, cit, pág. 943. En idéntico sentido, la DGRN, Resolución de 10 de diciembre de 1997, vigente el antiguo procedimiento judicial sumario, que exige el embargo de estos bienes.

sin desprenderse claramente del mandamiento que se está ejecutando un crédito hipotecario, pueden producirse disfunciones importantes<sup>801</sup>

Finalmente, CACHON y DOMENECH se muestran partidarios de no tener que embargar un bien previamente hipotecado, pues si un determinado bien puede ser objeto de la actividad de apremio, sin necesidad de proceder previamente a su embargo, carece de sentido plantearse el problema de si debe o no ser embargado con arreglo al orden de prelación de bienes<sup>802</sup>.

De otro lado, en lo atinente al requerimiento de pago, hay que considerar lo dispuesto en el art. 126 LH. Por tanto, únicamente el tercer poseedor puede ser requerido de pago después del requerimiento sin éxito al deudor. Dicho requerimiento tendrá como límite cuantitativo, respecto de los intereses debidos, el art. 114 LH, pero debe tenerse en cuenta que si el tercero no paga ni desampara los bienes, entonces se amplía su responsabilidad, puesto que en tal caso se hace responsable, incluso con sus otros bienes, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas que a su morosidad diera lugar.

En el examen de las cuestiones polémicas que han de resolverse en la ejecución ordinaria cuando se persiguen bienes hipotecados, CARBONELL alude también a la posibilidad de aplicar la facultad dispuesta en el art. 693.3 LEC. Esta autora corrobora tal opción pues, a su juicio, no debemos olvidar que aunque nos hallemos en el seno de una ejecución ordinaria, se está ejercitando la pretensión hipotecaria<sup>803</sup>.

## II. LA FORMALIZACIÓN DE LA PRETENSIÓN EJECUTIVA HIPOTECARIA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN ESPECIAL.

Pero aún hay más; para no tener que andar buscando y embargando entre los bienes del patrimonio del deudor, y ante el riesgo de que su patrimonio disminuya entre el tiempo transcurrido desde el contrato de préstamo hasta el procedimiento judicial de reclamación, el ordenamiento pone a disposición de las partes un instrumento jurídico, la garantía hipotecaria, mediante el que las partes pueden identificar un bien concreto del patrimonio del deudor en el momento de otorgarse el contrato de préstamo y sujetarlo al pago de la deuda, de manera que, caso de

---

<sup>801</sup> Ob, cit, pág. 292.

<sup>802</sup> *El embargo*, 1ª ed, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 257. En el mismo sentido, CORDON para quien en estos casos el acto formal de embargo implicaría una duplicidad inútil. Ob, cit, pág. 281.

<sup>803</sup> Ob, cit, pág. 293.

incumplimiento, el acreedor pueda iniciar el procedimiento ejecutivo basado en la escritura pública, y cuente ya con un bien concreto y perfectamente identificado en el patrimonio del deudor contra el que dirigirse, con independencia incluso de que siga o no en el patrimonio del deudor.

El ordenamiento todavía va más allá, y pone a disposición del acreedor la posibilidad de acudir a un procedimiento más rápido de ejecución que el ordinario para realizar ese bien concreto perfectamente localizado, identificado y sujeto al pago de la obligación mediante la hipoteca. Así, se crea una garantía o mejora procesal, el procedimiento hipotecario, a través del cual el acreedor va a poder subastar directamente la finca hipotecada, exigiendo a cambio el legislador que el título en que se base la ejecución cumpla con unos requisitos formales como son la tasación previa del inmueble a efectos de subasta y la fijación de un domicilio en el que realizar el requerimiento de pago al deudor (artículo 682.2 LEC).

Y por si el acreedor todavía considera que existe algún riesgo de no ver satisfecho su crédito con todo lo anterior, todavía tiene más instrumentos a su alcance como obligar al deudor a constituir otras garantías reales sobre otros bienes, con lo que los identificará y sujetará al pago para caso de incumplimiento; o exigir que un tercero garantice personalmente la deuda, un fiador, que además se podrá obligar de forma solidaria, con lo que el acreedor podrá dirigirse contra dos patrimonios (todos los bienes presentes y futuros del artículo 1.911), en vez de uno; o incluso obligar al deudor a suscribir una póliza de seguro para que, en caso de fallecimiento, o también de pérdida del empleo, sea la compañía aseguradora quien se haga cargo del cumplimiento de la obligación, etc. En definitiva, todas ellas son medidas para reducir o transferir el riesgo de insolvencia del deudor principal del contrato de préstamo, tienen carácter accesorio, y pueden existir de forma simultánea.

#### 1) Presupuestos objetivos del proceso de ejecución hipotecaria.

MONTERO AROCA efectúa una clasificación de los presupuestos del proceso de ejecución, separando los objetivos de los subjetivos. Dentro de los primeros, que se centran en algunas circunstancias que se han de haber hecho constar en la escritura pública, en la inscripción de la hipoteca en el Registro y en el título ejecutivo, sitúa la

tasación y la fijación de un domicilio. Dentro de los subjetivos, menciona los referentes a la competencia del órgano jurisdiccional y la legitimación de las partes<sup>804</sup>

Según establece el art. 682 LEC<sup>805</sup>, las normas particulares de la ejecución hipotecaria únicamente podrán aplicarse cuando se conjuguen dos presupuestos esenciales; ambos deben constar en la escritura pública o título ejecutivo: el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta<sup>806</sup> y, el domicilio que fijará el deudor para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

Faltando alguno de ellos en la escritura, no podrá incoarse este proceso. Por tanto, son presupuestos indispensables, pues operan como *conditio sine qua non* para este proceso hipotecario que tiende a la realización mediata de la finca hipotecada, en cuanto instrumento para conseguir el pago<sup>807</sup>.

FERNANDEZ-BALLESTEROS justifica la exigencia de estos presupuestos y el formalismo que acarrear en que nos encontramos ante un proceso muy drástico<sup>808</sup>, lo que en contrapartida fundamenta la obligación de cumplir un cierto grado de formalismo.

Sea como fuere, el vigente art. 682.2 LEC, establece tales presupuestos en un intento por favorecer la celeridad del procedimiento<sup>809</sup> y evitar trámites, como el de la tasación, que una vez iniciado el proceso podrían suponer una demora del mismo. El precepto representa una plasmación concreta para el proceso de ejecución hipotecaria

---

<sup>804</sup> Ob, cit, pág. 351.

<sup>805</sup> MARTIN DIZ subraya la falta de originalidad de la LEC de 2000 que, a su juicio y entre otros aspectos, se constata con la redacción de este precepto, el cual supone una traslación al texto procesal de lo que antes estipulaba el art. 130 LH. En este sentido, MARTIN DIZ considera que el texto procesal resulta estático y anquilosado de nacimiento, sobre todo por el incorrecto uso de los términos que hace, los cuales pueden conducir a errores que retrasen la tramitación del procedimiento, como por ejemplo, cuando utiliza la expresión *interesados*, cuando debería ser acreedor e hipotecante al referirse a los sujetos que fijan el precio de tasación. Ob, cit, págs 155 a 157.

<sup>806</sup> Podría afirmarse sin temor a incurrir en error que en el 100% de los casos la tasación no se produce por acuerdo de las partes sino por entidad designada directamente por la acreedora, siendo el margen de decisión para el deudor completamente inexistente en este punto de la relación crediticia, como en tantos otros.

<sup>807</sup> Así lo corrobora MARTIN DIZ cuando alega: "estos requisitos específicos han de ser controlados judicialmente, como presupuestos específicos del caso hipotecario, ya que resultan indispensables para que pueda tramitarse la reclamación del crédito hipotecario según las normas específicas del Capítulo V del Título IV del Libro Tercero de la nueva LEC, y que recoge las particularidades de la ejecución de la garantía hipotecaria inmobiliaria. Ob, cit, pág. 158.

<sup>808</sup> Ob, cit, pág. 633.

<sup>809</sup> MONSERRAT VALERO, A, *Las novedades de la ejecución hipotecaria.....*ob, cit, pág. 17.



de la previsión general que para la ejecución ordinaria establece el art. 637 del mismo texto legal<sup>810</sup>.

Por otro lado, la necesidad de fijar un domicilio concreto, a efectos de notificaciones y requerimientos tiene su apoyo en la intención del legislador de favorecer que el requerimiento pueda efectuarse directamente, sin tener que verificar labores de investigación con lo que la agilidad del procedimiento se favorece sobremanera, tanto más, cuando cabe simplemente un intento de requerimiento en el domicilio señalado para que el proceso pueda seguir su curso<sup>811</sup>.

Ninguno de estos dos presupuestos debe confundirse con posibles condiciones, generalmente de carácter suspensivo, que puedan “acordar las partes” en el contrato de préstamo hipotecario para que éste sea eficaz, en cuyo caso, incumplida la condición suspensiva estipulada se producirá la ineficacia de la relación de préstamo pactada.<sup>812</sup>

Corresponde al Juez, antes de admitir a trámite la demanda, examinar si concurren o no estos dos presupuestos, así como vigilar la regularidad formal del título. Faltando alguno de ellos, la hipoteca será perfectamente válida, pero al acreedor le estará vedada la posibilidad de incoar y, si lo hace, se inadmitirá su demanda, este proceso especial regulado en los arts. 681 y siguientes LEC. Ahora bien, si el defecto observado es tan solo la falta de mención de estos dos requisitos concretos en la inscripción, la omisión es subsanable y, por tanto, no vedaría el paso a la privilegiada vía de ejecución hipotecaria una vez hecha la subsanación<sup>813</sup>.

---

<sup>810</sup> Este precepto estipula: “Avalúo *de los bienes*. Si los bienes embargados no fueren de aquellos a que se refieren los artículos 634 y 635, se procederá a su avalúo, a no ser que ejecutante y ejecutado se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución”.

<sup>811</sup> En efecto, así lo ha señalado, entre otros, el Auto de la AP de Tarragona, Sección 3ª, de 30 de julio de 2009, cuando afirma que basta con el intento de notificación en el domicilio señalado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria para entenderse practicada a los efectos de proseguir la ejecución hipotecaria. Lo anterior había merecido el refrendo del Tribunal Constitucional que, entre otras, en Sentencia de 12 de julio de 2004 vino a señalar que no puede hacerse ningún reproche a la actuación judicial cuando el requerimiento de pago se lleva a cabo en el domicilio legalmente previsto ex arts. 130 y 131.3 LH, esto es, en el pactado por las partes para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones en la escritura de los préstamos hipotecarios y que figuraba en el registro, sin que se hubiese hecho uso de la facultad de cambiar el domicilio fijado a tales efectos.

<sup>812</sup> Es habitual la cláusula que supone condicionar el préstamo a la comprobación por la entidad prestataria de la inexistencia de otras cargas hipotecarias preferentes en el momento de proceder a la inscripción de dicho contrato en el Registro. MARTIN DIZ, ob, cit, pág. 158.

<sup>813</sup> En este sentido, en relación al antiguo procedimiento judicial sumario, se pronunció la DGRN en una Resolución de 11 de febrero de 1911 cuya doctrina es perfectamente extrapolable al procedimiento vigente. Está resolución afirmó que la determinación del tipo para la subasta en la escritura de constitución de la hipoteca es requisito necesario para que pueda tramitarse la reclamación con arreglo a dicho procedimiento sumario, pero la omisión de este requisito no es defecto que impida la eficacia de la hipoteca ni es obstáculo para su inscripción en el Registro.

Cabe, en todo caso, la subsanación a través de una escritura posterior complementaria de la primera e, incluso, mediante un simple acta cuando de lo que se trata es de reparar un error material, tal y como se desprende de lo señalado por la DGRN en Resolución de 23 de julio de 2005. En la misma línea de admitir la subsanación de la omisión, se pronuncia GUASP, para quien la omisión se puede subsanar con posterioridad, acompañando en todo caso junto con la demanda ejecutiva, el documento público donde constase el acuerdo entre acreedor y deudor para fijar el tipo de subasta<sup>814</sup>.

En contra de lo anterior, DOMENECH considera que la omisión no es subsanable, pues el art. 682.2 LEC, de forma expresa, exige que sea en la escritura de constitución de la hipoteca donde se determine el valor de la finca o del bien hipotecado por las partes intervinientes; por tanto, a juicio de este autor, la omisión de la fijación de tipo en la propia escritura es insubsanable e imposibilita todo acceso al proceso hipotecario. Cosa distinta es que una vez realizada la tasación, se modifique con posterioridad por acuerdo de las partes. Para este autor, si se aceptase la tesis contraria, favorable a la subsanación, se estaría contraviniendo la literalidad e intención de la LEC, pues efectuar la tasación con posterioridad a la constitución de la escritura de la hipoteca, ya no implicaría una modificación sino una novedad, que impediría el acceso al proceso por no figurar dicha valoración en la escritura de constitución de la hipoteca<sup>815</sup>.

El tipo fijado en la escritura puede cambiarse en un momento posterior, siempre que la modificación conste en escritura con el consentimiento de las partes y, aunque algunos autores consideran que ese consentimiento deben prestarlo también los acreedores posteriores (ROCA SASTRE<sup>816</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y DIAZ FRAILE<sup>817</sup>), HERBOSA asevera que es más razonable entender que no es necesario

---

<sup>814</sup> *La ejecución procesal en la ley...* ob, cit, págs. 109 y ss.

<sup>815</sup> Ob, cit, págs. 102 y 103.

<sup>816</sup> En efecto, ROCA SASTRE, de un lado, reconoce que no hay dificultad alguna en permitir el cambio de tipo; de otro, afirma que la nueva fijación de tipo puede repercutir desfavorablemente para los acreedores posteriores si tal tipo se ha disminuido en forma que el remate pueda arrojar un precio insuficiente. Por ello, concluía esta autor, si tal modificación puede ser conveniente cuando el cambio de circunstancias ha hecho que el precio inicialmente fijado se haya convertido en ficticio, la ley debería prever esta alteración, aunque fuera debiendo obtenerse el ascenso de los posteriores titulares de derechos reales. *Derecho hipotecario*, ob, cit, pág. 1112

<sup>817</sup> DIAZ FRAILE afirmó en relación a la legislación anterior, ya derogada, que en el caso en que falte la fijación del tipo de subasta en el momento inicial de la constitución de la hipoteca, su determinación posterior requiere el consentimiento de los terceros adquirentes del dominio de la finca hipotecada, pues a estos no les resulta indiferente la valoración que a efectos de subasta se establezca, ya que dicha valoración incidirá en el desarrollo de la subasta, sin que dicho tercero tenga, en el procedimiento judicial

tal consentimiento, ya no sólo porque la alteración de dicho tipo no constituye ninguna mutación jurídico real que deba ser consentida por dichos terceros, sino porque el tipo fijado para subasta es sólo eso, el precio de salida para la misma, de tal modo que si este es demasiado bajo, la propia dinámica de la subasta hará que aquel se eleve<sup>818</sup>.

En el mismo sentido, GARCIA GARCIA para quien no hay inconveniente en permitir la modificación, siempre que se inscriba en momento anterior a la ejecución y en virtud de escritura que consientan las partes que intervinieron en la constitución de la hipoteca<sup>819</sup>.

#### A) Fijación de tipo para subasta.

El requisito que exige la previa tasación de la finca hipotecada y su constancia en la escritura pública no representa ninguna novedad en la LEC de 2000, pues su regulación en el art. 682, en palabras de DOMENECH<sup>820</sup>, es herencia de la regulación anterior contenida básicamente en el antiguo art. 130 LH<sup>821</sup>.

Con todo, puede decirse que su exigencia es superflua si la realización del inmueble tiene lugar a través de las otras dos opciones que regula de forma novedosa la LEC: el convenio de realización y la enajenación por entidad especializada. La omisión de cualquier referencia a estas otras dos modalidades puede imputarse a que la ley procesal sigue pensando en la subasta como el medio principal para verificar la realización. En cualquier caso, HERBOSA considera que la exigencia de fijación de un tipo para subasta en la escritura pretende agilizar la tramitación del proceso de ejecución hipotecaria, ya que con él se evita el trámite del avalúo del bien<sup>822</sup>.

La LEC determina que los interesados fijen el precio en que tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta. Se trata, en síntesis, de darle un valor para el hipotético caso en que deba instarse la venta en pública subasta a

---

sumario, posibilidad alguna de intervenir o influir en dicha determinación, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de ejecución ordinaria, en que los terceros adquirentes tienen derecho a intervenir en el avalúo de los bienes. Ob, cit, pág. 135.

<sup>818</sup> En idéntico sentido, GARCIA GARCIA y MONTERO AROCA.

<sup>819</sup> *El procedimiento judicial sumario...*ob, cit, pág. 95. Admite, igualmente, la posibilidad de realizar modificaciones en el tipo inicialmente estipulado, las Resoluciones de la DGRN de 15 de marzo de 2008 y 8 de febrero de 2008 y de 21 de diciembre de 2007.

<sup>820</sup> Ob, cit, pág. 102.

<sup>821</sup> De hecho, el origen de este presupuesto se remonta a la Ley de 1909 y ya entonces encuentra su fundamento en la intención de evitar la necesidad del trámite de tasación pericial o avalúo, a fin de agilizar y dar rapidez al procedimiento, a la par que se consigue un abaratamiento de costes, evitando la necesidad de una peritación.

<sup>822</sup> El despacho de la ejecución...ob, cit, pág. 25.

consecuencia de una situación de morosidad. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS considera que este requisito no tiene excesiva justificación por dos razones: en primer lugar, porque tasar, avaluar la finca, no es algo extremadamente complicado o complejo, y, en segundo lugar, porque no resulta razonable otorgar hoy un determinado valor de tasación a una finca que tal vez salga a subasta diez años después (o no salga). Si, efectivamente, sale a subasta, quizás haya aumentado de valor o, por el contrario, se haya depreciado, lo que supondrá perjuicios evidentes para alguna de las partes<sup>823</sup>. En definitiva, para este autor no tiene sentido anticipar una valoración del inmueble que con el tiempo quede desfasada. No obstante, a fin de paliar los efectos de un desfase entre el valor otorgado en la tasación del bien y el que realmente pueda tener éste si al final sale a subasta años después, FERNÁNDEZ LÓPEZ propone la implantación de actualizaciones automáticas, habida cuenta que el desfase parece previsible y razonable; en su defecto, en el momento de proceder a la ejecución mediante las correspondientes operaciones matemáticas, el valor preestablecido podría regenerarse siguiendo los indicadores que el Instituto Nacional de Estadística ofrece anualmente sobre la apreciación o depreciación de los inmuebles. A juicio de este autor, con ello, se regeneraría el valor de origen, pues permanecería siempre en una línea muy aproximada a su verdadero valor<sup>824</sup>

Pero, si para FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, el trámite de avalúo o tasación no es excesivamente complejo, para GARCIA GIL, siguiendo a RIVERA FERNANDEZ, es complicado y siempre costoso, de ahí que sea recomendable tasar la finca antes de iniciar el proceso por lo que tiene de abaratamiento de costes, agilización y simplificación procedimental, en cuanto se omite la valoración por parte de peritos tasadores contemplada en la LEC para la ejecución ordinaria en el art. 666<sup>825</sup>.

Este primer requisito, de obligado cumplimiento para poder incoar el proceso de ejecución hipotecaria<sup>826</sup>, plantea diversos interrogantes. Primeramente, llama la

---

<sup>823</sup> Para FERNANDEZ-BALLESTEROS, hoy menos que nunca se justifica la necesidad de verificar la tasación del inmueble, pues la subasta puede que nunca se realice. Este autor afirma que, con buen criterio, el art. 691.5 LEC prevé la posibilidad de que la realización de la finca hipotecada se haga a través de persona especializada, o por convenio, sin necesidad de una venta en pública subasta, para la que la tasación debería servir de tipo. Acumula este peculiar procedimiento hipotecario tantas injustificables formalizadas y tantas y cada vez más inocultables ineficiencias, que sólo el empeño de unos pocos ha hecho posible su mantenimiento. FERNANDEZ-BALLESTEROS y DE LA OLIVA, *Derecho procesal civil, 1996, Tomo IV*, págs. 122 y siguientes.

<sup>824</sup> FERNANDEZ LÓPEZ, M.A (con RIFÁ SOLER, J.M, y VALLS GOMABAU, J.F), *Derecho práctico*, Madrid, 1995, pág. 186.

<sup>825</sup> Ob, cit, pág. 336.

<sup>826</sup> Recogen su carácter preceptivo, entre otros, Auto de la AP de Madrid, sección 18ª, de 6 de febrero de 2007, Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 12 de mayo de 2006, y Auto de la AP de Granada, sección 3ª, de 11 de noviembre de 2005.

atención que el art. 682 LEC alude a los *interesados*, únicos que pueden pactar el precio de subasta, pero no indique quien tiene esta consideración. MONTERO AROCA afirma que el precepto quiere referirse al acreedor y al titular del bien hipotecado, el *hipotecante*, por cuanto son estos quienes otorgan la escritura de hipoteca. Por consiguiente, a estos efectos, *interesado* no será el deudor si no ostenta la condición de *hipotecante* por no ser titular del bien.<sup>827</sup> En el mismo sentido, HERBOSA, para quien la ley se refiere únicamente al acreedor y al propietario del bien, en cuanto dichos sujetos son los constituyentes de la hipoteca, y no al deudor, ni los acreedores anteriores o posteriores.<sup>828</sup>

Sin embargo, DIAZ FRAILE considera que por *interesados*, deben entenderse obviamente acreedor y deudor, pero también debe entenderse incluidos los hipotecantes no deudores o fiadores reales que, en caso de existir, no desplazan en la toma de tal decisión de valoración a los deudores personales, sino que concurren conjuntamente con los mismos y con el acreedor en su adopción, ya que todos ellos convergen, sostiene el citado autor, en una encrucijada de intereses: el del acreedor, de evitar que un tipo excesivamente elevado dificulte la realización del bien, el del deudor de evitar que un tipo excesivamente bajo deje la deuda perseguida en parte insatisfecha con mantenimiento de la acción de responsabilidad personal del acreedor por la diferencia, y el interés del fiador real o hipotecante no deudor de establecer un precio que favorezca la existencia del mayor sobrante posible tras la aprobación del remate<sup>829</sup>.

Por otro lado, el precepto no aclara la forma en que los *interesados* pueden fijar el valor de tasación, pues no indica criterio alguno. La cuestión está sometida a la absoluta discrecionalidad de las partes o, por mejor decir, a la discrecionalidad del acreedor, pues afirmar que el deudor-hipotecante tenga alguna capacidad de decisión en este aspecto, como en tantos otros de la relación crediticia, no deja de ser una ficción jurídica. En la práctica totalidad de los préstamos hipotecarios que se firman en nuestro país el valor de tasación lo determina una entidad de tasación designada directamente por la parte acreedora y con el único objetivo de dar cobertura a los

---

<sup>827</sup> Ob, cit, pág. 353. En el mismo sentido, PEDRAZ PENALVA y MORAL cuando manifiestan que “por *interesados* ha de entenderse, en armonía con el objeto de este proceso al acreedor hipotecario y al titular del bien hipotecado. De este modo, el deudor de la obligación garantizada realmente no será a estos efectos interesado más que en la medida en que sea también titular del bien hipotecado. *Proceso Civil práctico, Tomo VIII-1*, la Ley, Madrid, 2002, pág. 376.

<sup>828</sup> Ob, cit, pág. 27.

<sup>829</sup> Ob, cit, pág. 134.

intereses de su cliente<sup>830</sup>. MART.IN DIZ se muestra contundente cuando reconoce la falta de intervención o voluntad del deudor y/o hipotecante en la fijación del tipo al afirmar que la sola realidad de la práctica bancaria es apabullante en este sentido. Por tanto, hablar de *acuerdo convencional* en la fijación del tipo es tanto como enmascarar la realidad cotidiana de los préstamos hipotecarios<sup>831</sup>.

Lo único que parece exigirse es que la determinación del valor de tasación se efectúe de modo líquido y en moneda nacional<sup>832</sup>. En todo caso, ha de tratarse de una cantidad de dinero determinada o, todo lo más, fácilmente determinable, mediante una simple operación aritmética<sup>833</sup>. Por el contrario, si el tipo fijado requiere una liquidación previa, no puede considerarse cumplido el presupuesto de su determinación y, entonces, procedería inadmitir a trámite la demanda.

Asimismo, puede fijarse en moneda extranjera en los términos del art. 520.1.2º, sin perjuicio de que en el seno del proceso de ejecución las cantidades a que se haga referencia, tomen en consideración la moneda nacional. El tipo de la subasta, se fije de una u otra manera, tiene que estar expresado en euros.<sup>834</sup> Pero, en todo caso, de una manera exacta y diáfana en palabras de MARTIN DIZ<sup>835</sup>

---

<sup>830</sup> No obstante, LEIRADO CAMPO reconoce las bondades de las sociedades de tasación al estudiar sus antecedentes legislativos. Según este autor: “.en nuestro país la regulación del mercado hipotecario ha estado unida desde su origen en los años 80 al criterio de que la tasación de las garantías era básica para el correcto funcionamiento del mercado secundario y de las ventajas de la emisión de títulos. Pero esta tasación correcta e independiente no tenía, acertadamente, como objeto el cubrir únicamente las necesidades del análisis de riesgos de la entidad de crédito al conceder el préstamo ni las necesidades de financiación del peticionario del mismo. Su robusta estructura, su completa y clara documentación, sus numerosas comprobaciones documentales y físicas tenían siempre como objeto la garantía última de los tomadores de los títulos, ajenos a la primitiva operación de crédito. Por todo ello, desde el principio de la normativa aparece recurrentemente un sistema completo y acertado de valoración, muy normado pero con grados de libertad que permiten la correcta actuación profesional, que ha mostrado sus bondades a lo largo de un periodo de crecimiento del crédito hipotecario basado en su capacidad de titulización. Al margen de la situación actual, más unida a excesos en otros países que a una mala *praxis* de nuestro modelo de valoración, no debe negarse las bondades de la regulación mediante sociedades tasadoras reguladas unidas a una fuerte supervisión y a unas sólidas y sensatas normas de valoración”. *Reforma del mercado hipotecario*, coord. MUÑOZ ESPADA, NASARRE AZNAR Y SANCHEZ JORDAN, ob, cit, págs. 75 a 78.

<sup>831</sup> Afirma textualmente este autor: “ En todos los trabajos de estudios de este tema es unánime el sentir de que la fijación de este precio es convencional, disiento con toda cortesía ante tales opiniones ya que me parece una paradoja , demostrable con solo experimentar el intento de suscribir un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre un bien inmueble en cualquier entidad crediticia, utilizar el término *acuerdo convencional* cuando en todos es conocido que dicho valor viene impuesto por el acreedor, como parte fuerte contratante en este tipo de relación jurídica en masa y del ámbito de consumo, aprovechando además que no existe cortapisa legal alguna en este sentido...” Ob, cit, pág. 16.

<sup>832</sup> Rotundo en este sentido es el art. 219 del Reglamento Hipotecario.

<sup>833</sup> Entre otros, el Auto de la AP de Albacete, sección 2ª, de 3 de febrero de 2004 admite cierta flexibilidad en este aspecto a permitir que la determinación del valor del inmueble se realice con simples operaciones aritméticas

<sup>834</sup> Ob, cit, pág. 360.

<sup>835</sup> Ob, cit, pág. 16.

Para HERBOSA, la valoración del bien no queda sujeta a criterio alguno, ya que no se trata de alcanzar una valoración real de la finca, a precio de mercado, sino simplemente de señalar un precio mínimo para subasta, de modo que tal valoración no podrá impugnarse posteriormente al haberse producido con base en el acuerdo de las partes<sup>836</sup>. En este mismo sentido, DIAZ FRAILE reconoce que aunque resulta conveniente que la tasación se haga con rigor y seriedad, no se exige a los interesados que realicen una averiguación intuitiva del valor real de la finca hipoteca, sino simplemente de que fijen un precio de salida para subasta y, será la dinámica propia de la subasta la que termine fijando el valor real a través del mecanismo de la oferta en concurrencia. Para este autor, cualquier otro planteamiento es quimérico, ya que el valor de una cosa, en este caso, inmueble, está sujeto a oscilaciones en el tiempo, según la circunstancias del mercado en función de los parámetros generales de la economía, como los tipos de interés, la tasa de ahorro, el aumento o disminución de la población en el lugar de la situación del inmueble, o la rentabilidad comparativa con otras inversiones alternativas al mercado inmobiliario, entre otros aspectos. Y todo ello, sin contar con la posibilidad de mutaciones en la situación física o jurídica de la finca durante el periodo intermedio entre la constitución de la hipoteca y su ejecución. Tales mutaciones resultan altamente probables teniendo en cuenta que los contratos u obligaciones garantizados con hipoteca inmobiliaria suelen ser de larga duración<sup>837</sup>.

En contra de lo anterior, CALVO SANCHEZ matiza que en la fijación del valor, sí debe llegarse a una situación real, lo que exige tener en cuenta las cargas que pesen sobre la finca y el valor finalmente estipulado deberá ser el resultado de deducir las cargas subsistentes<sup>838</sup>. Prescindir de las cargas que pudiera tener el inmueble podría acarrear sorpresas desagradables en el momento de la ejecución. No obstante, insistimos en que en este punto no hay unanimidad en el seno de la doctrina; autores como DIAZ FRAILE, afirman que este sistema de valoración puede llegar a ser muy complicado, pues obligaría a una precisa determinación no ya de la subsistencia de las cargas, sino del saldo vivo de cada una de ellas, en el momento de la ejecución, lo que

---

<sup>836</sup> Sobre la inmodificabilidad del precio de subasta y la subjetividad de tal valor, pues no tiene por qué coincidir con el valor real de mercado, se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de marzo de 1993 en estos términos: "...es inmodificable porque trae su origen ya desde la escritura de constitución de la hipoteca y sirve de base para la aprobación del remate o posibles rebajas posteriores, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa, que será el que tenga(subjetiva u objetivamente) el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor (accesiones por edificación o planta, destrucciones, etc.). Le incumbe, pues, al licitador ver, investigar, en definitiva, informarse para concurrir a la subasta."

<sup>837</sup> Ob, cit, pág. 137.

<sup>838</sup> *El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Con el estudio de la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1986 de 14 de mayo.* Revista Justicia, 1986, núm. IV, págs. 885.

implicaría la realización de operaciones complejas y de una actividad liquidatoria no prevista en esta modalidad de ejecución<sup>839</sup>.

En una posición ecléctica, algunos autores como ROCA SASTRE proponen la fijación de varios tipos para subasta en función de la eventual aparición o desaparición de cargas, de manera que la aplicación de uno u otro dependería de la verdadera situación registral del inmueble en el momento de la ejecución.

Al margen de lo anterior, podrían esgrimirse dos argumentos para sostener la necesidad de deducir del valor del bien, las cargas o gravámenes que pesen sobre este. De un lado, es lo más coherente por acercar valor real con valor "tasado" y, en segundo, lugar, así lo contempla expresamente el art. 666 LEC para el avalúo de bienes en el seno de la ejecución ordinaria. No habiendo disposición expresa en este sentido para el proceso ejecutivo hipotecario, cabe sostener que el art. 666 LEC se aplica con carácter supletorio en este punto. Sin embargo, la cuestión que no es baladí, tampoco ha merecido una respuesta clara y unánime por la Jurisprudencia, a pesar de que el carácter supletorio de las normas de la ejecución ordinaria no se cuestiona en otros muchos aspectos.

Así las cosas, existen las dos tendencias jurisprudenciales. En contra de aplicar el art. 666 LEC en la ejecución hipotecaria, se argumenta que el valor que debe constar en la escritura de constitución debe ser el inicial y cualquier alegación posterior hará que el presupuesto de procedibilidad que supone la fijación de un tipo o valor sea extemporáneo<sup>840</sup>.

En sentido opuesto, admitiendo la aplicación del art. 666 LEC, se aboga por una interpretación sistemática del articulado de la ley procesal, pues no existe una norma expresa que prohíba dicha aplicación al proceso hipotecario, sino más bien todo lo contrario, a tenor de los términos en que se pronuncia el art. 681 LEC. Asimismo, la aplicación del art. 666 no iría en contra de la especificidad del proceso de ejecución hipotecaria; la finalidad de obtener un conocimiento real de la situación registral del bien con posterioridad a la emisión de la escritura y la defensa de la prioridad registral son otros de los argumentos empleados para defender la perfecta aplicabilidad del art. 666 en el proceso de ejecución hipotecaria.

---

<sup>839</sup> Ob, cit, pág. 144.

<sup>840</sup> Sentencia de la AP de La Coruña, Sección 4ª, de 24 de abril de 2006



Por último, se alega también que debe ser así para evitar perjuicios tanto para el acreedor como para el futuro adquirente. Respecto del acreedor, la finalidad de la norma contenida en el art. 666 es evitar la tramitación de subastas que a la postre queden desiertas, pues nadie va a querer sacar a la venta pública un bien que tiene más cargas de lo que vale. Respecto del adquirente, porque al subrogarse en las obligaciones anteriores y preferentes se produce una minusvaloración evidente del inmueble si tiene cargas, de ahí que sea recomendable que goce de una buena información sobre la verdadera situación del bien.

Finalmente, avala la aplicabilidad del artículo comentado a la ejecución hipotecaria, el art. 691 que se remite directamente a la subasta de los bienes inmuebles y en ese campo se encuentra el precepto objeto de controversia.<sup>841</sup>

En el supuesto en que un mismo crédito esté garantizado con varias fincas, el precio de subasta ha de estar individualizado para cada una de ellas.<sup>842</sup> Por tanto, no cabe establecer un valor conjunto para todas ellas, sino que se ha de indicar de forma separada el tipo para subasta correspondiente a cada una de las fincas. Tal y como matiza DIAZ FRAILE esta exigencia deriva de la proscripción del principio de solidaridad en materia de hipotecas.

#### B) Fijación de un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones.

El segundo presupuesto de carácter indispensable en la ejecución hipotecaria, que ha de constar expresamente en el título ejecutivo y exige el art. 682 LEC, es el que se refiere a la fijación por el deudor de un domicilio concreto a efectos de notificaciones y requerimientos. Por tanto, al igual que la tasación éste elemento también actúa como *conditio sine qua non* en el proceso de ejecución especial<sup>843</sup>.

Este requisito cumple igualmente con la finalidad de agilización del procedimiento de que hacía gala la fijación previa de un precio de tasación. Es indudable que eximiendo al acreedor de tener que verificar labores de investigación acerca del verdadero paradero del deudor, el procedimiento se agiliza, pues le basta con intentar dicho requerimiento en el domicilio fijado de antemano, normalmente la propia finca hipotecada. En ese sentido, SANCER observa dos finalidades fundamentales en la

---

<sup>841</sup> Un análisis detallado lo verifica DOMENECH, ob, cit, págs. 111 a 119.

<sup>842</sup> Así lo establece la Resolución de la DGRN de 24 de octubre de 2000.

<sup>843</sup> Así lo confirman, entre otros, Auto de la AP de Salamanca, sección 1ª, de 19 de junio de 2007 y Auto de la AP de León, sección 1ª, de 24 de abril de 2007.

fijación de un domicilio: de un lado, es garantía para el deudor y, de otro, es garantía de éxito y eficacia del proceso; por tanto, según este autor, la garantía al materializarse en un doble nivel, es positiva para ambas partes<sup>844</sup>

MONTERO AROCA discrepa en parte de esto último, pues, a su juicio, si bien la fijación de domicilio podría llegar a considerarse una garantía para el deudor, en realidad no es sino una vuelta de tuerca más en los privilegios del acreedor<sup>845</sup>.

Al margen de la polémica, es cierto que la LEC vuelve a sentar una ficción jurídica, dado que es posible que el domicilio fijado no coincida exactamente con el domicilio real del deudor. Asimismo, habida cuenta que la fijación de domicilio suele ser automática al señalarse el de la propia finca hipotecada en la mayor parte de las operaciones crediticias, la elección por parte del deudor es una fantasía. La Jurisprudencia es consciente de esta fingida elección por el deudor; así, la Sentencia de la AP de Castellón de 26 de diciembre de 1991 afirmó que el domicilio pactado nada tiene que ver con el real o legal del deudor. MARTIN DIZ afirma que, incluso, podría fijarse como domicilio el de un familiar, representante, Procurador o el lugar de trabajo.<sup>846</sup> Tanto es así, que FERNÁNDEZ-BALLESTEROS asevera que incluso podría fijarse un domicilio imaginario, pues de lo único que se trata es de fijar un lugar para verificar requerimientos y notificaciones válidamente, con independencia de que ello derive en un real y eficaz conocimiento del destinatario de la comunicación. En palabras de MARTIN DIZ, de lo que se trata es de evitar que las “espantadas domiciliarias” frustren los fines del proceso.

En este ámbito, no puede desconocerse la realidad forense de la cuestión, pues en muchos casos, el requerimiento no es efectivo y el deudor no tiene real conocimiento del inicio de actuaciones en su contra, dado que los tribunales parten de la ficción que supone el simple intento de requerimiento cumplimentándose de una manera formal, pero no efectiva, el presupuesto de la notificación en muchos casos. En definitiva, no se exige una notificación real en el domicilio fijado, sino que basta un intento de

---

<sup>844</sup> En efecto, según sostiene este autor, la finalidad no es otra que la de asegurar, por un lado, que en caso de iniciación de actuaciones procesales se tenga la certeza de cuál es el lugar donde se deberán llevar a efecto las notificaciones y requerimientos con relación al ejecutado, garantizando con ello su no indefensión, y de otro lado, se configura como título de garantía, para el acreedor ejecutante, en el sentido de evitar las dilaciones y el retraso que conlleva cualquier procedimiento, para los casos en que los que se ignora el lugar en que hay que requerir de pago al ejecutado, y efectuarle los actos de comunicación necesarias. *La ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Boletín de información del Ministerio de Justicia, enero-marzo, 2003, pág. 16.

<sup>845</sup> Ob, cit, pág. 368.

<sup>846</sup> Ob, cit, pág. 167.

requerimiento. Aunque hay muchos juzgados, especialmente tras la crisis económica que obligan a intentar requerimientos en otros domicilios conocidos, muchos tienen por cumplido el trámite y, en consecuencia, siguen adelante con el proceso. También es verdad que muchos deudores voluntariamente se colocan en situación de paradero desconocido a fin de evitar la notificación de las actuaciones, pero la excesiva formalidad en ese aspecto podría perjudicar a los deudores de buena fe<sup>847</sup>.

Por otro lado, aunque la LEC habla tan solo de un domicilio, nada impide que se fijen dos o más domicilios. Por ejemplo, cuando hay varios propietarios *pro indiviso* del bien, cuando se distingue entre nuda propiedad y usufructo o cuando hay varios deudores, o un deudor y un hipotecante no deudor. En síntesis, la fijación de varios domicilios se justifica, sobre todo, por la existencia de varias personas que deban ser requeridas; si bien, mientras que algunos autores sostienen que no es factible designar dos domicilios de una misma persona, pues eso obligaría a la acreedora a efectuar varios requerimientos, otros, por el contrario, admiten tal posibilidad y, en consecuencia, admiten la fijación de varios domicilios de forma alternativa. En todo caso, parece evidente que el domicilio a efectos de notificaciones nunca puede ser el del acreedor hipotecario y con carácter general no se admiten cláusulas genéricas en las escrituras que fijen un domicilio de este último para notificaciones, habiendo sido prohibidas por la Jurisprudencia<sup>848</sup>.

DOMENECH define como un error importante el hecho de que art. 682 únicamente aluda al domicilio del deudor, sin realizar referencia alguna al domicilio de otras personas a las que el proceso les afectará de forma directa. Este autor se está refiriendo esencialmente al hipotecante no deudor que grava su finca por deuda ajena y, afirma que en este punto, la LEC incurre en una flagrante contradicción cuando más tarde, en el art. 685 exige que la demanda se dirija contra el hipotecante no deudor,

---

<sup>847</sup> Ya la Ley hipotecaria de 1909 apuntó la finalidad de este requisito, pensando especialmente en los deudores de mala fe. En la discusión parlamentaria de esta ley el senador Lastres afirmó: "...lo del domicilio está perfectamente explicado con solo exponerlo. Sabe perfectamente mi querido compañero que cuando se tropieza con un deudor de mala fe, éste encuentra gran facilidad para eludir aquellos requerimientos que la ley exige que sean personales, trasladándose sucesivamente de domicilio." *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución, Tomo II, vol. I*, Centro de ESTUDIOS Hipotecarios, pág. 413.

<sup>848</sup> La prudencia y el sentido común lo impiden. Si la finalidad básica de señalar un domicilio consiste en agilizar el proceso y "garantizar" la notificación del deudor, no parece ser de recibo que el domicilio a estos efectos sea el del acreedor. Baste citar, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2003 y 26 de marzo de 1996. Esta última afirmó: "...la notificación del requerimiento de pago en el domicilio señalado por el acreedor, puede producir una absoluta indefensión, quebrantamiento del principio de igualdad de los contratantes y una imposición a la parte más débil en la contratación...". En la línea de prohibir que se fije como domicilio de notificaciones el del acreedor, también Auto de la AP de Toledo de 14 de noviembre de 1992.

(se entiende, si fuere distinto del deudor), y el tercer poseedor si lo hubiere. Luego no se entiende que la Ley exija expresamente demandarles y, sin embargo, no se ocupe de la fijación de un domicilio para requerirles.

En cualquier caso, esta laguna legal se solventa en la práctica mediante la fijación de cuantos domicilios correspondan a las partes, deudor e hipotecante no deudor, pues ya la DGRN en Resolución de 5 de septiembre de 1998 alegó que la prudencia aconseja fijar el domicilio de ambos y, dándose la existencia también de un tercer poseedor, lo dicho es aplicable a este último. La fijación de varios domicilios en este sentido favorecerá el desarrollo del eventual proceso hipotecario y la práctica transcurre en paralelo a esta última afirmación, dado que es habitual que así sea en la mayor parte de los títulos ejecutivos.

Habrà ocasión de referirse al requerimiento efectuado en la interinidad del proceso y a los problemas que acarrea, de momento sirva aludir a la posibilidad de cambiar el domicilio fijado inicialmente, pues la contempla de forma expresa el art. 683 LEC, de manera que el señalado en un principio no deviene inamovible. Antes al contrario, el deudor, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor<sup>849</sup> pueden cambiarlo en determinadas circunstancias previstas por este último precepto. Así, además, lo ha reconocido, por su parte, el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 17 de febrero de 2006.

Según postula el art. 683 LEC, el cambio de domicilio es facultad del deudor e hipotecante no deudor, lo que confirma la tesis de que la omisión de toda alusión al hipotecante no deudor cuando se habla en el art. 682 de la fijación de un domicilio para notificaciones, es más un lapsus del legislador que una intención.

En todo caso, cuando el bien garantizado con hipoteca es un inmueble, el cambio del domicilio inicialmente fijado no requiere el consentimiento del acreedor, si el nuevo domicilio se encuentra dentro de la misma población o en cualquier otro que esté enclavado en el término donde se sitúen las fincas y que sirva para determinar la competencia del juzgado.

---

<sup>849</sup> MONSERRAT matiza en este punto que como quiera que el art. 683 LEC dice que su domicilio será el que conste en la inscripción de su adquisición, hay que entender que se fija automáticamente, es decir, no será necesaria su notificación al acreedor y esta solución legal se justifica por la propia publicidad registral. Ob, cit, págs. 22 y 23.

En este sentido, los autores vienen discutiendo acerca de si es necesario notificar el cambio al acreedor; mientras unos sostiene que sí (MONSERRAT<sup>850</sup>, DOMENECH)<sup>851</sup>, otros, por el contrario, argumentan que el at. 683 no lo requiere (DOMINGUEZ) y, por consiguiente, no es necesaria dicha comunicación.

En todo caso, para que el cambio produzca efectos debe hacerse constar en acta notarial y en el Registro correspondiente por nota al margen de la inscripción de la hipoteca<sup>852</sup>.

## 2) Pretensión ejecutiva hipotecaria: actos procesales de delimitación.

### A) Demanda ejecutiva hipotecaria y documentos que deben acompañarla<sup>853</sup>.

El proceso de ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados comienza, como no podía ser de otra forma, habida cuenta su naturaleza jurídica de proceso, con una demanda<sup>854</sup>. La demanda es el primer acto formal a través del cual se delimita la *pretensión ejecutiva hipotecaria*, al tiempo que se pone en marcha el proceso<sup>855</sup>. Y debe ser, así, además, pues rige el principio de instancia de parte, de manera que el órgano jurisdiccional competente no puede iniciar de oficio un proceso de estas características. Lo anterior no deja de ser una plasmación concreta de lo que establece con carácter general el art. 549 LEC cuando afirma que sólo se despachará

---

<sup>850</sup> A su juicio, no hay razón para suprimirla, en virtud del art. 226 RH, que ordena poner en conocimiento del acreedor hipotecario el cambio de domicilio del deudor. *Las novedades de la ejecución...*ob, cit, pág. 22.

<sup>851</sup> Exige comunicación del cambio el Auto de la AP de Asturias, sección 5ª, de 30 de diciembre de 2004.

<sup>852</sup> A diferencia de lo que acontecía bajo la vigencia del art. 130 LH que únicamente exigía que se hiciese constar el cambio y su conocimiento por el acreedor.

<sup>853</sup> La demanda y los documentos que le acompañan deben colmar las exigencias de información para que el juzgado pueda controlar la admisión de la demanda y el deudor pueda ejercitar su derecho de defensa. Así, bastará con indicar las cantidades debidas por principal e intereses, es decir, el saldo deudor, así como las mensualidades impagadas, lo cual se cumple normalmente con la certificación notarial (Auto de la AP de Barcelona, sección 19ª, de 21 de septiembre de 2011 y Auto de la AP de Jaén, sección 3ª, de 11 de febrero de 2011).

<sup>854</sup> Cuestión ésta que no quedaba tan clara al hilo de la regulación derogada, pues en ella se utilizaba cualquier expresión que no fuera *demanda* para designar al acto iniciador del proceso, desde escrito de incoación, instancia de parte o, simplemente escrito. Incluso, dentro de la doctrina procesalista el uso del término generaba ciertos recelos; así, PRIETO CASTRO consideró erróneo el término *demanda* en el proceso de ejecución. (*Derecho procesal civil II*, Pamplona, 1985, pág. 797). Por su parte, GUASP se refirió también al peligro que suponía hablar de *demanda* como acto iniciador de este proceso. (*La ejecución procesal...*ob, cit, pág. 116). Entre los hipotecaristas, los recelos eran aún mayores y si bien utilizaban la palabra *demanda*, matizaban que lo hacían porque era la expresión legal, utilizada por primera vez en la Ley de 1946; así, ROCA SASTRE decía que era una *demanda de ejecución*; GARCIA GARCIA enfatizaba que se trataba de una *demanda especial* (Ob, cit, pág. 131).

<sup>855</sup> En palabras de BECEÑA, la *demanda* que inicia el procedimiento es el acto formal propulsor de la actividad del órgano jurisdiccional y constitutivo de la relación procesal.

ejecución a petición de parte, en forma de demanda. La remisión a este último precepto resulta obligada dada la parquedad con que se presenta el art. 685 LEC, referido concretamente a la demanda del proceso hipotecario, si bien limitándose a matizar contra quien debe dirigirse la demanda de ejecución hipotecaria y qué documentos deben acompañarla, sin especificar su contenido ni otros requisitos. La Ley tampoco aclara la forma que ha de tener la demanda; únicamente se alude a la forma escrita, de obligado cumplimiento y autores como MARTIN DIZ abogan decididamente por la presentación de la demanda en soporte informático por cuanto supondría una aceleración procedimental importante.

MARTIN DIZ asegura que la demanda de ejecución es el momento procesal en que se da inicio a la actividad ejecutiva, y es justo entonces cuando nuestras expectativas legales se plasman en un procedimiento especial, expresándonos procesalmente. Para este autor la demanda es el testimonio externo del derecho de acción que asiste al acreedor que sustenta la correspondiente pretensión<sup>856</sup>.

Con carácter previo, antes de interponerla, lo primero que ha de clarificar el ejecutante es el Juzgado ante el que debe presentarla. En este punto, la única particularidad que establece la LEC reside en la competencia territorial, la cual se delimita expresamente en el art. 684 LEC, junto con la competencia objetiva. A salvo, los casos en que el bien hipotecado pertenece a un deudor declarado en situación de concurso legal, supuesto en el que inicialmente se dudó sobre si la competencia correspondía a los juzgados de primera instancia o a los de lo mercantil<sup>857</sup>, así como, por otro lado, si se debía paralizar o no la ejecución hipotecaria singular<sup>858</sup>.

---

<sup>856</sup> Ob, cit, págs. 274 y siguientes.

<sup>857</sup> En este punto, sirva la cita del que si no fue el primer Auto que resolvió la cuestión, una vez entró en vigor la vigente ley concursal, sí fue de los primeros en hacerlo. Se trata del Auto de la AP de Barcelona, sección 15ª, de 28 de junio de 2007, (núm. recurso 682/2006). El supuesto fáctico del que parte el Auto referenciado es el siguiente: declarado el concurso de persona física, una entidad bancaria presenta demanda de ejecución hipotecaria sobre una finca de su nuda propiedad. No constando la afectación de dicho bien a actividad profesional alguna y no constando tampoco que la demandada realice actividad empresarial, el Juzgado de lo Mercantil, asumiendo que la finca hipotecada no es el bien afecto a que se refiere el artículo 56 de la LC, considera que la demanda de ejecución hipotecaria debió interponerse ante los Juzgados de Primera Instancia y, en consecuencia, se declara incompetente. Sin embargo, el presente Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, declara muy por el contrario, que la competencia la tiene el Juzgado de lo Mercantil; ahora bien, la resolución cuenta con un voto particular, razón por la que resulta de especial interés resaltar los argumentos jurídicos empleados en uno y otro sentido. Vaya por delante que es ésta una cuestión abundantemente tratada por la jurisprudencia menor y hay una mayoría de resoluciones que asigna la competencia objetiva en estos casos, a los Juzgados de Primera Instancia. Valgan por todos los Autos del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 29 de diciembre de 2004 y 26 de septiembre de 2006; también Auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 13 de marzo de 2006. Sentada anteriormente la regla general que rige en estos casos: suspensión de las ejecuciones de bienes afectos y continuidad de las ejecuciones de bienes del concursado no afectos, así como de los afectos una vez levantada la paralización temporal en los términos descritos en el artículo 56, hay que tomar como punto de partida lo declarado en el artículo 8.º de la vigente LC. Para este precepto los Jueces del concurso tienen competencia exclusiva y excluyente en toda ejecución frente a los bienes y

---

derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado. Por su parte, el artículo 57 del mismo texto legal estipula que el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del Juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. Al hilo de lo anterior, hemos de destacar que no se produce en estos casos una verdadera acumulación en sentido técnico, sino que la ejecución hipotecaria se tramita en pieza separada. Para GUZMÁN FLUJA, el legislador ha dado muchas vueltas y ha complicado en extremo la cuestión. Al final lleva estas ejecuciones a la competencia del Juez del concurso para decidir que se tramiten separadamente y conforme a sus reglas, con lo cual siguen sin integrarse en el concurso y, si no se integran, la pregunta es si resulta útil o conveniente cargar con este trabajo extra a los Juzgados de lo Mercantil ".A pesar de que en el ámbito legislativo parece clara la competencia del Juez del concurso, en el ámbito judicial la cuestión no se presenta tan pacífica pues los Juzgados ponen el acento, una vez más, en la nota de la afección, de manera que tratándose de la ejecución hipotecaria sobre bienes afectos, debe conocer el Juez del concurso en pieza separada, y, tratándose de otro tipo de bienes, lo son o, deberían, los Juzgados de Primera Instancia. En esta situación de indefinición se coloca el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de junio de 2007 porque en él se reproducen argumentos en uno y otro sentido (a través de un voto particular). Son los siguientes:

a) Argumentos a favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil. • Si la demanda de la apelante pretende la ejecución hipotecaria de un bien cuya nuda propiedad pertenece a la concursada, asistimos a una demanda de indudable contenido patrimonial. Para YÁÑEZ VELASCO la ejecución separada debe ser excepcional por alterar la necesaria unidad de tratamiento del patrimonio del deudor que exige el concurso y porque en el caso de las hipotecas y prendas, el acreedor integrado en el concurso sigue manteniendo un privilegio sobre los demás acreedores contra bienes y derechos del concursado, por lo que se incluyen dentro del ámbito competencial del Juez del concurso. • El artículo 57 de la LC tiene por objeto el inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales, no estableciendo ninguna diferenciación según los bienes sobre los que recaen y su afección o no a la actividad del deudor. • El artículo 56 regula el inicio o la reanudación de las acciones paralizadas por recaer sobre bienes afectos; sin embargo, existen varias razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir del conocimiento del Juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. • Aunque el artículo 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el que el artículo 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del concurso. • Resulta llamativo que el Juez del concurso deba realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial, asumiendo que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. • Parece más razonable y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.

b) Argumentos a favor de la competencia del Juzgado de Primera Instancia. Voto Particular. • El Juzgado de lo Mercantil con buen criterio consideró que carecía de competencia para conocer de estas ejecuciones, como consecuencia de lo regulado en los artículos 56 y 57 de la LC. • Una vez establecida la regla general que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado, la misma Ley establece sus excepciones. La primera de ellas, la que se contiene en el párrafo segundo del artículo 55.1 de la LC, supuestos en los que la competencia será del tribunal de lo social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, sin que se vean afectados por la atribución de competencia a favor del Juez del concurso, prevista en el artículo 8.º 3 de la LC. La otra excepción se contiene en los artículos 56 y 57. • Dado lo anterior, resulta lógico, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración del concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursoales. El artículo 56 presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes estén afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevean una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la realización de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa. • La previsión del artículo 57.1 que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad, han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de

---

suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del artículo 57.1 al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.

<sup>858</sup> La cuestión nuclear en este sentido pasa por determinar, una vez iniciado un procedimiento concursal, (declarado el concurso, dice la ley) qué ocurre con las ejecuciones singulares ya comenzadas o que sean susceptibles de comenzarse en este momento. El punto de partida hemos de situarlo en el artículo 55 de la LC. Dicho precepto, refiriéndose a las ejecuciones y apremios en general, establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Asimismo, declara el precepto citado, en su punto segundo, que las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso. Por tanto, partimos de una regla general que proclama el no inicio de las acciones o la suspensión de las ya iniciadas, el cual es consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva. Ahora bien, tal regla general encuentra su excepción en los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y en la ejecución laborales en las que se hubieren embargado bienes del concursado, porque en estos casos, según postula el precepto indicado, se podrán continuar las actuaciones, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Todas las actuaciones que se practiquen en contravención de lo anterior serán nulas de pleno derecho. Tratamiento especial tienen las ejecuciones de garantías reales, para las que el artículo 56 de la LC sienta un régimen diferente, o cuanto menos, matizable. Subyace en el artículo 56 la preocupación del legislador por atender todos los intereses en conflicto: de un lado, se trata de poner al acreedor hipotecario a cubierto frente a una posible insolvencia posterior del deudor; de otro, es necesario reconocer el legítimo interés de los restantes acreedores en evitar la disgregación de la masa activa del concurso como consecuencia de actuaciones o ejecuciones individuales, especialmente cuando el patrimonio del concursado constituye el soporte material de una actividad profesional o empresarial. En este contexto, la ponderación de todos los intereses en conflicto ha llevado al legislador español a establecer el principio de que la declaración de concurso también genera limitaciones al ejercicio de los derechos reales de garantía. En consecuencia, también aquí la ley sienta el principio general de paralización, pero se trata de una paralización temporal. Indica el artículo 56 que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Este sistema de paralización parece más acorde con la idea de conservación patrimonial y de convenio; mucho más que el de acumulación, más apropiado para la liquidación. (GUZMÁN FLUJÁ *La ejecución civil*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 53, CGPJ, 2005). Ello no obstante, el sistema de suspensión de las garantías reales puede tener un efecto perverso en la economía de las empresas y en la posibilidad de obtención del crédito en las situaciones de crisis o de falta de liquidez, ante el temor de las entidades financieras de que su garantía quede mermada por la solicitud de declaración de concurso, lo que se traducirá, en el mejor de los casos, en un encarecimiento de la financiación hipotecaria, en compensación por el retraso en el cobro de la deuda y por el retraso en la ejecución de la garantía real. (Laborda Valle, *La nueva realidad concursal, elementos de solución en la crisis empresarial: el convenio y la liquidación. Viabilidad de la empresa*. Diario La Ley, núm. 6.275, 2005). En cuanto a las actuaciones ya comenzadas, se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento. Tan sólo hay dos excepciones a la anterior regla general que opta por la paralización o suspensión temporal: que al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; y que el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien, supuesto en que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía.

Obsérvese que la ley exige un presupuesto fundamental para que la ejecución hipotecaria pueda paralizarse: que el bien objeto de la misma sea un bien afecto a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva del concursado. No dándose tal cualidad en el bien, la ejecución singular seguirá su curso conforme a las reglas ordinarias que no son otras que las que marca la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 681 y siguientes. En este sentido, es inevitable preguntarse quién y/o cómo se determina la afectación o no de dicho bien. En efecto, la clave para que una ejecución singular hipotecaria quede en suspenso, si es que ya se ha iniciado o, simplemente, no pueda comenzarse mediante la presentación de la correspondiente demanda, es que el bien objeto de la misma esté afecto o no a la actividad profesional del concursado. Esta cuestión puede suscitar, a su vez, dos preguntas relevantes: en primer lugar, cuándo existe tal afectación, puesto que la ley no dice nada al respecto y tampoco establece presunciones y, en segundo lugar, hay que fijar quién determina la existencia o no de la afectación. (Sobre la interpretación del concepto de bien afecto, Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 22 de julio de 2005, y Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas, de 12 de enero de 2006). En el primer caso, hay que partir de una premisa importante. La afectación es una cuestión de hecho y por la propia naturaleza de las cosas exige la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial. En síntesis, la afectación debe entenderse como vinculación o destino de los bienes al



Según estipula el art. 684 LEC<sup>859</sup>, la competencia objetiva para conocer de estos procesos la tienen los Juzgados de primera instancia y, la competencia territorial depende del lugar en que esté enclavada la finca hipotecada. Si esta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicaren en diferentes partidos, será competente el juzgado de primera instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, sin que sean aplicables en este caso las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la presente Ley.

---

desarrollo de la actividad profesional o empresarial o a las necesidades del proceso productivo y ello con independencia de la mayor o menor importancia que esos bienes tengan en el proceso productivo. (Frente a los bienes afectos, los bienes necesarios son aquellos que resultan imprescindibles para mantener en funcionamiento los establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor). Al tratarse de una situación de hecho, nada impide que durante la tramitación del concurso se produzca una desafección de los bienes originariamente destinados al desenvolvimiento de la actividad profesional del deudor. La pérdida del carácter afecto puede ser consecuencia de las propias vicisitudes del concurso. (Sánchez Rus, H. y Sánchez Rus, A., ob., cit., págs. 1.049 y 1.050).

En lo que concierne a la segunda cuestión, la de quién determina el carácter afecto del bien, hemos de concluir que tal misión corresponde, en buena lógica, al Juez del concurso, que no es otro que el Juez de lo Mercantil. Ahora bien, a pesar de haber dicho que esto corresponde «en buena lógica» al Juez de lo Mercantil, no podemos obviar que han existido posiciones judiciales discrepantes en este punto, que han obligado al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción a pronunciarse. Baste citar en este sentido, la Sentencia 10/2006 (BOE de 26 de febrero de 2007), que resuelve conflicto entre un Juzgado de lo Mercantil de Málaga y una delegación de la Agencia Tributaria. Se trataba de aclarar si el crédito que ostentaba la entidad concursada, que había sido embargado por la Agencia Tributaria constituía o no un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Y la presente resolución, partiendo de la idea de que en las situaciones de concurso el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor, y que a ese interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, también el de autotutela, termina resolviendo que la «Administración Tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración de concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención. Producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del concurso a fin de que éste decidiese sobre si los bienes integrantes del patrimonio del deudor, sujeto al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor. Es, por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor». Más recientemente una Resolución de la DGRN de 11 de junio de 2011 (BOE 26 julio de 2012) afirma que para ejecutar bienes hipotecados de un concursado se precisa la declaración judicial de no afectación a la actividad empresarial. Concluye en este sentido, la DGRN que la declaración de concurso supone la suspensión y la paralización de todo procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que no se acredite en el mismo, mediante testimonio de la resolución del juez competente, que los bienes concernidos no están afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o de que ha transcurrido más de un año desde aquella declaración sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación, o de que exista un convenio cuyo contenido no se vea afectado por la ejecución.

<sup>859</sup> GUZMAN FLUJÁ considera que basta con la atenta lectura del precepto para determinar con claridad ante qué juez, siempre de primera instancia, debe interponerse la demanda ejecutiva. Desde este punto de vista el precepto no ofrece problemática especial. Sin embargo, para este autor es criticable el hecho de que se excluya de forma expresa cualquier tipo de sumisión en la fijación de la competencia territorial referida a la ejecución de hipotecas inmobiliarias y, por el contrario, se admita parcialmente en la ejecución de hipotecas navales, mobiliarias y de prendas. Asimismo, dando por sentado el control de oficio de su propia competencia territorial por parte del tribunal, cabe preguntar si el ejecutado puede plantear declinatoria para poner de manifiesto una posible falta de competencia territorial. A juicio de este autor la respuesta lógica es que sí debe ser posible. Ob, cit, pág. 971.

MONSERRAT subraya que con la anterior regulación era muy discutible que las partes pudieran proponer una declinatoria por falta de competencia, si bien en la práctica se podía recurrir el Auto del juez incompetente por el que éste admite la demanda. Asimismo, podían poner en conocimiento del juez su falta de competencia para que éste la apreciase de oficio. Con la vigente Ley 1/2000, este autor considera que quedan aclaradas muchas dudas al respecto; así, afirma que es defendible la interposición de una declinatoria en aplicación de las normas generales de la ejecución y, en particular, el art. 547 LEC; que ha de interponerse por el ejecutado en el plazo de los 5 días siguientes a aquel en que reciba la primera notificación y la declinatoria tendrá efecto suspensivo del procedimiento; habrá que darse audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, a tenor de lo señalado en el art. 58 LEC; y, por último, según este autor, debe aplicarse también el art. 546.2 cuando indica que una vez despachada ejecución, el tribunal no podrá, de oficio, revisar su competencia territorial<sup>860</sup>. Actualmente, la posibilidad se contempla expresamente, entre otros, Auto de la AP de Sevilla, Sección 5ª, de 6 de octubre de 2003.

Como se ha dicho, a la demanda ejecutiva hipotecaria alude específicamente el art. 685 LEC. Dicho precepto comienza aclarando contra quién debe dirigir la demanda el acreedor, lo cual constituye una novedad respecto de la regulación contenida en el antiguo art. 130 LH. En efecto, al amparo de la regulación derogada, en la que se afirmaba que el procedimiento iba dirigido únicamente a la realización del bien, podía discutirse con cierto fundamento si debían ser parte pasiva el deudor y el tercer poseedor. Hoy, la discusión no tiene sentido dado que el precepto expresamente los menciona y su presencia en el supuesto concreto determina la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario en los términos vistos en el Capítulo anterior. Por tanto, tal y como afirma MONSERRAT ya no es defendible que únicamente haya que demandar al propietario de la finca hipotecada<sup>861</sup>.

El contenido de la demanda ejecutiva será el mismo que para cualquier demanda de este tipo señala el art. 549 LEC. Por consiguiente, se debe hacer constar lo que sigue: el título en el que el ejecutante funda su pretensión ejecutiva; la tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce, precisando la cantidad exacta reclamada; los bienes del ejecutado susceptibles de embargo; en el caso de la ejecución hipotecaria, el bien cuya realización se pretenderá como instrumento para conseguir el pago de la deuda; medidas de averiguación e

---

<sup>860</sup> *Las novedades de la ejecución hipotecaria...ob*, cit, págs. 26 y 27.

<sup>861</sup> *Las novedades de la ejecución...ob*, cit, pág. 31.

investigación que interesen y la persona o personas frente a las que se pretende el despacho de la ejecución. Por supuesto, también la persona del acreedor hipotecario o ejecutante debe quedar perfectamente identificada.

Como quiera que todos estos extremos se analizan con profusión en los capítulos correspondientes, a ellos cabe remitirse a fin de no incurrir en reiteraciones. Lo mismo cabe decir respecto al régimen de postulación.

En lo no previsto en los artículos citados, se aplicará lo dispuesto en el art. 399 LEC, precepto capital y rector respecto de la demanda que inicia el proceso declarativo. Por tanto, la demanda deberá incluir un encabezamiento con la determinación del órgano jurisdiccional competente, los datos del ejecutante, quien debe quedar claramente identificado y, la persona o personas frente a quien se dirige la demanda y el domicilio de ambos. Asimismo, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de Derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida, es decir, en el caso que nos ocupa, la cantidad exacta que se reclama y el bien garantizado con la hipoteca susceptible de realización si el ejecutado tras la intimidación judicial de pago no salda la deuda.

En lo que respecta a los documentos que deben acompañar a la demanda ejecutiva en el proceso hipotecario, hay que decir que el art. 685 LEC de un lado, menciona expresamente una serie de documentos de obligada presentación, y, de otro, se remite a la regulación de la ejecución ordinaria, en concreto a lo dispuesto en los arts. 550, 573 y 574 del mismo texto legal.

Que a la demanda ejecutiva hipotecaria debe acompañarse el *título o títulos de crédito* tal y como exige el art. 685 LEC no deja de ser algo evidente, pues sin título ejecutivo sencillamente no hay proceso de ejecución. A lo dicho con anterioridad respecto del título y de los demás documentos que lo integran nos remitimos en este punto; sirva tan solo recalcar que la razón de ser del proceso de ejecución hipotecaria es precisamente el título ejecutivo que le sirve de fundamento y que no es otro que aquel en el que se constata el préstamo hipotecario con las formalidades exigida en la Ley para tener fuerza ejecutiva, en particular, las que disponen los arts. 517 y 682 LEC. Lo anterior se afirma desde el conocimiento de que existe discusión acerca de cuál es verdaderamente el título ejecutivo; la controversia viene motivada en gran

parte por los términos empleados en la propia Ley. En este sentido, DOMINGUEZ<sup>862</sup> considera que el art. 685 está mezclando el título en el que consta el crédito y el título en el que consta la hipoteca y que hubiera sido más lógico exigir únicamente la escritura de constitución de la hipoteca debidamente inscrita. Ahora bien, este mismo autor reconoce la tendencia doctrinal, según la cual el título ejecutivo ya no es solamente la hipoteca debidamente documentada en escritura pública e inscrita, sino también el título ejecutivo consistente en la escritura donde se documenta el crédito.

Ello no obstante, para este autor lo anterior tiene sentido en el proceso de ejecución común cuando se persiguen todos los bienes que integran el patrimonio del deudor, incluida la finca hipotecada, pero carece de valor en el caso de hipoteca inscrita. Sea como fuere, como quiera que en la mayoría de los supuestos el crédito y la hipoteca se plasman en el mismo documento, la discusión viene a ser más dogmática que práctica. Sin perjuicio de lo anterior, un correcto entendimiento de lo que es este proceso, su finalidad básica y el título que le sirve de fundamento, debería llevarnos a sostener que el verdadero título ejecutivo es aquel en el que se constata la existencia del préstamo-crédito garantizado con hipoteca, no tanto, la escritura de hipoteca sino la del préstamo.

Al margen de lo anterior, el art. 685 regula la posibilidad de que no se pudiese acompañar el título inscrito, pudiéndose acompañar en este caso una certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca<sup>863</sup>.

Por otro lado, el art. 685 exige que con la demanda se acompañen los documentos que, a su vez, deben acompañar a cualquier demanda ejecutiva, como son los mencionados en el art. 550 y los documentos especiales de los arts. 573 y 574 LEC.

El primero de los preceptos a que se remite el art. 685 LEC, el 550, alude también, además de al título ejecutivo, al poder otorgado al Procurador, si es que su representación no se ha otorgado *apud acta*, los documentos que acrediten los precios o cotizaciones aplicados para el cómputo en dinero de deudas no dinerarias, cuando

---

<sup>862</sup> *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, 2ª ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3410.

<sup>863</sup> Si bien, esto último ha generado resoluciones divergentes en el seno de la Jurisprudencia menor, pues mientras algunas Audiencias así lo admiten (Auto de la AP de Tarragona, sección 1ª, de 2 de enero de 2004 y Auto de la AP de Toledo, sección 1ª, de 31 de enero de 2007), otras, defienden la obligatoriedad del cumplimiento de los presupuestos del art. 517.2.4 LEC independientemente de la presentación de la certificación registral correspondiente ( Auto de la AP de Las Palmas de Gran Canaria, sección 3ª, de 14 de enero de 2005).

no se trata de deudas oficiales de público conocimiento y los demás que exija la ley para el despacho de la ejecución. El art. 550 deja abierta la posibilidad de aportar cualesquiera documentos que el ejecutante considere útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla.

Por su parte, el art. 573 LEC alude al documento que exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución; el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y el documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible.

Por último, el art. 574 LEC, se refiere a aquellas operaciones que generen intereses variables y al documento o documentos que acrediten la forma en que se han calculado y la variación experimentada.

En la práctica forense, con carácter general, la documentación que acompaña a la demanda ejecutiva está constituida por el título ejecutivo, poder del procurador, documento fehaciente de fijación del saldo deudor, documento que acredita la variación de los tipos de interés, y burofax enviado con carácter previo a la reclamación judicial para comunicar al deudor, la existencia de la mora y el *quantum* de la deuda.

A los anteriores, tras la entrada en vigor de la Ley 35/2002, de 20 de diciembre, hay que sumar el documento que acredite el pago de la tasa judicial<sup>864</sup>.

---

<sup>864</sup> En efecto, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, recuperó en el ámbito de la Administración de Justicia la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Este modelo fue objeto de modificaciones posteriores, en particular por la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, que extendió el pago de la tasa a los procesos monitorios. Poco después, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, también introdujo algún ajuste, matizando la reforma anterior. Con anterioridad a la Ley de 2002, la Justicia española ya había conocido situaciones de imposición de tasas judiciales. CACHON CADENAS sintetiza nuestra historia más reciente en este sentido, parangonando al insigne jurista CALAMANDREI, que en su trabajo titulado *“Il processo civile sotto l’incubo fiscale”*, denunció el hecho de que la justicia civil sufriera la voracidad recaudatoria del Estado. En este sentido, CACHON recuerda que también en España se ha exigido tradicionalmente el pago de tasas judiciales, hasta que la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, las suprime. Es en el año 2002, en palabras de CACHON cuando el legislador español vuelve a hacer realidad la permanente tentación de convertir la administración de justicia en una fuente de ingresos fiscales, con la promulgación de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, mediante la reintroducción de las tasas judiciales. El ejemplo de la Ley estatal es seguido diez años después por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, que aprueba la Ley 5/2012, de 20 de marzo, del Parlamento de Cataluña, para implantar un sistema de tasas aplicable con algunas excepciones a los

Recientemente, se ha promulgado la Ley 10/2012, de 20 de noviembre<sup>865</sup>, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Con la aprobación de dicho texto legal, la polémica está servida; la mayor parte de los profesionales jurídicos se han alzado en contra de la susodicha Ley por considerar que vulnera de lleno el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el Preámbulo de la Ley justifica su aprobación y la exigencia de nuevas tasas judiciales en la necesidad de racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, partiendo de la distinción entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la justicia gratuita, así como de la constitucionalidad del sistema, afirmada por el TC en Sentencias de 16 de febrero y 1 de octubre de 2012.

Según el TC la clave para mantener la constitucionalidad de las tasas reside en su proporcionalidad, es decir, que no se consideren excesivas; en este sentido deberá determinarse si la suma de la tasa fija y la tasa variable según cada caso entra o no en el exceso que cuestiona el TC en las Sentencias apuntadas; concluye el Alto Tribunal que la tasa será inconstitucional en la medida que impida *en exceso* el acceso a la Justicia.

En este punto, MAGRO SERVET afirma que la implantación de las tasas viene a suponer un sistema de financiación cuyo fundamento lo sitúa la Sentencia del TC de 16 de febrero de 2012, en los fines que persigue, a saber, financiar el servicio público

---

procesos civiles y contencioso administrativos que se promuevan ante órganos judiciales situados en territorio catalán. La particularidad de esta última, respecto de la Ley estatal es que impone el pago de tasas también a las personas físicas y no solamente a las personas jurídicas como la estatal. Por su parte, la Ley 10/2012 sigue el mismo modelo que la Ley catalana e impone la tasa también para las personas físicas, incluso en los procesos laborales. Se exceptúan aquellos que gocen del beneficio de justicia gratuita. A juicio de CACHON, las tasas judiciales resultan ineficaces para evitar la incoación de procedimientos abusivos y, sin embargo, pueden impedir que reclamen judicialmente la tutela de sus derechos ciudadanos que hacen un uso normal y legítimo de la administración de justicia. Por el contrario, la imposición de tasas judiciales ataca uno de los pilares de nuestro sistema jurídico, como es el derecho a la tutela judicial efectiva; para este autor, las dificultades que el sistema de tasas judiciales crea a las personas que necesitan acudir a los Tribunales para pedir la protección de sus derechos resultan especialmente graves cuando se impone una tasa a quien interpone una demanda dirigida a pedir la ejecución de un título ejecutivo extrajudicial. Asimismo, CACHON considera que se producirá un efecto colateral con la nueva Ley de tasas judiciales, pues se incrementan las peticiones de justicia gratuita al ser uno de los supuestos excluidos; ello, sin perjuicio de otras consecuencias indeseables tales como la "huida" hacia otros países para litigar en aquellos litigios transfronterizos que lo permitan, de manera que indirectamente, la Ley provocará perjuicios en nuestras finanzas, reduciendo otros ingresos tributarios. Cuando CACHON escribía estas ideas (*Otra pesadilla para la Justicia*, Blog de Andrés de la Oliva) lo hacía sobre la base de lo que todavía era un proyecto y en la esperanza de que no se aprobara finalmente. A pesar de todo, la ya conocida popularmente como ley del "tarifazo judicial" se publica en el BOE de 21 de noviembre de 2012 y entra en vigor el 22 del mismo mes, exceptuando lo dispuesto en el art. 11, que lo hará a partir del 1 de enero de 2013.

<sup>865</sup> En particular, deroga el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

de la Administración de Justicia con cargo a los justiciables que más se benefician de la actividad jurisdiccional, disminuyendo correlativamente la financiación procedente de los impuestos, a cargo de todos los ciudadanos. Asimismo, si bien el Estado pretende potenciar con esta vía los sistemas de financiación y no restringir el acceso a los tribunales, al final, según reconoce este autor, la consecuencia será precisamente esta última. No obstante, MAGRO observa otra intención, al margen de la de financiar la Justicia, cual es la de potenciar el uso de la mediación: en efecto, el preámbulo de la Ley 10/2012 menciona explícitamente la finalidad de estimular la solución de los litigios por medios extrajudiciales al establecer la devolución de parte de la tasa en aquellos casos en que en que se logre la terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes que supone la prestación del servicio<sup>866</sup>.

La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso administrativo y social tiene carácter estatal y será exigible por igual en todo el territorio nacional en los supuestos previstos legalmente, sin perjuicio de las tasas y demás tributos que puedan exigir las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias financieras, los cuales no podrán gravar los mismos hechos imposables.

En el caso concreto de los procesos de ejecución, el art. 2 a) de la Ley 10/2012, establece la obligatoriedad de abonar la tasa al referirse a la ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales en el orden jurisdiccional civil, con independencia de la cantidad que se reclame, pues, si bien, el art. 4 establece una serie de excepciones objetivas, y una de ellas se refiere a la presentación de petición inicial de monitorio y demanda de juicio verbal en reclamación de cantidad que no supere los dos mil euros, expresamente afirma que no se aplicará la exención cuando en estos procedimientos la pretensión ejercitada se funde en un documento que tenga el carácter de título ejecutivo extrajudicial de conformidad con el art. 517 de la LEC. Igualmente, el art. 8 exige que se adjunte con todo escrito procesal sujeto a este régimen de imposición el justificante del pago con arreglo al modelo oficial. Por consiguiente, cabe colegir de lo anterior, que la tasa judicial es exigible en todo proceso ejecutivo al margen de la cantidad que se reclame.

#### B) Despacho de la ejecución: orden general de ejecución.

---

<sup>866</sup> *Análisis sobre la viabilidad constitucional de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, de tasas judiciales (SSTC de 16 de febrero y 1 de octubre de 2012)*. Revista Práctica de los Tribunales, nº 2254-948X (Portal de Revistas), 22 de noviembre de 2012, Diario La Ley, nº 7971, sección Tribuna, 23 de noviembre de 2012.

Presentada la demanda ejecutiva, acompañada de los correspondientes documentos, el juzgado después de comprobar su competencia en consonancia con lo estipulado en el art. 684 LEC, procederá a examinar si concurren los presupuestos indispensables para despachar ejecución y a vigilar la regularidad formal del título. Puede decirse que la “cognición” judicial del órgano juzgador en esta primera fase del proceso se limita a los extremos apuntados. Ninguna otra consideración debe tener en cuenta para admitir a trámite la demanda y despachar ejecución. Ninguna otra actuación inspectora, por tanto, llevará a cabo, de ahí su trascendencia, pues de verificar el despacho de la ejecución de acuerdo con lo solicitado por la ejecutante, se continuará el proceso ciertamente grave y trascendente para el ejecutado, sin que éste, de momento, pueda realizar alegación alguna.

Por consiguiente, si la demanda ejecutiva cumple los requisitos establecidos en los art. 682 y 685 LEC y el título que se acompaña es susceptible de ejecución, conforme al art. 517.1.4º de la misma ley, el juzgado debe despachar ejecución en virtud de lo dispuesto en los arts. 681 y siguientes, en concordancia con el art. 551 LEC, y dictar lo que se denomina tras la reforma producida merced a la Ley 13/2009, *orden general de ejecución* y despacho de la misma a favor de la parte ejecutante frente al deudor. Naturalmente, el acreedor debe haber acreditado su condición como tal en el título ejecutivo presentado, y haber especificado, igualmente, las cantidades reclamadas, sin perjuicio de posteriores liquidaciones que pudieran corresponder. A salvo los supuestos de cesión universal de créditos en los que muchos juzgados, en gran parte puede pensarse que por impacto de la crisis económica, están exigiendo la inscripción de cada crédito a nombre del nuevo ejecutante, negando el despacho en tanto no se verifique esto último.

En la práctica forense, el despacho de la ejecución suele materializarse en dos resoluciones judiciales distintas, una, del juez, y, otra del secretario judicial. La primera de ellas, la del juez, adopta la forma procesal de auto, en tanto que la segunda es un decreto del secretario judicial<sup>867</sup>.

---

<sup>867</sup> MONTERO AROCA considera que éste es uno de los absurdos más evidentes de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, también conocido como decreto del *día después*. Para este autor, no tiene sentido en las ejecuciones hipotecarias. No obstante, en la práctica, la mayor parte de los Juzgados desenvuelven el despacho de la ejecución en las dos resoluciones judiciales apuntadas. En efecto, puede tildarse la duplicidad de absurda e inútil, pues no tiene sentido en las ejecuciones hipotecarias que se acuerden embargos, ni averiguación o localización de bienes y el requerimiento de pago lo acuerda el juez en el auto por el que despacha ejecución; sin embargo, lo cierto es que se dictan las dos resoluciones también en la ejecución hipotecaria.



En la primera de ellas, supuestos los presupuestos oportunos, el juez ordenará la ejecución del título (escritura del préstamo hipotecario), despachará ejecución a favor de la parte ejecutante frente a la parte ejecutada por importe del principal de la deuda, intereses y costas que puedan devengarse, sin perjuicio de posterior liquidación y mandará requerir a los ejecutados de pago a fin de que lo efectúen.

De forma simultánea a este auto del juez, el secretario judicial dictará un decreto en el que acordará expedir mandamiento al Registro de la Propiedad para que remita certificación relativa al bien inmueble hipotecado en la que constarán los siguientes extremos: la titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado; los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas y, por último, si la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro.

El mismo decreto mandará también requerir de pago al ejecutado por la cantidad reclamada en concepto de principal e intereses devengados en la ejecución con el apercibimiento de que si no lo efectúa en el plazo de 30 días se continuará con la ejecución adelante.

Es de hacer notar que la ejecución se despacha sin oír al ejecutado; a pesar de que éste tiene la oportunidad de oponerse a la ejecución en un momento posterior por causas muy tasadas (realmente muy limitadas), lo cierto es que la gravedad del proceso de ejecución hipotecaria justificaría por sí sola, una primera audiencia de éste a fin de darle la oportunidad de alegar la improcedencia material de la ejecución instada en su contra. No obstante, la falta de audiencia en este momento podría quedar mitigada con una verdadera fase de oposición en la que el deudor tuviera ocasión de profundizar en sus alegaciones y ejercer una verdadera defensa que en la regulación actual es inexistente.

La situación se agrava si consideramos que contra el auto que despacha ejecución no cabe recurso alguno. En este punto la Ley de Enjuiciamiento Civil es taxativa, a diferencia de lo que establecía antiguamente la Ley Hipotecaria, que no determinaba

expresamente su irrecurribilidad lo que fomentaba el debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia<sup>868</sup>.

Sin embargo, contra el auto que deniega la ejecución cabe interponer recurso de apelación, sin perjuicio de recurso de reposición previo.

### C) Requerimiento judicial de pago del artículo 686 LEC.

Siguiendo la definición apuntada por PEDRAZ PENALVA el requerimiento judicial de pago es el acto procesal mediante el cual se hace saber al demandado o demandados la puesta en marcha del procedimiento de ejecución especial, intimándoles al pago de la totalidad de la deuda y así, eludiendo la realización forzosa del bien hipotecado, brindándoles la oportunidad de conocer con toda la precisión posible la causa contra ellos planteada, para que puedan intervenir en la misma, y previniendo al acreedor ejecutante contra dilaciones y entorpecimientos que, con base en fraudulentos cambios de residencia del deudor o deudores, pudieran sufrir los trámites judiciales.

#### a) Requerimiento judicial y tutela judicial efectiva

Para poder incoar un proceso de ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados, el art. 682 de la Ley procesal exige dos requisitos básicos: que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, y que, en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y notificaciones.

Por su parte, el art. 686 de la LEC, punto obligado de referencia en materia de requerimiento judicial en este proceso, establece lo siguiente: *“En el mismo auto en que se despache ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro”*.

La necesidad de proceder al requerimiento judicial no será tal cuando junto con la demanda ejecutiva se haya presentado acta notarial de requerimiento de pago con

---

<sup>868</sup> Las novedades de la ejecución hipotecaria....ob cit, pág. 43.

al menos diez días de antelación, en cuyo caso bastará con la notificación del despacho de la ejecución<sup>869</sup>. Ello es así, toda vez que el requerimiento judicial es parcialmente alternativo o subsidiario del notarial. Dados los términos en que se plantea la LEC no es necesario el requerimiento judicial cuando a la demanda ejecutiva acompaña el requerimiento notarial de pago, sin perjuicio de la notificación del despacho de la ejecución.

Lo anterior debe complementarse con el art. 683 del mismo texto legal que contempla la posibilidad de cambiar el domicilio señalado inicialmente para requerimientos y notificaciones, pero con sujeción a una serie de reglas tendentes a evitar en la medida de lo posible que ausencias provocadas por el propio ejecutado frustren el derecho de crédito del ejecutante y le coloquen en situación de indefensión.

Tratándose de bienes inmuebles hipotecados, para que el cambio de domicilio sea válido no será necesario el consentimiento del acreedor, siempre que dicho cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que estuviere enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del juzgado. Para cambiar la competencia a un punto diferente, según especifica el art. 683, será necesaria la conformidad del acreedor. Asimismo, los cambios de domicilio se harán constar en acta notarial y, en el Registro correspondiente, por nota al margen de la inscripción de la hipoteca. Por tanto, el domicilio fijado inicialmente para requerimientos y notificaciones no es del todo definitivo, en la medida que se puede cambiar en los términos estipulados en el art. 683.

La exigencia de fijar desde el principio un domicilio para requerimientos y notificaciones opera como garantía para las dos partes, acreedora y deudora<sup>870</sup> y no tiene otra finalidad que la de procurar la buena marcha del eventual proceso de ejecución que pueda instarse; en definitiva, procurar su agilización, de ahí la justificación de que mucho antes de iniciar el proceso ya tenga que fijarse un domicilio para el supuesto hipotético de que el préstamo hipotecario entre en situación de mora.

---

<sup>869</sup> MARTIN DIZ argumenta que el requerimiento extrajudicial o notarial no difiere en gran medida del judicial, al margen de las lógicas diferencias que surgen en función de quien lo lleva a cabo y los mecanismos que rodean la actuación de unos y otros, siendo patente que el primero pertenece al ámbito extraprocesal y que sólo interesa judicialmente en cuanto documento a acompañar a la demanda que certifica una actuación necesaria. Ob, cit, pág. 325.

<sup>870</sup> Especialmente, es garantía para el deudor; según el Tribunal Constitucional, tiene a la protección de sus intereses, por cuanto, entre otras funciones, le permite satisfacer el importe de lo adeudado con anterioridad a la ejecución y facilita la mejor realización del crédito del actor, lo que indirectamente aminora la responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil (SSTC 132/1991 y 47/1989).

El objetivo esencial del requerimiento judicial de pago, desde el punto de vista del deudor, es doble: pretende darle a conocer no tanto la existencia de la deuda, sino su *quantum* exacto y el inicio del proceso expeditivo en que se reclama dicha deuda. Desde el punto de vista del hipotecante no deudor y el tercer poseedor, el requerimiento no tiene otra finalidad que la de avisarles del inicio de un proceso en el que un bien de su propiedad puede verse afectado. Según el Auto de la AP de Girona de 25 de marzo de 1996 no nos encontramos ante una citación, ni un emplazamiento, sino ante una notificación *strictu sensu* de que se va a proceder judicialmente contra el bien hipotecado debiendo dar a los interesados la oportunidad de que paguen.

ROCA SASTRE confirma, por su parte, la naturaleza jurídica de simple notificación indicativa de que se va a proceder ejecutivamente, sin perjuicio de que a la vez sea un requerimiento de pago y no un emplazamiento o citación<sup>871</sup>. De hecho, con carácter general, el auto por el que los juzgados españoles despachan ejecución suelen matizar que el referido auto, junto con el decreto que dicte el secretario judicial, y copia de la demanda ejecutiva, serán notificados simultáneamente a la parte ejecutada, si citación ni emplazamiento, para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución.

En contra de lo anterior se pronuncia FUENTES SORIANO para quien el requerimiento de pago es una propia y verdadera intimación para el pago, y no una simple notificación de que se vaya a proceder ejecutivamente, pues la vía ejecutiva cuando se realiza el requerimiento ya ha comenzado; tampoco se trata, a su juicio, de un emplazamiento<sup>872</sup>

En este contexto, la enjundia de lo que antecede es evidente si relacionamos la cuestión del requerimiento judicial con el derecho a la tutela judicial efectiva. Tanto es así que, en palabras de MARTIN DIZ, hay que tener la máxima pulcritud para garantizar la defensa de los derechos del ejecutado, lo que exige la absoluta convicción en el juzgador de que el ejecutado sea requerido efectivamente de pago antes de iniciar una actividad coactiva y expropiatoria contra su patrimonio<sup>873</sup>. Para este autor no debemos olvidar que el acto de comunicación constituye un instrumento de garantía de la defensa de los derechos e intereses legítimos, pues mediante la

---

<sup>871</sup> *Derecho hipotecario, Tomo X*, Ed. Bosch, 9ª edición, 2009, pág. 367.

<sup>872</sup> *El proceso de ejecución hipotecaria*, ob, cit, pág. 113.

<sup>873</sup> Ob, cit, pág. 324.

puesta en conocimiento del acto o resolución que lo provoca, atribuye al destinatario la oportunidad de disponer lo conveniente para la defensa de sus derechos e intereses.

En la misma línea argumentativa se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 18 de marzo de 1992 en la que se define el requerimiento de pago como uno de los requisitos esenciales para sustanciar cálidamente el procedimiento, ya que ha de darse ocasión al deudor para que impida la persecución de los bienes hipotecados cumpliendo su obligación personal de pago; se trata, según el Tribunal Supremo, de un requisito tan necesario para evitar la indefensión y perjuicio que por su falta pueden ocasionarse al deudor que, si se omite, vicia de nulidad del procedimiento.

No obstante, a la hora de precisar qué se entiende por requerimiento efectivo, deben hacerse puntualizaciones.

Hasta la reforma producida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que de forma expresa recoge un requerimiento que no ha de ser necesariamente efectivo, pues cabe el producido a través de otras personas y, en última instancia, a través de la ficción jurídica que suponen los edictos<sup>874</sup>, se discutía intensamente, si debía seguirse adelante el procedimiento aun cuando el requerimiento no hubiera podido tener lugar, (intentado sin efecto) o si, por el contrario, debía procurarse una real y efectiva comunicación al ejecutado antes de instar la realización del inmueble a través del cauce típico como es la subasta. Particularmente, un punto de conflicto era el de los edictos; al no especificar la Ley al respecto, muchos tribunales proseguían el procedimiento, teniendo por verificado el requerimiento intentado en el domicilio vigente en el Registro; otros, sin embargo, exigían la notificación edictal como último remedio antes de señalar para subasta.

La misma problemática se sigue suscitando en la actualidad a pesar de que la propia Ley, ahora en términos más concluyentes, se decanta por un requerimiento que puede no ser real; prueba de ello es la reconocida validez de aquellos que se producen a través de familiares u otras personas y, en último término el que se materializa a través de los edictos. Sin embargo, en contra de lo estipulado

---

<sup>874</sup> La redacción anterior de la LEC antes de esta reforma no aludía expresamente a la opción de la comunicación edictal en este proceso con lo que en la práctica se asistía a muchas diferencias entre los juzgados, pues mientras unos decretaban la comunicación por edictos en los casos en que el ejecutado no era hallado en su domicilio, otros, por el contrario, exigían requerimientos efectivos aunque ello supusiera tener que realizar labores de averiguación. Hoy, no cabe duda de que puede producirse una notificación edictal en los términos estipulados en el art. 686 LEC.

expresamente en la Ley, muchos Juzgados exigen una y otra vez sucesivos intentos de comunicación en distintos domicilios. En ese punto suele complicarse el procedimiento en extremo y puede decirse que la crisis económica ha agudizado el miedo de los juzgados a continuar el procedimiento ante eventuales nulidades<sup>875</sup>. Ello no obstante, no debe olvidarse que aun reconociendo la importancia del requerimiento,

---

<sup>875</sup> En efecto, es abundante la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, como de las Audiencias Provinciales, denominada *Jurisprudencia menor*, dictada en materia de requerimiento de pago y nulidad. La falta de dicho requerimiento o la ausencia de los requisitos formales que exige su práctica, determina en no pocas ocasiones la nulidad procedimental por la afectación directa que experimenta en estos casos el derecho de defensa de quien ha de ser requerido y, por ende, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En este punto, el Tribunal Supremo, en Sentencia 30/2008 de 21 de enero realiza una síntesis de lo que podría ser la doctrina general imperante en la materia y declara la nulidad de las actuaciones del proceso de ejecución al haberse verificado en el supuesto de autos, el requerimiento en un domicilio distinto del legalmente previsto; advierte el Alto Tribunal en este punto, en relación al antiguo procedimiento del art. 131 LH, que *“todos los requisitos y notificaciones que contempla el artículo 131 LH tienen la categoría de requisitos esenciales en orden a la tramitación del procedimiento para el que sirven, cuya regulación, a través del conjunto de reglas que lo integran no sólo obedece a una mejor realización de los créditos hipotecarios, sino, también, a un propósito de conseguir una adecuada y efectiva protección de los intereses de los deudores. Tal proclamada salvaguarda de los derechos del deudor ejecutado (también del tercer poseedor), como finalidad inherente al acto de intimidación al ejecutado en el procedimiento judicial sumario, se viene reiterando desde antaño por esta Sala (STS de 27 de diciembre de 1933 o de 18 de noviembre de 1957). En este sentido se ha sentado, incluso, que la indefensión se considera ínsita en la violación de las reglas que dan lugar a la nulidad, dada precisamente, la naturaleza del proceso de ejecución que ha de ajustarse, formalmente, al cumplimiento de las mismas en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa”*. En la misma línea la Sentencia 1159/2004 de 3 de diciembre señala que *“...la extraordinaria limitación de la cognición procesal exige en contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos, por lo que constituye causa de nulidad la infracción tanto de la regla 3ª del art. 131 como, sobre todo, la del párrafo último de su regla 7ª, excluyéndose únicamente los casos en que el demandante de nulidad hubiera tenido efectivo conocimiento extraprocesal de la existencia del procedimiento o de la celebración de la subasta...”* Lo anterior es aplicable igualmente al tercer poseedor y no puede mantenerse la nulidad por ausencia de verdadera indefensión, cuando éste ha tenido conocimiento de la existencia del procedimiento. (Sentencia 288/1997 de 7 de abril). Asimismo, la Sentencia del TS 61/2008 de 28 de enero mantiene que no hay indefensión en los casos en que la entidad bancaria cumple los requisitos formales al formular el requerimiento de pago en el domicilio vigente en el Registro, a pesar de constarle y conocer el domicilio real de los demandados. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1994 confirma la vinculación del requerimiento de pago con el derecho a la tutela judicial efectiva, al tiempo que mantiene que no existe indefensión cuando las partes intervinientes en un proceso dejan de mostrar la debida diligencia, colocándose a sí mismos en una situación de presunta indefensión, que fácilmente hubiera podido evitarse actuando razonablemente. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, 192/1996 de 19 de noviembre, recoge en síntesis la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y afirma que la omisión del requerimiento de pago al deudor o al tercer poseedor es un defecto esencial generador de indefensión. Ahora bien, para que proceda una declaración de nulidad de los actos procesales practicados con infracción de requisitos prevenidos legalmente es precisa la concurrencia de una efectiva indefensión, que no se da en quien hubiera podido actuar de haber desplegado una diligencia razonablemente exigible. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 26 de enero de 1993 niega la existencia de indefensión cuando el propio deudor mantiene una postura de pasividad absoluta a lo largo del proceso. En la misma línea, Sentencias de la AP de Barcelona, sección 14ª, de 6 de febrero de 2001 y de la AP de Madrid, sección 21ª, de 13 de marzo de 2001. Por el contrario, no hay indefensión generalmente cuando el requerimiento con independencia de que haya sido real o no, se practica en el domicilio vigente en el Registro: entre otras, Sentencia de la AP de Madrid, sección 14ª, 273/2004 de 20 de febrero, Sentencia de la AP de Murcia, sección 5ª, 134/2005 de 8 de abril, Sentencia de la AP de las Palmas, sección 4ª, 261/2007 de 21 de junio. Por otro lado, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 16 de marzo de 1998, confirma la validez del requerimiento efectuado a través del vecino al no hallarse el deudor en su domicilio. Por último, la Sentencia de la AP de Madrid de 22 de noviembre de 1995 afirma: *“...el procedimiento especial del artículo 131 tiene como hito esencial, sin el cual perdería su virtualidad, el requerimiento de pago al deudor y, en su caso, al tercer poseedor de la finca hipotecada en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha confirmado todo lo anterior, entre otras, en Sentencias 4 de junio de 1990, 17 de enero de 1991 y 30 de junio de 1993.*

las meras irregularidades formales detectadas en su realización no bastan para provocar la nulidad si cumple el objetivo esencial de poner en conocimiento del deudor y demás sujetos pasivos la existencia del procedimiento judicial.

La problemática, dados los términos literales de la LEC, es gratuita toda vez que parece clara la voluntad del legislador de permitir las notificaciones que se producen personalmente al ejecutado, pero también a pariente más próximo, familiar o dependiente mayor de catorce años que se hallaren *en la habitación del que hubiere de ser requerido y si no se encontrare a nadie en ella, al portero o al vecino más próximo que fuere habido*.

En definitiva, si se considera que este sistema puede generar indefensión, lo correcto por parte de los tribunales sería plantear cuestiones de inconstitucionalidad o propugnar un cambio legislativo. Puede parecer desproporcionado, seguramente lo es, que un proceso como el de ejecución hipotecaria pueda llegar al final sin una notificación efectiva del ejecutado, que puede llegar a ver subastada su vivienda sin haber tenido conocimiento del proceso. No obstante, como quiera que los términos de la Ley son claros y concisos, la vía para orillar esta regulación no puede ser otra que la de cambiarla siguiendo los cauces legales, pero nunca inaplicar sin más el texto y el espíritu de la Ley vigente.

En este sentido ACHON BRUÑUEL considera que el requerimiento judicial de pago tal y como se encuentra regulado actualmente debe ser objeto de una modificación importante, al menos desde dos perspectivas distintas. Por un lado, esta autora afirma que los edictos no pueden ser la consecuencia inmediata de no hallar al deudor en el domicilio que conste en la escritura de hipoteca, por lo que sería conveniente que en el art. 686 LEC se hiciera constar expresamente la necesidad de agotar los medios de averiguación del paradero del ejecutado antes de iniciar la vía edictal de acuerdo con la propia doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 234/1988, de 2 de diciembre, 34/1999, de 22 de marzo, 149/2002, de 15 de julio, 162/2004, de 4 de octubre o 188/2008, de 24 de noviembre)<sup>876</sup>.

---

<sup>876</sup> Esta doctrina establece la necesidad de que el órgano judicial agote los medios que tenga a su alcance para notificar al ejecutado la existencia del proceso en su domicilio real, de modo que una vez surjan dudas razonables de que el domicilio señalado en la escritura de préstamo hipotecario y que figura en el Registro sea el domicilio real del ejecutado, le es exigible que intente, en cumplimiento del deber de diligencia que en orden a la realización de los actos de comunicación procesal le impone el art. 24.2 CE, el emplazamiento personal del ejecutado en el domicilio que figure en las actuaciones, distinto del que consta en la escritura de préstamo hipotecario y en el Registro”.

En segundo lugar, según sostiene esta autora, resulta altamente probable que el procedimiento hipotecario sea el único de la LEC en que si el ejecutado no fuere hallado se permite practicar el requerimiento de pago con el vecino, lo cual es especialmente grave si tenemos en cuenta las consecuencias derivadas de su desconocimiento y que en el seno de la LEC no se impone multa o sanción de ningún tipo a la persona que, recibiendo el acto de comunicación, no se lo entregue al interesado. A estos efectos, bastaría con reformar el art. 686.3 en el sentido de cohonestarlo con lo señalado en el art. 161.3 que, con carácter general, al regular los actos de comunicación judicial en el proceso civil, no contempla al vecino entre las personas con las que se puede entender la diligencia<sup>877</sup>.

A lo anterior cabría añadir igualmente un argumento no explicitado, al menos de momento, en contra de que la comunicación pueda entregarse a otras personas, distintas del propio interesado (vecinos o parientes), cual es el derecho a la intimidad y la protección de datos. Que alguien incurra en mora en su relación crediticia con el banco y se haya incoado en su contra un proceso de ejecución hipotecaria es algo que no debe sobrepasar la esfera de lo íntimo y lo privado, por lo menos, es algo que no debe trascender fuera de ese ámbito concreto y mucho menos a cierto allegados como son los vecinos.

En cuanto a la comunicación edictal, si se consensua la perentoriedad de indagar acerca de cuál es el domicilio real del ejecutado antes de realizar la comunicación a través de edictos, podría concluirse que la exigencia del art. 682 es superflua e inocua; bastaría con eliminar el requisito previo de fijación de un domicilio en la escritura a efectos de notificaciones y requerimientos.

En todo caso, en un intento por sintetizar las dos posiciones judiciales que se dan en la práctica forense, cabría resumir lo siguiente: de un lado, cuando, intentado el requerimiento en el domicilio vigente en el Registro, el demandado-ejecutado no es hallado, algunos tribunales instan a la parte ejecutante para que aporte nuevos domicilios sin que esto último lo exija el art. 686 o, en su caso, solicite medidas de averiguación conforme a lo previsto en el art. 156 de la LEC. Y si tales medidas resultan infructuosas de suerte que es imposible requerir fehacientemente al demandado, puede acudir a la comunicación edictal en los términos previstos en el

---

<sup>877</sup> *Soluciones para la mejora del procedimiento de ejecución hipotecaria*. Diario La Ley, nº 7966, sección doctrina, 16 de noviembre de 2012.



art. 164. Con respecto a esta última, la STC 37/1987 argumenta que “*las notificaciones por medio de edictos tienen carácter supletorio y consideración de remedio último...*”.

Qué duda cabe que el asunto que ahora nos ocupa está íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra la CE en su art. 24, sin embargo, el Tribunal Constitucional, que ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido, entre otras en la Sentencias 105/1995 y 86/1997, señala que el requerimiento por edictos no siempre vulnera este derecho fundamental; los presupuestos necesarios para que un emplazamiento por edictos pueda vulnerar tal derecho son: la indefensión alegada ha de ser material y no meramente formal, lo que implica que ese defecto formal haya supuesto un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa. Pero además, es necesario que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del demandado.

De otro lado, como segunda respuesta frente a la controversia suscitada y respetando escrupulosamente la esencia de un procedimiento informado por el principio de dualidad de partes, pero en el que la igualdad se ve atenuada a favor del demandante, otros tribunales dan por válido el requerimiento y publican edictos, pero siguen adelante con el proceso hasta llegar a la subasta del bien gravado con la hipoteca que se ejecuta. Esta última parece la solución más acertada, pues, aunque *a priori* puede parecer desproporcionado llegar a subastar una finca sin “conocimiento” de los demandados, lo cierto es que en la mayoría de los casos, cuando los ejecutados permanecen en paradero desconocido es, precisamente, porque han buscado esa situación a propósito para evitar ser localizados en un intento por frustrar de esta forma el derecho del acreedor a obtener una tutela rápida y efectiva de su crédito. Es de esencia de cualquier proceso de ejecución que el ejecutante asuma una posición de superioridad, tanto es así que pueden realizarse actos procesales sin su audiencia, entre ellos el propio auto despachando ejecución.

Es incuestionable que la ley debe arbitrar mecanismos para no colocar a ninguna de las partes en situación de indefensión, pero dado que el deudor tiene la obligación de comunicar el cambio de domicilio, el incumplimiento de este deber, nunca debe favorecerle a él. Le bastaría con “desaparecer” voluntariamente para frustrar los fines del proceso, tal y como viene sucediendo muchas veces en la práctica, dilatándolo hasta extremos impropios; por tanto, podría instarse directamente la realización del requerimiento por edictos, tal y como permite la LEC, sin tener que pasar por todo un elenco de sucesivos intentos de comunicación. En este sentido, la

Audiencia Provincial de Valencia, en Auto de 21 de Septiembre de 1993, afirma que *“Ante una situación de abandono del domicilio que tenían los demandados y de falta de notificación del domicilio a los acreedores, no se puede exigir a estos que realicen pesquisas para averiguarlo. Si no fuera así podría ampararse, involuntariamente, una posible situación creada maliciosamente por el deudor para eludir el cumplimiento forzoso de su obligación.”*

En la misma línea argumentativa se pronuncia, el Tribunal Constitucional en Sentencias 72 y 205/1988, de 12 de Noviembre de 1990, 30 de Junio de 1993 y 15 de febrero de 1995, sosteniendo el *“carácter fundamental del requerimiento de pago, íntimamente vinculado a la tutela judicial efectiva y tendente a no consentir cualquier clase de indefensión; pero este principio básico no se violenta cuando las partes intervinientes en un proceso dejan de mostrar la debida diligencia, colocándose a sí mismos en una situación de indefensión, que fácilmente hubieran podido evitar actuando razonablemente, como sería si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio dentro o fuera del proceso, de la tramitación del juicio, obligándole la diligencia mínima exigible a defender sus intereses, personándose en el procedimiento...”*. Por último, con carácter general y en cuanto a la exigencia de recepción de las comunicaciones, el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de Septiembre de 1981, manifiesta literalmente que *“... aunque toda notificación sea un acto receptivo, puesto que lo que se comunica debe llegar a su destinatario, como esto implica una colaboración del notificado que debe aceptar, o recoger la notificación, la notificación debe entenderse efectuada cuando la colaboración no se produce, como son los casos de rehúse de la cédula o de cambio de domicilio sin notificarlo al Banco acreedor, pues no debe dejarse en manos del notificado la producción o no del efecto jurídico pretendido”*<sup>878</sup>.

En síntesis, con apoyo en las resoluciones judiciales anteriormente citadas, cabe concluir que se debe tener por requeridos a los demandados que se han ausentado haciendo imposible la comunicación para impedir la efectividad del proceso, pues algún mecanismo debe adoptarse para evitar que al socaire de una sola voluntad, la de aquel que tiene contra él un crédito vencido y exigible, el proceso se convierta en un instrumento inútil y sin virtualidad practica alguna. ¿Existe algún

---

<sup>878</sup> A favor de la notificación edictal, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007, Auto de la AP de Murcia, sección 3ª, de 29 de junio de 2004 y Auto de la AP de Madrid, sección 12ª, de 12 de marzo de 2004.

deudor que desconozca el estado de impago de su préstamo hipotecario?<sup>879</sup>. En ese punto, DIAZ BARCO Y VELAZQUEZ MARTIN consideran que la naturaleza del proceso hipotecario determina que no pese sobre el ejecutante una obligación de localización del deudor, de manera que, a su juicio, cabe solicitar directamente el requerimiento por edictos para evitar mayores dilaciones<sup>880</sup>.

En la misma línea se pronuncia MÓXICA para quien no importa que el acreedor sea conocedor de un domicilio real del demandado distinto del que figura en el Registro, considerando que no se encuentra obligado a solicitar del Juzgado que se proceda al requerimiento en dicho domicilio al haber resultado infructuoso el que corresponde legalmente, por cuanto dicho domicilio, si ya era del demandado cuando se constituyó la hipoteca está indicando que no era de su interés el requerimiento en el mismo, y si lo ha sido con posterioridad a tal constitución por haber variado de domicilio inicial, supone una negligencia por parte del deudor o del hipotecante no deudor el no haberlo hecho constar en el Registro; de tal negligencia no debe hacerse responsable al acreedor.<sup>881</sup> En este sentido, DOMENECH con base precisamente en la posibilidad de cambiar el domicilio fijado *ab initio* afirma que no puede resultar imputable al acreedor la falta del efectivo requerimiento o notificación, pues en todo caso, la imposibilidad de su práctica se deberá a la omisión de la debida diligencia del

---

<sup>879</sup> A esta situación aludió la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997, si bien parte de una afirmación en lo que respecta a los terceros adquirentes que hoy no puede admitirse, pues no cabe duda de que el tercer poseedor es verdadera parte procesal; la Sentencia dice textualmente: "...pero sobre todo dicha parte, al dejar de abonar los correspondientes recibos de amortización del préstamo hipotecario, que lógicamente había asumido al adquirir la finca hipotecada, y al dejar de abonar las letras de pago del precio, debía saber y así lo reconoció en la prueba de confesión practicada, la realidad de la existencia del procedimiento judicial sumario que se siguió contra la finca, de la cual se la podía estimar como poseedora. Pero además, sobre todo, hay que tener en cuenta que el tercer poseedor, situación de la parte recurrente, en sentido propio y real no es una verdadera parte procesal, y por lo tanto no hay que darles traslado de la demanda y ni siquiera podrán interponer recursos que tienen a suspender o a entorpecer la ejecución hipotecaria comenzada como preconiza el artículo 132 de la ley Hipotecaria....no puede decirse que haya sufrido indefensión, al haberse demostrado en el mismo, que dicha parte recurrente tuvo medios directos e indirectos para conocer el procedimiento sumario contra la vivienda, de la que era titular no registral, y por ello haber podido utilizar los remedios procesales oportunos, lo que aleja definitivamente la antedicha situación procesal prohibida por el artículo 24 de la Constitución Española". MONTERO AROCA realiza una crítica muy dura frente a esta Sentencia, pues, a su juicio, conduce a un gran absurdo al identificar impago con conocimiento de la existencia de un proceso de ejecución. Por este camino, según MONTERO, podría acabar sosteniéndose que el dejar de pagar una deuda lleva consigo el conocimiento de la presentación de la demanda, no siendo necesario dar traslado de la misma. Ob, cit págs. 709 y 710.

<sup>880</sup> *El juicio ejecutivo derivado de operaciones bancarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, pág. 332.

<sup>881</sup> Ob, cit, pág. 548. También FUENTES SORIANO se ocupó del eterno conflicto entre domicilio real y domicilio vigente en el Registro en relación al antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 LH. Alegó entonces que el conflicto generaba inseguridad jurídica perjudicial no solo para los interesados, sino también para la propia eficacia del procedimiento y de la hipoteca y del conjunto del ordenamiento jurídico. Pero, a la vista de la jurisprudencia existente, la autora concluía que para evitar la nulidad de actuaciones del procedimiento por defectos en la práctica del requerimiento, habrá de realizarse éste, en todo caso, en el domicilio que a tales efectos conste en el Registro de la Propiedad y posteriormente es posible, aunque facultativo para el juzgado, intentar la práctica del mismo en el domicilio real del requerido. Ob, cit, pág. 122.

interesado por no proceder a la modificación del domicilio, o en su caso, a su falta de comunicación. En la misma línea, Auto de la AP de Barcelona, sección 11ª, de 24 de enero de 2007 y Sentencia de la AP de Valencia, sección 7ª, de 18 de marzo de 2005<sup>882</sup>.

Finalmente, GUZMAN FLUJÁ en relación al conflicto entre domicilio real y domicilio vigente en el Registro asegura que el art. 686 es muy restrictivo, lo cual no es casual, sino que encaja perfectamente con la norma establecida en el art. 682. En su virtud, la ejecución directa hipotecaria sólo puede abrirse si el domicilio del deudor está fijado de antemano, previamente a la demanda. Es requisito imprescindible y por ello hay que fijar uno desde el principio, de manera que si se cambia hay que hacerlo con arreglo a una serie de formalidades y hacer constar el cambio en el Registro. El deudor, sostiene este autor, sabe que se le podrá requerir y notificar en el domicilio que voluntariamente ha dado y sabe, igualmente, que fijar el domicilio sirve para poder abrir un proceso de ejecución directa de garantía real contra él; no actualizar el domicilio puede ser un indicio de mala fe por su parte. Asimismo, GUZMAN considera que no es conveniente desdibujar en demasía esta exigencia legal. Teniendo en cuenta el carácter especial del proceso de ejecución hipotecaria y la previsión legal, resulta exigible que se requiera de pago en el domicilio vigente en el Registro. Si no es fructífero el requerimiento en principio deberá admitirse que será más por culpa achacable al deudor y sobre él deberá recaer la consecuencia, no sobre el acreedor<sup>883</sup>.

#### b) Forma de los actos de comunicación.

El art. 686 LEC no contiene ninguna indicación acerca de cómo debe efectuarse el requerimiento de pago en el seno del proceso de ejecución hipotecaria.

---

<sup>882</sup> DOMENECH sigue afirmando en este sentido que “la práctica forense es testimonio de que muchos apercibimientos resultan infructuosos, algunos de ellos por desidia del deudor y otros por su negligencia. El punto de partida en este aspecto radica en que los interesados de forma voluntaria fijan el domicilio que consideran más conveniente para la realización de las notificaciones y requerimientos en la escritura pública de constitución de la hipoteca, entendiéndose por más idóneo aquel en el que existan mayores posibilidades de éxito de la comunicación; por tanto, de no practicarse con eficacia el apercibimiento, por regla general no podrá alegarse indefensión, cuando, a mayor abundamiento, los interesados ostentan la posibilidad durante la vida de la hipoteca de modificar el domicilio consignado inicialmente, pudiendo incluso señalar varios con el objetivo de que exista un mayor garantía de éxito respecto de la notificación. No obstante, ello no es óbice para que en todos aquellos casos en que el acreedor hipotecario sea consciente de que el domicilio consignado en la escritura no corresponda con el real del deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor., realice alguna actividad encaminada a poner en conocimiento del órgano judicial, el domicilio real o actual, a efectos de tener mayores posibilidades de éxito la notificación, pues de conocer un domicilio diferente del que conste en la escritura y no proceder a solicitar el requerimiento en el mismo, incurría el ejecutante en una práctica contraria a las normas de la buena fe procesal”. Ob, cit, págs. 263 y 264.

<sup>883</sup> Ob, cit, págs. 981 y sigs.

Por su parte, art. 152 LEC, referido con carácter general a la forma de los actos de comunicación, determina que éstos se realizaran bajo la dirección del Secretario Judicial, que será el responsable de la adecuada organización del servicio y se ejecutaran por los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial o por el Procurador de la parte que así lo solicite, a su costa.

Asimismo, el precepto fija las formas en que se efectuaran las notificaciones, si bien, con una clara intención de estimular la que se produce a través del Procurador y personalmente a las partes interesadas<sup>884</sup>.

En todo caso, el requerimiento judicial de pago prioritariamente ha de ser personal, con entrega al deudor de una copia de la demanda, documentos y resolución por la que se despacha ejecución<sup>885</sup>; en su defecto, sirve el realizado a través de las

---

<sup>884</sup> Muestra de lo antedicho es la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala segunda, de 22 de septiembre de 2008, dictada en un supuesto de ejecución de título judicial, pero en el que se estimula la notificación mediante procurador a pesar de que éste había cesado en su representación. En el supuesto concreto, presentada demanda ejecutiva, se notifica a quien constaba como procurador del ejecutado en la parte declarativa de los autos y es entonces cuando el procurador solicita que se realice la notificación personalmente al demandado porque ya no era procurador del mismo. La respuesta del juzgado fue que tal cosa no era posible por no constar la renuncia en su representación de modo fehaciente. Cuando se presentó finalmente la oposición a la ejecución por el nuevo procurador se inadmitió por haberse presentado fuera de plazo. En ese contexto, el demandado recurre en amparo denunciando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por la falta de notificación personal de la demanda de ejecución y por la realización del acto de comunicación procesal a un procurador que ya no ostentaba la representación de esa parte por haber concluido su función representativa en el anterior proceso de separación. La respuesta del Tribunal Constitución puede sintetizarse a través de lo manifestado en su Fundamento de derecho tercero: "...Ciertamente, en el presente supuesto, se trataba de un proceso nuevo y autónomo del de separación en el que era preciso, conforme exige el art. 553.2 LEC, realizar la diligencia de notificación de la demanda ejecutiva a la persona del ejecutado para que pudiese personarse a través del Abogado y Procurador de su elección y, formular, de este modo, su escrito de oposición a la demanda ejecutiva. Sin embargo, el juez no cumplió con lo preceptuado en esa norma, impidiendo que la parte ejecutada se personase en la ejecución para oponerse a la pretensión del ejecutante. El órgano judicial no veló, pues, por la correcta constitución de la relación jurídico procesal al despachar ejecución y tampoco actuó con posterioridad conforme al principio *pro actione* para permitir el ejercicio del derecho de defensa de la parte ejecutada una vez que el procurador del proceso declarativo comunicó al ejecutado la existencia de la demanda ejecutiva. En efecto, cuando la parte formuló su escrito de oposición a la ejecución dentro del plazo de diez días a constar desde la notificación del proveído de 7 de septiembre de 2005, el órgano judicial lo calificó como extemporáneo sobre la base de que el computo del plazo para formular oposición se contaba a partir de la notificación del primer proveído remitido al procurador con fecha de 18 de julio de 2005. Tal decisión resultó absolutamente rigurosa y desproporcionada, vedando injustificadamente a la parte la posibilidad de oponerse a la ejecución, sobre todo, teniendo en cuenta que, siguiendo esa interpretación, el plazo para oponerse a la demanda ya estaba vencido cuando el juez dictó el segundo de los proveídos, con lo que incurre, además, en una contradicción interna al haber dado al procurador del proceso de separación un nuevo traslado de la demanda ejecutiva, cuya finalidad no podía ser otra que la de dar a la parte la posibilidad de contestarla. Todo ello nos lleva a concluir que en caso de autos el órgano judicial no cumplió con el deber de velar por los derechos de defensa de las partes en el seno del proceso a través de una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídica procesal, lo que ha de conducir al otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al haberse cercenado el derecho del recurrente a oponerse a la demanda ejecutiva formulada en su contra".

<sup>885</sup> En ese sentido, MONTERO AROCA afirma que es evidente que el requerimiento lo es de pago y también que tiene que referirse a la cantidad reclamada en concepto de principal e intereses devengados, en su caso, hasta la fecha de la demanda, pues si no, carece de sentido el requerimiento mismo. Otra cosa es que junto con el requerimiento tenga que procederse a realizar la notificación del auto

personas mencionadas en el art. 686 y, en último término, el edictal. En este sentido, puede afirmarse que la forma es lo de menos con tal de que pueda tenerse por efectuado el requerimiento con las formalidades que la ley exige; tanto es así que la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1996 se decanta por la ausencia de forma concreta y definida para la práctica del requerimiento, huyendo de formalismos inútiles, en la medida que prima el contenido sobre la forma.

En efecto, MONTERO AROCA, confirma que la validez del acto de comunicación no depende de que por medio del mismo el interesado haya obtenido conocimiento real de la resolución judicial, sino de que se haya practicado con arreglo a lo dispuesto en la ley<sup>886</sup>.

Por su parte, MONSERRAT puntualiza que no cabe el empleo del correo certificado y ante el silencio del art. 686 LEC que, poco o casi nada, aclara en relación a la forma en que debe materializarse el requerimiento, alega que son de aplicación las normas del procedimiento ejecutivo y las normas generales sobre actos de comunicación judicial<sup>887</sup>.

c) Plazo para efectuar el pago tras el requerimiento judicial.

El art. 686 LEC no especifica un plazo concreto dentro del cual el ejecutado deba efectuar el pago tras ser requerido. Ante esta laguna legal, autores como MARTIN DIZ, MONTERO AROCA Y DOMENECH, consideran que lo procedente es fijar el plazo de diez días que para solicitar la administración interina de la finca estipula el art. 690 LEC. Asimismo, MONTERO y LOPEZ LIZ matizan que el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor pueden pagar en cualquier momento hasta la adjudicación y, por tanto, el plazo de los diez días es únicamente para poder hacerlo sin tener que abonar también las costas<sup>888</sup>.

Sin embargo, lo propio es que el ejecutado pueda verificar el pago, ya sea total, ya parcial, regularizando en los términos del art. 693.3 LEC, en cualquier momento desde el requerimiento hasta la aprobación del remate; en todo caso, hay que

---

despachando ejecución, con entrega de la copia de la demanda y de los documentos presentados, pues ello no impide que exista el requerimiento de pago propiamente dicho. Ob, cit, pág. 738.

<sup>886</sup> Ob, cit, pág. 721.

<sup>887</sup> *Las novedades de la ejecución*....ob, cit, pág. 54 y sigs.

<sup>888</sup> MONTERO AROCA ob, cit, pág. 740 y LOPEZ LIZ *Procedimiento judicial sumario*, 2ª edición, pág. 377.

considerar que no es sino transcurridos al menos 30 días desde el requerimiento y demás notificaciones previstas en la Ley cuando el ejecutante puede instar la fijación de un día para subasta, según lo dispuesto en el art. 691. Por otro lado, lo cierto es que mientras tanto, es decir, mientras transcurre tal periodo de tiempo, el procedimiento está “suspendido”.

Con respecto a la falta de fijación de un plazo para efectuar el pago tras el requerimiento judicial, ACHON BRUÑEN afirma que resulta difícil de comprender en un procedimiento de tanta relevancia y repercusión social como el hipotecario; a su juicio, esta omisión ocasiona inseguridad jurídica y, en la praxis, dado el silencio legal resulta habitual conceder el plazo de treinta días para que el deudor atienda el requerimiento de pago, habida cuenta de que hasta que no transcurre dicho plazo no se puede interesar la convocatoria de subasta, por lo que resulta lógico que hasta ese momento pueda pagar el ejecutado. Ello no obstante, lo coherente, a juicio de esta autora, es que se previera legalmente un plazo determinado, al igual que en juicio monitorio, en el cambiario o en el proceso de ejecución de títulos no procesales, y que no se dejara el mismo a la discrecionalidad del Juzgado<sup>889</sup>.

#### d) Costas.

La doctrina viene discutiendo acerca de si el *pronto pago* por parte del deudor, tras ser requerido formalmente, tiene alguna incidencia en el tema de las costas, en definitiva, si puede beneficiarse de una *quita* o rebaja en la cuantía de las costas por el hecho de haber procedido al pago con celeridad.

Partiendo de la premisa básica que hace al deudor también responsable de las costas generadas por el proceso de ejecución, hemos de significar que no existe una disposición específica en la materia para la ejecución hipotecaria. Es por ello, por lo que se aplican las normas generales que, en este punto, se condensan en los arts. 539.2 y 583.2 LEC. El primero de ellos afirma que las costas serán a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición. El segundo, establece que el deudor, aunque pague en el acto del requerimiento correrá con todas las costas causadas, salvo justificación de que por causa no imputable a él, no pudo efectuar el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución. En consecuencia, el ejecutado siempre ha

---

<sup>889</sup> *Soluciones para la mejora...*, ob cit, págs. 3 y 4.

de abonar las costas originadas; es inimaginable un supuesto veraz en el que no pueda imputarse al deudor la necesidad de incoar la ejecución. Desde este punto de vista, rige la máxima general según la cual, las costas deben imponerse a quien hace perentoria la intervención judicial<sup>890</sup>. Cuestión distinta es que las costas sean más o menos en función de la duración procesal, es decir, cuanto más lejos llegue el procedimiento, mayores serán las costas; cuanto antes concluya, menores serán los gastos.

#### D) Oposición del ejecutado.

Una vez requerido de pago, el ejecutado puede adoptar en el proceso diversos posicionamientos. Ciertamente es que las peculiaridades propias de la ejecución hipotecaria, le dan poco margen de actuación, pues en puridad se reducen a pagar u oponerse por alguna de las causas tasadas que contempla la Ley y que, como se verá en su momento, a juicio de gran parte de la doctrina, son en realidad pura ficción jurídica que convierte las opciones de defensa del deudor en una entelequia.

Si el ejecutado desatiende el requerimiento, adoptando una posición pasiva en el proceso, éste continuará su curso y emitida la oportuna certificación de dominio y cargas<sup>891</sup> así como las correspondientes notificaciones<sup>892</sup>, se señalará día para

---

<sup>890</sup> En este sentido, el Auto de la AP de Sevilla de 10 de mayo de 1993 afirmó textualmente: "... el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ha de reputarse iniciado desde que el acto ejecutante se ve obligado a utilizar la vía judicial para que el deudor hipotecario cumpla con lo debido, pues es para el ejecutante potestativo acudir a la vía notarial o a la judicial, (...) y desde ese momento comienza la obligación para éste de pagar las costas procesales devengadas, pues no es justo que sea el actor quien deba soportar dichos gastos que reconocen como causa directa e inmediata unas actuaciones procesales por la actitud negligente y morosa de quien, asumiendo la obligación de pagar principal, intereses y costas, sólo cumple en parte, intentando eludir el pago de costas mediante una tesis sin la menor consistencia jurídica". Por su parte, el Auto de la AP de Barcelona, sección 13ª, de 5 de junio de 2007, declara: "*si el requerimiento es atendido, el proceso termina, siempre que queden cubiertas las cantidades debidas al ejecutante por todos los conceptos, incluidas las costas devengadas hasta ese momento, porque, en definitiva, el requerimiento de pago tiene por objeto posibilitar que se pague poniendo fin al proceso (si es judicial el requerimiento), aunque con imposición de costas al deudor.* En la misma línea, Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 7 de febrero de 2005.

<sup>891</sup> De conformidad con el artículo 688 LEC, el Secretario judicial debe recabar del Registrador de la Propiedad la certificación en la que conste que la hipoteca subsiste a favor del ejecutante así como las cargas inscritas. Como es lógico, si de esta certificación resulta que la hipoteca ha sido cancelada, el proceso no podrá continuar. Asimismo, el registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de la hipoteca que se ha expedido la oportuna certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere. Y en tanto no se cancele por mandamiento del Secretario Judicial dicha nota marginal, el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución. La función principal que cumple la extensión de dicha nota marginal es la de servir de notificación o aviso a todos los titulares registrales posteriores de inscripciones y anotaciones, así como a los posibles adquirentes y terceros interesados en la finca hipotecada. GUTIERREZ ALONSO señala que también cumple la función de diferenciar a los titulares de derechos posteriormente inscritos a la hipoteca que se ejecuta, aplicando un régimen distinto de intervención de éstos en el procedimiento de ejecución, según sean anteriores o posteriores a la expedición de la certificación de dominio y cargas. En ese sentido, el art. 659 LEC, en su apartado 1 dispone que el Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en



subasta con el objeto de realizar el inmueble sujeto a garantía y aplicar el producto de lo obtenido al pago de la deuda. En este momento es cuando el carácter instrumental de la hipoteca adquiere su máximo exponente materializándose como un instrumento procesal adecuado para favorecer el buen fin del proceso de ejecución hipotecaria.

Por el contrario, si el ejecutado paga tras la intimidación judicial que esencialmente se produce para provocar el pago, puede decirse que el proceso habrá satisfecho su finalidad básica. El pago debidamente acreditado pondrá fin al proceso si se verifica en las condiciones ya examinadas en cuanto a la cantidad exacta y se cumplen los requisitos de certeza, exigibilidad y determinación (principal, intereses y costas)<sup>893</sup>. No

---

asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro. Esta comunicación del Registrador tiene gran importancia pues de ella depende que un acreedor posterior pueda personarse y pagar el crédito o intentar adjudicarse el inmueble. *Litigios civiles en tiempos de crisis. Especial consideración a la conflictividad en el ámbito inmobiliario*. Ed. Bosch, 2012, pág. 175. Por su parte, en el campo de la jurisprudencia menor se ha resaltado la importancia de la certificación del Registrador, de manera que su ausencia no derivaría en una nulidad del procedimiento pero sí podría fundamentar una reclamación por daños y perjuicios. Así, al menos, se desprende de la Sentencia de la AP de Málaga, sección 4ª, de 11 de septiembre de 2006 y Auto de la AP de Guadalajara, sección 1ª, de 21 de febrero de 2008.

<sup>892</sup> El art. 689 estipula: “Comunicación del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores. 1. Si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca. 2. Cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659”. Por su parte, el art. 659 afirma: “1. El registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro. 2. A los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas no se les realizará comunicación alguna, pero, acreditando al Secretario judicial responsable de la ejecución la inscripción de su derecho, se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten. 3. Cuando los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho. Se harán constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y las de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades indicadas o del oportuno mandamiento expedido por el Secretario judicial, en su caso”.

<sup>893</sup> El pago se verificará según lo dispuesto en el art. 692 LEC. Este precepto alude al pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante tras la realización del inmueble en estos términos: “1. El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra. 2. Quien se considere con derecho al remanente que pudiera quedar tras el pago a los acreedores posteriores podrá promover el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 672. Lo dispuesto en este apartado y en el anterior se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal. 3. En el mandamiento que se expida para la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante y, en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores, se expresará, además de lo dispuesto en el artículo 674, que se

obstante, no suele ser lo habitual, pocos deudores en este primer momento del proceso efectúan un pago total de la deuda reclamada. Sí es más común un pago parcial, lo que se conoce como regularización del préstamo hipotecario que se traduce en la enervación de la pretensión hipotecaria en los términos que se estudiarán seguidamente.

a) Enervación de la pretensión hipotecaria. (Artículo 693.3 LEC).

El art. 693.3 LEC<sup>894</sup> ha incorporado en el plano procesal lo que venía siendo una práctica bancaria habitual que consistía en la *regularización de la deuda*, es decir, en el pago de los recibos vencidos con sus intereses y los gastos generados. El fin último pretendido por lo dispuesto en este precepto no es otro que el préstamo hipotecario recupere su natural desenvolvimiento<sup>895</sup>.

---

hicieron las notificaciones a que se refiere el artículo 689". Es habitual imputar el pago del precio del remate para cubrir el principal, los intereses y las costas por este orden. Sin embargo, el art. 1173 del CC establece que "si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses". En este sentido, la Sentencia de la AP de Barcelona, sección 11ª, de 14 de septiembre de 2009 afirma: "la cantidad obtenida en el procedimiento de ejecución hipotecaria, mediante el mecanismo de adjudicación de la finca a la propia entidad actora, no se aplicó o imputó a ningún concepto concreto de la deuda por lo que debe aplicarse la regla del art. 1173 CC, según la cual, debe entenderse hecha la imputación a los intereses". Por su parte, el Auto de la AP de Barcelona, sección 11ª, de 13 de junio de 2006 justifica este criterio alegando que de no seguirse la deuda por la sola voluntad del deudor, se convertiría en importe, sin devengar intereses"

<sup>894</sup> "3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578. Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior. Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor. Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante"

<sup>895</sup> Tal y como explican DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES no deben olvidarse los efectos bancarios que se derivan de la consignación rehabilitadora y que se pueden concretar en dos: la regularización de la posición del deudor frente a la entidad crediticia o financiera y la consiguiente reapertura de la cuenta del préstamo. La regularización del préstamo, conocida en el argot bancario como *puesta al día*, no es sino la recuperación de la posición contable que el deudor hubo de tener en un concreto momento temporal, mediante la atención tardía de los vencimientos desatendidos. En relación con la reapertura de la cuenta del préstamo, es necesario clarificar previamente, a juicio de los autores citados, que, si bien cualquier persona física o jurídica puede ostentar la condición de acreedor hipotecario, lo cierto es que la concesión de préstamos con garantía hipotecaria es una operación casi siempre efectuada por entidades financieras. Desde este punto de vista, recuerdan que en una operación hipotecaria al prestatario suele imponérsele la apertura de una cuenta corriente o libreta contra la que van a ser cargados los vencimientos periódicos del préstamo. A su vez, el préstamo hipotecario genera su propia cuenta que dará soporte a las diversas partidas de cargo y abono que por principal e intereses se devenguen a lo largo de la vida de la operación. Cuando concurre cualquier causa que justifica el vencimiento anticipado, se produce el cierre de la cuenta, lo que arroja una cifra debida según la forma de liquidación pactada en el título y la rehabilitación del préstamo conforme al art. 693.3 impone recuperar su

Desde el punto de vista procesal, ésta regularización produce el efecto enervatorio de la *pretensión ejecutiva hipotecaria* y, por tanto, sustrae el bien garantizado con la hipoteca del poder realizador del tribunal; en definitiva, en términos legales, libera el bien de la ejecución, que no de la hipoteca, la cual no se ve afectada por la regularización.

Al hilo de lo apuntado en el precepto comentado, la doctrina formula una serie de objeciones e interrogantes.

En este punto, la primera incógnita que surge consiste en dirimir si la rehabilitación del préstamo con la consiguiente enervación de la *pretensión ejecutiva hipotecaria* es un derecho o facultad del demandado; la duda se suscita porque el art. 693.3 comienza su dicción literal afirmando que *el acreedor podrá solicitar que se comunique al deudor que hasta el día de la celebración de la subasta podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada en su caso con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte*; con esta literalidad legal puede parecer que la posibilidad de regularizar únicamente se da si el acreedor se lo permite al deudor, solicitándolo en su demanda. La respuesta al interrogante viene de la mano del mismo precepto cuando más adelante alude a los casos en que

---

natural desenvolvimiento, lo que exige que el acreedor hipotecario efectúe la reapertura de la cuenta del préstamo, procediendo a girar los vencimientos que según el calendario de pagos establecido, proceda presentar al cobro contra la cuenta o libreta asociada al préstamo. *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*. Lex nova, 2010, págs. 113 y 114. De otro lado, La Sentencia de la AP de Madrid, sección 10ª, de 14 de julio de 2001, define la enervación como la consecuencia extintiva de la pretensión realizadora del valor del bien hipotecado, anudada por el ordenamiento, de forma excepcional y necesaria, al cumplimiento intra o extraprocesal de la pretensión debida, en las condiciones establecidas por la norma, que da lugar a la perención del procedimiento. La sentencia matiza, asimismo, que la enervación, no es un término con el que se designe a un acto procesal en sentido propio, aunque deba producirse sólo con ocasión de un proceso pendiente y determine un efecto en él. Así, no se trata de un comportamiento humano voluntario con el que se configure, desarrolle, modifique o finalice directa e inmediatamente una relación jurídica procesal. Antes bien, se trata del efecto que recae sobre la relación o situación jurídica material que constituye el objeto del proceso por obra de unos actos sustantivos de derecho privado civil, y a los cuales, por disposición independiente de la ley, se atribuye la virtualidad de impedir sobrevenidamente a un determinado género de acreedores el derecho de obtener de la jurisdicción una concreta tutela jurídica comúnmente vinculada a la insatisfacción de su crédito. El enervamiento de la acción constituye, sin embargo, un caso en el que de manera extraordinaria una norma dispone que la desaparición de la cusa que motiva su ejercicio suprime el derecho del demandante y, sin necesidad de acto alguno de parte, impone la extinción del proceso. Se produce, pues, porque una norma así lo determina, y con los presupuestos, requisitos, y condiciones sustantivos y adjetivos libremente configurados por el legislador quien, por lo mismo, puede sustituirlos, ampliarlos o reducirlos. Por su parte, las Sentencias de la AP de Cádiz, sección 1ª, de 18 de enero de 1993, de Sevilla de 27 de mayo de 1994 y de Cuenca de 5 de junio de 1995, sitúan el fundamento de la enervación en consideraciones tuitivas, en cuanto concebida por razones sociales y humanitarias en provecho de los deudores hipotecarios, como vía de salida a las terribles consecuencias que se derivan del vencimiento anticipado

el inmueble que se pretende liberar es vivienda familiar; siendo así, la alternativa de detener la ejecución en la forma prescrita no se subordina a la voluntad del acreedor, sino que el deudor puede, por sí mismo, aunque por una sola vez, producir el efecto de detener la ejecución, liberando la vivienda<sup>896</sup>.

Por tanto, puede concluirse que en el primer caso, si no se trata de vivienda familiar, estamos ante una facultad del acreedor<sup>897</sup> que debe ejercer en la demanda ejecutiva<sup>898</sup> y, por el contrario, si el bien garantizado con hipoteca es vivienda familiar, la liberación de ésta es un derecho y un beneficio del deudor<sup>899</sup>.

En efecto, si el bien hipotecado es una vivienda familiar, la situación es muy distinta a la de si no tuviera esta calificación, pues lo que recoge el art. 693.3 es un verdadero derecho del deudor a enervar la *pretensión ejecutiva hipotecaria*<sup>900</sup>. Si en el

---

<sup>896</sup> Así lo ha reconocido, entre otros, el Auto de la AP de Barcelona de 27 de abril de 2004. Por su parte, el Auto de la AP de Sevilla de 5 de octubre de 2006 corrobora que el art. 693 lo que establece es una facultad del acreedor de permitir al deudor liberar el bien mediante la consignación de la cantidad que adeuda hasta el día señalado para la celebración de la subasta.

<sup>897</sup> Así lo han reconocido, entre otras, la Sentencia de la AP de Barcelona, sección 12ª, de 27 de abril de 2004 y Auto de la AP de Sevilla, sección 5ª, de 5 de octubre de 2006. DOMENECH considera que debe ser así, pues si el acreedor ejecutante decide acudir al auxilio judicial, es a consecuencia del incumplimiento del deudor, causándole al actor un perjuicio tanto en cuanto a dilación en el pago de su crédito como en el ámbito económico, de modo que sería perfectamente aceptable que el acreedor pueda preferir que el deudor no se restituya en su situación anterior pagando los plazos vencidos, en especial, en aquellos supuestos en que se prevea que pueda volver a incurrir en el impago de los plazos de amortización. Ob, cit, pág. 312.

<sup>898</sup> Para GARBERÍ es clara la facultad del acreedor en este sentido; según este autor “la operatividad de esta facultad de resucitar la hipoteca, pues, la ha dejado el legislador con carácter general, en las solas manos del acreedor ejecutante, quien libre y voluntariamente podrá solicitar que el Tribunal comunique la anterior información al ejecutado, ofreciéndole así la posición de liberar el bien mediante la oportuna consignación o, por el contrario, podrá omitir toda referencia al respecto en su demanda ejecutiva, en cuyo caso no podrá el Tribunal ni informarle ni ofrecerle tal beneficiosa facultad, no pudiendo el deudor, por consiguiente, lograr la liberación del bien más que satisfaciendo la totalidad de las cantidades por las que se haya despachado ejecución”. Ob, cit, pág. 1254. Sin embargo, también hay autores que se manifiestan en sentido contrario (MARTÍN DÍZ, *Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria*, Diario La Ley, nº 7126, 3 de marzo de 2009) y BALLUGUERA LOPEZ (*La protección del consumidor: la moratoria de los trabajadores en paro y el artículo 693.3 LEC*, En VV.AA, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 394 y 395) para quienes el derecho de regularizar siempre asiste al deudor, primero, por la falta de claridad de la norma y, segundo y más importante, en virtud del principio *pro consumatore*, y ello con independencia del carácter o no de vivienda familiar del inmueble. En cuanto a la necesidad de ejercer dicha facultad en la demanda ejecutiva y no en otro momento, DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES consideran que no debe ser obligatoriamente así, dados los singulares beneficios que para el deudor se desprenden de la posibilidad liberatoria y, por tanto, no ven obstáculo legal alguno que no permita al ejecutante realizar esa solicitud en un momento posterior. De igual modo, tampoco puede desdeñarse la posibilidad de que la solicitud parta del propio deudor, limitándose el acreedor hipotecario a aceptarla o rechazarla. Ob, cit, pág. 118.

<sup>899</sup> No obstante, el Auto 79/2006, de la AP de Cáceres, sección 1ª, de 18 de mayo, se refiere a la facultad de consignación como una posibilidad del deudor, sin enfatizar tal posibilidad como un auténtico derecho. Como derecho del deudor lo reconoce el Auto 168/2010 de la AP de Murcia, sección 1ª, de 28 de mayo cuando señala: “...El artículo 693 regula el derecho del deudor a liberar el bien hipotecado por una sola vez rehabilitando el préstamo; para ello establece un único cauce, la “consignación” de las cantidades vencidas; efectuada dicha consignación, se liquidarán las costas y, satisfechas éstas, se dictará providencia declarando terminado el procedimiento”.

<sup>900</sup> Aunque el precepto se refiere tan solo al deudor, la posibilidad de enervación se aplica a cualquiera de los ejecutados; según indica el Auto de la AP de Murcia de 13 de septiembre de 2006, la norma está

primer supuesto, cuando el bien que pretende liberarse no es vivienda familiar, la posibilidad de rehabilitación es facultativa del acreedor, en el caso en que sí lo es, por el contrario, el poder decisorio sobre la liberación lo ostenta el deudor<sup>901</sup>.

Por otro lado, en cuanto beneficio del deudor, puede discutirse si esta facultad debe interpretarse restrictivamente o no. Habida cuenta del carácter privilegiado del proceso de ejecución hipotecaria, en cuanto pretende favorecer la satisfacción del derecho de crédito, algunas Audiencias han mantenido tal carácter restrictivo<sup>902</sup>, mientras que otras lo han negado<sup>903</sup>. En todo caso, en tiempos de grandes dificultades económicas y profundo clamor popular en contra de las *ejecuciones bancarias*, podría objetarse la inconveniencia de ser rigurosos en este aspecto. De cualquier manera, no puede dejar de reconocerse el hecho de que regularizaciones extraprocesales son habituales y las entidades no suelen obstaculizarlas. El principio dispositivo adquiere en este punto una importancia capital.

a) Presupuestos de la enervación de la *pretensión ejecutiva hipotecaria* sobre vivienda familiar.

a”) Vivienda familiar.

Partiendo de la opción real de verificar una regularización del préstamo hipotecario siempre que las partes lo quieran y lo consientan, como ya se ha dicho, el matiz reside en que tratándose de una vivienda familiar el deudor puede imponer dicha regularización al acreedor cuando se produce respetando ciertos presupuestos<sup>904</sup>.

---

partiendo del supuesto normal, que consiste en la compra de vivienda por una persona que la hipoteca para pagar el préstamo hipotecario, pero no pueden dejarse de lado los casos del tercer poseedor (el que ha comprado la vivienda hipotecada) y del hipotecante no deudor. No obstante, el Auto de la AP de Zamora, sección 1ª, de 28 de diciembre de 2007, se decanta por una interpretación restrictiva al asegurar que si el legislador hubiera querido incluir a terceros como legitimados para enervar la acción, lo hubiera recogido expresamente; por tanto, sólo el deudor, puede enervar. Por otro lado, cuando el deudor es una persona jurídica, parece claro que entonces no puede hablarse de vivienda familiar (Auto de la AP de Murcia de 1 de junio de 2005). Por su parte, en contra de lo anterior, la Resolución de la DRGRN identifica el concepto de vivienda familiar con el de domicilio registral y apunta que no tiene por qué ser el domicilio real o habitual.

<sup>901</sup> Así lo establece el Auto de la AP de Sevilla, Sección 5ª, de 5 de octubre de 2006 cuando afirma: “en el caso de que el bien sea la vivienda familiar esta facultad de liberación del bien corresponde al deudor aun sin el consentimiento del acreedor”. En el mismo sentido, Sentencia de la AP de Tarragona, sección 3ª, de 30 de noviembre de 2005 y Sentencia de la AP de Alicante, sección 6ª, de 13 de enero de 2003.

<sup>902</sup> Auto de la AP de León, Sección 1ª, de 24 de abril de 2007.

<sup>903</sup> Auto de la AP de Murcia, Sección 5ª, de 12 de abril de 2004

<sup>904</sup> En ningún caso, el requisito establecido en el art. 693.3 LEC está previsto como factor determinante de la admisibilidad a trámite o del rechazo de la demanda de ejecución hipotecaria inmobiliaria, sobre todo cuando no se conoce si el deudor hará valer o no tal derecho. (Auto 179/2009 de la AP de Cáceres, sección 1ª, de 5 de noviembre).

El primero de ellos es que nos encontremos ante lo que la LEC denomina *vivienda familiar*. El concepto mismo de vivienda familiar en principio es pacífico, pero puede apuntarse alguna salvedad por la diversidad de expresiones que para designarlo encontramos, por ejemplo, en el Código Civil, en donde indistintamente se habla de *domicilio conyugal*, *hogar*, *hogar familiar*, o *domicilio familiar*. En este sentido, la Jurisprudencia menor aboga por considerar que son una misma realidad y los términos que se emplean para designarlo, aun diferentes, no aluden a cosas distintas<sup>905</sup>.

Asimismo, es menester subrayar el calificativo de *familiar* que, a juicio de DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES, no debe interpretarse en sentido técnico, sino como inmueble habitable destinado a morada de la familia. Ahora bien, el carácter familiar, según sostienen estos autores, no se pierde por el hecho de que el núcleo familiar esté constituido por un solo individuo, pues el art. 693.3 LEC protege al ejecutado ante una ejecución hipotecaria que tiene por objeto su primera vivienda, en la que reside habitualmente. Al sumarse el calificativo de *familiar* lo único que se ha querido es añadir un plus de protección en los casos en que efectivamente vive en la vivienda también la familia del deudor, con independencia de las vicisitudes familiares o laborales que pueden haber provocado el que éste se ausente de dicha vivienda<sup>906</sup>. Lo que parece claro, por consiguiente, es la exclusión de este concepto de las segundas residencias o las residencias de temporada. Esta es la filosofía que subyace en las últimas disposiciones dictadas ante la urgente y perentoria necesidad de limitar los lanzamientos de familias a consecuencia de la crisis económica, la cual ha provocado una presión social y política sin precedentes. Muestra de ello son los últimos decretos dictados sobre la materia, especialmente, el Real Decreto 27/2012,

---

<sup>905</sup> Entre otras, Sentencia de la AP de Córdoba de 10 de mayo de 1993. Según esta sentencia se puede concluir que ha de tratarse de un lugar, susceptible de servir de cobijo, destinado a alojamiento y que ha de ocuparse por la familia con habitualidad encontrándose entre sus requisitos objetivos que se trate de un inmueble urbano habitable, que esté destinado habitualmente a vivienda y que el destino de la vivienda sea familiar, esto es, que esté afecto a las necesidades de los miembros de la familia y no de uno solo de ellos. RIVES SEVA, *La rehabilitación del préstamo hipotecario en caso de hipoteca sobre vivienda familiar. ¿Qué debe entenderse por vivienda familiar?*, Revista Práctica de Tribunales, marzo 2008, nº 47, págs. 65 y ss. Por su parte, DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES aseguran que en el art. 693 LEC el legislador ha entendido que, a los efectos de la enervación, los únicos intereses dignos de protección son los de la vivienda familiar, excluyéndose otros intereses igualmente atendibles, si bien, reconoce que el principal problema en este punto puede derivar de la imprecisión de la propia expresión *vivienda familiar*, que en puridad ni es un concepto técnico jurídico, ni tampoco es coincidente con el de vivienda habitual que es objeto de definición en la normativa fiscal, ni tampoco es sinónimo de domicilio habitual. Con todo, esta expresión permite efectuar una interpretación posibilista ampliamente favorable a admitir la rehabilitación. Por otro lado, según estos autores, la decisión de proteger la vivienda familiar excede, sin duda, del campo procesal, para adentrarse en cuestiones de política legislativa; pero resulta llamativo que en ocasión se proteja la vivienda, mientras que en otras se prescinda deliberadamente de ellas, aunque se trate de la residencia habitual. Ob, cit, pág. 37.

<sup>906</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso administrativo, de 14 de junio de 2001, considera que no puede estimarse abandono o cambio de domicilio la estancia en otra ciudad para someterse a intervención quirúrgica. Igualmente, cuando la ausencia de la vivienda se debe a la enfermedad de un familiar (STS 17 de noviembre de 1986).

de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, cuyo objeto fundamental, confesado en su preámbulo, consiste en la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios<sup>907</sup> de las familias que se encuentran en una situación de especial riesgo de exclusión. Este Real Decreto Ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas<sup>908</sup>.

La Jurisprudencia define la vivienda familiar como la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión de ambos cónyuges o designio de la autoridad judicial. El Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de octubre de 2007 destaca el fundamento de lo dispuesto en el art. 693.3, que no es otro que otorgar una protección especial a las familias en los casos de hipoteca constituida sobre la vivienda familiar<sup>909</sup>. Y dicho fundamento no se pierde por el hecho de que además se ejerza en la vivienda una profesión, oficio o pequeña industria compatible con el uso residencial. En cualquier caso, en esta tesitura, a la hora de interpretar el concepto de *vivienda familiar*, los tribunales muestran cierta flexibilidad en la medida que identifican esta expresión con la simple vivienda o vivienda habitual<sup>910</sup>. Asimismo, el Auto 49/2004 de la AP de Murcia, sección 5ª, de 12 de abril admite que el deudor

---

<sup>907</sup> La impropiedad de la terminología empleada es si cabe mucho más grave cuando proviene de normas jurídicas.

<sup>908</sup> Podría tildarse este Real Decreto como el resultado de una clara improvisación, producto de una gran presión social. Sus presupuestos de aplicación harán que el decreto en la práctica no resulte de gran ayuda a la hora de paliar las consecuencias de la crisis económica y en todo caso, debe tomarse en consideración que la norma no evitará las ejecuciones hipotecarias que llegaran hasta la última fase. Lo único que puede demorarse es el lanzamiento, que no desahucio, y con ello, la agonía de muchas familias. Anteriormente, otras dos normas pretenden también introducir mejoras: el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que eleva el umbral de inembargabilidad en aquéllos casos en que la realización del bien hipotecado ha sido insuficiente para atender el pago de las cantidades debidas al acreedor, y la ejecución hipotecaria se reconvierte en ordinaria, dirigida contra todo el patrimonio del deudor; y, el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a las viviendas.

<sup>909</sup> El referido Auto afirma: "...la razón de ser del artículo 693.3 LEC es, evidentemente, dar una especial protección a las familias en los casos de hipoteca constituida sobre la vivienda familiar, normalmente para el pago de la misma, para preservar su derecho a gozar de un lugar donde desarrollar su vida diaria y familiar".

<sup>910</sup> Entre otros, Auto de la AP de Barcelona de 16 de marzo de 2006, que afirma: "...la doctrina es unánime al considerar que el contenido del artículo 693.3 de la LEC se introduce por razones de conveniencia social al permitir incluso contra la voluntad del ejecutante, cuando el bien hipotecado es una vivienda, que el ejecutado libere el bien mediante la consignación del principal e intereses que estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte...La única decisión adoptada es la de permitir que el deudor en el supuesto de deuda hipotecaria que grave su vivienda habitual pueda, por una sola ocasión, evitar la subasta judicial y el vencimiento anticipado de la deuda en su totalidad si realiza el pago del principal adeudado y la parte proporcional de intereses y gastos vinculados a esas cuotas adeudadas". Por su parte, el Auto de la AP de Las Palmas de 5 de diciembre de 2007 afirma que la LEC permite sin más, en el caso de que el bien hipotecado constituya su vivienda habitual, el enervar la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y rehabilitar por ello el desenvolvimiento normal del préstamo pese a la ejecución iniciada. En el mismo sentido, Sentencia de la AP de Cáceres de 21 de octubre de 2003.

únicamente sea nudo propietario del inmueble garantizado con hipoteca y aun así, sea también su vivienda familiar, supuesto en que gozará del derecho reconocido en el art. 693.3 LEC<sup>911</sup>.

Con todo, debe acreditarse en el supuesto concreto que el bien objeto del proceso de ejecución hipotecaria es *vivienda familiar* del deudor<sup>912</sup>. Dicha condición puede existir en el momento en que se firma la escritura pública de constitución de la hipoteca o en un momento posterior. Ahora bien, el Auto de la AP de Zaragoza de 27 de enero de 2004 alega que el art. 693.3 LEC permite concluir que lo esencial es que el carácter de *vivienda familiar*, para poder esgrimir la opción de regularización, se de en el momento de interponer la demanda ejecutiva.

A efectos de la acreditación de esta condición cabe todo tipo de medios probatorios reconocidos en Derecho<sup>913</sup>. Asimismo, existen un buen número de indicios que pueden ser esclarecedores acerca de si la vivienda se encuentra habitada o no. Entre los primeros, consumos normales de los suministros básicos (agua, gas, electricidad).

b”) Que pretenda regularizarse en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria.

---

<sup>911</sup> “...La hipoteca, al igual que todo derecho real inmobiliario, tiene un doble objeto, primario o material y secundario o artificial. El objeto primario, base y fundamento de cualquier relación jurídica inmobiliaria, es el bien inmueble en su materialidad; y el objeto secundario o artificial consiste en el derecho real que ha sido hipotecado, como pueden ser el dominio, la nuda propiedad o el usufructo. En este sentido, es claro que cuando el apartado 3 del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al bien hipotecado como vivienda familiar, está aludiendo al objeto primario de la hipoteca, esto es, al bien inmueble en su materialidad, y no al objeto secundario o artificial, esto es, el derecho real que ha sido hipotecado, que en este caso es la nuda propiedad. Y es por ello que sí es posible, pese a que la hipoteca recaiga sobre la nuda propiedad (objeto secundario), que el bien hipotecado (objeto primario) pueda constituir la vivienda familiar del deudor, como ocurre en el presente caso, en que, pese a ser la deudora nuda propietaria, ocupa, sin embargo, la finca hipotecada, como se viene a reconocer por la parte en la escritura de constitución de la hipoteca, en la que no sólo figura como domicilio de la deudora el mismo número de policía que el del inmueble donde se encuentra la vivienda hipotecada, sino que se manifiesta expresamente que la finca hipotecada está ocupada por ella misma. Y, finalmente, no es obstáculo a que tal finca constituya la vivienda familiar de la deudora el hecho de que el usufructo pertenezca a otra persona....”

<sup>912</sup> Sobre la necesidad de prueba de que el bien hipotecado es vivienda familiar, entre otros, el Auto 92/2011 de la AP de Huelva, sección 3ª, de 18 de noviembre.

<sup>913</sup> Así, el Auto de la AP de Madrid de 28 de febrero de 2008 admite la prueba testifical del portero de la finca y los recibos impagados de suministros. Los consumos anormalmente bajos de agua, gas y electricidad pueden ser un indicio de que la vivienda no tiene el carácter de habitual y, por el contrario, los consumos elevados pueden favorecer la prueba de que la vivienda está habitada (Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso administrativo, sección 9ª, de 1 de febrero de 2000 y Sentencia de la AP de Barcelona de 4 de diciembre de 2003). Sin embargo, a otro tipo de consumos como el telefónico, la Jurisprudencia no le confiere el mismo tratamiento indicador (Sentencia de la AP de Guipúzcoa, sección 1ª, de 30 de julio de 2004). Tampoco lo tiene la recepción de correo y todo tipo de notificaciones, dato éste que no es relevante a efectos de la aplicación del art. 693.3 LEC (Sentencia del TSJ de Madrid de 1 de febrero de 2000



El segundo presupuesto que ha de apreciarse a efectos de la enervación de la pretensión hipotecaria es que se esté ejercitando en el seno del proceso especial que regulan los arts. 681 a 698 LEC. La inclusión del 693.3 dentro de las disposiciones especiales aplicables a la ejecución hipotecaria excluye toda posibilidad de aplicación a la ejecución ordinaria. Así lo ha reconocido ANGUITA RIOS al afirmar que en la ejecución hipotecaria cuando afecta a la vivienda familiar se le otorga una facultad al ejecutado de la que carece fuera de este procedimiento especial<sup>914</sup>.

Sin embargo, no todos los autores son de la misma opinión; en sentido opuesto se pronuncian BALLUGUERA GOMEZ<sup>915</sup> y CHORNET<sup>916</sup> por cuanto, sostienen estos autores, la regularización es un derecho de la parte más débil del contrato y ha de interpretarse pro adherente o pro consumidor y, por tanto, debe dársele la máxima amplitud, siendo aplicable a todo tipo de ejecuciones.

En este orden de cosas, DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES justifican la limitación apuntada en la propia naturaleza de la ejecución hipotecaria; si el acreedor eligiera la ejecución ordinaria para ejercer su pretensión, las posibilidades de defensa del deudor serían mayores, porque mayores son también los motivos de oposición, pero, por el contrario, se ve privado de la facultad rehabilitadora. En sentido inverso, si se decanta por la ejecución hipotecaria, las posibilidades de defensa del deudor son mucho más limitadas, pero para compensar se le atribuye la facultad de rehabilitar en los términos estipulados en el art. 693.3 LEC<sup>917</sup>.

c”) Que se hubiere pactado e inscrito la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas.

Conviene subrayar respecto de este tercer presupuesto que dentro del amplio elenco de razones que podrían justificar un vencimiento anticipado, únicamente procede la regularización a que se viene haciendo alusión, cuando se decreta anticipadamente el vencimiento a consecuencia del impago de cuotas, y no cuando tenga causa en algún otro motivo pactado. Ello, al margen de que el vencimiento anticipado pueda tener lugar, pero si no es por el impago de cuotas, lo que no podrá tener lugar será la facultad rehabilitadora.

---

<sup>914</sup> *Constitución y ejecución del crédito*....Ob, cit, págs. 139 y 140.

<sup>915</sup> *La protección*....ob cit, págs. 396 y 397.

<sup>916</sup> *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, RCDI, nº 663, 2001, págs. 159 y ss.

<sup>917</sup> Ob, cit, págs. 159 y 160.

Finalmente, no hay ninguna duda de que cabe la aplicación de la facultad rehabilitadora en el contexto de un préstamo hipotecario, y, además, suele ser lo habitual, pero igualmente cabe cuando lo que se pretende rehabilitar es un crédito hipotecario. DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES sostienen que en principio, la literalidad del artículo 693 LEC no permite sostener que su exclusivo ámbito de aplicación se concrete a los préstamos, excluyéndose los créditos. El hecho de que la existencia de los créditos hipotecarios en relación con los préstamos sea testimonial, no es parámetro adecuado para decidir sobre su inclusión o exclusión en el ámbito del art. 693.3; no permitiendo la redacción literal del precepto asumir su exclusión, concluyen los autores citados, que no hay ningún obstáculo para impedir su idéntica aplicación a los créditos con garantía hipotecaria<sup>918</sup>.

b') Momento en que puede producirse la regularización: plazo.

El art. 693.3 LEC afirma que el deudor, *hasta el día señalado para subasta podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte*. De los términos en que se pronuncia la Ley en este punto, resulta claro y meridiano cuál es el plazo final dentro del cual el deudor puede efectuar la regularización enervando la pretensión (hasta el día mismo de la subasta).

Sin embargo, el precepto en cuestión no aclara a partir de qué momento puede realizarse ésta, es decir, no fija un momento inicial o *dies a quo*. En este aspecto, BERNABEU PEREZ<sup>919</sup> considera que el plazo comienza desde el inicio de la ejecución; no obstante, DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES afirman que lo razonable es entender que la facultad rehabilitadora puede ser ejercitada desde el momento en que por admitirse la demanda ejecutiva, se despacha ejecución, pero no antes<sup>920</sup>. Para estos autores mantener que la rehabilitación puede hacerse desde el momento de la presentación de la demanda ejecutiva no parece adecuado, máxime a la vista del contenido del art. 538.1 LEC que anuda la condición de ejecutante y

---

<sup>918</sup> En este sentido, Auto de la AP de Murcia, sección 3ª, de 13 de septiembre de 2006.

<sup>919</sup> *La rehabilitación de la hipoteca*, Revista Práctica de Tribunales, nº 25, marzo de 2006, pág. 48.

<sup>920</sup> Ob, cit, pág. 164.

ejecutado, respectivamente, a la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha.

La jurisprudencia menor, por su parte, ha llegado a afirmar, incluso, que si con carácter previo al inicio del proceso se notifica la liquidación, con ese trámite ya se ha iniciado la ejecución hipotecaria y, por consiguiente, desde ese instante puede producirse la regularización del art. 693.3 LEC<sup>921</sup>.

En lo que respecta al momento final o *dies ad quem* pocas dudas se plantean, pues el art. 693 LEC señala como último día el señalado para subasta. Quizás, debió hablar mejor de momento de la subasta, dado que en no pocas ocasiones la practica conoce regularizaciones producidas *in extremis*, es decir, hasta minutos antes de celebrarse la subasta. A favor de esta precisión se muestran MONTERO AROCA<sup>922</sup>, MARTIN DIZ<sup>923</sup>, DOMINGUEZ LUELMO Y TORIBIOS FUENTES<sup>924</sup>, quienes consideran que el precepto debió incluir una referencia clara a que la regularización puede hacerse incluso el mismo día de la subasta y antes de su inicio, pero nunca cuando la subasta ya se ha iniciado.

---

<sup>921</sup> El Auto 114/2007 de la AP de León, sección 1ª, de 24 de abril declara: "...El art. 693 de la LEC contiene una norma de carácter excepcional cuando la ejecución se dirige contra la vivienda familiar del deudor, en cuyo caso, puede enervar la acción real hipotecaria rehabilitando el préstamo y liberando la finca mediante el abono de las amortizaciones pendientes atrasadas, los intereses y la costas. Se trata de un privilegio, sujeto a las dos condiciones dichas, y se le deniega en tanto que se había producido una rehabilitación del préstamo anteriormente, teniendo en cuenta que dicha rehabilitación no supone que tenga que estar presentada demanda judicial y que si bien quien solicitó la rehabilitación por carta fue su esposo lo cierto es que a ella también se le notificó la liquidación por parte de la entidad financiera para proceder al ejercicio de las acciones judiciales. No cabe precisar, ni pretender, como se hace, una extensión de la interpretación restrictiva que la norma merece en tanto que ley excepcional, para hacerlo aplicable al caso de que el deudor, por la misma motivación que recoge el auto recurro al que nos remitimos. La propia naturaleza de la ejecución hipotecaria, exige específicamente un domicilio del deudor a efectos de las notificaciones en la escritura. Está claro que previene que una vez notificada a dicho domicilio la liquidación practicada, mal se puede hablar de una falta de conocimiento, cuando se designa en escritura pública un domicilio a efectos de notificaciones, sobre todo en asuntos cuyo incumplimiento genera unas consecuencias tan fatales. Tampoco se exige para que pueda considerarse ya realizada una rehabilitación del préstamo, que se haya iniciado una acción judicial, porque el propio trámite previsto en la ejecución hipotecaria, exige unos trámites prejudiciales específicos para instar judicialmente la ejecución hipotecaria, así se prevé la posibilidad de requerimiento de pago extrajudicial (art. 686) sin perjuicio de posterior notificación de la demanda, siendo además perentorio la obtención prejudicial de documentación específica para presentar la demanda ejecutiva hipotecaria, como es la certificación registral de la inscripción y subsistencia de la hipoteca lo que revela, sin lugar a dudas, que si previamente ha sido notificada la liquidación, ya se ha iniciado una ejecución hipotecaria, habiendo los ejecutados hecho uso de la facultad de rehabilitación del crédito, que el art. 693.3 sólo permite una vez..."

<sup>922</sup> Ob, cit, pág. 712

<sup>923</sup> *Propuestas procesales*, ob, cit, pág. 2

<sup>924</sup> Ob, cit, pág. 165. Asimismo, estos autores hacen una puntualización más. A saber, siendo posible también en los procesos de ejecución hipotecaria el uso de otras vías alternativas de realización del bien (convenio de especialización y enajenación por entidad especializada), la matización en este punto viene impuesta por la propia naturaleza de la actividad realizadora; así, cuando se trate de convenio de realización el momento preclusivo será el de su aprobación judicial, mientras que en el caso de la realización por entidad especializada, habrá de estarse al momento en el que se consume la realización.

De otro lado, la LEC señala lo que podríamos denominar un plazo intermedio entre sucesivas regularizaciones al decir que *liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor*. A diferencia de lo que acontecía en la redacción inicial de la LEC que únicamente permitía una sola regularización, por *una sola vez*, según afirmaba entonces, ahora se permiten varias regularizaciones sucesivas, sólo con una condición: que medie entre ellas o, concretamente, entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago cinco años. Ante esta declaración de intenciones hecha por la ley procesal cabe argüir que no se entiende muy bien dicho plazo en la media que podría haber puesto otro superior o inferior. En este punto, DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES consideran que no hay justificación, ni ponderación alguna por parte del legislador, de hecho, aseguran estos autores, que la enmienda que provocó el cambio de redacción del art. 693. 3 en este aspecto sugirió el plazo de los cinco años a título de ejemplo, sin más argumentos. Asimismo, será el decreto que dicte el Secretario judicial poniendo fin al procedimiento, el hito procesal que marcará el momento a partir del cual empezará a computarse este plazo de los cinco años para sucesivas rehabilitaciones.

Por su parte, autores como ACHON BRUÑEN consideran que la previsión normativa anterior debería eliminarse permitiendo la liberación del bien tantas veces cuantas se inicie el procedimiento hipotecario, a menos que se aprecie mala fe en el ejecutado<sup>925</sup>.

c') La consignación.

El efecto enervatorio de la *pretensión ejecutiva hipotecaria*, al margen de los presupuestos ya analizados, requiere fundamentalmente un pago, es decir, la consignación de una serie de cantidades concretas, las que se corresponden con el principal y los intereses vencidos en la fecha de presentación de la demanda. Concretamente, el art. 693.3 alude de forma específica a la *cantidad exacta*<sup>926</sup> *que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados*

---

<sup>925</sup> *Soluciones para la mejora del procedimiento...*ob, cit, págs. 10 y 11

<sup>926</sup> Sentencia 480/2003, sección 3ª, de la AP de Granada, de 31 de mayo.

*en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.*

Este es el requisito principal de cuanto antecede, el pago o consignación judicial de las cantidades mencionadas. Tal y como establece el art. 693.3 LEC la única actividad idónea para producir el efecto enervatorio es la consignación en sede judicial<sup>927</sup>; dicha consignación se producirá mediante el ingreso de las cantidades en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado, sin perjuicio de aquellos casos, que no son pocos, en los que la consignación tiene lugar extrajudicialmente con su imprescindible reflejo procesal, pues de no tenerlo, sería inocua a los efectos de generar el pretendido efecto liberatorio<sup>928</sup>.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas legalmente, se tasaran las costas, que se calcularan sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos y, una vez satisfechas éstas, el Secretario Judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

Aunque hay autores que tratan de separar nítidamente la regulación contenida en el art. 22 de la LEC respecto de la que supone el art. 693.3, también puede entenderse que lo dispuesto en el último precepto citado no es más que una simple modalización del primero en el seno del proceso de ejecución hipotecaria y, en definitiva, una ejemplo claro de satisfacción extraprocesal. Así lo reconoce, entre otros, el Auto 32/2005 de la AP de Murcia, sección 3ª, de 28 de marzo, que otorga plena validez a la consignación efectuada extrajudicialmente, al tiempo que la conecta con el principio de justicia rogada en perfecta consonancia con los arts. 22 y 693 de la LEC<sup>929</sup>. Sin embargo, el Auto 107/2007 de la AP de las Palmas, Sección 4ª, de 27 de junio, afirma en el supuesto de autos, que el juzgado *a quo* no debió dar por terminado

---

<sup>927</sup> Para DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIO FUENTES llama en seguida la atención que para la liberación del bien hipotecado única y exclusivamente quepa la consignación judicial, sin que se admita la extrajudicial, Tal y como se regula la consignación en el art. 693.3, el deudor ha de proceder a ingresar en la cuenta de depósitos y consignaciones las sumas especificadas en la norma, sin que en principio parezca admisible que se dirija directamente al acreedor, ni que se limite a poner a disposición de éste las cantidades en cuestión. No obstante, para estos autores, tal interpretación es muy rigorista y no hay obstáculo alguno para entender que el acreedor puede dirigirse directamente al acreedor para intentar un pago extrajudicial, obteniendo la regularización del préstamo y, en consecuencia, la liberación del bien. Ob, cit, págs. 168 y 169.

<sup>928</sup> No obstante, el Auto 168/2010 de la AP de Murcia, Sección 1ª, de 28 de mayo afirma que el derecho regulado en el art. 693.3 sólo puede ser ejercitado en la vía procesal articulada al efecto (la consignación judicial) y es independiente de la voluntad del acreedor. La consecuencia jurídica es que el deudor pierde el derecho a rehabilitar nuevamente el crédito en sede judicial..."

<sup>929</sup> Según dicha resolución judicial, habiéndose producido la satisfacción extraprocesalmente, esto es, al margen del proceso, ninguna actuación cabía realizar fuera de la declaración de terminación del mismo

el procedimiento por satisfacción extraprocésal con base en lo dispuesto en el art. 22.1, sino esperar a que se tasaran las costas, tal y como exige el art. 693.3 LEC<sup>930</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que la consignación verificada, incluso extrajudicialmente, genera el fin del procedimiento judicial hipotecario y la rehabilitación del préstamo<sup>931</sup>.

b) Oposición del ejecutado: artículo 695 LEC.

Una de las características más importantes del proceso de ejecución hipotecaria, si no la más relevante, es la extraordinaria limitación que experimentan los medios de defensa del deudor ejecutado<sup>932</sup>. Tanto es así, que un sector de la doctrina ha proclamado que la defensa por parte del deudor es prácticamente inexistente situándose en una suerte de permanente indefensión que bien podría hacer temblar la mantenida constitucionalidad del proceso. La polémica en este sentido no solo continua sino que se acrecienta por efecto de la crisis económica; buena muestra de ello son diversas resoluciones judiciales que han denunciado recientemente la existencia de indefensión del ejecutado con fundamento precisamente en la ausencia

---

<sup>930</sup> En el mismo sentido, el Auto 34/2005 de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 14 de marzo, alega que el procedimiento únicamente debe terminar con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, lo que incluye el abono de las costas causadas y mientras esto no tenga lugar, no cabe la declaración de terminación ni la cancelación de la nota de expedición de certificación de cargas, máxime si se considera que en la ejecución hipotecaria, el derecho real de garantía se extiende tanto al capital y a los intereses como a las costas y gastos que de las actuaciones judiciales se derivan.

<sup>931</sup> Así lo reconoce, entre otros, el Auto 226/2006 de la AP de Barcelona, Sección 12ª de 16 de octubre.

<sup>932</sup> El art. 695 LEC estipula: "Oposición a la ejecución. 1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: 1ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía. 2ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante. No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad. 3ª En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral. 2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día. 3. El auto que estime la oposición basada en las causas 1 y 3 del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2 fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución. 4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno".

de verdaderos motivos de oposición por razones de fondo en el seno del proceso de ejecución hipotecaria. Si el deudor quiere plantear cualquier motivo que no esté previsto específicamente en el art. 695 LEC, debe remitirse a un juicio declarativo ordinario, lo que no parece acomodarse en estos momentos a criterios de justicia material. Máximo exponente procesal de esto último es la cuestión prejudicial C-415/11 formulada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, que ha trasladado al Tribunal de Justicia serias dudas sobre el proceso de ejecución hipotecaria español al no permitir al deudor examinar el contenido y circunstancias de los contratos de modo más eficaz<sup>933</sup>.

Ello no obstante, frente a los autores que sostienen la presencia de una indefensión constante, también los hay que niegan que el deudor se encuentre indefenso y justifican la limitación de los motivos de oposición del art. 695 LEC en la propia naturaleza jurídica del proceso como verdadero proceso sumario especial.

Entre estos últimos, MARTIN DIZ quizás es uno de los autores más contundentes; para este autor con el sistema actual no hay quiebra constitucional alguna y resultaría contradictorio con la pura esencia del proceso ejecutivo hipotecario que existiera un trámite real de intervención antagónica de las partes. A su juicio, el hecho de que este procedimiento carezca de un momento procedimental real de causas de oposición no es inconstitucional. Incluso, aprobada la Ley 1/2000 reconoció el susto inicial que le provocó leer un artículo de la LEC rotulado como *oposición a la ejecución*, pues desde su punto de vista, en un proceso como el que nos ocupa no debe haber un trámite de alegaciones sobre el fondo del asunto, es más, este autor se congratula al comprobar

---

<sup>933</sup> Para FERNANDEZ SEIJO no cabe duda de que el sistema hipotecario español y la tutela del crédito han permitido durante décadas que cientos de miles de ciudadanos accedan en condiciones ventajosas a la propiedad de las viviendas; era importante una ejecución hipotecaria eficaz para facilitar el acceso al crédito, deslindar claramente el negocio jurídico del préstamo con la garantía que se ofrece. Partiendo de estas bases, lo cierto es que en los últimos años, como consecuencia de la crisis económica, alguna de las premisas sobre las que se asentaba el sistema se ha visto claramente debilitada ya que el valor de los inmuebles, tradicionalmente en alza, se ha derrumbado en apenas cuatro años, por lo tanto, las expectativas de que el valor del bien cubra la totalidad del crédito se están diluyendo (...). Sobre estos datos es razonable cuestionar si procesos hasta ahora automatizados pueden haber perdido su sentido en el marco de las garantías constitucionales (...). En este contexto jurídico, la cuestión prejudicial C-415/11 traslada al tribunal dudas de sencilla exposición, la primera de ellas y principal, si tiene sentido obligar una de las partes a plantear una posible revisión de fondo del contrato de préstamo a un procedimiento declarativo que necesariamente se ha de interponer y tramitar una vez el demandante, deudor de la ejecución, ha sido desalojado de su inmueble; se produce la paradoja de que declarada la nulidad de partes sustanciales del préstamo las posibilidades de reparación efectiva del deudor se reducen sensiblemente puesto que difícilmente podrá recuperar la posesión del inmueble.... *Cuestión prejudicial sobre el sistema de ejecución hipotecario español*. Revista Mún Juridic, nº 272, noviembre de 2012, págs. 12 y 13.

que en realidad no lo hay, pues lo que la Ley denomina oposición no deja de ser una simple suspensión disimulada<sup>934</sup>

Concretamente, como se ha dejado apuntado, el art. 695 LEC regula la oposición en el proceso de ejecución hipotecaria. Es una oposición limitada, dado que el precepto contiene en realidad dos causas para la ejecución hipotecaria de bienes inmuebles, que, además, son distintas de las causas de suspensión previstas en los arts. 696 (tercerías de dominio) y 697 LEC (prejudicialidad)<sup>935</sup> Asimismo, la gravedad de la limitación se eleva exponencialmente por su propia configuración legal, pues las causas previstas resultan muy difíciles de aplicar en la práctica, tal y como se verá.

En efecto, el sistema de oposición se caracteriza esencialmente por la limitación de causas (únicamente dos)<sup>936</sup> y por la simplicidad de la tramitación.

---

<sup>934</sup> Este autor afirma: "...se trata de un calmante que se administra a aquellos más beligerantes con la ausencia de oposición en la ejecución judicial de la garantía hipotecaria, pero en realidad lo que se ha hecho, han sido unas operaciones de maquillaje, para que el enfermo tenga mejor color pero con los mismos achaques, desgajando las dos últimas causas de oposición del antiguo texto del art. 132 LH hacia esta encubierta oposición pero con una tramitación y resultados procesales idénticos a los vigentes. Este era el espejismo que presenta la nueva LEC (....) cuando creíamos ver una oposición en toda regla, y antinatural todo sea dicho, en el procedimiento de ejecución judicial hipotecaria al llegar a ese punto no se trataba más que de una suspensión disimulada". *La ejecución de la garantía...* ob, cit, pág. 366.

<sup>935</sup> En este sentido CORDON MORENO recuerda que la regulación de la oposición del ejecutado al fondo de la ejecución parte del anterior art. 132 LH, que no hablaba de oposición, sino de *suspensión del procedimiento* y, con mejor técnica jurídica, se limita a recoger las dos causas de oposición en sentido estricto que en él se contenían, trasladando a preceptos independientes las tercerías de dominio y la prejudicialidad penal, que son, éstas sí, causas de suspensión. *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*. Coord. Salas Carceller A, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 782.

<sup>936</sup> El carácter tasado de las causas de oposición ha sido reconocido insistentemente por la Jurisprudencia menor; baste citar, entre otros: Auto de la AP de Barcelona, sección 19ª, de 24 de abril; Auto de la AP de Asturias, sección 1ª, de 30 de noviembre de 2006; Sentencia de la AP de Coruña, sección 4ª, de 24 de abril de 2006 y de Palencia, sección 1ª, de 10 de junio de 2005; Auto de la AP de Sevilla, sección 5ª, de 30 de octubre de 2003. Sobre la interpretación restrictiva de los motivos de oposición, Auto de la AP de Sevilla, sección 5ª, de 11 de octubre de 2003. En ese mismo sentido, la DGRN en Resolución de 13 de febrero de 2004 declara: ".se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados, (...) mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución". Concretamente, por poner un ejemplo últimamente muy en boga por sus efectos mediáticos, no puede alegarse en sede de oposición, la existencia de cláusulas abusivas en el contrato; a esto último alude el Auto de la AP de Barcelona de 4 de marzo de 2009 cuando declara: "...es por ello que las causas de oposición a la ejecución tan solo pueden venir amparadas si se encuentran bajo alguno de los taxativos supuestos legales enumerados en el art. 695.1 y más concretamente bajo el apartado primero: extinción de la garantía u obligación garantizada, o el apartado segundo: error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado; en cuyo caso deberá acompañar el ejecutado su ejemplar de la libreta. Cualquier otra reclamación que formule ya sea el deudor, ya el tercer poseedor o cualquier interesado no comprendida en los arts. 695 a 697, inclusive las que versen sobre la nulidad del título o vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda deberá ventilarse en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento". No obstante, aunque la mayor parte de la doctrina jurisprudencial se muestra en la línea apuntada, puede encontrarse también alguna resolución judicial (aislada) que preconiza lo contrario; así, Auto de la AP de Murcia de 8 de septiembre de 2009 sostiene que la aplicación de los arts. 695 y 698 no puede impedir que cuando se solicita el amparo al hilo de lo dispuesto en la Ley General de Consumidores para determinar el carácter abusivo de una cláusula, ello ha de ser examinado, dado el carácter imperativo de dicha legislación.



Para CORDON MORENO estas dos peculiaridades responden a la discutible protección que se quiere dar a la hipoteca con la finalidad de favorecer la fluidez del crédito territorial, lo que se traduce en la configuración de un proceso abreviado de ejecución caracterizado por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de la posibilidad de contenerla mediante excepciones; falta la controversia entre las partes y la reducción al máximo de la intervención tanto del deudor como de terceros es evidente en un proceso como éste<sup>937</sup>.

Al contrario de lo que acontece actualmente, dado que se cuestiona con más intensidad la constitucionalidad del sistema precisamente por la ausencia de controversia, el Tribunal Constitucional ha mantenido su validez tradicionalmente, alegando que al deudor siempre le queda la vía del declarativo ordinario para promover en su seno todas las cuestiones que considere oportunas en el ejercicio de su derecho de defensa<sup>938</sup>. Habrá que esperar a que el Tribunal de Justicia de la UE se pronuncie respecto de la cuestión prejudicial C-415/11 para comprobar si el TC sigue manteniendo la misma postura ante las dudas más que razonables que genera nuestro sistema de ejecución; todo apunta, que reconvendrá la necesidad de una

---

<sup>937</sup> *Ejecución hipotecaria. Solución...*ob, cit, págs. 782 y 783.

<sup>938</sup> La STC 69/1995, de 9 de mayo afirma en su Fundamento jurídico Tercero, refiriéndose al antiguo procedimiento regulado en el art. 131 LH: "...el llamado procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH es un proceso especial de ejecución dirigido a la realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición y, que se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de defensa; se trata de un procedimiento que excluye la controversia entre las partes y reduce al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados al correspondiente juicio declarativo. Es, precisamente, esta posibilidad que queda abierta a todos los interesados de acudir a la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos la que ha llevado a éste tribunal a declarar que la regulación legal de los arts. 131 y 132 LH no vulnera el derecho de defensa reconocido en el art. 24.1 CE (STC 41/1981, luego reiterada, entre otras, en las SSTC 64/1985, 8/1991, 6/1992, 217/1993 y 21/1995. Por otra parte, la sumisión del deudor al proceso de ejecución hipotecaria que deriva del carácter voluntario del título que abre la ejecución (art. 130 LH), y la naturaleza real del derecho de garantía de la hipoteca determinan que la presentación de la demanda con los documentos preceptivos y el requerimiento de pago al deudor, así como la notificación, en su caso, de la existencia del procedimiento a los terceros poseedores, acreedores y titulares de derechos reales limitados sobre la finca gravada, sean suficientes para iniciar la fase de apremio o de realización de valor, sin que se reconozca al deudor y a los demás interesados más legitimación e intervención en el procedimiento que va dirigida a evitar la enajenación forzosa de la finca gravada mediante el pago de la cantidad reclamada, o a permitir su participación en las subastas. Sin embargo, este designio del legislador de impedir a toda costa la suspensión o paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria, excluyendo de su seno el planteamiento de incidentes o la formulación de oposiciones que no sean las previstas en el artículo 132 LH, y que halla su justificación en la potenciación y efectividad del crédito territorial al que sirve la garantía que presta el derecho real de hipoteca, debe compatibilizarse con la exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE. En este sentido, este Tribunal ya señaló en la STC 6/1992 que, si bien la posibilidad abierta a los interesados de acudir al oportuno proceso declarativo para la defensa de sus derechos que prevé el artículo 132 de la LH, permite declarar la constitucionalidad del denominado procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, "de esta afirmación no puede deducirse que constituya jurisprudencia firme la de que todo tercero ajeno al procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH se vea inerte ante el mismo, caso de ser afectado como tercero, y garantizado en todo caso en su derecho a la tutela judicial, dada la oportunidad de ejercer el juicio declarativo correspondiente que le reconoce la ley, ya que ésta conclusión podría ser cierta en determinados casos, pero no en todos, dependiendo ello de las circunstancias, que no son siempre las mismas".

reforma legal profunda en nuestra normativa que, hoy por hoy, lo cierto es que vive bajo sospecha.

En todo caso, mientras el cambio legal se produce o no, éstas son las únicas causas que puede oponer el deudor por razones de fondo, contempladas en el citado art. 695 LEC<sup>939</sup>; cualquier otra no será admisible por resultar contraria a la regulación específica de la ejecución hipotecaria, ni siquiera las previstas en la ejecución ordinaria<sup>940</sup>, a salvo la posibilidad de poder impugnar las infracciones legales que se produzcan en el curso de la ejecución, según lo dispuesto en el art. 562 LEC.

a) Extinción de la garantía o de la obligación garantizada.

DIEZ-PICAZO observa que el art. 695 al aludir a la extinción tanto de la garantía como de la obligación garantizada, en contra de lo que hacía el antiguo art. 132 LH que únicamente se refería a la extinción de la garantía, acierta, pues resultaba absurdo que la ejecución siguiera adelante cuando podía probarse indiscutiblemente, mediante la presentación de la escritura pública de carta de pago, que la obligación estaba extinguida, aunque no se hubiese cancelado la garantía<sup>941</sup>.

Dicha extinción, según la dicción literal del art. 695 deberá acreditarse mediante certificación del Registro expresiva de la cancelación de la garantía o escritura pública de carta de pago en que conste la misma. Es decir, no es suficiente con que el ejecutado alegue la referida extinción sino que la misma requiere apoyo documental, si bien parece tratarse de un apoyo documental explícito, pues el art. 695 alude a la certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca y, a la escritura

---

<sup>939</sup> Tal y como pone de manifiesto DOMENECH el art. 695 no realiza una regulación novedosa y exhaustiva de los motivos de oposición, sino que se limita a regular en forma de *numerus clausus* dos motivos concretos para la ejecución hipotecaria sobre bien inmueble, siendo básicamente una copia de los motivos de suspensión regulados en el antiguo art. 132 LH. El matiz lo pone la vigente LEC al separar lo que denomina motivos de oposición en el art. 695 y motivos de suspensión en los arts. 696 y 697 que bajo la anterior regulación se englobaban en un mismo precepto, el 132 LH y tenían el mismo tratamiento. *La ejecución hipotecaria*, ob, cit, págs. 402 y 403.

<sup>940</sup> La Sentencia de la AP de Zamora, sección 1ª, de 30 de julio de 2004, declara: "...no les son aplicables las causas de oposición del proceso común u ordinario desde el momento en que existe una norma propia en el artículo 695, norma especial que atiende tanto a las causas de oposición como al procedimiento de las mismas, son tasadas, pues el indicado artículo comienza diciendo que en estos procedimientos sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas..." En el mismo sentido, Auto de la AP de Madrid, sección 21ª, de 26 de septiembre de 2006.

<sup>941</sup> *Comentario a los artículos 695 a 698 LEC*, en *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, (VV.AA), Civitas, Madrid, 2001, pág.1176. Por su parte, MONTERO AROCA precisa que ésta causa de oposición es la que podemos denominar general, pues las otras dos causas son especiales al referirse a hipotecas específicas. A esta causa general, este autor imputa directamente la cualidad de implicar vulneración del derecho de defensa y con ello, del art. 24.1 CE.

pública de carta de pago o de cancelación de la garantía<sup>942</sup>. Aunque el precepto apunta también una limitación en cuanto a los medios probatorios, CORDON considera que la exigencia documental debe entenderse de forma flexible de manera que para poder admitir la causa de oposición bastará con la aportación de cualquier documento público que acredite el pago, sin que sea preciso una escritura pública. También la Jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de admitir la oposición basada en otros documentos<sup>943</sup>

Por el contrario, GUTIERREZ ALONSO recuerda que cabe la posibilidad de que se haya otorgado la carta de pago pero que no se haya efectuado la cancelación registral de la hipoteca, lo cual será suficiente para oponerse a la ejecución si bien será preciso que el medio de prueba consista en todo caso en una escritura pública de carta de pago. Si se pretende discutir la extinción de la obligación garantizada con otro medio probatorio que no sea esta escritura, deberá acudir al procedimiento declarativo correspondiente de conformidad con el art. 698 LEC<sup>944</sup>.

---

<sup>942</sup> Sobre la necesidad de prueba documental, Auto de la AP de Almería, sección 3ª, de 6 de julio de 2004 y Auto de la AP de Zaragoza, sección 4ª, de 14 de noviembre de 2005.

<sup>943</sup> Así, la Sentencia de la AP de Cáceres de 22 de mayo de 1995 admitió como documento válido de prueba una sentencia firme por la que se declaraba cancelada una hipoteca por el pago de la deuda asegurada. Según esta Sentencia: "...si bien es cierto que no es esa escritura de cancelación la que aporta la parte demandada sí lo es un documento que la sustituye íntegramente con todas las garantías legales como es una sentencia donde se declara cancelada esa hipoteca por el pago de la deuda que aseguraba, sentencia que es firme conforme consta en autos y donde fueron parte los hoy actores al demandarse a todos los tenedores reconocidos o no de las cédulas hipotecarias que hoy pretenden ejecutarse, y decimos que este título sustituye íntegramente a esa escritura porque si el acreedor no ha consentido su otorgamiento o por cualquier otra circunstancia no se ha podido efectuar, es claro que el único remedio legal con el que contaban los deudores hipotecarios que han saldado el débito es acudir al Juzgado para que el mismo supla esa dificultad o negativa, y si a juicio del órgano judicial estaban debidamente acreditados los hechos extintivos de esa deuda así lo declaró, y siendo firme la sentencia la misma afecta a todos los tenedores de esos títulos y equivale a esa escritura de cancelación de la hipoteca que recoge el nº 3 del art. 132..." Ello no obstante, no puede dejar de reconocerse que normalmente no es así, por ello, MONTERO AROCA afirma que el afán de proteger los derechos del acreedor hipotecario, usualmente, un banco o antigua caja, ha llegado hasta el extremo de destruir la coherencia del sistema jurídico. A la hipoteca se le concede más fuerza ejecutiva que a una sentencia firme, para lo que no puede encontrarse razón alguna que lo justifique objetivamente. A estas alturas de los tiempos difícilmente puede seguir sosteniéndose que la difusión del crédito territorial justifica un privilegio tan exorbitante. *La ejecución de la hipoteca...* ob, cit, págs. 1227 y 1228.

Frente a una posición flexible a la hora de probar la cancelación, la Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2004 ha declarado que una simple certificación de cancelación económica emitida por la entidad acreedora no es suficiente para cancelar la hipoteca. Según la citada Resolución: "...aun cuando el préstamo está cancelado económicamente como se acredita con la certificación que se acompaña, una cosa es el préstamo y otra la hipoteca que se constituyó en su día en garantía de dicho préstamo y para cancelar la hipoteca, en el caso que nos ocupa, es necesario la presentación de escritura pública en la que preste su consentimiento el titular de dicho préstamo, pues no es aplicable al caso lo establecido en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, párrafo quinto..."

<sup>944</sup> Este autor cita como ejemplo los casos en los que se opone el ejecutado alegando la existencia de un seguro que debe cubrir el pago de las cuotas por haber sobrevenido el riesgo asegurado ya que en este supuesto los medios de prueba y la controversia es mucho más compleja por lo que no es posible admitir esta argumentación como causa de oposición. (Auto de la AP de Sevilla, sección 6ª, de 26 de marzo de 2009).

No obstante, tratándose de la cancelación de la garantía hipotecaria, hay que decir que puede apreciarse de oficio por el tribunal sin tener que esperar a su alegación formal como motivo de oposición con base en el art. 695 LEC. Si de la oportuna certificación de dominio y cargas que debe expedirse en el procedimiento resulta que la garantía ya se ha cancelado, el órgano judicial pondrá fin a la ejecución de manera inmediata<sup>945</sup>, tal y como determina el art. 688.3 LEC<sup>946</sup>. Pese a todo, HERBOSA puntualiza que la oposición por extinción de la garantía basada en la certificación del Registro podría entrar en juego en el caso de que al examinar la certificación aportada al proceso, el tribunal no reparase en que la hipoteca que dio lugar a la ejecución se hallaba cancelada. Este supuesto, bastante improbable en la práctica, será el único en el que cabría alegar la oposición basada en la certificación del Registro, pues una vez extendida la nota marginal expresiva de haberse expedido la certificación de dominio y cargas, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución, en tanto dicha nota no se cancele por mandamiento judicial<sup>947</sup>.

Por otro lado, si no se ha procedido a la cancelación registral de la hipoteca, pero se alega la extinción de la garantía o de la obligación, el documento justificativo será la escritura pública de carta de pago o de cancelación de la hipoteca, que deberá ser objeto de inscripción registral. Para HERBOSA y RIVERA, la literalidad de la ley cuando exige *escritura pública de carta de pago* no debe llevar a entender que la única causa de extinción de la obligación garantizada sea el pago, ya que dicha expresión, a juicio de los autores citados, sólo exige que el acreedor haya otorgado carta de pago, esto es, se haya dado por satisfecho de su crédito en escritura pública, por pago o por cualquier otra causa extintiva de la obligación<sup>948</sup>. Por tanto, HERBOSA concluye que pese a lo limitado de las causas de oposición contempladas en la LEC debe entenderse incluida en el art. 695 la extinción de la obligación que se acredite mediante cualquier documento que sustituya con todas las garantías legales, la escritura pública de carta de pago otorgada por el acreedor.

MONTERO AROCA, por su parte, apunta que la causa de oposición consistente en la extinción de la obligación garantizada queda sin contenido cuando se añade que

---

<sup>945</sup> Así lo pone de manifiesto el Auto de la AP de Barcelona, sección 19ª, de 24 de abril de 2007. Si de la información del registro se desprende que la garantía ha sido cancelada, el proceso no tiene razón de ser por inexistencia de su objeto (Sentencia de la AP de Girona, sección 2ª, de 14 de julio de 2003).

<sup>946</sup> “Si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o no ha sido cancelada, el Secretario Judicial dictará decreto poniendo fin a la ejecución”.

<sup>947</sup> Ob, cit, pág. 407.

<sup>948</sup> HERBOSA (ob, cit, pág. 410), RIVERA (Ob, cit, pág. 526).

para su admisión se precisa acompañar la escritura pública de carta de pago. El legislador, recuerda este autor, ha querido evitar la presunta indefensión del deudor al añadir a la extinción de la garantía, la propia de la obligación garantizada, sin embargo, dados los términos en que lo hace, tampoco suma posibilidades de defensa para el ejecutado. Con esta redacción literal el legislador desconoce una realidad en la que cuando se paga la obligación garantizada, el banco acreedor, por medio de su apoderado comparece ante el Notario y otorga en una misma escritura carta de pago de la obligación y cancelación de la hipoteca, pero es absurdo pensar que pudieran existir dos escrituras públicas, una relativa a la carta de pago de la obligación y otra atinente a la cancelación de la hipoteca. Esto no ocurre, dice MONTERO, ni ocurrirá porque es algo contrario a la lógica y a la realidad fiscal<sup>949</sup>.

Por último, RAMON CHORNET indica que la alegación de este motivo de oposición concreto no es habitual, pues responderá normalmente a un error de la entidad ejecutante y en los casos excepcionales en que se produzca este supuesto ni siquiera hará falta, por lo general, que el deudor acuda al Juez a formular la oposición, porque basta que ponga el hecho en conocimiento de la entidad prestamista para que ella misma se encargue inmediatamente de paralizar y dar por terminado el procedimiento.<sup>950</sup>

b') Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea la que arroje el saldo de una cuenta entre ejecutante y ejecutado.

El art. 695.1.2ª LEC se refiere a lo que podría denominarse *pluspetición*. Para que pueda admitirse este motivo de oposición se requiere que el ejecutado acompañe copia de la libreta y que no coincida el saldo resultante de su libreta con el adjuntado por el acreedor en la demanda ejecutiva<sup>951</sup>. Ahora bien, no será necesario acompañar la libreta, según el tenor literal del art. 695, cuando el deudor y la entidad hubiesen convenido que la cantidad exigible sería la resultante de la certificación aportada por

---

<sup>949</sup> Este autor continúa su alegado afirmando que el legislador ha incurrido en un sofisma y puede decirse que en el proceso especial de ejecución hipotecaria el derecho accesorio de hipoteca se ha convertido en un derecho autónomo, privándosele al deudor de cualquier alegación relativa a la obligación. Después de todo, y, en particular, después de la LEC 1/2000, puede seguir manteniéndose la existencia de vulneración del art. 24.1 CE. *La Ejecución de la hipoteca...* ob, cit, págs. 1222 a 1225.

<sup>950</sup> *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000*, en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Estudios de derecho judicial, Escuela Judicial, CGPJ, 2000, Pág. 408.

<sup>951</sup> Son dos presupuestos distintos y ambos deben concurrir: Auto de la AP de las Palmas de Gran Canaria, sección 5ª, de 17 de julio de 2006.

la acreedora en la demanda. Como quiera que esto último, suele ser habitual, el motivo de oposición decae de antemano por “voluntad” de las partes.

Por tanto, cuando la hipoteca se constituye como garantía del saldo resultante de una cuenta corriente entre ejecutante y ejecutado es claro que la aportación de los movimientos de la cuenta puede servir para justificar el error en la determinación de la cantidad exigible y esto último es perfectamente extrapolable a cualquier ejecución hipotecaria sobre inmuebles derivada de préstamos con entidades financieras, en las que se pueden aportar los cargos en cuenta que permitan demostrar que se ha incurrido en algún tipo de error en el cálculo de la deuda<sup>952</sup>.

Con todo, el alcance de la *pluspetición* en este proceso queda reducido a estos errores de cálculo o excesos apreciables en comparación con el título, es decir, reclamación de una cantidad superior a la que se recoge en el título, error aritmético en el cálculo, exceso respecto a la cantidad de la cual se debe responder según el título o reclamación de una cantidad inexigible. Por tanto, la pluspetición derivada de pagos que se hayan efectuado quedan fuera del ámbito del trámite de oposición a la ejecución.<sup>953</sup> Asimismo, como quiera que la LEC únicamente alude al *error en la determinación de la cantidad exigible*, inevitablemente hay que preguntarse por los supuestos de falsedad en la determinación de saldos; en este sentido, MONSERRAT afirma que todas las reclamaciones relativas a la falsificación del mismo deberán formularse fuera del proceso de ejecución hipotecaria<sup>954</sup>, no obstante, si a consecuencia de la presunta falsedad se hubiere incoado causa criminal, se podrá suspender el proceso ejecutivo con base en el art. 697 LEC.

La estimación de la oposición planteada por el ejecutado<sup>955</sup> genera efectos distintos en función del motivo concreto alegado. Vaya por delante que la oposición debe formularse por escrito firmado por Abogado y Procurador en el plazo de diez días

---

<sup>952</sup> Posibilidad admitida expresamente en la Sentencia de la AP de Castellón, Sección 3ª, de 29 de abril de 2005 y Sentencia de la AP de Zamora, de 30 de julio de 2004.

<sup>953</sup> El Auto de la AP de Zaragoza, Sección 5ª, de 23 de octubre de 2009, ha negado expresamente la posibilidad de oponer la pluspetición en este procedimiento especial. También, Sentencia de la AP de Alicante, Sección 6ª, de 26 de febrero de 2009, Auto de la AP de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 30 de abril de 2008 y Auto de la AP de Vizcaya, Sección 4ª, de 25 de febrero de 2008.

<sup>954</sup> *Las novedades de la ejecución...* ob, cit, pág. 157.

<sup>955</sup> En su caso, el deudor y/o el hipotecante no deudor o, el tercer poseedor. Empero, algunos autores como RAMON CHORNET (Ob, cit, pág. 431) consideran dudoso que en el caso en que se alegue error en la determinación de la cantidad exigible puedan oponerse a la ejecución el hipotecante y el tercer poseedor, puesto que sólo el deudor dispondrá de los datos necesarios para oponerse

desde la notificación de la ejecución<sup>956</sup>. Por tanto, ha de formularse siempre una vez despachada ejecución y, aunque el art. 695 no fija un plazo concreto para hacerlo, suele aplicarse el de 10 días previsto para la ejecución ordinaria<sup>957</sup>.

Si se puso de manifiesto la cancelación de la garantía o de la obligación y ésta queda acreditada en los términos vistos, el proceso debe concluir. Si se alega error material en la cantidad exigible, se abre una fase de rectificación de la cantidad reclamada, debiendo determinar el juzgador la veracidad de las alegaciones económicas de las partes y a partir de ahí fijar la cantidad por la que debe continuar el procedimiento. En ambos casos el incidente de oposición concluye mediante auto.

Si el auto que resuelve la oposición no estima el motivo alegado, se alzaría la suspensión del procedimiento.

En este punto resulta conveniente resaltar la idea de que ésta es la única fase procesal en la que existe una mínima contradicción entre las partes y una mínima actividad cognoscitiva por parte del juez. Así, MONTERO AROCA define el trámite de oposición como un incidente declarativo intercalado en el proceso ejecutivo que es tan sumario como el proceso mismo, en el sentido de que se limitan las alegaciones del ejecutado y los medios de prueba de que puede disponer. Dicha sumariedad lleva a que el art. 698 LEC disponga que cualquier reclamación del ejecutado, incluso la que verse sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilan en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento. A juicio del autor últimamente citado, con tal declaración se pone de manifiesto el más claro sentido de la sumariedad, pues se produce, primero, una limitación de alegaciones y, luego, una remisión al proceso declarativo plenario que corresponda para las causas que no han podido alegarse en el incidente declarativo intercalado en el proceso de ejecución<sup>958</sup>.

---

<sup>956</sup> Ante el silencio legal al respecto, la doctrina considera aplicable el plazo previsto para la oposición en la ejecución ordinaria (CORDON, HERBOSA, MONTERO AROCA). Sin embargo, RIVERA considera que este plazo de 10 días es lógico para el motivo de pluspetición; no tanto para el de extinción, caso en que podría alegarse en cualquier momento. Por su parte, la Sentencia de la AP de Zamora, Sección 1ª, de 30 de junio de 2004 se remite a la ejecución ordinaria en todas aquellas cuestiones no reguladas específicamente para la hipotecaria

<sup>957</sup> No obstante, algunos autores (OLIVER LOPEZ) defienden que la oposición podrá formularse desde que se admite a trámite la demanda hasta el momento del remate, sin que resulte aplicable el plazo de 10 días general establecido por la ley para la oposición en la ejecución ordinaria. Por su parte, ACHON BRUNEL después de reconocer la imperfección del art. 695 LEC considera reprochable el silencio legal acerca del plazo para oponerse a la ejecución y exige un urgente pronunciamiento por parte del legislador. *Soluciones para la mejora...*ob, cit, pág. 4.

<sup>958</sup> *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria...*ob, cit, pág. 1216.

La tramitación que establece el art. 695 LEC es muy sencilla, extremadamente simple, en palabras de CORDON: presentado el escrito planteándola, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a la partes a una comparecencia ante el tribunal; en dicha comparecencia el Tribunal les prestará audiencia, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente. Si desestima la oposición ordenará que la ejecución suspendida prosiga su curso; si la estima, mandará sobreseer la ejecución, salvo que la oposición se hubiera fundado en la causa segunda (supuestos de hipoteca en garantía de cuentas corrientes), en que fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.

Únicamente los autos que ordenen el sobreseimiento son susceptibles de recurso de apelación. Frente a los demás, no cabrá recurso alguno.

c) Motivos de oposición de índole procesal.

Baste señalar en este punto que si bien la LEC no alude a la opción de plantear motivos de oposición de tipo procesal y los que establece de tipo material son muy limitados, es ésta una opción reconocida por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia en la medida que hacen referencia a la correcta constitución de la litis, exigibilidad aplicable a todo tipo de proceso al margen de cuál sea su naturaleza jurídica. Dicho de otro modo, el hecho de que nos encontremos ante un proceso sumario especial no implica que el órgano judicial no deba vigilar el cumplimiento de los presupuestos procesales así como la regular constitución de la relación procesal. Y el ejecutado puede, asimismo, ponerlos de manifiesto<sup>959</sup>. En este sentido, la Jurisprudencia ha reconocido que, además, sería injusto no permitirlo así, obligando al deudor a incoar un proceso declarativo para poner de manifiesto defectos procesales hallados en otro procedimiento<sup>960</sup>.

En este sentido, un sector de la doctrina (HERBOSA, MONSERRAT, MONTERO AROCA) reconocen que la limitación de las causas de oposición establecida por la ley para el proceso de ejecución hipotecaria se refiere exclusivamente a los motivos de fondo, pero no afecta a la oposición por motivos procesales prevista en el art. 559

---

<sup>959</sup> Sentencia de la AP de Zamora, sección 1ª, de 30 de julio de 2004 y Auto de la AP de Madrid, sección 14ª, de 15 de noviembre de 2006. En contra de lo anterior, no obstante, Auto de la AP de Almería, sección 3ª, de 7 de julio de 2007 Auto de la AP de Sevilla, sección 5ª, de 27 de mayo de 2005 y Auto de la AP de Cádiz, sección 1ª, de 9 de marzo de 2002.

<sup>960</sup> El Auto de la AP de Girona, sección 1ª, de 12 de mayo de 2009 afirma "...sería injusto, que los defectos procesales que puedan darse en un proceso ejecutivo, aunque sea el proceso de ejecución hipotecario o pignoratícia no pudieran ser opuestos en el seno del mismo procedimiento, imponiéndole al deudor la carga de incoar un proceso declarativo sobre ello".



LEC, de manera que el ejecutado podrá oponerse a la ejecución por los defectos procesales previstos en este precepto. Para HERBOSA<sup>961</sup> esta postura puede considerarse acertada, tanto más si se toma en consideración el hecho de que contra el auto que despacha ejecución no cabe recurso alguno; por tanto, debe darse la oportunidad al ejecutado de poner de manifiesto aquellos defectos procesales que el tribunal no haya observado en el momento inicial del proceso. No obstante, esta autora matiza que la posibilidad de oponerse por los motivos procesales establecidos en la LEC para la ejecución forzosa no se limita a los expresamente recogidos en el art. 559, ya que dicho precepto no contempla todos los defectos procesales que pueden ser denunciados por el ejecutado en el caso de que el tribunal no lo haya hecho de oficio<sup>962</sup>.

### 3) Posibilidad de recurrir en el proceso de ejecución hipotecaria.

Ninguno de los preceptos que la LEC dedica al proceso de ejecución sobre bienes inmuebles (arts. 681 a 698) alude expresamente a los recursos que cabe interponer en el seno de este proceso sumario especial. En este contexto, hay que acudir a las normas generales sobre ejecución forzosa en donde se contemplan diferentes medios de impugnación. Concretamente, el art. 552 LEC establece la procedencia del recurso de apelación directo tan solo contra el auto que deniega el despacho de la ejecución, si bien, puede intentarse el recurso de reposición con carácter previo. Asimismo, los arts. 556 a 564 regulan la oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos.

Ello es así toda vez que el legislador ha previsto la circunstancia de que el proceso de ejecución en su conjunto o alguna actividad ejecutiva concreta pueda realizarse ilícitamente o infringiendo la ley o el propio título ejecutivo y ha configurado diferentes medios de impugnación para que el órgano jurisdiccional o el sujeto perjudicado puedan reaccionar contra las ilicitudes y las infracciones que se produzcan en la ejecución forzosa. Empero, tal y como recuerda en este punto MARTIN PASTOR<sup>963</sup>, el propósito del legislador a la hora de regular los recursos en el proceso de ejecución ha sido el de garantizar la eficacia y la celeridad de la actividad ejecutiva, restringiendo para ello los recursos devolutivos en dicho proceso y reforzando, en consecuencia, la confianza en el órgano jurisdiccional de la primera instancia. Sin perjuicio de reconocer

---

<sup>961</sup> Ob, cit, pág. 375.

<sup>962</sup> Ob, cit, pág. 376.

<sup>963</sup> *Los recursos en el proceso civil de ejecución*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 11 a 14.

la necesidad de un cambio legislativo en la materia para aclarar supuestos dudosos acerca de la procedencia o no de recursos, afirma igualmente este autor que el cambio no puede provenir de una interpretación forzada por parte de los tribunales<sup>964</sup>.

Dada la procedencia, por tanto, de recursos en el seno del proceso de ejecución hipotecaria, baste aludir seguidamente a la naturaleza del derecho a recurrir y sus presupuestos más relevantes. Con todo, puede afirmarse que la intención por parte del legislador de garantizar al máximo el derecho de crédito y agilizar si cabe todavía más un proceso ya de por sí demasiado expeditivo, convierte el sistema de recursos en esta ejecución en un remedio insuficiente para proteger los derechos del ejecutado. De ahí, la oportunidad de reconocer el fundamento del denominado *derecho a recurrir*, que es el mismo en el proceso declarativo que en el ejecutivo y, sus presupuestos esenciales.

#### A) El derecho a recurrir.

El denominado *derecho a recurrir* encuentra su fundamento en la idea del posible error padecido por el juez a la hora de dictar su sentencia o resolución y ha de encontrar un justo equilibrio<sup>965</sup> entre, por un lado, la necesidad de dar seguridad jurídica y favorecer el cumplimiento efectivo de las sentencias sin que existan posibilidades indefinidas de aplazamiento en su cumplimiento debido a un complejo y dilatado mecanismo de recursos, y por otro lado, la necesidad de restañar el perjuicio sufrido cuando esa sentencia o resolución fue dictada en base a un error, equivocación o desviación sufrida por el juez que la dictó.

Por tanto, partiendo de la falibilidad humana el ordenamiento ha de disponer mecanismos tendentes a restar los efectos negativos generados por una sentencia dictada con manifiesto error por parte del órgano judicial. Pero la primera cuestión que se preguntan los autores en este campo consiste en clarificar si el derecho a recurrir

---

<sup>964</sup> En este sentido, el Auto de la AP de Madrid, Sección 10ª, de 8 de febrero de 2005 admite que el sistema de recursos en el proceso de ejecución no puede reputarse de modélico, pero lo cierto es que en la ejecución sólo resulta admisible el recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea por la LEC.

<sup>965</sup> “En todo caso, el Poder Legislativo tiene que ser prudente, tomando en cuenta que la multiplicación de los recursos puede originar tales dilaciones que hagan ilusoria la respuesta del juzgador. Hay que tener en cuenta que la proliferación de los recursos permite en su utilización sucesiva alargar el proceso en beneficio del litigante de mala fe. Los polos en que se mueve el legislador son, de una parte, evitar la injusticia de la resolución pero, de otra, promover la seguridad y certeza”. MARTINEZ PEREDA JM, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2001, pág. 557.

forma parte o no del fundamental derecho a la tutela judicial efectiva<sup>966</sup> que consagra nuestra CE en el art. 24, y si tiene el mismo alcance en el proceso civil que en el penal.

Los dos interrogantes planteados podrían resolverse escuetamente con una doble afirmación, es decir, sí forma parte el derecho a recurrir de la tutela judicial efectiva, aunque con matices y, efectivamente, es distinto el alcance que el pretendido derecho al recurso tiene en el proceso penal en comparación con el que pueda presentar en el ámbito civil, por cuanto en el primero se perfila con mayor intensidad. Incluso, dentro del proceso civil, podría afirmarse que no tiene el mismo alcance dentro de un proceso declarativo que en un proceso ejecutivo, pues en éste último, por definición, se limitan los medios de defensa del ejecutado y los recursos procedentes son un tipo de medio defensivo. En este ámbito, sirva señalar como ejemplo que en el proceso de ejecución hipotecaria, contra la resolución más relevante y trascendente que puede dictarse, el auto despachando ejecución, no cabe recurso alguno, lo cual se magnifica todavía más por el hecho de que el trámite de oposición, tal y como se ha visto, no concede al deudor realmente opciones de defensa.

Más concretamente, con respecto al primer interrogante que se anunciaba, se han mantenido doctrinalmente tres posiciones básicas:

- Considerar que el derecho a recurrir, o el más amplio y genérico “derecho a la impugnación” no se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido se pronuncia SAAVEDRA GALLO cuando afirma taxativamente que *el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 CE no incluye el derecho a recurrir las decisiones de los jueces y tribunales*<sup>967</sup>; apunta en la misma dirección

---

<sup>966</sup> Las SSTC 19/1981,100/1987, 115/1990, 164/1991,190/1991, 48/1995 y 267/1993, entre otras, establecen que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta como primera garantía el acceso al correspondiente proceso jurisdiccional, que es un derecho general de libre acceso a los órganos jurisdiccionales, de naturaleza constitucional y, en principio, de ejercicio incondicionado, pero que no garantiza la obtención de una tutela concreta; puede verse satisfecho mediante una resolución de inadmisión o meramente procesal fundada en una causa legalmente establecida; en síntesis, se satisface prioritariamente aunque no exclusivamente, por medio de una resolución fundada en derecho sobre el fondo de la cuestión debatida. Lo anterior con carácter general, y en torno al tema de los recursos, las SSTC 46/1984, 110/1985, 20/1991172/1993 y 342/1993, argumentan que aunque, con rigor no puede argüirse que no existe un derecho incondicionado a la doble instancia en el proceso civil, pues, con ser cierta, en abstracto, esta afirmación, también lo es que la tutela judicial es un derecho de prestación, cuya efectividad necesita de la mediación de la Ley, y por ello, si bien la Constitución no garantiza clase alguna de recurso judicial, si ampara el acceso a los recursos legalmente previstos... y siendo así que el acceso a los recursos legalmente previstos sí forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, siempre que se cumplan y respeten los presupuestos, requisitos y límites que la propia ley establezca, cuya observancia corresponde controlar a los órganos judiciales competentes en el ejercicio de la exclusiva potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 CE. A las anteriores se remite para la resolución del caso planteado, el Auto de la AP de Madrid núm. 160/2004(Sección 1ª), de 21 de junio).

<sup>967</sup> *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo II, Lex Nova, 2000, pág. 2246.*

MONTERO AROCA<sup>968</sup> que considera que en el proceso civil el derecho al recurso no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, de manera que ésta no impone al legislador ordinario una regulación de ese proceso estableciendo recurso. Profundizando en este argumento, el autor últimamente citado, considera que la conveniencia de que el perjudicado por una resolución judicial pueda pedir un segundo examen de lo decidido, no se ha elevado a elemento integrante de la tutela judicial efectiva, por lo que queda a la discrecionalidad política del legislador el prever o no recursos en el proceso.

- Se ha mantenido<sup>969</sup>, de otro lado, que sí forma parte, indudablemente, de tal derecho fundamental pues la gran manifestación de éste último, cual es el la de obtener una resolución jurídicamente fundada y justa, enlaza directamente con el recurso como medio o instrumento para garantizar que la resolución dada por los órganos judiciales al litigar sea, en la medida de lo posible, la procedente.

- Por último, existe una postura ecléctica que es la que ha defendido, prácticamente desde sus inicios, el propio Tribunal Constitucional al advertir en Sentencia de 12 de noviembre de 1987 que el contenido del derecho a los recursos debe ser delimitado por el legislador, siempre respetando el texto de la Constitución, matizándose, asimismo, que cuando el legislador impone un recurso en concreto el acceso al mismo forma parte de la tutela judicial efectiva de suerte que una decisión judicial de inadmisión solo será constitucionalmente válida si tiene apoyatura legal, debiendo la norma en cuestión interpretarse en todo momento en el sentido más favorable al derecho fundamental al recurso. Esto nos lleva a considerar en línea con lo apuntado por el Alto Tribunal que nos encontramos ante un derecho de configuración legal<sup>970</sup>. Es el legislador el que va a establecer sus pautas y límites, si cabe o no recurso, y en el supuesto de que así sea, cual será ese recurso. Lo ha declarado expresamente el TC en Sentencia 17/1983, de 11 de marzo al afirmar textualmente lo que sigue: *“corresponde a la libertad conformadora del legislador establecer el sistema de recursos que estime conveniente”*<sup>971</sup>.

---

<sup>968</sup> MONTERO AROCA, J, *Derecho Jurisdiccional...* ob, cit, pág. 398 y 399

<sup>969</sup> VILLAVARDE FERREIRO, J, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Dykinson, 2000, pág. 442.

<sup>970</sup> Lo que significa que si la ley en un caso concreto contempla la opción de interponer recurso, entonces sí forma parte de la tutela judicial efectiva, o dicho de otro modo, en palabras del propio TC, *la denegación de un recurso legalmente establecido, hecha en forma arbitraria, puede constituir una violación de las garantías procesales constitucionalizadas*. Así ha tenido ocasión de confirmarlo el ATC de 24 de abril de 1981; por su parte, la STC 54/1984, de 4 de mayo alega que *el derecho al proceso incluye el derecho al recurso, entendiéndose por tal no cualquier recurso doctrinalmente aconsejable o hipotéticamente conveniente o deseable, sino aquel que las normas vigentes en el ordenamiento hayan establecido*.

<sup>971</sup> Apuntando en la misma dirección, el Auto del TC 160/1985, de 6 de marzo.

Por su parte, y en esta misma línea argumentativa GIMENO SENDRA<sup>972</sup>, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional afirma que el *derecho fundamental a los recursos se encuentra implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, como un derecho de configuración legal en el sentido de que el Poder Legislativo es dueño de determinar, tanto el número e índole de los recursos, como los requisitos que, en un recurso concreto, determinan su admisibilidad, por lo que su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, cuya concurrencia debe ser valorada en exclusiva por el órgano judicial, quedando el sistema de recursos incorporado al derecho a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales*<sup>973</sup>, de tal modo que el derecho de acceso a los recursos contra resoluciones judiciales en el proceso civil no nace “ex constitucione”, como el acceso a la jurisdicción, sino de lo que en cada momento hayan dispuesto las leyes procesales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo, en el proceso penal<sup>974</sup>.

En el orden jurisdiccional civil, el TC ha declarado que el derecho a recurrir no tiene su fundamento en ningún precepto constitucional, ni forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, como tampoco se deriva del art. 24 CE obligación alguna para el legislador de articular recursos, de manera que éste tiene plena libertad para configurar el proceso civil con o sin recursos, ahora bien, si los establece no podrá hacerlo en contra de los principios constitucionales y una vez instituidos en la ley procesal, los requisitos para su admisión deberán ser interpretados de modo favorable a su procedencia<sup>975</sup>.

---

<sup>972</sup> *Derecho Procesal civil...*ob, cit, Págs. 551 y 552. La última aseveración por parte del TC y a la que alude el autor citado, nos obliga a considerar el distinto alcance que, de hecho, tiene el régimen de recursos cuando del proceso penal se trata, y es que el llamado derecho a los recursos en el proceso penal se encuentra previsto en una norma de ámbito universal como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP) de Nueva York<sup>972</sup>, que en su art. 14.5<sup>972</sup> reconoce que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Al hilo de lo apuntado por este precepto, cabría argumentar que no se traduce en la facultad de interponer un recurso específico, sino cualquier recurso, el que quepa en el caso concreto porque así lo dictamine la ley, con el fin de que, efectivamente, el tribunal superior de turno revise la decisión recurrida y clarifique si ésta se dictó o no con manifiesto error. No comporta, consiguientemente, el derecho a interponer recurso de naturaleza determinada, sino tan solo el que marque la ley para el supuesto concreto.

<sup>973</sup> En términos coincidentes se muestra la STC 160/1996.

<sup>974</sup> Corroboran lo anterior las SSTC 140/1985, 37/1988 y de 9 de enero de 1997, y dentro de la llamada jurisprudencia menor, el Auto de la AP de Madrid núm. 114/2004 (Sección 19ª), de 27 de abril.

<sup>975</sup> FLORS MATIES J, *El proceso civil...*ob, cit, pág. 3420.

De la Jurisprudencia constitucional más reciente podemos extraer conclusiones definitivas en orden a las cuestiones que nos ocupan. De esta forma, la STC núm. 229/1998<sup>976</sup> (Sala Segunda), de 1 de diciembre, (recurso de amparo núm. 191/1995), declara textualmente que *“el acceso a los recursos previstos por la Ley integra el contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 CE, y comprende tanto el derecho a utilizarlos de acuerdo con la ley como el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho...”*. *“Para evitar que se produzca la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE, que se caracteriza, precisamente, por una privación o limitación del derecho de defensa, el derecho constitucional a los recursos no solo garantiza su posible interposición sino que se trata de una garantía efectiva en orden a la tutela judicial, a cuyo fin adquieren una especial trascendencia los actos de comunicación del órgano judicial con las partes , tanto respecto de quienes aún no lo son y hayan de ser emplazados como respecto de aquellos a los que ha de darse traslado de las resoluciones judiciales a los efectos de un posible recurso contra las mismas”*<sup>977</sup>.

Igualmente, la STC núm. 187/2004, de 2 de noviembre, (recurso de amparo núm. 3539/2001), argumenta en sentido positivo que, así es, que este derecho comprende el de acceso a los recursos legalmente establecidos. Y matizando, asimismo, que la trascendencia del recurso es mayor en el orden penal que en los demás<sup>978</sup>, sigue diciendo la sentencia citada *“..el principio pro actione actúa con menor intensidad en los supuestos de acceso al recurso que en los casos de acceso a la jurisdicción (salvo en materia penal), y en tal sentido se viene sosteniendo que es competencia de los órganos judiciales determinar si los recursos reúnen o no los requisitos necesarios para su admisibilidad...Con la finalidad de lograr la máxima efectividad del derecho a la tutela judicial, los Jueces y Tribunales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos y evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE, pero sin que tampoco el criterio antiformalista conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las Leyes que ordenan el proceso y los recursos en*

---

<sup>976</sup> Dictada en un caso en que, en el ámbito penitenciario, se produjo falta de comunicación de la resolución por la que se inadmitía el recurso de apelación formulado con lo que se privó al demandante de amparo del derecho a recurrir en queja contra la misma y en su caso, del derecho de acceso al ulterior recurso de apelación, produciéndose indefensión en contra de lo manifestado por el Art. 24.1 CE.

<sup>977</sup> En el mismo sentido se pronuncian, sin ánimo exhaustivo, las SSTC 170/1996, 274/1993, 78/1988, 154/1987, 145/1986; 39/1995 y 181/1994; 9/1991, 126/1991 y 17/1992.

<sup>978</sup> Reforzando la importancia de los recursos en materia penal, se pronuncia la STC 190/1994, de 20 de junio. Remitiéndose a ésta última, el Auto de la AP de Murcia núm. 83/2004, de 4 de mayo.

*garantía de los derechos de todas las partes.* En sentido coincidente, las SSTC 106/2002, de 6 de mayo y 62/2002, de 11 de marzo.

Por otro lado, y confirmando, una vez más, que el proceso penal debe ser más cauteloso con el derecho de acceso a los recursos como parte esencial de una tutela judicial en verdad efectiva, la STC núm. 11/2004 (Sala segunda), de 9 de febrero (recurso de amparo 615/2002), declara que *“cuando se trata del acceso a un recurso penal de quien resultó condenado en la primera instancia judicial, es más rigurosa la vinculación constitucional del Juez ex art. 24.1 CE en la interpretación de todas las normas de derecho procesal penal de nuestro ordenamiento, siendo de aplicación el principio de interpretación pro actione en virtud de la exigencia constitucional de una doble instancia a favor del reo, entendido como la interdicción de aquellas decisiones o actuaciones judiciales determinantes de la privación de esta garantía esencial que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que tratan de preservar y los intereses que se sacrifican”*. En sentido absolutamente coincidente se pronuncia también la STC 11/2003<sup>979</sup>. Igualmente, la STS 58/2004 (Sala de lo Penal), de 26 de enero (Recurso de casación 473/2003).

Destacar, por último, la naturaleza esencialmente dispositiva del derecho a recurrir, lo que significa que la posibilidad de interponer recurso ante una resolución desfavorable, es, como su propio nombre indica, tan solo eso, una facultad, una opción que tiene el perjudicado sin que la posibilidad de recurrir sea obligatoria para éste. Incluso, y confirmando esta naturaleza dispositiva, existe el camino de una vez interpuesto el recurso pertinente, desistir de su continuación, lo que en el ámbito del proceso civil conecta con el principio dispositivo que lo informa, mientras que en el proceso penal, como ya ha quedado dicho, deberá examinarse el desistimiento de un acusado con mayor profundidad<sup>980</sup>.

---

<sup>979</sup> También, la SAP de Madrid núm. 225/2004 (Sección 3ª), de 19 de mayo (recurso de apelación 243/2004), que con cita expresa de la Jurisprudencia del TC confirma que, efectivamente, una cosa es el derecho de acceso a la jurisdicción, derivado de la propia Constitución, del derecho de acceso a los recursos, que deriva de la ley procesal, de manera que la aplicación del principio interpretativo pro actione no tiene igual intensidad en ambos ámbitos, y no es posible imponer una concreta interpretación de la norma que permita el acceso al recurso, salvo, claro está, en el caso de que quien recurra sea el acusado condenado en la instancia, en que es obligatoria su existencia.

<sup>980</sup> Precisamente en este punto, la STC 228/1991 contempla la posibilidad de que un tribunal no acepte el desistimiento formulado por una parte, considerando que este hecho no implica violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Alega, asimismo, que el desistimiento no adquiere eficacia procesal en cuanto acto de la parte, sino en cuanto acto judicial y que el escrito presentado por una de las partes manifestando su desistimiento no pone fin al proceso, habiéndose de aguardar hasta la emisión de la correspondiente resolución judicial que, aceptándolo, ponga fin a la tramitación. Es más, el órgano judicial no se encuentra vinculado por la pretensión de desistimiento pudiendo rechazarla y continuar el procedimiento.

Finalmente, y en lo concerniente a la *instrucción de recursos*, tan solo proclamar que en todas las resoluciones judiciales suele advertirse por el órgano que la dicta si cabe o no recurso contra la misma y qué tipo de recurso es el que puede interponerse si está previsto por la ley. Así lo exige expresamente el art. 208.4 LEC y el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en torno a la cuestión de qué ocurre cuando el órgano judicial omite dicha información o, por el contrario, suministra una información errónea; así, en las STC 172/1985 y 155/1991 declara que tal información “*no forma parte del decisorio de la sentencia y por tanto no supone una decisión que cierre el paso al recurso ni que fije de manera definitiva las condiciones en que deba interponerse*”<sup>981</sup>.

B) Presupuestos procesales del recurso: objetivos y subjetivos.

Definido el derecho a recurrir en los términos expuestos, hay que partir de un dato de capital importancia para su ejercicio y, es que en el caso concreto, el recurso ha de estar previsto legalmente, (no olvidemos, aún a riesgo de incurrir en excesos reiterativos, que lo hemos calificado en el ámbito del proceso civil, y, por supuesto, en el proceso ejecutivo, como un derecho de configuración esencialmente legal).

En su interposición deben respetarse una serie de presupuestos, sin los cuales el recurso en cuestión no podrá ser, ni siquiera, admitido a trámite por el órgano judicial. Ahora bien, deben distinguirse conceptos como *admisibilidad y fundamentación*<sup>982</sup> de los recursos. La admisibilidad está supeditada al cumplimiento de los presupuestos fijados por las leyes procesales, de manera que faltando éstos, el juez o tribunal no puede entrar a conocer del mismo; por su parte, la *fundamentación o prosperabilidad*

---

<sup>981</sup> Además hay que distinguir las situaciones creadas por la mera omisión de la indicación de recursos contra una resolución concreta, de aquellas otras en las que se da una instrucción o información errónea que induzca a error al litigante, pues la omisión en una resolución de los recursos utilizables, como información prescrita legalmente, no impide en modo alguno la posibilidad de recurrir; ahora bien, mientras la equivocada instrucción de los recursos es susceptible de *provocar un error excusable en el litigante sobre el régimen de recursos aplicables que le conduzca a adoptar una postura procesalmente incorrecta y que debe ser ponderada de acuerdo con las circunstancias concurrentes en el caso, singularmente, en atención a si estaba o no asistido de Letrado o a la mayor o menor claridad o ambigüedad de los textos legales, para evitar que los errores de los órganos judiciales puedan producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, la omisión del régimen de recursos procedentes contra la resolución notificada, al ser fácilmente detectable, debe producir normalmente la puesta en marcha de los mecanismos jurídicos ordinarios para que pueda ser suplida por la propia diligencia procesal de la parte, especialmente si cuenta con la asistencia de letrado*. En definitiva, lo que viene a reconocer el Alto Tribunal es que el litigante no puede sufrir las consecuencias de un error al que le ha abocado el propio tribunal, si bien dicho error puede ser relativo cuando la parte actuó en el proceso por medio de Letrado pues la diligencia de éste como profesional del derecho y sus conocimientos técnicos deben contribuir a paliar el error y a subsanarlo inmediatamente. Recogiendo la anterior doctrina, la STS nº 20/2004 (Sala de lo Penal), de 19 de enero (recurso de casación 3021/2002).

<sup>982</sup> MONTERO AROCA J, *Derecho Jurisdiccional II*...ob, cit, pág. 402.



se refiere al fondo de la cuestión planteada y puede traducirse tanto en su estimación como en su desestimación.

Los presupuestos procesales conocen dos grandes criterios clasificatorios. Por un lado, suele hablarse de los presupuestos subjetivos y objetivos; y por otro, de los comunes y especiales. Los primeros son aquellos que se refieren a los sujetos que intervienen en el proceso impugnatorio, es decir, bien al órgano judicial (competencia), o bien a las partes (legitimación); los demás son objetivos por cuanto no afectan a los sujetos implicados, pero sí se refieren a la resolución que se recurre o impugna (recurribilidad), al momento en que debe prepararse y/o interponerse el recurso (plazo), y al modo en que debe plantearse (forma). Junto a éstos hay un presupuesto que podría tildarse de subjetivo y de objetivo al mismo tiempo. Se trata del gravamen que es imprescindible si nos atenemos a la letra de la ley en el art. 448 LEC y que debe ser inobjetable en cuanto a su existencia, o dicho de otro modo, objetivo en su presencia, innegable, patente, pudiéndose afirmar que existirá siempre que la resolución no favorezca a alguna de las partes o no atienda sus pretensiones; como es lógico, ésta se sentirá perjudicada y portadora de un *gravamen* susceptible de justificar la interposición del recurso pertinente contra la resolución ofensiva.

En definitiva, el gravamen debe estar ahí, por eso precisamente se recurre. Sin embargo, este presupuesto tiene tintes también subjetivos porque la dimensión mayor o menor de ese gravamen responde a consideraciones e intereses propios e íntimos de la parte que se siente agraviada o afectada por la resolución. Por consiguiente, y en la medida que tengamos que hablar de una afectación personal (aunque sea económica), lo cierto es que este presupuesto no perderá cierta vertiente claramente subjetiva. En el caso de una ejecución hipotecaria, la existencia de un gravamen para el ejecutado una vez despachada ejecución es más que evidente y, sin embargo, la LEC no le reconoce la opción de recurrir el auto por el que se despacha, lo que, sin duda, acentúa los rasgos dramáticos de este proceso.

Desde otra perspectiva, los presupuestos procesales pueden ser comunes (los que se dan en todos los recursos y en general en cualquier medio de impugnación, tales como la competencia, legitimación, plazo, forma y gravamen), y especiales (que únicamente se dan en supuestos específicos; en este caso, ciertas consignaciones y depósitos, así como acreditación de ciertos extremos).

En lo atinente al presupuesto de la *competencia*, únicamente señalar que no se encuentra reflejado expresamente en el art. 448 LEC para los recursos, sin embargo, es imprescindible su existencia para cualquier actuación procesal. En definitiva, si la ley establece un recurso contra determinada resolución, de ese recurso deberá conocer el órgano que tenga atribuida la competencia para ello. En una ejecución hipotecaria la mayor parte de los recursos procedentes se interponen ante el Juzgado de Primera instancia que está conociendo del proceso ejecutivo. Ello, sin perjuicio del conocimiento de la apelación en los escasos supuestos en que se prevé.

De otro lado, la legitimación es el segundo gran presupuesto de naturaleza subjetiva y si el anterior hacía referencia al órgano judicial implicado en la resolución del recurso, éste se refiere a las partes<sup>983</sup>, en definitiva, a recurrente y recurrido que son quienes tienen la legitimación para intervenir en el proceso de impugnación. Tratándose de un proceso de ejecución, ejecutante y ejecutado. A este presupuesto alude expresamente el art. 448 LEC con carácter general cuando afirma que “...*contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley*”. Por consiguiente, son las partes quienes tienen legitimación para recurrir precisamente por el hecho de serlo.

Lo relativo al régimen de capacidad y postulación se rige por las normas comunes y los defectos en este aspecto son perfectamente subsanables.

La regla general es, por tanto, que sólo las partes (demandante y demandado, ejecutante y ejecutado) pueden ser recurrente y recurrido, no identificándose obligatoriamente este binomio con el anterior, dado que el demandante inicial puede ser recurrido y viceversa, el demandado puede ser recurrente a la postre y asumir consiguientemente la posición activa en la fase de impugnación a diferencia de la fase declarativa en la que asumió por mor de la demanda la posición de parte pasiva. Sin embargo, como casi toda regla general tiene sus excepciones, y ésta no iba a ser menos, hay que aludir a lo dispuesto en el art. 491 LEC referido a la legitimación para

---

<sup>983</sup> Siguiendo la definición apuntada por ALMAGRO NOSETE puede definirse a las partes como los sujetos del proceso que pretenden la tutela jurisdiccional, concretada al objeto del mismo y aquellos contra quienes se reclama la referida tutela. La parte que pretende inicialmente la tutela se denomina parte actora o simplemente actor y también demandante, puesto que por medio de la demanda introduce su pretensión. La parte contra quien se pretende la referida tutela y, en definitiva, la aplicación de la ley al caso concreto, recibe la denominación de parte demandada, parte pasiva o demandado. De la definición apuntada se deduce la importancia del principio de dualidad de partes, que es consecuencia de la contenciosidad y es inherente a la propia esencia del proceso, de manera que sin partes no habrá proceso. Rige entre ellas el principio de igualdad.

recurrir en interés de ley<sup>984</sup>, una legitimación que ostentan el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo, así como las personas jurídicas de Derecho Público que por las actividades que desarrollen y las actividades que tengan atribuidas, en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre esas cuestiones.

Ahora bien, no solo las partes en sentido estricto pueden recurrir, sino que también pueden hacerlo los intervinientes, es decir, quienes aun no habiendo sido originariamente demandantes o demandados, se constituyen posteriormente en parte, asumiendo una u otra posición por tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. Como es obvio, esta condición tan solo se puede asumir mientras esté pendiente el proceso y la solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. Admitida la intervención no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa. El art. 13 de la LEC confirma igualmente que también se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. Bien, con ésta última afirmación, el precepto cae en una contradicción con respecto a lo declarado un poco más arriba, cuando en el n° 3 advierte que “*admitida la intervención no se retrotraerán las actuaciones*”. ¿Qué es esto sino una retroacción, a lo mejor no del procedimiento en sí mismo que no vuelve sobre sus fases anteriores, pero sí de las oportunidades procesales porque es cierto, el precepto matiza, que estas alegaciones a que se refiere son todas las que el interviniente no hubiera podido realizar precisamente porque no había sido admitido todavía en el proceso?. Luego, dado lo anterior, al menos sí se puede hablar de una cierta mitigación del régimen de la preclusión de plazos y oportunidades procesales, régimen que, por otro lado, es fácilmente justificable porque si admitimos la incorporación tardía al proceso de quien tiene interés en ello, no podemos limitar sus posibilidades de alegación y defensa, lo que

---

<sup>984</sup> Este recurso está destinado a mantener la unidad en la interpretación de la doctrina jurisprudencial de las sentencias que resuelvan recursos extraordinarios de infracción procesal en el caso de que las diferentes salas de lo Civil y Penal mantuvieran criterios diferentes sobre interpretación de la normativa procesal, pero no procede contra las resoluciones recurridas en amparo. Es un recurso de mera unificación de doctrina procesal meramente platónico en cuanto no afecta a las resoluciones ya dictadas y mira al futuro en la posterior interpretación. MARTINEZ PEREDA, JM, *Ley de Enjuiciamiento civil*, Duodécima edición 2001, Ed. Colex, pág. 592.

supondría una flagrante vulneración del principio de igualdad y también de su derecho de defensa y con él, de su tutela judicial efectiva.

La concesión de legitimación a más de una persona de las que ocupan en el proceso la misma posición procesal de demandante o demandado puede hacer que la estimación del recurso produzca un efecto extensivo, pues cabe que el recurso estimado a una parte favorezca a quien no recurrió pero que se encuentra en la misma situación material. Esto se ve claramente en los supuestos de litisconsorcio necesario, pero también sucede en las intervenciones. Por el contrario, cuando se trata de la acumulación de pretensiones, la estimación del recurso de una parte no beneficia a las partes del o de los procesos acumulados.

Este presupuesto subjetivo al que venimos refiriéndonos, que condiciona la admisibilidad de los recursos<sup>985</sup>, se ha dado en llamar también derecho de conducción procesal<sup>986</sup> y con respecto al mismo GIMENO SENDRA ha puesto de manifiesto su generosidad pues es cierto que la legitimación que se otorga para recurrir y, especialmente, en base a lo dispuesto en el art. 13 LEC para los terceros, es decir, a todo interviniente que ostente un interés legítimo y directo, es excepcionalmente amplio. A juicio del autor citado, la Jurisprudencia debiera distinguir el régimen del interviniente adhesivo simple o mero coadyuvante, que solo tiene un mero interés en el triunfo de la pretensión de la parte a la que coadyuva, y el del interviniente litisconsorcial<sup>987</sup> que, por ser cotitular de la relación jurídica material debatida, tiene un poder de disposición sobre la misma. Al coadyuvante, en tanto que mera parte secundaria o subordinada a la principal, no debieran los tribunales conferirle aptitud para impugnar con independencia de la parte principal, mientras que esta facultad sí hay que reconocerla expresamente al litisconsorte, quien goza de todo el status de parte principal<sup>988</sup>.

---

<sup>985</sup> Y en general, de cualquier actuación procesal, pues sin legitimación no hay acto procesal válido.

<sup>986</sup> GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal civil...* op, cit, pág. 556.

<sup>987</sup> El litisconsorcio como tal no estaba regulado en la LEC de 1881; no obstante, en el Art. 156 se preveía la posibilidad de la acumulación subjetiva de acciones, con una redacción parecida a la que figura en la nueva regulación. Actualmente queda regulado el litisconsorcio en el art. 12, tanto en su modalidad de voluntario como necesario.

<sup>988</sup> Así las cosas, un Auto del Juzgado de Primera Instancia de Santander de 21 de septiembre de 2004, recoge la filosofía y esencia de lo declarado en el art. 13 LEC al argumentar textualmente que *la intervención en el procedimiento de quien inicialmente no estaba legitimado para ello, se solicita y admite por el Juez de instancia por la vía del art. 13 LEC, que regula una suerte de intervención voluntaria adhesiva de tercero en cualquier procedimiento; pero para que pueda intervenir en el proceso un sujeto originariamente no demandante ni demandado, se exige que éste acredite un interés directo y legítimo en el resultado del pleito*. El auto citado subraya igualmente el carácter restrictivo con que debe permitirse en la práctica el supuesto contemplado en el Artículo comentado y es que a su tenor, *debe reconducirse a sus propios y justos límites la intervención de terceros en un procedimiento civil iniciado y conducido por otros, y el concepto de interesado no puede utilizarse de forma expansiva para justificar la intervención*

En el caso particular del proceso de ejecución hipotecaria, partiendo de la limitación que experimentan los medios de defensa del ejecutado y la correlativa situación de privilegio que asume el ejecutante, se ha de reconocer legitimación no solo al ejecutado sino también a aquellas personas frente a las que no se haya despachado ejecución, pero a cuyos bienes haya dispuesto el tribunal que ésta se extienda por entender que, pese a no pertenecer dichos bienes al ejecutado, están afectos los mismos al cumplimiento de la obligación por la que se proceda; ello, con base en lo dispuesto en el art. 538.3 LEC.

El tercer presupuesto es el de la recurribilidad de la resolución; nos encontramos ante uno de los presupuestos más evidentes: para poder interponer un recurso, así pues, es necesario que la resolución contra la que se pretende recurrir sea recurrible, dicho de otro modo, que quepa contra la misma ese recurso porque lo declare la ley en atención a la configuración legal que asiste al derecho a recurrir. Y esto hay que precisarlo supuesta la existencia de resoluciones contra las que no cabe recurso alguno; no es la regla general, pero, hay resoluciones “firmes de entrada” al no ser recurribles; tal es lo que ocurre, por ejemplo, con el auto por el que se

---

*en el procedimiento de cualquiera que lo solicite con solo aludir a su interés legítimo. Es pacífica la comprensión de que “interesados” lo serán aquellas personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto, quienes ostentarían por tanto una situación jurídica directamente afectada por la sentencia que se pronuncie. Por su parte, el Auto de la AP de Álava nº 25/2004, de 16 de abril, se refiere también al fundamento y finalidad de la regulación contenida en el art. 13 LEC para confirmar que los tribunales deben velar por la participación en los juicios de aquellas personas que realmente tengan un interés directo y legítimo y no pueden autorizar que intervenga cualquier persona aunque se puedan comprender desde un punto de vista personal razones para su participación. Asimismo, el auto recuerda que la regulación positiva del art. 13 no hace sino recoger la jurisprudencia que se conformó en base a la anterior LEC de 1881 pero que resulta de perfecta aplicación a la situación actual dado que el precepto ha dado cobertura a esa realidad jurisprudencial, y que el concepto de interés debe ser interpretado restrictivamente y con cierto rigor, no bastando cualquier interés. Dice el auto en este sentido que no es suficiente un interés de mero hecho; tampoco es bastante el llamado interés moral, que se produciría en sentido muy amplio, cuando en el proceso seguido entre ciertas personas pudiera quedar afectada la buena reputación de otros (especialmente en temas de derecho familiar, nulidad, divorcio...). El interés que alegue el tercero ha de ser un interés jurídico, directo y legítimo; o como dice el Tribunal Supremo, que el tercero se encuentre relacionado con el objeto del proceso de tal manera que la sentencia que en él recaiga, haya de afectarle. Por último, matizar que el supuesto previsto en el tantas veces citado art. 13 LEC es un claro ejemplo de intervención voluntaria, pero junto a él, el art. 14 del mismo texto legal contempla el caso de que la intervención del tercero sea provocada. Ambos tienen un común denominador cual es el de encajar en la denominación o categoría de “Intervención procesal”, es decir, en el supuesto o supuestos en que la pluralidad de partes se produce como fenómeno sobrevenido; no obstante, mientras que en el primer caso del art. 13 es el tercero interesado quien tiene la iniciativa para comparecer en el proceso ya iniciado, en el ámbito del art. 14, ese tercero es “traído al proceso”, llamado desde el propio proceso para que comparezca por una de las partes. A diferencia de la intervención voluntaria, que es concebida por la ley en términos generales a favor de toda aquella persona que ostente un interés en las resultas del pleito, la LEC solo admite la intervención provocada en los supuestos legalmente previstos, lo que obliga a tomar en consideración los distintos casos en los que las leyes procesales o materiales permiten que el actor o el demandado llame al litigio a quienes hasta el momento habían permanecido ajenos al mismo. En nuestro derecho casos de intervención provocada son: la laudatio o nominatio actoris, la llamada del tercero pretendiente y la llamada en garantía. En este sentido se manifiesta la interesante SAP de Baleares nº 252/2003, de 2 de mayo.*

despacha ejecución, que no admite recurso o con las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo<sup>989</sup>.

Existiendo recurso la parte debe interponer el señalado por la ley y no otro. A este efecto el art. 208.4 LEC obliga al órgano judicial, en la notificación de todas las resoluciones a indicar a las partes si la misma es firme o si cabe algún recurso, con expresión del que cabe, del órgano ante el que debe interponerlo y del plazo para hacerlo. En cuanto a los casos en que esa instrucción no existe o es errónea, tan solo puntualizar que no tiene la misma trascendencia cuando la parte está asistida de abogado (así será en la mayoría de los casos), que cuando no comparece asistida por dicho profesional técnico (STC 36/1989). De esta forma, tal y como declaran las SSTC 70/1984, 107/1987 y 259/1994, entre otras, *mientras la equivocada instrucción de recursos es susceptible de provocar un error excusable en el litigante sobre el régimen de recursos aplicables que le conduzca a adoptar una postura procesalmente incorrecta y que debe ser ponderada de acuerdo con las circunstancias concurrentes en el caso, singularmente, en atención a si estaba o no asistido de letrado o a la mayor o menor claridad o ambigüedad de los textos legales, para evitar que los errores de los órganos judiciales puedan producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, la omisión del régimen de recursos procedentes contra la resolución notificada, al ser fácilmente detectable, debe producir normalmente la puesta en marcha de los mecanismos jurídicos ordinarios para que sea suplida por la propia diligencia procesal de la parte, especialmente si cuenta con la asistencia de letrado.*

Cuáles son las resoluciones recurribles es algo que fija la ley con cláusulas amplias, como la que figura en el art. 455.1 LEC para el recurso de apelación, o con cláusulas estrictas, esta vez puede citarse la del art. 477.2 para el recurso de casación<sup>990</sup>. En cualquier caso, las dudas interpretativas sobre la cuestión deben resolverse de modo favorable a la admisión del recurso porque ello es acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>991</sup>. No obstante, ésta última afirmación que podría ser válida para cualquier proceso declarativo, quiebra en el proceso de ejecución que por su carácter expeditivo otorga primacía a la agilidad del procedimiento y no tanto a

---

<sup>989</sup> A salvo remedios extraordinarios como el mal llamado recurso de revisión.

<sup>990</sup> Se trata de restringir el ámbito de este recurso para favorecer efectivamente su carácter de recurso extraordinario; por ello, solo cabe contra sentencias cuando se dan los presupuestos descritos y se ha elevado la cuantía de seis a veinticinco millones de pesetas. (hasta 150.000 euros).

<sup>991</sup> ORTELL RAMOS M, *Derecho procesal...*, ob, cit, pág. 529.

las posibilidades de defensa del ejecutado, lo cual es especialmente patente en la ejecución hipotecaria.

Asimismo, la impugnabilidad objetiva de las resoluciones depende generalmente de la forma legal que adoptan (providencia, auto o sentencia), pero pueden incidir otros factores como la cuantía, (ocurre con el recurso de casación), o la materia del pleito, el objeto de la resolución o el sentido positivo o negativo de ésta. Así, a lo largo de la LEC nos encontramos con abundantes ejemplos de lo que antecede, de manera que la ley marca la recurribilidad muchas veces en función de si la resolución resuelve en uno u otro sentido (arts. 258<sup>992</sup> y 260.3. y 4<sup>993</sup> en el campo de las diligencias preliminares).

En el caso de la oposición formulada en una ejecución hipotecaria, el art. 695.4 afirma que contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de esta supuesto, los autos que decidan la oposición no serán susceptibles de recurso alguno.

Por otro lado, es característica de los medios de impugnación en sentido estricto la carga de interponerlos dentro de un breve plazo establecido por la ley. La falta de interposición en dicho plazo implica que la resolución impugnada quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada. Por consiguiente, la interposición del recurso dentro de plazo juega un papel vital en su admisibilidad. El cumplimiento del plazo debe ser controlado de oficio; y no será susceptible de interrupción. Ahora bien, si interpuesto un recurso dentro del plazo adoleciera de defecto subsanable, el órgano judicial lo tendrá por presentado dentro de plazo, aunque el mismo no surtirá efecto si no se procede a su subsanación en el nuevo plazo que el órgano señale a tal fin.

La interposición del recurso debe hacerse por medio de un escrito firmado por abogado y procurador cuando su intervención es preceptiva. Dicho escrito deberá expresar en cada caso las menciones exigidas por la ley. Así, la expresión de la infracción en que la resolución hubiera incurrido, en el recurso de reposición (art. 452); las alegaciones en que se base la impugnación, en el recurso de apelación<sup>994</sup>

---

<sup>992</sup> Contra el auto que admite la diligencia preliminar no cabe recurso alguno; contra el que la inadmite, recurso de apelación.

<sup>993</sup> Contra el auto que considera injustificada la oposición a una diligencia preliminar no cabe recurso; contra el que la considera justificada, cabrá recurso de apelación.

<sup>994</sup> Al preparar el recurso se debe citar la resolución apelada y manifestar la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna (art. 457.2); al interponerlo se debe fundar, es decir, han de exponerse las alegaciones en las que se basa la impugnación (art. 458.1); en el caso de que la

(art. 458); y la alegación de los motivos y la exposición razonada de su fundamentación en los recursos extraordinarios por infracción procesal<sup>995</sup> y de casación<sup>996</sup> (arts. 470.2, 471, 479 y 481).

La fundamentación constituye en la nueva LEC requisito de admisión de todos los recursos, ahora bien, el que la fundamentación del recurso se corresponda con la realidad de los hechos o con la aplicación del derecho es algo que deberá decidirse en la resolución que resuelve el recurso, pero la admisión del mismo se condiciona a que esa fundamentación exista<sup>997</sup>.

Por último, los recursos únicamente se podrán presentar en la propia oficina del juzgado o tribunal competente o, bien en la oficina o servicio de registro de documentos. No es factible presentarlos a través del correo administrativo, pues se estima que el momento de interposición es el de su entrada en el juzgado o tribunal. Y tampoco en el servicio de guardia a tenor de lo dispuesto en el art. 135 LEC.

Con anterioridad se aludía al presupuesto del gravamen como presupuesto común, pero con tintes objetivos y subjetivos. Al referirse siempre a la parte, al perjuicio que experimenta ésta y que es precisamente lo que le lleva a recurrir la resolución, esa subjetividad se hace evidente en la medida en que el sujeto se sienta afectado en más o en menos. Y es objetivo porque la presencia de este presupuesto es ineludible dados los términos en que se pronuncia el art. 448.1 LEC al reconducir este presupuesto al hecho de que la resolución que se pretende recurrir, dice, *les afecte desfavorablemente*. En el proceso de ejecución no se alude expresamente al gravamen o el sentido desfavorable que tiene este proceso para el ejecutado, sin embargo, el hecho de que se inicie un procedimiento de este tipo lleva implícitos

---

apelación se funde en la infracción de normas o garantías procesales, deberán citarse las que se consideren infringidas y alegar la indefensión sufrida, así como acreditar el apelante que denunció oportunamente la infracción, si hubiera tenido oportunidad para ello.

<sup>995</sup> En el recurso extraordinario por infracción procesal, en su escrito de preparación, es preciso citar como fundamento alguno de los motivos previsto en el Art. 469 y haber denunciado el vicio procesal en la instancia o pedido su subsanación (art. 470.2); en la interposición de este recurso se deben exponer razonadamente la infracción o vulneración cometidas, expresando de qué manera influyeron en el resultado del proceso.

<sup>996</sup> Al preparar el recurso de casación es preciso hacer una exposición sucinta de la vulneración del derecho fundamental objeto de la impugnación que se considera cometida, en el caso de sentencias dictadas en tutela de derechos fundamentales (salvo el art. 24), o bien indicar la infracción legal en que se haya incurrido, o citar las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional, en el caso de cualesquiera otras sentencias (Art. 479.2.3. y 4); al interponerlo es preciso acompañar al escrito certificación de la sentencia impugnada y texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casaciones (art. 481.2).

<sup>997</sup> En el derecho español el recurso de apelación no precisaba ser fundado, bastando con que la parte manifestara su disconformidad con la resolución recurrida, pero esto ya no es así en la LEC. El que la existencia de la fundamentación se convierte en presupuesto de admisión se refiere hoy a todos los recursos. MONTERO AROCA, J, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil...*, ob, cit, Pág. 404.



efectos desfavorables que son patentes para el ejecutado. Ello justificaría, *a priori*, un sistema de recursos más sólido.

Es, asimismo, un presupuesto íntimamente vinculado con el de legitimación, pues solo la parte perjudicada podrá interponer recurso contra la resolución que entiende le perjudica, bien porque no le otorgue la tutela de sus derechos o intereses materiales, bien porque no la otorgue en la medida solicitada o, bien, como ocurre en el proceso ejecutivo, se haya iniciado una ejecución y la ley permita en el caso concreto, interponer recurso. El propio Tribunal Supremo ha identificado en no pocas ocasiones la ausencia de gravamen con la carencia de legitimación para recurrir. Lo ha hecho entre otras, en la sentencia de 28 de febrero de 1995<sup>998</sup>.

En este contexto, precisa GIMENO SENDRA<sup>999</sup> que sin gravamen no existe legitimación y, además, el gravamen tiene que ser de la parte que pretende recurrir, dado que no es lícito invocar el perjuicio causado a otra de las partes. Esto, en perfecta consonancia con lo declarado en la STS de 2 de febrero de 2000 que concluye *“la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o, siendo tercero, le alcancen los efectos de cosa juzgada, por lo que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco está permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate”*.

Por lo demás, parece que tiene que ser así desde el punto de vista de la lógica y de la coherencia, pues alguien que ha visto colmadas todas sus expectativas en el proceso al concedérsele todos los extremos postulados en el petitum de su demanda, o reconvención, no tendrá mucho interés en que se revoque o altere una resolución judicial que le beneficia. En esta dirección ya apuntó el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de julio de 1983 al argumentar que *no existe gravamen si la resolución es del todo favorable a las pretensiones del recurrente, aunque se apoye en motivos o argumentaciones jurídicas completamente distintas a las aducidas por la parte, sino que es preciso que la divergencia afecte al interés práctico perseguido por la parte*.

Y en esta línea argumentativa, no se concede legitimación para recurrir, por no ostentar gravamen, al codemandado, que no puede recurrir la absolución de otro codemandado, lo que se entiende sin perjuicio de las reclamaciones que se puedan

---

<sup>998</sup> En el mismo sentido, la SAP de Castellón de 4 de julio de 1995.

<sup>999</sup> *Derecho procesal civil...ob, cit, pág. 555.*

hacer entre ellos en el correspondiente juicio declarativo<sup>1000</sup>. A este caso puntual se refiere la STS de 11 de mayo de 1992.

La misma exigencia es aplicable a los intervinientes y, en general, a todos los litisconsortes pues así lo reconoce el art. 13.3 al permitirles interponer recurso contra la resolución que estimen perjudicial a sus intereses, incluso aunque la consienta su litisconsorte.

Con respecto a las pretensiones alternativas se ha entendido que el acogimiento de cualquiera de ellas implica la estimación de lo pedido, de todo lo pedido, de modo que no cabe suponer producido un gravamen por el hecho de haberse estimado una y no la otra. Como quiera que los recursos sólo proceden contra el fallo para apreciar si existe o no este presupuesto del gravamen, hay que acudir al fallo y no a la fundamentación de la sentencia o auto<sup>1001</sup>.

Desde una perspectiva conceptual<sup>1002</sup> el gravamen se presenta como cualquier diferencia entre lo pretendido o lo admitido y reconocido previamente por la parte y lo concedido por la resolución. Y puede matizarse con respecto al presupuesto que ahora nos ocupa que existe aun cuando la diferencia sólo afecte a cuestiones accesorias como la de las costas procesales; en los supuestos de acumulación eventual, tanto de pretensiones como de defensas, hay gravamen si se estiman pretensiones y defensas a las que no se dio preferencia por las partes, porque para éstas no resulta indiferente el orden de la estimación y, por último, en nuestro derecho, a diferencia de algunos extranjeros<sup>1003</sup>, el gravamen económicamente cuantificable no precisa alcanzar una cierta suma para hacer el recurso admisible y en los casos en que la cuantía es relevante para la admisión del recurso, se trata de la cuantía del pleito, no la del perjuicio<sup>1004</sup>.

---

<sup>1000</sup> SSTS 9 de mayo de 2001 y 20 de octubre de 1997.

<sup>1001</sup> De esta forma, la SAP Valencia de 13 de julio de 1998, confirma que *no cabe apelar en los casos en que no haya perjuicio para el recurrente causado por la resolución impugnada y no existirá cuando la cuestión haya sido resuelta de conformidad con el suplico.*

<sup>1002</sup> Se pronuncia en este sentido la SAP de Pontevedra de 11 de enero de 1997 al decir textualmente que *el interés legítimo en los actos procesales, cuando de la interposición de recursos se trata, se traduce en la necesidad de un presupuesto consistente en la existencia de un gravamen o perjuicio sufrido por el recurrente a consecuencia de la parte dispositiva de la resolución que impugna, consistente en la diferencia entre lo pedido por aquél y lo declarado en la sentencia que combate y constituye indispensable elemento que tiene valor de requisito de admisibilidad del recurso.*

<sup>1003</sup> Por ejemplo, en Alemania en donde solo se da casación si el mínimo del agravio supera determinada cuantía.

<sup>1004</sup> No existe entre nosotros la *summa gravaminis*.

#### 4) Fin anormal del proceso de ejecución hipotecaria.

La finalidad principal del proceso de ejecución hipotecaria es la de procurar el pago por parte del ejecutado; lo habitual es que dicho pago no sea “voluntario” sino que se produzca forzosamente a través de la realización del bien sujeto a la garantía mediante subasta, aplicando el producto de lo obtenido a la satisfacción del derecho de crédito, intereses y costas en los términos expuestos en el art. 692 LEC<sup>1005</sup>.

Sin embargo, en ocasiones el devenir procedimental lógico se altera cuando concurren una serie de circunstancias que también pueden determinar el fin del proceso, pero de forma distinta a la pretendida por el legislador cuando regula el medio de realización fundamental en el proceso de ejecución, como es la subasta. Tal es lo que ocurre en los supuestos de regularización conforme al art. 693.3 LEC, pues el efecto enervatorio de la *pretensión ejecutiva hipotecaria*, determina de manera inmediata el fin anticipado del proceso. Asimismo, la estimación de la primera causa de oposición prevista en el art. 695, extinción de la obligación o de la garantía (nada común en la práctica forense), conlleva igualmente el efecto irremediable de poner fin al proceso.

Junto a las anteriores, cabe preguntarse si conceptos como el de caducidad, sobreseimiento, transacción y desistimiento, tienen acomodo en un proceso ejecutivo hipotecario como medios anormales de ponerle fin.

Con respecto a la *caducidad*, la declaración del art. 239 LEC obligaría a dar una respuesta negativa contundente, pues, según este precepto, las disposiciones relativas a la caducidad de la instancia no son aplicables en las actuaciones para la

---

<sup>1005</sup> El supuesto más habitual en la práctica es que el rematante consigne en el plazo otorgado al efecto, el precio total de remate y éste se distribuya conforme lo dispuesto en el art. 692 LEC y, supletoriamente, en los arts. 672 y 654. Lo anterior conlleva que el producto de lo obtenido a través de la subasta debe destinarse al pago del crédito del ejecutante por principal, intereses y costas sin que por ninguno de estos conceptos pueda excederse el límite de la responsabilidad hipotecaria, previa tasación de costas y liquidación de intereses. La ley refiere el pago por este orden al principal, intereses y costas. Sin embargo, el art. 1173 del CC establece que *si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses*. En este sentido, la Sentencia de la AP de Barcelona, sección 11ª, de 14 de septiembre de 2009 declara: “...la cantidad obtenida en el procedimiento de ejecución hipotecaria, mediante el mecanismo de adjudicación de la finca a la propia entidad actora, no se aplicó o imputó a ningún concepto concreto de la deuda por lo que debe aplicarse la regla del art. 1173 CC, según la cual debe entenderse hecha la imputación a los intereses”. Por su parte, el Auto de la AP de Barcelona, sección 11ª, de 13 de junio de 2006 justificó esta exigencia porque de no seguirse este criterio, la deuda por la sola voluntad del deudor se convertiría en importe sin devengar intereses. Dentro de los intereses, la Sentencia de la AP de Albacete, sección 2, de 6 de octubre de 2009 entendió que primero debían pagarse los intereses moratorios por representar en el caso concreto la deuda más onerosa. No obstante, lo dicho, hay que precisar que la imputación de pagos referida no es la habitual. Si verificado lo anterior, queda remanente, se debe poner a disposición de los titulares de derechos inscritos con posterioridad y, en su defecto, a disposición del ejecutado.

ejecución forzosa. No obstante, MARTIN DIZ asegura que esto último puede ser incierto habida cuenta del impulso de oficio que rige el proceso civil desde 1924, ya sea de declaración ya de ejecución, dado que si bien el impulso de oficio puede ser un *hándicap* importante para que se produzca la caducidad de la instancia, no hace imposible del todo su concurrencia cuando siendo exigida la actividad de las partes ésta no es llevada a cabo. En este mismo sentido, MONSERRAT VALERO afirma que la caducidad es posible, pues existen diversos momentos dentro de un proceso ejecutivo hipotecario en los que la continuidad del proceso depende de la actuación de las partes, tales como la solicitud de subasta y las posibilidades de suspensión del procedimiento<sup>1006</sup>.

Por otra parte, el concepto *sobreseimiento*, no puede negarse actualmente, ni siquiera en el ámbito del proceso civil, al margen de la oportunidad o desatino del legislador al sacarlo de su tradicional campo reservado que era el propio y exclusivo del proceso penal<sup>1007</sup>. La vigente Ley procesal reconduce el concepto a los casos en que planteada oposición por la causa 1ª del art. 695.1 se estima la misma, supuesto en que el tribunal debe dictar un auto sobreseyendo el procedimiento, es decir, poniendo fin al mismo. Idéntica resolución ha de darse cuando de la certificación de cargas expedida resulta que la hipoteca no existe o ha sido cancelada (art. 688.3).

Finalmente, el proceso de ejecución hipotecaria podría concluir anormalmente, aunque nada dice la LEC de forma expresa para este proceso especial, si se da un desistimiento por parte del ejecutante o una transacción. Negociaciones extrajudiciales entre las partes una vez iniciado el proceso y hasta despachada ejecución son perfectamente posibles dada la vigencia del principio dispositivo. No obstante, en una gran porcentaje de casos, cuando las partes llegan a un acuerdo (refinanciaciones, periodos de carencia, exigencia de otras garantías, pago extrajudicial) y deciden poner fin al proceso ya iniciado, la figura utilizada suele ser la regulada en el art. 22 LEC de satisfacción extraprocesal por carencia sobrevenida de objeto. Esta figura procesal, novedad en la ley procesal del año 2000 se emplea en la práctica esencialmente por sus ventajas, ya que no requiere homologación por parte del tribunal, a diferencia de la transacción, ni resolución judicial alguna, más que el decreto del Secretario por el que constate su existencia y los efectos que le son propios. Asimismo, no acarrea la imposición de costas.

---

<sup>1006</sup> *Las novedades de la ejecución*....ob, cit, pág. 179.

<sup>1007</sup> BANACLOCHE PALAO considera que es objetable el uso de este término en el proceso civil, *Contradicción y oposición en el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria*, Revista Tribunales de Justicia, nº 8, 1997, pág. 840. Igualmente MART.IN DIZ (ob, cit, pág. 622 a 625).



## CAPÍTULO VI

# MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

## CAPÍTULO VI.

### MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

#### I. INTRODUCCIÓN.

El objeto del proceso de ejecución hipotecaria puede experimentar modificaciones de variada índole; en unos casos para simplificarse, en otros para ampliarse y en muchas ocasiones lo que sucede esencialmente es que el objeto se reconvierte. De todos ellos, el que más incidencia práctica presenta es el supuesto de la reconversión de la ejecución hipotecaria en una ordinaria por imperio del art. 579 LEC. En tal supuesto nos detendremos con cierta profundidad, no sin antes hacer una somera referencia a los otros ejemplos de modificación apuntados, pues no dejan de ser testimoniales en la práctica en comparación a los casos en que la dinámica procesal permite la aplicación de lo dispuesto en el art. 579 LEC.

#### II. SIMPLIFICACIÓN DEL OBJETO: LAS EJECUCIONES PARCIALES.

La posibilidad de ejecución parcial está prevista en el art. 693 LEC cuando la obligación garantizada ha de pagarse a plazos, siempre que estuviese amparada por la correspondiente estipulación negocial inscrita en el Registro. En este caso, la hipoteca subsiste y merced a la ejecución, *se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviera satisfecha.*

Trasladando el concepto de ejecución parcial al caso particular de la hipoteca *global o flotante*, nos encontramos con discrepancias en el seno de la doctrina; un sector de ella (CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO) considera que los términos *ejecución parcial e hipoteca global o flotante* son de todo punto incompatibles, pues la subsistencia de gravamen conllevaría resultados absurdos: el adquirente de la finca sería un convidado de piedra ante las nuevas operaciones que podrían suscribir acreedor y deudor, que seguirían aprovechando el gravamen en la parte no agotada por la ejecución, o en caso contrario, obtendría un enriquecimiento injusto, pues habrá descontado el importe del remanente hipotecario al pujar por la finca.

PAZ-ARES, considera que tal solución negativa puede restarle valor a esta modalidad hipotecaria y que podrían encontrarse argumentos a favor de ejecuciones

parciales. Partiendo de la premisa básica según la cual lo que se ejecuta es la obligación con el soporte de la garantía, la regla general, afirma este autor, no implica tanto que la hipoteca haya de ejecutarse en su totalidad, sino más bien que el crédito garantido se ejecute de una vez. A su juicio, las normas de las que se infiere la regla general según la cual toda ejecución determina la cancelación del gravamen, se fundan probablemente en la consideración de que la hipoteca asegura una sola obligación, lo que permite establecer una perfecta correlación entre deuda y garantía. No obstante, esta teoría que era dominante hasta la Ley 41/2007 debe matizarse con la regulación de la hipoteca flotante, cuya característica principal es que asegura diversas obligaciones<sup>1008</sup>.

Sin perjuicio de que PAZ-ARES igualmente cita la hipótesis prevista en el art. 693 de la LEC como la clara excepción a la regla general antedicha, es decir, la que permite la ejecución fraccionada de una deuda, insiste en que del tenor de los arts. 154 y 155 de la LH pueden extraerse una regla propia, perfectamente compatible con la anterior: la posibilidad de ejecución aislada, pero total respecto de cada uno de los diferentes créditos cubiertos por la garantía, sobreviviendo la hipoteca global por el remanente. Con todo es necesario que se pacte expresamente y se solicite el acceso registral de esta posibilidad de ejecución parcial. Dicho pacto cae dentro del ámbito negocial que se reconoce para establecer la forma de determinación del saldo líquido<sup>1009</sup>.

Por su parte, CANLE FERNANDEZ considera que en el estudio de esta materia, el de las ejecuciones parciales en la hipoteca flotante, caben distinguir dos supuestos: aquellos en los que habiendo sido inicialmente constituida la hipoteca flotante a favor de un solo acreedor, concurren con posterioridad una pluralidad de ellos; aquellos otros en los que sin darse dicha pluralidad, el acreedor hipotecario pretenda la ejecución parcial de la hipoteca por las cantidades efectivamente adeudadas, pero conservando su derecho de garantía respecto de las restantes obligaciones susceptibles de aseguramiento.

---

<sup>1008</sup> Una gráfica definición de la figura la encontramos en la Resolución de la DGRN de 25 de abril de 2005; la define como aquella hipoteca que garantiza todas aquellas obligaciones, existentes y futuras, que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de tal modo que la hipoteca flote sobre ellas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, liquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, dejarse caer sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee estén cubiertas por la garantía hipotecaria y ejecutar ésta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener aquél, a consecuencia de la naturaleza del derecho real y de la fecha de inscripción en el Registro.

<sup>1009</sup> PAZ-ARES, *El título de crédito*.....ob, cit, págs. 195 y siguientes.



Para el autor últimamente citado, dentro del primer supuesto, es decir, que hubiese pluralidad de acreedores (originaria o sobrevenidamente) a su vez, conviene distinguir según tengan asignada cada uno de ellos una parte en la responsabilidad hipotecaria máxima o, por el contrario, no exista asignación de cuotas. Si cada uno de ellos tiene asignada en garantía de sus respectivos créditos una parte en la responsabilidad hipotecaria, cualquiera de los acreedores está habilitado para instar la ejecución parcial hasta donde alcance su cuota de participación. Por el contrario, si no existe la anterior distribución, afirma CANLE FERNÁNDEZ, la ejecución parcial no será admisible, pues su ejercicio por uno de ellos determinaría un perjuicio para los demás, que verían reducido el límite máximo de responsabilidad hipotecaria en garantía de sus créditos.

De otro lado, en el caso de que el acreedor hipotecario pretende la ejecución de la hipoteca por las cantidades efectivamente adeudadas, si bien conservando incólume su derecho de garantía respecto de las restantes obligaciones susceptibles de aseguramiento, sin perjuicio de la reducción del límite máximo garantizado en la cantidad concurrente con la suma obtenía en la ejecución, es perfectamente posible, afirma CANLE FERNANDEZ, la ejecución parcial de la hipoteca flotante por aplicación analógica de la previsión contenida en el art. 693 LEC, o la contemplada en el art. 155 LH respecto de la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador. No obstante, desde el punto de vista del acreedor hipotecario resulta más prudente pactar en la escritura de constitución del gravamen el vencimiento anticipado de todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas, sean éstas de titularidad única de un solo acreedor hipotecario, sean de titularidad de una multiplicidad de ellos<sup>1010</sup>.

Al margen de lo anterior, supuesta la posibilidad de ejecutar una hipoteca global a través del procedimiento ejecutivo hipotecario y supuesta igualmente, la posibilidad de ejecuciones parciales en los términos vistos, ni que decir tiene que la necesidad de integrar el título ejecutivo con otros documentos se hace más evidente. En estos casos, asegura PAZ-ARES, el título no expresa la deuda que se trata de reclamar, no tiene autonomía ejecutiva y en consecuencia se hace preciso hacer una recopilación documental para fundamentar la pretensión ejecutiva. La labor se complica toda vez que el art. 153 bis LH no establece cómo se ha de componer el

---

<sup>1010</sup> Este pacto conocido en la práctica anglosajona como *cross default* o *cross acceleration agreement*, celebrado con amparo en el art. 693.2 LEC, y objeto de la correspondiente inscripción registral, faculta al acreedor o acreedores hipotecarios para proceder a ejecutar por la totalidad de la deuda garantizada, pese a que haya sido objeto de incumplimiento una pequeña parte de la misma. Ob, cit, págs. 345 y 346.

título ejecutivo, ni facilita enumeración documental alguna. Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en los arts. 517, 550, 573, 574, 685 LEC y 153 y 153 bis LH, pueden señalarse como documentos que han de acompañar a la demanda ejecutiva los siguientes: el documento constitutivo de la hipoteca, acreditado mediante copia autorizada o certificación registral; el título ejecutivo propiamente dicho en el que consta la existencia de la deuda. Si la relación obligatoria ha sido formalizada mediante escritura pública o póliza, habrá de acreditarse mediante copia autorizada ejecutiva, expedida con los requisitos del art. 233 del Reglamento Notarial. Si la existencia de la obligación se constata en documento privado o depende de un pronunciamiento judicial, el título ejecutivo habría de ser judicial. Asimismo, se requerirá el documento del que resulte el saldo final líquido reclamado. Podrá ser la libreta de ejemplares duplicados, o la certificación expedida por el acreedor, siempre que medie el correspondiente convenio. El documento fehaciente del que resulte haberse practicado la liquidación en la forma convenida por las partes; y, por último, el documento que acredite la notificación del deudor y a los fiadores.

### III. AMPLIACIÓN DEL OBJETO: ACUMULACIÓN DE EJECUCIONES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

#### 1) Acumulación de procesos: concepto y fundamento.

Con carácter general, siguiendo a MONTERO AROCA<sup>1011</sup>, debemos partir de una premisa básica: el fenómeno de la acumulación alude a una pluralidad de pretensiones que se conocen y resuelven en un solo procedimiento. La tramitación de varios procesos en un procedimiento único se basa en la conexión entre las diversas pretensiones y encuentra su fundamento principal en la idea de lograr cierta economía procedimental, así como coherencia, pues la falta de acumulación podría acarrear Sentencias o resoluciones judiciales opuestas.

Si bien la acumulación ha sido estudiada por los autores en relación al proceso de declaración<sup>1012</sup>, también merece reflexión en torno al proceso ejecutivo. En este

---

<sup>1011</sup> *Ejecución hipotecaria...*ob, cit, págs. 1123 a 1129.

<sup>1012</sup> GIMENO SENDRA define la acumulación de autos como la reunión sobrevenida de pretensiones, deducidas en distintos procedimientos declarativos, en un solo procedimiento. El fundamento de la acumulación de autos es doble: de un lado, razones de economía procesal aconsejan que las pretensiones conexas sean enjuiciadas en un solo procedimiento a fin de evitar reiteraciones inútiles de actuaciones procesales; de otro, un elemental principio de seguridad jurídica también abona, a juicio de GIMENO, porque las pretensiones conexas no se traten en distintos procedimientos, ya que en tal supuesto, podrían deducirse Sentencias contradictorias con grave quebranto de la santidad de la cosa juzgada. *Derecho procesal civil*. ob, cit, pág. 232.

sentido, el punto obligado de referencia es lo dispuesto en el art. 555 LEC y, particularmente, cuando de ejecuciones hipotecarias se trata, su apartado 4.

A juicio de MONTERO los fundamentos de la acumulación en el proceso de ejecución deben matizarse dado que la economía procesal puede ser especialmente trascendente en este proceso a fin de evitar inútilmente repeticiones en torno a la realización de la actividad jurisdiccional.

Asimismo, la finalidad de evitar Sentencias contradictorias no puede darse en los procesos de ejecución, dado que en estos no hay Sentencia, pero sí cabe hablar de una finalidad tendente a evitar actividades ejecutivas contradictorias cuando dos Juzgados están realizando la actividad ejecutiva respecto del mismo bien dos veces hipotecado.

Este autor precisa que la finalidad más importante que suele ir unida a la admisibilidad de la acumulación de procesos de ejecución es la del reparto coherente del dinero obtenido con la ejecución entre varios acreedores del mismo deudor; pero ello es algo que no afecta a las ejecuciones hipotecarias, en las que se sigue aplicando el brocardo *prior tempore potior iure*.

## 2) Acumulación de ejecuciones hipotecarias: el art. 555.4 LEC.

El art. 555.4 LEC estipula: “*Cuando la ejecución se dirija exclusivamente sobre bienes especialmente hipotecados, sólo podrá acordarse la acumulación a otros procesos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectivas otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes*”.

De esta forma, el precepto admite la acumulación de procesos de ejecución hipotecaria entre sí, es decir, cuando los distintos procesos se siguen para hacer efectivas garantías hipotecarias sobre un mismo bien. El supuesto regulado en el art. 555.4 LEC es de acumulación sucesiva. Por tanto, parte de la existencia de dos títulos ejecutivos distintos que han dado lugar a dos ejecuciones distintas que ya están en marcha. No obstante, tal y como precisa MONTERO, nada impide que la acumulación sea inicial, siempre que las ejecuciones se dirijan contra el mismo bien.

Para JIMENEZ-ASENJO la práctica judicial debería admitir las demandas en las que el acreedor hipotecario solicite simultáneamente la ejecución de la finca

hipotecada por los trámites de los arts. 681 y siguientes LEC así como el embargo y la realización de otros bienes del deudor y, en su caso, de los deudores no hipotecarios y fiadores, es decir, debería admitirse la acumulación de ejecuciones puramente hipotecarias con ejecuciones ordinarias. Según indica este autor la admisibilidad de estos supuestos de acumulación vendría avalada por la propia regulación unitaria que del procedimiento de ejecución hace la vigente LEC<sup>1013</sup>.

Asimismo, una pequeña parte de la Jurisprudencia menor ha recogido la postura defendida por este autor al admitir la procedencia de dirigirse en un mismo proceso contra la finca hipotecada por los trámites de los arts. 681 y siguientes LEC y contra el resto del patrimonio de los deudores por los trámites de los arts. 517 y siguientes LEC. En estos casos concretos, además de la ejecución de la finca hipotecada según las particularidades hipotecarias, se pudo trabar embargo simultáneo sobre otros bienes de los deudores codemandados acelerando con ello la recuperación de las cantidades reclamadas<sup>1014</sup>.

### 3) Requisitos de la acumulación del art. 555.4 LEC

La admisibilidad de la acumulación exige la concurrencia de una serie de presupuestos objetivos como son el de instancia de parte y el de conexión de las pretensiones. En efecto, según el art. 75 LEC, tienen legitimación para instar esta acumulación quienes sean parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pide.

De otro lado, la conexión que exige la LEC para poder decretar la acumulación de procesos es clara y única: las distintas ejecuciones han de dirigirse contra un mismo bien. Únicamente cabe acumulación de ejecuciones hipotecarias entre sí<sup>1015</sup>.

---

<sup>1013</sup> JIMENEZ-ASENJO L, *La acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados*, Revista para el análisis del Derecho INDRET, Barcelona, abril de 2010.

<sup>1014</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Rubí de 18 de noviembre de 2008, Auto del Juzgado de Vilanova i la Geltrú de 9 de marzo de 2009 y Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Badalona de 24 de abril de 2009.

<sup>1015</sup> GIMENO SENDRA, afirma con rotundidad que la acumulación no sólo es procedente entre procesos declarativos, sino también con respecto a los procesos de ejecución. Sin embargo, para este autor el art. 98 LEC se queda corto cuando alude a la posible acumulación, dado que tan solo se refiere a la acumulación de autos de un proceso declarativo a un procedimiento de ejecución universal o a un proceso sucesorio. A su juicio, en un primera sistematización, los procesos acumulativos se deben clasificar en los siguientes grupos: a) Acumulación de un proceso declarativo a uno de ejecución singular (posibilidad vedada expresamente por el art. 77.1 LEC); b) Acumulación de varios procesos de ejecución singular (posibilidad regulada en el art. 555 LEC, siempre que exista identidad pasiva; a salvo la regla especial de los procesos hipotecarios que no son acumulables con los ordinarios, si bien pueden acumularse entre sí); c) Acumulación de un proceso declarativo a una ejecución universal. *Derecho procesal civil...*, ob, cit, págs. 237 y 238.

En lo que respecta a los requisitos procesales, como quiera que la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente los establece en relación a la acumulación de procesos declarativos, hay que deducirlos para la acumulación de ejecuciones hipotecarias partiendo de la regulación general.

Así, puede decretarse la acumulación en cualquier momento siempre que ninguno de los procedimientos haya alcanzado un hito procesal en que resulte inútil la acumulación. En definitiva, el punto de inflexión en este sentido para admitir o rechazar la acumulación es el de la cesión del remate.

Por último, la competencia para conocer de los procesos acumulados la tendrá el tribunal que ya estuviese conociendo del proceso más antiguo, al que se formulará la petición de acumulación. La antigüedad de los procesos se determina por la fecha de presentación de la demanda y si se hubiesen presentado el mismo día, el que se hubiese repartido primero. La tramitación del incidente específico de acumulación debe respetar en todo caso la regla de competencia especial que señala el art. 684.1 LEC, de manera que el tribunal competente será siempre el de lugar donde esté situada la finca y si esta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicaren en diferentes partidos, será competente el Juzgado de primera instancia de cualquiera de ellos a elección del demandante, sin que sean aplicables normas de sumisión expresa o tácita.

#### 4) Procedimiento.

Cuando los procesos acumulables penden ante el mismo tribunal la acumulación es simple; basta con petición fundada, traslado de dicha petición por el Secretario Judicial a las partes personas en todos los procesos para que aleguen lo que tengan por conveniente y decisión judicial por medio de Auto, otorgando o denegando la acumulación. Contra el referido auto únicamente cabe recurso de reposición.

Si los procesos penden ante tribunales distintos, la tramitación del incidente es más compleja si bien el esquema procedimiento es básicamente el mismo (petición fundada, traslado y decisión). El procedimiento se complica por cuanto decretada la acumulación se exige remitir oficio al otro tribunal requiriéndole a fin de que remita las actuaciones al tribunal competente y podría abrirse entonces un sub-incidente en el

caso de que los tribunales mantuvieran discrepancia. Dicha discrepancia debe resolverla el superior jerárquico común.

#### IV. EL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ORDINARIO: EL ART. 698 LEC.

##### 1) Ámbito de aplicación.

El carácter sumario del proceso de ejecución hipotecaria y la limitación de los medios de oposición trata de compensarse por parte del legislador a través de la regulación contenida en el art. 698 LEC<sup>1016</sup>. Este precepto permite que el deudor ejecutado, el *tercer poseedor* o cualquier interesado puedan impugnar la procedencia de la ejecución fuera de la ejecución. Es decir, para hacerlo, deben remitirse al juicio declarativo que corresponda en función de la cuantía.

Cualquier reclamación no comprendida en los arts. 695 a 697 LEC debe ser dilucidada en el proceso declarativo que por razón de la cuantía corresponda y no debe concebirse este nuevo proceso plenario como un incidente de la ejecución hipotecaria. A juicio de JURADO se refiere más bien a extremos atinentes a la relación jurídico material, siendo cuestiones de fondo derivadas de dicha relación las que se ventilan en el proceso declarativo. El art. 698 LEC alude específicamente a la nulidad del título, al vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, pero puede tratarse de cualesquiera otras impugnaciones con el único presupuesto de que no estén comprendidas en la causas de oposición del art. 695 o en las de suspensión de los arts. 696 y 697 LEC.

---

<sup>1016</sup> El ámbito especialmente reducido del juicio ejecutivo hipotecario se pone de manifiesto en la declaración del art. 698 LEC, según el cual, cualquier cuestión que se quiera plantear ha de promoverse en un juicio declarativo, nunca en el proceso de ejecución. El precepto se pronuncia en estos términos: "Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores. 1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo. La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias. 2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor. El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor. 3. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención".

En concreto, MONTERO AROCA señala que el proceso declarativo tendrá que versar sobre la relación jurídico material, sobre su existencia y sobre su contenido. En definitiva, el objeto del proceso declarativo puede ser cualquier declaración relativa a la hipoteca y a la obligación, desde su inexistencia a su cuantía, pudiendo tratarse de una pretensión declarativa de condena. En este punto, tal y como precisa el autor citado, la existencia del proceso de ejecución y los actos procesales en él realizados, no podrán ser borrados del mundo jurídico, tratándose sólo de reparar la situación material.

El inicio de este proceso declarativo no suspende ni entorpece el procedimiento de ejecución especial hipotecaria, razón por la que podría dudarse de su efectividad desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva en el supuesto en que se estimase positivamente la demanda iniciadora del declarativo ordinario, dado que una vez realizado el bien hipotecado mediante subasta y adjudicado a un tercero de buena fe, la situación procesal del ejecutado puede tornarse irremediable.

Con todo, la relevancia de lo dispuesto en el art. 698 LEC es vital, pues este precepto ha sido el fundamento capital que el TC ha esgrimido reiteradamente para proclamar la constitucionalidad del antiguo procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, hoy proceso de ejecución de bienes inmuebles hipotecados.

## 2) Momento de la incoación.

La incoación del proceso declarativo plenario puede preceder al proceso de ejecución; en este sentido MONTERO AROCA recuerda que en la práctica judicial se conoce más de un caso en que el deudor insta la declaración de usurario del préstamo hipotecario en el seno del declarativo y luego el acreedor hipotecario inicia el proceso ejecutivo. Lo crucial de esta situación es determinar si el proceso declarativo repercute de alguna manera en el ejecutivo posterior, pero la Jurisprudencia lo ha negado reiteradamente. Por tanto, el juicio declarativo no suspende la ejecución hipotecaria<sup>1017</sup>

Naturalmente, no cabe hablar de suspensión alguna si el declarativo se inicia después del proceso de ejecución.

---

<sup>1017</sup> Entre otros Autos de la AP de Zaragoza de 25 de enero de 1999 y de 24 de enero de 1999. En el mismo sentido, Auto de la AP de Barcelona de 14 de junio de 1999 que declara que la paralización del juicio es jurídicamente insostenible.

### 3) Presupuestos procesales.

La competencia objetiva y territorial para conocer del proceso declarativo se determinará por las reglas ordinarias que establece la LEC.

En cuanto a la legitimación activa, no corresponde únicamente a quienes fueron parte en el proceso de ejecución, es decir, ejecutante y ejecutado, sino que la tienen también los *interesados* según dicción del art. 698 LEC. En este concepto puede incluirse el rematante y el arrendatario o poseedor de la finca<sup>1018</sup> y, cualesquiera otros titulares de derechos que puedan verse afectados por la ejecución.<sup>1019</sup>

En cuanto a la legitimación pasiva, JURADO precisa que habrá que demandar a todas aquellas personas que puedan verse afectadas de alguna manera. Si el proceso de ejecución no ha llegado al trámite de la realización (subasta), habrá que demandar al ejecutante. Si se pretende la nulidad de la hipoteca habrá que demandar a los que la constituyeron o a sus causahabientes y, en su caso, a los cesionarios, los subhipotecantes y quienes sostengan algún derecho sobre el crédito hipotecario.

Si el bien ya se ha realizado a través de la subasta, demandado tendrá que serlo el ejecutante y el nuevo adjudicatario.

### 4) La medida cautelar de retención.

El art. 698.2 de la LEC reconoce la posibilidad de solicitar del tribunal que se asegure la efectividad de la Sentencia que se dicte con retención del todo o parte de la cantidad que se obtenga en la ejecución y deba entregarse al acreedor.

Dicha retención no es otra cosa que una medida cautelar que puede solicitar el actor al tiempo de interponer la pretensión declarativa o durante el juicio a que diere lugar, sin necesidad de acreditar, en el segundo de los casos, que se basa en hechos y circunstancias que justifican la solicitud en ese momento. A la vista de la solicitud y de los documentos que se presenten, el tribunal decretará la retención si estima bastantes las razones que aleguen y previa prestación (si no tuviera solvencia notoria y suficiente) de garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor ejecutante;

---

<sup>1018</sup> MONTERO AROCA J, *Ejecución de la hipoteca...*ob, cit, pág. 1252.

<sup>1019</sup> Así lo ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1997.



éste podrá obtener el alzamiento de la retención afianzando a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener.

## V. CONVERSIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EJECUCIÓN ORDINARIA: ARTÍCULO 579 LEC.

### 1) Introducción.

En numerosas ocasiones el proceso de ejecución hipotecaria deriva o se reconvierte en otros procedimientos. Esta “prolongación” o ampliación del objeto del proceso<sup>1020</sup> es ciertamente justificable si consideramos el ámbito reducido del proceso ejecutivo. Especial atención merece en este punto lo estipulado en el art. 579 LEC<sup>1021</sup>.

Con la aplicación de este precepto en un contexto de aguda crisis económica llegó la polémica, las peticiones de reforma de la legislación hipotecaria y el clamor popular que exige la implantación de la *dación en pago*, como recurso para resolver el drama de muchas familias que sufren la ejecución de su vivienda después de quedarse sin ingresos<sup>1022</sup>.

---

<sup>1020</sup> Siguiendo a GIMENO SENDRA, puede definirse la ampliación del objeto del proceso como la introducción en una demanda, en una contestación o en un proceso ya iniciado, de nuevas pretensiones. *Derecho procesal civil...ob*, cit pág. 225.

<sup>1021</sup> El art. 579 LEC declara textualmente: “Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el Capítulo V de este Título, Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”.

<sup>1022</sup> OLIVAS DIAZ, partiendo de cierto paralelismo, a su juicio, existente entre la situación española y la que vive EEUU con la crisis de las hipotecas *subprime*, considera que también en nuestro país podría hablarse de una auténtica crisis urbana. Ello, a tenor de las miles de familias expuestas al riesgo de perder su vivienda, así como las que ya la han perdido, la gigantesca tasa de sobreendeudamiento familiar, la grave afectación originada por la pérdida de empleo y de poder adquisitivo, especialmente en los segmentos más débiles de la población. *Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar*. Observatorio DESC, septiembre 2009, [www.descweb.org](http://www.descweb.org). Por su parte, DE LA TORRE VALLECILLO y MOLINA NAVARRETE, ponen de manifiesto una cruda realidad, al afirmar que la crisis está situando a cada vez más personas y colectivos fuera de la denominada *clase media*, clave para toda sociedad desarrollada y los adentra en una nueva categoría social que podría delimitarse como de los *nuevos pobres*. Según indican estos autores, al tiempo desde todos los sectores, incluso desde la economía más ortodoxa, se advierte, del enorme riesgo que supone para la estabilidad social la multiplicación e intensificación de las desigualdades, cuyo coste desmedido no es solo de fractura social, sino también de pérdida de oportunidades de crecimiento y desarrollo económicos. En este tiempo, los ricos son menos en número pero con más riqueza. En cambio, los *pobres* no solo tienen menos, sino que son más. Si la pobreza podría asociarse otrora a la ausencia de un empleo-exclusión del mercado de trabajo-, ahora la conservación de un empleo no asegura en absoluto la salida de la pobreza, multiplicándose el colectivo, que antes se creía solo privativo de sociedades muy liberales, como EEUU, de trabajadores pobres. *Soluciones jurídicas a la crisis: hacia una protección justa y eficiente del consumidor hipotecario sobreendeudado de buena fe*. Revista Práctica de Derecho CEFLEGAL, nº 144, enero de 2013, págs. 8 y 9. Finalmente, ROIG, refiriéndose a la crisis de las hipotecas en España, lejos de imputar toda la responsabilidad a las entidades, hace una reflexión sobre las responsabilidades individuales. Para este autor, sin perjuicio de los fallos del sistema y de la responsabilidad de mandatarios y políticos, no pueden obviarse las responsabilidades de cada ciudadano. En este sentido afirma:

En efecto, la crisis económica que venimos padeciendo desde hace ya varios años ha supuesto un incremento notable de las ejecuciones hipotecarias<sup>1023</sup>, en su mayoría, proyectadas sobre inmuebles que constituyen la vivienda habitual del deudor y/o ejecutado. *El drama de los desahucios*, tal y como se ha querido presentar mediáticamente el incremento de estas ejecuciones, con los efectos perniciosos que supone para la economía particular y, en general, para la economía del país, está suponiendo toda una batería de resoluciones judiciales tendentes a evitar que la depreciación de los inmuebles suponga la persistencia de la deuda a pesar de haberse verificado las correspondientes subastas y lanzamientos, que no desahucios. En este contexto, se están poniendo en tela de juicio los límites en la persecución del patrimonio del deudor y ello con una intensidad abrumadora. Los Juzgados han ido reaccionando con un sinfín de resoluciones que tratan de establecer límites a la continuación de créditos cuya garantía hipotecaria resulta insuficiente para saldar la obligación garantizada<sup>1024</sup>. RODRIGUEZ ACHUTEGUI<sup>1025</sup> reconoce que con más o menos rigor, lo que subyace en todas esas resoluciones es la preocupación por la compatibilidad de la pérdida del bien objeto de la garantía, usualmente la vivienda del

---

“...puede sonar un poco cruel, pero si estamos como estamos es porque demasiada gente adquirió compromisos que no podía cumplir. Y la suma de millones de compromisos incumplidos es la crisis actual. ¿Qué los bancos no advirtieron a los clientes que un día las cosas odian empezar a ir mal? Cierto. Pero, francamente, tampoco hay que ser Einstein para darse cuenta de que un día pueden pintar bastos. ¿Qué los constructores hacían más casas de las necesarias incitados por ayuntamientos y cajas? Es verdad. Pero es muy difícil criticar sólo al sistema”. *La dictadura de la incompetencia*, ROIG, X, Gestión, 2000, págs. 158 y 159.

<sup>1023</sup> Según el CGPJ y el INE entre los años 2007 y 2010 se produjeron más de 248.000 ejecuciones hipotecarias en España (entre 2007 y 2009 tuvieron lugar 205.509 ejecuciones; en concreto, 25.943 en 2007 y 53.696 en el año 2008), alcanzando en el año 2010 el número de 121.006 ejecuciones, con 180.000 inmuebles ejecutados.

<sup>1024</sup> En efecto, ALAMO GONZALEZ establece el nexo común de estas resoluciones diciendo que “ al problema planteado en nuestro país sobre los perjuicios causados a los deudores como consecuencia de las ejecuciones hipotecarias, han respondido algunos de nuestros tribunales con una solución consistente en limitar el pago de la deuda a la cantidad resultante de la realización del valor del bien inmueble hipotecado (una vez adjudicado y extinguiendo el resto de la deuda), alegando como fundamento de la decisión argumentos alejados de la aplicación estricta de la ley nacional y que se apoyan sobre todo en motivos de equidad y en la atribución a la banca de un papel relevante en la crisis económica actual”. La referida doctrina se recoge primeramente en el archiconocido Auto 111/2010, de 17 de diciembre de la AP de Navarra, sección 2ª, y en el posterior Auto 119/2011 de la AP de Girona de 16 de septiembre que, en síntesis, determinan la imposibilidad de continuar la ejecución sobre el resto del patrimonio del deudor con posterioridad a la realización del valor del inmueble hipotecado por la entidad financiera acreedora, solución ésta que apoyada en razones de equidad, contraviene, no obstante, lo dispuesto en el art. 671 LEC y el propio art. 579 del mismo texto legal. Asimismo, estas resoluciones destacan la actuación incorrecta de las entidades bancarias al reclamar cantidades de la deuda principal tras la ejecución del bien inmueble hipotecado, porque consideran, entre otras razones, que con esa forma de actuar estarían atentando contra sus propios actos, es decir, que con tal comportamiento la entidad acreedora se estaría contradiciendo con la valoración inicial del bien efectuada en el contrato que ya previó la cobertura total del débito, y que conllevaría una efectiva satisfacción al acreedor con la adjudicación del bien hipotecado. Sin embargo, frente a esta sorpresiva línea doctrinal se alza la corriente tradicional que mantiene la estricta aplicación de nuestros preceptos procesales vigentes, en la que se admite la continuación de la ejecución contra el patrimonio del deudor una vez realizado el valor de dicho bien inmueble por el acreedor hipotecario, a tenor del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 de nuestro Código Civil. *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 13 y 14.

<sup>1025</sup> *Ejecuciones hipotecarias, en Ejecución hipotecaria. Solución a tiempo de conflicto*. Coord. SALAS CARCELLER, A, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, págs. 27 y 28.

deudor, con las acciones que conforme al art. 1911 del CC y 105 de la LH, permiten afectar el resto de su patrimonio, presente o futuro al cumplimiento de la obligación.

Así las cosas, el principio de responsabilidad patrimonial universal<sup>1026</sup> sobre el que descansa todo nuestro sistema jurídico no pasa por su mejor momento<sup>1027</sup> y la injusticia de su aplicación se revela drásticamente en un contexto histórico-social en que las tasaciones inmobiliarias ya no sirven, si acaso lo hicieron en algún momento, para fijar el valor real de los inmuebles<sup>1028</sup>. Lo que antes era valor más que seguro, ahora ni siquiera cubre el principal de la deuda. El mismo inmueble que en el momento de perfeccionarse el contrato de préstamo hipotecario era una garantía eficaz para la entidad, se ha convertido por efecto de la depreciación inmobiliaria en un lastre para muchas entidades que después de adjudicarse los inmuebles siguen acumulando *stock* en un panorama de difícil recolocación en el mercado<sup>1029</sup>. Y, entre

---

<sup>1026</sup> Este principio se recoge en el art. 1911 del CC, donde se afirma que el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes, presente y futuros. Tiene unas raíces históricas en nuestro ordenamiento que se remontan hasta las Partidas. Pero, en la actualidad está en entredicho en la medida que se le quiere poner límites. En este sentido, la cuestión más importante consiste en dilucidar sobre la validez de aquellos pactos entre particulares encaminados a limitar el ámbito de responsabilidad. En este punto, existe unanimidad en la doctrina a la hora de declarar la nulidad de aquellos pactos o acuerdos en virtud de los cuales el deudor se exime por completo de responsabilidad. A juicio de GULLON, otra solución supondría dejar el cumplimiento del contrato a la voluntad de una de las partes en contra de lo dispuesto en el art. 1256 CC. Idéntica postura asume la resolución de la DGRN de 20 de marzo de 2004. Sin embargo, artículos como el 1807 CC y el 140 LH parecen llegar a la conclusión de que en nuestro ordenamiento son posibles las convenciones modificativas del art. 1911 CC. Por ello, puede concluirse que sí son posibles los pactos de limitación previstos legalmente y, de forma especial, el art. 140 LH permite limitar la responsabilidad hipotecaria al bien sujeto a la garantía, sin tener que verificar reformas profundas del sistema ni tener que alterarlo. Cuestión distinta es que los deudores en la práctica no tengan opción de introducir estas limitaciones al no tener capacidad de negociación en la fase contractual.

<sup>1027</sup> En efecto, la crisis económica ha agudizado el debate de si se debe limitar por ley la responsabilidad de los deudores hipotecarios. ARRUÑADA considera, sin embargo, que para las hipotecas ya firmadas, sería injusto y temerario por atentar contra el Estado de Derecho. Para las hipotecas futuras, sería un grave error, pues en España, como en casi todo el mundo desarrollado, acreedores y deudores prefieren contratar sin limitación de responsabilidad, por lo que cabe entender que les resulta beneficioso, sobre todo por existir considerable competencia entre acreedores. Además, asevera este autor, de tal ejercicio de libertad contractual no se derivan daños a terceros que pudieran justificar una prohibición. Todo lo contrario, la limitación de responsabilidad generaría cuantiosos daños sistémicos. Para este autor, las soluciones a la crisis pasan por respetar el Estado de Derecho, lo que exige aplicar y hacer cumplir los contratos vigentes a menos que existan fallos de voluntad debidamente verificados en vía judicial. *La reforma de la legislación hipotecaria*. [www.econ.upf.es](http://www.econ.upf.es), enero de 2012.

<sup>1028</sup> En este sentido, ALEMANY afirma que durante mucho tiempo el drama hipotecario al que se enfrentaban centenares de miles de familias no ha tenido en los medios una resonancia proporcional a la dimensión de la problemática y tampoco aparecía en la agenda de prioridades de las formaciones políticas. No obstante, según este autor, ya nadie pone en duda la injusticia de un ordenamiento jurídico que sobreprotege los intereses de las entidades financieras y que hace recaer todo el peso de la responsabilidad sobre la parte más vulnerable e indefensa del contrato. *Análisis sobre el impacto de las ejecuciones hipotecarias en el Estado español. Consecuencias económicas y sociales de dejar a miles de familias en la calle y endeudadas*, febrero 2011.

<sup>1029</sup> La política del crédito fácil ha contribuido de manera decisiva a inflar los precios, multiplicando el esfuerzo de los hogares para acceder a una vivienda y ha precipitado al país hacia el abismo. Pero, lo que mantiene en jaque a bancos y cajas españoles no es tanto la deuda hipotecaria de las familias como los activos que se acumulan en sus balances derivados de la quiebra de centenares de empresas del sector inmobiliario. Urbanizaciones fantasma, promociones sin acabar, miles de metros cuadrados por construir e imposibles de colocar en el mercado, han sufrido una depreciación infinitamente mayor que las viviendas procedentes de ejecuciones hipotecarias. ALEMANY, A, ob, cit, págs. 43 y 44. Por su parte, ALAMO GONZALEZ fija como causas de la crisis económica un compendio de circunstancias; de un lado,

tanto, el ejecutado, sin vivienda y convertido en deudor prácticamente de por vida, sin poder alegar casi nada en su defensa<sup>1030</sup>.

Con todo, la decidida reacción judicial producida a través de resoluciones más o menos afortunadas, ha venido acompañada de otra mucho más tímida por parte de las clases dirigentes en forma de Decretos Leyes de los que se puede augurar poco éxito mientras el sistema siga descansando en el principio de responsabilidad patrimonial universal y el deudor no pueda ejercer una verdadera negociación en fase contractual, utilizando los mecanismos de limitación de responsabilidad que ya establece la propia Ley Hipotecaria. Baste citar en este sentido lo dispuesto en el art. 140 de la LH, según el cual, *podrá pactarse válidamente en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados*. Por tanto, únicamente en los casos en que existe un pacto específico de liberación de responsabilidad personal, con base en el precepto apuntado, la garantía real constituida por el deudor alterará la responsabilidad ilimitada que establece el art. 1911 del CC<sup>1031</sup>.

---

la conducta irresponsable del consumidor, pero en gran parte, apunta este autor, ha sido incitada por el propio sistema a través de la concesión de préstamos con enormes facilidades (incluso de alto riesgo y productos de escasa rentabilidad) por una agresiva publicidad de concesión de créditos unida al descenso de los tipos de intereses y, por último, debido al crecimiento de la renta y a unos incentivos fiscales en su impuesto que alcanzaban hasta el veinte por ciento. Según recuerda este autor, la mayoría de los expertos coinciden en señalar que el colapso económico era inevitable en atención al comportamiento regular y continuado de pago de los créditos anteriores. En definitiva, se produjo un verdadero encadenamiento a la deuda. Sin embargo, al producirse un colapso de los nuevos deudores y la falta de pago, el sistema se quedó sin la opción de conceder más crédito, y a medida que ésta opción se endurecía en el tiempo, el sistema entero tendía a colapsarse y a requerir inyecciones de liquidez, con la esperanza de que los flujos volvieran a la normalidad. El aumento de los llamados créditos blandos ha influido en el incremento del sobreendeudamiento y en la creencia de que el sobreprecio ficticio generado por la malformación del mercado inmobiliario seguiría incrementándose de forma permanente. A lo anterior, hay que añadir la ausencia de una política adecuada en materia de sobreendeudamiento y de procesos concursales de las personas físicas, que han merecido notables críticas y que tienden a agravar aún más la situación de los deudores. Ob, cit, págs. 15 y 16.

<sup>1030</sup> MALDONADO RAMOS en términos muy elocuentes afirma: "...Con el señuelo de los bajos tipos de interés y la supuesta revalorización constante de la propiedad, los ciudadanos han ido entrapando sus hogares en una espiral suicida para muchos. Primero fue la mera adquisición de la vivienda, después las obras de mejora, luego la segunda residencia, más tarde bienes de consumo e incluso viajes de turismo. Para ello, bastaba con ir aumentando sucesivamente el importe de la deuda y el plazo de duración del préstamo, superando las prudentes barreras tradicionalmente fijadas. Así, se ha llegado a cifras del ciento cuarenta por ciento del valor de la tasación y a periodos de cuarenta años. Y cuando la fiesta termina, no hay defensa posible. En la época de las letras, al menos cabía oponer ciertas excepciones para tratar de evitar el embargo, pero con las hipotecas es imposible dialogar con nadie. El Registro de la Propiedad, cómo una máquina ciega e inexorable, permite la puesta en marcha del proceso (no en balde denominado ominosamente de ejecución), destinado a privar de su antes tan valiosa vivienda al desconcertado propietario, sin que valgan protestas, justificaciones o excusas, ni haber nadie a quien pedir un poco de paciencia o al menos comprensión..." *Las hipotecas, como ejemplo*. Revista El Notario del siglo XXI, nº 46, noviembre-diciembre 2012, pág. 18.

<sup>1031</sup> Auto de la AP de Córdoba de 17 de diciembre de 2002.

En espera de una reforma integral rigurosa desde el punto de vista técnico, lo cierto es que todavía no se ha hecho prácticamente nada<sup>1032</sup>. Empero, podría afirmarse que una reforma integral no sería necesaria<sup>1033</sup> si se utilizasen los mecanismos legales que ya existen en nuestro ordenamiento, partiendo de una premisa básica consistente en dar al deudor la posibilidad real y efectiva de dirigir su actuación en cuanto consumidor con base en el principio de autonomía de la voluntad<sup>1034</sup>. Cuando el sistema falla o presenta fisuras importantes, se disparan las alarmas exigiendo reformas integrales acaso no tan necesarias como sí lo es la obligación de reequilibrar la posición de las partes desde el sentido común y desde las garantías procesales.

En este punto, PEREZ HEREZA<sup>1035</sup> se muestra partidario de afrontar una reforma integral que tome en consideración todos los intereses en juego, si bien, probablemente nunca será posible una reforma que evite totalmente los lanzamientos por impago. No obstante, esto no significa que no pueda hacerse nada al respecto, pues existen muchas medidas que sin necesidad de alterar los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, aliviarían notablemente la situación de los deudores<sup>1036</sup>.

---

<sup>1032</sup> "...no se ha hecho prácticamente nada, básicamente por la presión de la banca y por el comportamiento de un Gobierno que considera que cumplir su promesa electoral de reformar la ley concursal, con la finalidad de introducir una medida existente en la mayor parte de los países civilizados como el *fresh start* (permitiendo al deudor insolvente exonerarse del pasivo pendiente tras la ejecución de su vivienda) causaría pánico en nuestros acreedores internacionales. Sospechamos que tal actitud que parece presumir que perseguir la pobre sin esperanzas de cobrar tranquiliza más que subsidiar al banco con dinero del contribuyente, tiene poco fundamento en la realidad. Lamentablemente, a lo más que llegó es a proponer un Código de Buenas Prácticas cuya virtual eficacia para resolver esas injusticias ha sido nula". *El drama de los desahucios, Un diagnóstico erróneo*, editorial de la Revista El Notario del siglo XXI, nº 46, noviembre-diciembre 2012.

<sup>1033</sup> En este sentido, GONZALEZ apunta que no sería necesaria ninguna modificación legislativa, sino que bastaría con la directa aplicación del artículo 140 de la LH. A su juicio, no sería realista pensar que la solución de los impagos de los compromisos adquiridos, entre otros los créditos, ha de producirse alterando la naturaleza legal de las garantías, obviando las razones o motivos principales por los que se produce esta situación. En todo caso, apunta este autor, deberíamos cuidarnos de soluciones coyunturales, que no abordan a fondo la cuestión y que pudieran introducir distorsiones en un mercado de millones de actuaciones y del que el 97,5 % de las ocasiones funciona con normalidad. *Las garantías en el préstamo hipotecario*, Revista el Notario del siglo XXI, nº 36, marzo-abril 2011, págs. 32 a 34.

<sup>1034</sup> OLIVAS DIAZ afirma textualmente: "¿Se puede hablar de verdadera igualdad entre las partes que negocian un contrato obviando la tremenda asimetría que puede darse entre ambas? En los préstamos con garantía hipotecaria se han incluido frecuentemente cláusulas impuestas unilateralmente por la entidad bancaria e intereses moratorios abusivos. Contratos rutinizados, determinados por la urgencia de los prestatarios de disponer de una vivienda; en consecuencia, contratos caracterizados por la ausencia de información básica y la falta de transparencia. Los juristas no pueden obviar la desigualdad y la intensa violencia, no siempre explícita, que se encierra en estas situaciones. Pretender esgrimir la libertad contractual obviando la situación de predominio de una de las partes sobre la otra equivale a hacer de la legalidad formal un instrumento para encubrir situaciones de arbitrariedad y abuso de derecho..." *Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda...ob*, cit.

<sup>1035</sup> *Las ejecuciones hipotecarias: tres decretos-leyes y todavía a la espera de una reforma integral*. Revista El Notario del siglo XXI, nº 46, noviembre-diciembre 2012, pág. 21.

<sup>1036</sup> Manteniendo la esencia del concepto mismo de hipoteca, así como del procedimiento de ejecución, PEREZ HEREZA enumera una serie de medidas o propuestas, tales como: incentivar la renegociación de la deuda, estableciendo novaciones fiscales para cualquier tipo de novación; introducir una fase de mediación obligatoria con carácter previo al inicio del proceso; establecer el derecho del deudor a disfrutar

Según este autor, es obligación del Gobierno y del Parlamento abordar de una vez profundamente esta materia. Son tres los Decretos Leyes que en momentos concretos de presión social se han dictado para adoptar soluciones parciales y coyunturales de muy limitado alcance<sup>1037</sup> y es de esperar que identificados los problemas se aborde una reforma integral de la normativa, pues, según sostiene, sería una decepción que, bajo el pretexto de no poder atender las propuestas maximalistas, las promesas contenidas en el último Decreto (27/2012) se abandonasen y haya que esperar que una nueva polémica mediática obligue a dictar una nueva norma parcial de carácter urgente.

2) El principio de responsabilidad patrimonial universal como fundamento de su aplicabilidad.

A) Posiciones contrarias a la limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal.

---

de periodos de carencia en los que únicamente se abonaran los intereses que se vayan devengando; incentivar la continuidad del deudor en la posesión de la finca después de la ejecución, como arrendatario con una renta social o como mero comodatario de nuevo con beneficios fiscales a favor del acreedor o rematante en el impuesto de bienes inmuebles, sociedad o en el de transmisiones patrimoniales; favorecer la dación en pago por acuerdo de ambas partes; forzar al acreedor a la aceptación de la oferta de dación hecha por el deudor; incrementar el tipo mínimo de adjudicación al acreedor; limitar legalmente los intereses de demora o las cantidades que se pueden reclamar en concepto de costas y gastos; reconocer al deudor ejecutado un derecho a participar en las plusvalías del acreedor en caso de venta posterior por encima del tipo de adjudicación o la introducción del denominado *fresh star*, es decir, regular la posibilidad de decretar la liberación de las deudas de persona física en concurso judicial, o regular procedimiento extrajudicial previo al concursal para dar solución convencional a estas situaciones. Por último, cita el autor la reforma del régimen de publicidad de las subastas, facilitar la financiación de compras en subasta o incentivar el abandono de la posesión por parte del ejecutado y su participación en el proceso de venta, estableciendo beneficios para el deudor colaborador. Ob, cit, págs. 21 y 22. Por su parte, ALVAREZ ROYO-VILLANUEVA también se muestra partidario de que sea el poder legislativo el que aborde una reforma del sistema porque éste se ha revelado ineficiente e injusto. A su juicio, la limitación de responsabilidad a la finca no es la respuesta, pues en EEUU donde sí existe tal limitación, tampoco ha evitado la burbuja inmobiliaria y, desde luego, sería inadmisibles por injusto cambiar el sistema sobre las hipotecas ya constituidas. A juicio de este autor, sí se pueden tomar medidas que eviten la próxima burbuja, tales como favorecer la independencia y la responsabilidad de las tasadoras y limitar de forma especial los préstamos a promotores. Asimismo, hace falta mejorar el sistema de la ejecución hipotecaria para que el precio que se obtenga en las subastas sea de verdad el de mercado, lo que beneficia tanto a acreedor como a deudor. Además, este autor aboga por dar mayor cobertura al procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial; por un uso intenso de la publicidad en la web para subastas y mejor el contenido de la información disponible, implantar periodos de carencia o favorecer el abandono de la posesión por el deudor, entre otras medidas. *¿Dación en pago hipotecaria?*, Revista El Notario del siglo XXI, nº 36, marzo-abril 2011, págs. 30 a 31.

<sup>1037</sup> Se trata del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio y Decreto ley 6/2012, de 9 de marzo, que introdujeron algunas soluciones coyunturales sin llegar a limitar la responsabilidad al bien hipotecado que ciertos sectores reclamaban. Más recientemente, el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de alcance muy reducido se limita a establecer una moratoria de dos años para el lanzamiento de los deudores que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, siempre que el objeto de ejecución sea vivienda habitual y sea adjudicatario el acreedor o quien hubiere actuado por su cuenta.

Ante la alarma social generada con el incremento de los lanzamientos derivados de procesos hipotecarios<sup>1038</sup>, paralelamente se han disparado las voces partidarias de reformar la legislación en el sentido de limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el art. 1911 CC<sup>1039</sup>, el cual subyace en el art. 579 LEC y es el principal benefactor de la opción procesal de proseguir la ejecución contra otros bienes del deudor después de haberse realizado el inmueble. Asimismo, el art. 105 LH declara expresamente que la *hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil*.

Para muchos la forma de limitar los efectos de la responsabilidad patrimonial universal es la propugnada *de facto* por algunas resoluciones judiciales y asociaciones de afectados, introduciendo lo que denominan impropriamente *dación en pago*. En síntesis, se trata de establecer que con la adjudicación del inmueble al acreedor, quede saldada totalmente la deuda<sup>1040</sup>.

MADRIDEJOS considera que no es viable la solución pretendida por las asociaciones de afectados y por algún político<sup>1041</sup> consistente en reformar el sistema vigente con efectos retroactivos imponiendo a los bancos la obligación de aceptar la

---

<sup>1038</sup> Existe una relación de causalidad directa entre la crisis económica y el incremento de los lanzamientos. Cómo o, por qué, se ha llegado a esa situación es algo en lo que también suelen coincidir los autores, si bien con algún matiz que otro. MADRIDEJOS sitúa la causa de la crisis en factores como la hiperinflación de las viviendas, el sobreendeudamiento, la crisis inmobiliaria y el paro. Según este autor: "...cuando a la hiperinflación de las viviendas y a la financiación del cien por cien del precio (cuando no del ciento por mucho por cien, ya que con frecuencia se han financiado, además del precio, los gastos, los impuestos y la comisión de los múltiples intermediarios, y todavía sobraba para la obra y los muebles) se ha unido de súbito, la crisis inmobiliaria y el paro se ha producido una mezcla letal de trágicas consecuencias. El sueño de muchas personas, normalmente pertenecientes a las capas económicas menos favorecidas y en muchos casos inmigrantes, a los que se tentó con la irrechazable oferta de acceder a la propiedad, sin ningún desembolso inicial, pagando por la hipoteca menos de lo que pagan por el alquiler, se vio prontamente truncado. La subida de los tipos de interés y los sistemas de amortización creciente originaron en un primer momento una subida de las cuotas que muchos afrontaron con dificultad pero cuando a ello se unió la pérdida del empleo de alguno o de todos los deudores, de cuyo salario dependía el pago de la hipoteca, la situación se hizo insostenible. La solución en tal caso podría ser vender la vivienda pero la caída de los precios, el estancamiento del mercado, la restricción de la financiación y lo elevado de la deuda, de la que prácticamente no se había amortizado nada y que aumenta con los intereses de demora, hacen imposible la venta...". *Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas*, Revista el Notario del siglo XXI, nº 37, mayo-junio 2011, pág. 20.

<sup>1039</sup> Siguiendo a O'CALLAGHAN puede decirse que el principio se compone de dos elementos: patrimonialidad y universalidad. La patrimonialidad significa que la responsabilidad alcanza a todo el patrimonio del deudor, comprendiendo el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales cuya titularidad le corresponde, sin incluir los derechos que carecen de valor patrimonial. Por su parte, la universalidad implica que la responsabilidad del deudor comprende todos sus bienes, presentes y futuros. No comprende los bienes pasados, es decir, aquellos de que era titular antiguamente. Sin perjuicio de que por medios de las acciones subrogatoria o revocatoria y al amparo del art. 1111, se hagan reingresar al patrimonio bienes que hayan salido de él. *Código Civil...*ob, cit, pág. 2062.

<sup>1040</sup> La máxima *vivienda entregada, deuda saldada*, encuentra un buen número de partidarios, pues no parece socialmente admisible que una persona además de perder su vivienda se encuentre en una situación económica negativa que le impida empezar de nuevo desde cero.

<sup>1041</sup> El Grupo mixto IC-IU-ERC presentó en el Congreso de los Diputados una proposición de ley en el sentido de que se fuerce a las entidades financieras a aceptar la entrega del piso para zanjar la hipoteca. La iniciativa no prosperó al tropezar con el voto contrario de PSOE y PP.

entrega de la vivienda hipotecada como pago de toda la deuda<sup>1042</sup>; a su juicio, la retroacción en sí misma sería inconstitucional. Cuestión distinta es que se aplique la limitación de responsabilidad que prevé el art. 140 LH para las hipotecas que se constituyan en el futuro, incluso con alcance preceptivo. No obstante, este autor considera que limitar la responsabilidad a la finca hipotecada sería tanto como trasladar los riesgos de depreciación a la entidad acreedora, conservando el comprador las ventajas de la revalorización, lo que a su juicio, implica cambiar las reglas de juego lo que no parece admisible, pues redundaría en una mayor contracción del crédito y en la paralización del mercado inmobiliario.

Con todo, MADRIDEJOS anuncia una serie de medidas puntuales que sin afectar al principio estelar de la responsabilidad universal, podrían mejorar la situación de quienes se encuentran inmersos en una ejecución hipotecaria. Así, aboga por la limitación de los intereses de demora, en ocasiones, excesivos; la reforma de la legislación concursal a fin de afrontar la insolvencia de la persona física de forma más igualitaria, pues resulta difícil de explicar que las grandes empresas en situación de insolvencia consigan subsistencia y viabilidad mediante importantes quitas o aplazamientos en sus deudas y, sin embargo, la deuda de la persona física insolvente subsista íntegramente, como una losa, durante toda la vida del deudor<sup>1043</sup>. Se muestra partidario igualmente de reformar la legislación procesal en lo referente a las subastas judiciales a fin de procurar la realización a precio de mercado, así como favorecer la venta extrajudicial durante la tramitación del procedimiento partiendo de una nueva tasación realizada por experto independiente designado por el juez. Sólo en el caso en que la venta extrajudicial por parte del propio deudor propietario del inmueble no sea posible, entonces defiende la opción de regular la facultad de entregar la vivienda a disposición del acreedor a cambio de quedar liberado de la deuda, pero sólo hasta donde alcance el valor de tasación realizada en el ámbito judicial, aplicando en su caso algún porcentaje reductor y respondiendo personalmente por la diferencia.

Por su parte, SANZ IGLESIAS haciéndose eco de lo publicado en el diario New York Times, en un artículo especialmente crítico con las consecuencias del impago de hipotecas en nuestro sistema jurídico<sup>1044</sup>, rechaza que la solución pase por implantar el sistema norteamericano caracterizado esencialmente por la desaparición de la deuda

---

<sup>1042</sup> Agencias de *rating* como Fitch o Moodys han advertido del riesgo que supondría para el sistema financiero español cambiar las normas con carácter retroactivo. De ahí, que se considere muy inoportuna cualquier modificación retroactiva de la ley sustantiva, tanto si la retroactividad es de grado máximo, medio o mínimo.

<sup>1043</sup> Ob, cit, págs. 22 y 23.

<sup>1044</sup> Publicado el 27 de octubre de 2010.



mediante la entrega de las llaves de la vivienda. A su juicio, se pueden barajar distintas *salidas* como ampliación del plazo del préstamo, dación en pago o para pago de deuda, *hipoteca alivio* o la compraventa, siendo el precio de ésta el importe de la deuda: todas las medidas apuntadas tienen la ventaja, según expone el autor citado, del ahorro que suponen, pues se suprimen como regla general los intereses de demora y no hay costas, así como su rapidez<sup>1045</sup>.

Para ROJAS, la solución es simple, bastaría con imponer el contenido del art. 140 LH con alcance preceptivo y, en consecuencia, limitar la responsabilidad hipotecaria al bien sujeto a garantía. Ello no obstante, alerta de los efectos negativos que la imperatividad del precepto conllevaría, al traducirse inexorablemente en una limitación del acceso al crédito ya que las garantías de las entidades financieras quedarían reducidas por disposición legal<sup>1046</sup>. Por ello, aun cuando no considera negativo de por sí establecer la limitación apuntada, con carácter general, advierte que a la hora de afrontar reformas el legislador debe ser jurista, no demagogo ni populista y antes de proceder a la redacción de una norma debe pensar los efectos que va a producir en el tráfico y en la sociedad. Cualquier reforma, por tanto, debe ser producto de la reflexión y la prudencia.

En la misma línea de no considerar adecuado realizar un cambio legal para implantar el préstamo hipotecario de responsabilidad limitada, se pronuncia ALMANSA. Este autor asevera que ello supondría tanto como profundizar en la crisis actual, ya que daría lugar a una contracción del crédito, precisamente en un momento en que es necesario prestar más y a precios más bajos; no obstante, pueden adoptarse alternativas específicas que mejoren el sistema vigente sin alterarlo en lo fundamental y, ello, sin perjuicio de reconocer que no todo tipo de endeudamiento excesivo debe ser protegido, puesto que de ser así se produciría lo que los americanos denominan *riesgo moral* que consiste en que si se permite a los más imprudentes no asumir su responsabilidad, se favorece que la próxima vez todo el mundo actúe de forma irresponsable. Entre las propuestas de reforma de este autor

---

<sup>1045</sup> *Tribulaciones del pequeño deudor hipotecario*, Revista El Notario del siglo XXI, nº 37, mayo-junio 2011, págs. 26 a 31.

<sup>1046</sup> ROJAS considera que no se prestaría dinero si no hay garantías de su devolución y si la devolución se garantiza únicamente con el inmueble hipotecado la cantidad a prestar por la entidad financiera sería irrisoria en comparación con el valor del inmueble, ya que la entidad tendría que calcular que el valor del inmueble en el momento del incumplimiento fuera suficiente para cubrir la cantidad prestada, más los intereses ordinarios, más los intereses moratorios derivados del impago hasta la ejecución así como las costas y gastos que derivan de la propia ejecución. *Legislar sobre la limitación de responsabilidad. Los efectos secundarios de las normas*. Revista El Notario del siglo XXI, nº 37, mayo-junio 2011, págs. 32 a 34.

cabe destacar la de exigir un número mínimo de plazos incumplidos para dar por vencida anticipadamente la deuda, mejorar la publicidad telemática de las subastas para evitar prácticas colusorias de subasteros, elevar la cuantía del valor de tasación por la que el acreedor pueda adjudicarse el bien ante la falta de postores y reducir el tipo máximo de los intereses de demora o incentivar fiscalmente la denominada *segunda oportunidad*<sup>1047</sup>.

B) Posiciones partidarias de la limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal.

A pesar de que la mayoría de los autores citados son partidarios de mantener el *statu quo* existente, alegando esencialmente que la limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal desembocaría en una contracción del crédito y en su encarecimiento, no todos los autores son partidarios de mantener los efectos del principio de responsabilidad patrimonial universal. CUENA CASAS afirma con rotundidad que es necesario limitar el principio, si bien, refiere esencialmente la limitación al ámbito de la insolvencia de las personas físicas, preconizando a un tiempo la implantación en España de un sistema de exoneración de deudas en la vigente Ley Concursal sin necesidad de crear una normativa *ad hoc* para los consumidores.

En efecto, para la autora citada hay planteamientos estructurales en nuestro sistema que deben ser revisados. Y uno de ellos, a su juicio, es la potencia con que el principio de responsabilidad patrimonial universal opera. Con todo, se muestra partidaria, no de suprimirlo, sino de mitigar sus efectos o intensidad en determinadas circunstancias. De ser así, el sistema español se acercaría a la mayoría de los países de nuestro entorno donde se restringe el principio de responsabilidad patrimonial universal en el marco del procedimiento de insolvencia de la persona física a través de la figura del *fresh start*. o *discharge*<sup>1048</sup>. El deudor podrá volver a empezar al verse

---

<sup>1047</sup> ¿Debe sustituirse la responsabilidad personal por la real en las deudas hipotecarias? Revista Cuadernos críticos del Derecho, nº 1-2011, ALMAZA MORENO-BARREDA, J, págs. 145 a 155.

<sup>1048</sup> En EEUU la figura del *fresh start*. data de 1898. Allí es claro el estímulo del espíritu emprendedor y constituye una manifestación de toda la filosofía que impregna su sistema económico. Parten de la idea de que cuanta más actividad económica exista, más fuerte será el sistema económico. En la inteligencia de que el emprendedor también puede fracasar regulan el expediente de liberación de deudas lo que redundan en un freno indudable a la concesión imprudente de crédito. Si el acreedor conoce que en determinadas circunstancias el deudor puede ser judicialmente exonerado del pago de la deuda, el acreedor empleará una mayor diligencia en la concesión del crédito. Lo que no es admisible es que ante situaciones que el deudor no puede controlar y que nos puedan afectar a todos en cualquier momento de nuestra vida, la respuesta del Derecho sea la condena a la exclusión social. CUENA CASAS, M, *Es necesario limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal*, Revista el Notario del siglo XXI, nº 36, marzo-abril 2011, págs. 80 a 84.

exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor de la parte de deuda no cubierta. Por tanto, aunque obtenga en el futuro nuevos ingresos, éstos no podrán ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso. La limitación, en cualquier caso, debe provenir de la acción del legislador y no de la mano de resoluciones judiciales cuestionables. Asimismo, considera que la limitación de este principio no tiene por qué suponer un encarecimiento del crédito, pero a lo mejor es preciso un cambio de sistema y que el crédito sea caro para aquellos clientes que presenten mayor riesgo y no para todos. No obstante, un sistema de exoneración de deudas debe ir acompañado de medidas que potencien la educación financiera del consumidor. En este punto, CUENA CASAS anuncia que es preciso educar en una política de ahorro, lo cual debe ser estimulado también por el sistema a través de una política fiscal que no penalice el ahorro y la inversión. En definitiva, es preciso un cambio en el sistema sin que las presiones de las entidades financieras o de la judicatura que, teme un *efecto llamada*, frenen una medida de esta naturaleza. Hay que legislar ya, pero hay que legislar bien, pues de lo contrario, concluye la autora citada, seguiremos asistiendo estupefactos a actuaciones judiciales que suplen la tarea del legislador, lo cual es muy grave en un Estado de Derecho<sup>1049</sup>.

Finalmente, PANTALEON PRIETO<sup>1050</sup> y VAZQUEZ-PASTOR<sup>1051</sup> centran la solución no tanto en el principio de responsabilidad universal, sino en la mejor distribución del riesgo contractual, promoviendo un reparto equilibrado de los riesgos contractuales que concurren en el préstamo hipotecario, lo que obligaría a trasladar a la entidad bancaria aquellos que le son imputables.

Con carácter general, parten de una premisa básica: toda promesa contractual de prestación encierra en sí misma una asunción de riesgo. Pero, en la duda, el sentido del contrato no es que el deudor asuma todos los riesgos imaginables, sino que responda únicamente de su culpa. Más allá, la responsabilidad típica del deudor debe extenderse a los eventos que tienen su origen en la esfera del deudor y que, por tanto, pueden ser mantenidos bajo control mediante las medidas exigibles. En definitiva, el deudor debe asumir aquellos riesgos que entren únicamente en la esfera de su control.

---

<sup>1049</sup> Ob, cit, pág. 84.

<sup>1050</sup> *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para una debate)*, Anuario de Derecho Civil, Vol. 44, nº 3, 1991, págs. 1062 a 1066.

<sup>1051</sup> *El préstamo hipotecario para...*ob, cit, págs. 1471 a 1475.

En el supuesto específico de los contratos de préstamo hipotecario, a los riesgos ya de por sí inherentes a tal modalidad contractual, fundamentalmente las contingencias del mercado inmobiliario, hay que sumar dos hechos puntuales que han incrementado sobremanera la onerosidad de las prestaciones para el deudor: la sobrevaloración del inmueble por la entidad bancaria y la concesión al prestatario de más del 80% del valor de tasación. Para VAZQUEZ-PASTOR una adecuada distribución de riesgos, equilibrada y proporcional en el marco de esta relación contractual, exigiría que los efectos desfavorables de esa tasación forzada y de la concesión de un importe superior al legalmente permitido se imputasen a la prestamista; en síntesis, esta autora considera que es la entidad prestamista la que debe sufrir la pérdida patrimonial por la materialización de los riesgos a ella imputables.

Asimismo, la justicia interna del propio contrato así lo determina. DE COSSIO afirmaba en este punto que el contrato no está por encima de la justicia conmutativa, sino sometido a ella desde la celebración hasta la extinción, de manera que si acontece una desproporción sustancial entre los derechos y obligaciones de las partes, sin menospreciar la importancia de la seguridad en el tráfico jurídico, será preciso por exigencias de aquella justicia conmutativa restablecer el equilibrio contractual<sup>1052</sup>. En idéntico sentido, MARTINEZ DE AGUIRRE cuando afirma que los factores que aparecen implicados en la justicia de las relaciones contractuales no se limitan a la voluntad de los contratantes. Hay que añadir a dicha voluntad, la eficacia que el ordenamiento deba reconocer a la voluntad contractual (alcance del principio de autonomía de la voluntad) y la influencia que sobre lo acordado por las partes debe tener el principio de equivalencia de las prestaciones. Para este autor, el Derecho ha de ocuparse de la *justicia contractual negocial*, pero también de la justicia contractual sustantiva, relativa al contenido del contrato, lo que exige equivalencia en las prestaciones e igualdad en las respectivas posiciones jurídicas, esto es, proporcionalidad en los derechos y obligaciones que incumben a las partes. La proporcionalidad quiebra en los contratos de préstamo hipotecario<sup>1053</sup>.

Por último, VIVAS TESON asevera que es absolutamente imprescindible la consagración legal del expediente jurídico de la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato. Su tipicidad daría mayor seguridad jurídica y ocasionaría menores recelos a

---

<sup>1052</sup> *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Comares, Granada, 1994, pág. 13.

<sup>1053</sup> *Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVII, Fascículo I, enero-marzo, 1994, págs. 58 a 72.

la hora de su aplicación por los tribunales. Es especialmente recomendable en los contratos de larga duración como los préstamos hipotecarios<sup>1054</sup>.

### 3) Requisitos del artículo 579 LEC.

#### A) Ámbito de aplicación.

El art. 579 LEC supone la incorporación expresa a la Ley procesal de una situación que venía produciéndose en la práctica, a saber, la insuficiencia del producto de lo obtenido en la subasta para cubrir todo el crédito garantizado con la hipoteca. Con anterioridad a dicha regulación, al acreedor que, a pesar de haber instado la ejecución hipotecaria en reclamación de su derecho de crédito, veía cómo este quedaba parcialmente insatisfecho, se le ponía en la tesitura de tener que iniciar otro procedimiento para reclamar la parte de deuda no satisfecha; en este sentido, el art. 579 LEC vino a colmar las expectativas de los acreedores hipotecarios al favorecer que estos pudiesen continuar reclamando a su deudor, sin necesidad de incoar un nuevo proceso, sino a través de la continuación o conversión del inicial proceso ejecutivo hipotecario en un proceso de ejecución ordinaria, y, ello, sin solución de continuidad.

Así las cosas, el ámbito del art. 579 LEC se reduce a los supuestos en que ejercitada la *pretensión ejecutiva hipotecaria* el producto obtenido con la realización del bien inmueble no resulta suficiente para cubrir la deuda garantizada con la hipoteca. Por tanto, si aparte de ésta existe otra cantidad no garantizada, la continuación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el art. 579 no puede tener lugar respecto de ésta última.

MONTERO AROCA sostiene que nos hallamos ante un caso de acumulación un tanto anómala, lo que denomina *acumulación encadenada*, dado que no es necesario presentar nueva demanda ejecutiva con su propio título y los documentos habituales<sup>1055</sup>.

La situación por la que se agota la satisfacción del crédito con la ejecución hipotecaria empieza a ser casi idílica y lo es mucho más, si cabe, en los tiempos que corren, cuando la gran mayoría de las ejecuciones hipotecarias no consigue saldar la

---

<sup>1054</sup> *La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación.* En *Ejecución hipotecaria. Solución...* ob, cit, págs. 123 a 149.

<sup>1055</sup> Ob, cit, pág. 326.

deuda en gran parte por la depreciación del valor de los inmuebles y la inutilidad de las tasaciones realizadas en su día. Sin duda, esta novedad del art. 579 compagina a la perfección con el propósito confesado en la Exposición de Motivos de la LEC, en el sentido de querer regular el proceso hipotecario como un proceso expeditivo con la intención de aumentar la protección del acreedor representando un privilegio evidente para éste último; así lo ha reconocido expresamente la Jurisprudencia menor<sup>1056</sup>.

B) Continuación como ejecución ordinaria: facultad del acreedor.

Es importante precisar que agotada la ejecución hipotecaria con la realización del inmueble y comprobada la insuficiencia del producto de lo obtenido, el hecho de que el acreedor siga reclamando dirigiéndose contra otros bienes que integren el patrimonio de su deudor encuentra su fundamento en el últimamente muy denostado principio de responsabilidad patrimonial universal y supone la finalización de la ejecución hipotecaria así como el inicio de otro proceso de ejecución, esta vez ordinaria, existiendo, en definitiva, dos procesos distintos, pero unificados<sup>1057</sup> por un nexo común.

---

<sup>1056</sup> Entre otros, Auto de la AP de Madrid, Sección 19ª, de 14 de marzo de 2007, Auto de la AP de Barcelona, Sección 11ª, de 11 de julio de 2006. El Auto de la AP de Córdoba de 17 de diciembre de 2002 pone el acento en el carácter privilegiado de esta regulación al declarar: "...el proceso de ejecución de bienes hipotecados o pignorados, a menudo, no basta para satisfacer el crédito del acreedor ejecutante, es por lo que la nueva LEC ha introducido una serie de normas que protegen mucho más enérgicamente que hasta ahora, al acreedor cuyo derecho presente suficiente constancia jurídica; constancia que indudablemente concurre en los casos de títulos de crédito suficientes para despachar ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. Esa protección más enérgica a la que alude la propia exposición de motivos de la LEC, es desarrollada, en la faceta que aquí nos interesa, por vía de introducir en su articulado unos novedosos preceptos que suprimen inconvenientes procesales que obstaban a una total superposición en un mismo procedimiento, de las acciones reales y personales que a favor del acreedor surgieran de un título de crédito con garantía real, pues no cabe duda que una de las aristas que configuraban el prisma de esa mayor protección lo constituye la celeridad que conlleva, sin merma de garantía alguna, el principio de economía procesal correctamente entendido". Por su parte, DOMENECH realza el carácter privilegiado de esta regulación al afirmar que el Código Procesal concede un nuevo privilegio al acreedor hipotecario, permitiendo seguir la ejecución en la interinidad de ese mismo proceso hipotecario infructuoso, a través de las normas aplicables a la ejecución ordinaria, decretándose actividades ejecutivas contra otros bienes diferentes al hipotecado. *La satisfacción completa del acreedor hipotecario en la ejecución hipotecaria*, Revista de Derecho procesal, nº 3-4, 2009, pág. 121.

<sup>1057</sup> Así lo han reconocido, entre otros, Auto de la AP de Lleida, Sección 2ª, de 19 de junio de 2007 y Auto de la AP de Cádiz, Sección 2ª, de 27 de abril de 2007. Este último asegura: "...se configuran dos posibles procedimientos dentro de un solo proceso, el especial hipotecario hasta satisfacer la deuda, y el de ejecución ordinario para cobrar el resto de aquella no satisfecha con la hipoteca. Ese precepto tiene como finalidad el evitar que haya que acudir a un nuevo proceso cuando los bienes del deudor subastados sean insuficientes, configurándose dos posibles procedimientos dentro de un solo proceso, el especial hipotecario hasta satisfacer la deuda y el de ejecución ordinario para cobrar el resto de aquella no satisfecha con la hipoteca, y a la vista del referido artículo, así como de la regulación transitoria de la ley procesal, es posible la continuación del proceso por razones de economía procesal...". Más recientemente, la Sentencia 203/2010, de la AP de Las Palmas, Sección 4ª, de 19 de abril, reconoce que lo que acontece bajo el prima del art. 579 LEC es una concatenación de los procesos de ejecución hipotecaria y de ejecución ordinaria contra el deudor responsable de la deuda garantizada con la hipoteca hasta lograr la completa satisfacción de la parte acreedora, sin necesidad de archivo previo del proceso de ejecución hipotecaria y apertura de otro proceso.

Ahora bien, la opción del acreedor hipotecario de seguir reclamando con base en la oportunidad que le confiere el art. 579 LEC es precisamente eso, una opción más, una facultad<sup>1058</sup> que el ordenamiento pone a su disposición por razones de economía procesal. Por tanto, no está obligado a hacerlo, pues tiene otras opciones procedimentales para reclamar el resto de deuda no cubierto, desde el juicio monitorio<sup>1059</sup>, pasando por el declarativo que corresponda en función de la cuantía<sup>1060</sup>.

### C) Instancia de parte.

Si el acreedor desea la conversión de la ejecución hipotecaria en una ordinaria, deberá solicitarlo por escrito<sup>1061</sup> al mismo juzgado que está conociendo de la ejecución hipotecaria<sup>1062</sup>, dado que no cabe que éste de oficio decrete la continuación fundamentándolo en el precepto comentado; puede decirse en este punto que si hay un campo donde el principio de rogación o de instancia de parte tiene un protagonismo crucial dentro del proceso civil es concretamente el proceso de ejecución. Por consiguiente, el tribunal no debe decretar nada que no haya sido solicitado por la

---

<sup>1058</sup> Insiste en el carácter de facultad privilegiada que tiene el acreedor, la Sentencia de la AP de Sevilla, Sección 5ª, de 16 de marzo de 2004 cuando después de afirmar que éste puede optar por la vía procesal que estime conveniente dentro de las que le ofrece la ley para reclamar la cantidad pendiente por principal e intereses del préstamo que no pudo obtener con el producto de la garantía hipotecaria ejecutadas sobre la finca, afirma igualmente que el art. 579 LEC confiere al acreedor una facultad privilegiada para conseguir el resarcimiento de la deuda total dentro del mismo proceso especial de ejecución hipotecaria. Igualmente, Sentencia 69/2006 de la AP de Sevilla, Sección 1ª, de 27 de febrero.

<sup>1059</sup> Auto de la AP de Granada, sección 4ª, de 1 de junio de 2004 y de 29 de marzo de 2004.

<sup>1060</sup> Sentencia de la AP de Málaga, sección 4ª, de 16 de enero de 2007, Sentencia de la AP de Sevilla, Sección 5ª, de 25 de junio de 2004 y Sentencia de la AP de Granada, Sección 3ª, de 2 de junio de 2003.

<sup>1061</sup> Sin que sea necesario presentar demanda ejecutiva. Antes al contrario, basta con la presentación de un escrito en el que al tiempo de solicitar expresamente la continuación como ejecución ordinaria, el acreedor especifique los bienes del deudor susceptibles de embargo o, si no tiene conocimiento de bienes al respecto, las medidas de averiguación oportunas. Así, entre otros, Auto de la AP de Ciudad Real, Sección 2ª, de 7 de marzo de 2006, Auto de la AP de Tarragona, Sección 1ª, de 16 de octubre de 2006, Auto de la AP de Madrid, Sección 21ª, de 27 de abril de 2004, Auto de la AP de Sevilla, Sección 5ª, de 19 de abril de 2004.

<sup>1062</sup> Inicialmente pueden plantearse dudas acerca de qué Juzgado es el competente para conocer de la nueva ejecución, el mismo que ya lo hizo de la ejecución hipotecaria "infructuosa" u otro distinto. Los fueros competenciales que establece la LEC podrían conducir a soluciones diferentes, sin embargo, de forma unánime la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha mantenido que es el Juzgado que ya conoció de la ejecución hipotecaria el que debe seguir haciéndolo en la ordinaria. Entre otros, Auto de la AP de Lleida, Sección 2ª, de 19 de junio de 2007, Auto de la AP de Cádiz, Sección 2ª, de 27 de abril de 2007, Sentencia 172/2006 de la AP de Sevilla, Sección 6ª, de 20 de abril, Auto de la AP de Sevilla, Sección 8ª, de 2 de junio de 2005, Sentencia 124/2004 de la AP de Asturias, Sección 4ª, de 9 de diciembre, Auto de la AP de Madrid, Sección 9ª, de 13 de junio de 2003, Auto de la AP de Almería, Sección 2ª, de 1 de julio de 2005, Auto de la AP de Madrid, Sección 21ª, de 14 de septiembre de 2004, Auto de la AP de Córdoba, Sección 3ª, de 17 de diciembre de 2002. Este último Auto de la AP de Córdoba es particularmente concluyente cuando declara que el art. 579 LEC al utilizar la expresión *proseguirá* ".,claramente está indicando que el supuesto en ella contemplado no se trata de un mero procedimiento, sino de la transformación y prosecución del procedimiento que, en suma, el ejecutante puso en marcha para el cobro de su crédito, y ello en base a un título en el que igualmente latía *ab initio* la acción personal o responsabilidad patrimonial universal..."Ello no obstante, al poco tiempo de entrar en vigor la LEC también hubo resoluciones aisladas que mantuvieron lo contrario, tales como Auto de la AP de Córdoba de 17 de diciembre de 2002 y Auto de la AP de Madrid, Sección 21ª, de 14 de septiembre de 2004.

parte, mucho menos, algo tan vital como la conversión a que hace referencia el art. 579 LEC.

#### D) Legitimación

En lo que respecta a la cuestión de a quién debe incluirse en el escrito iniciador de la ejecución ordinaria, en definitiva, quien ostenta la legitimación pasiva, cabe decir que nunca el hipotecante no deudor, dado que la responsabilidad de éste concluye con la pérdida de su inmueble. Sí la tienen, por el contrario, el fiador o avalista y, por supuesto, el deudor.

#### E) Título ejecutivo y oposición.

Por otro lado, dos interrogantes capitales que suelen suscitarse con ocasión de la aplicación del art. 579 LEC son, respectivamente, los que tienen que ver con el título ejecutivo y los motivos de oposición que pueden esgrimirse. El primero de ellos se centra en determinar qué título ejecutivo sirve de fundamento a la ejecución ordinaria posterior. En este sentido, la Jurisprudencia de forma mayoritaria aboga por considerar que el título apto es la misma escritura pública que fundamentó la ejecución hipotecaria<sup>1063</sup>. No obstante, no falta alguna resolución aislada que concede esa condición a la resolución judicial por la que se aprueba el remate<sup>1064</sup>

En lo atinente a los motivos de oposición sirva aclarar en este punto que no son los previstos en el art. 695 para toda ejecución hipotecaria, sino los que operan como tal en la ejecución ordinaria, es decir, los regulados en los arts. 557, 558 y 559 LEC<sup>1065</sup>.

#### F) Régimen transitorio del art. 579 LEC.

Por último cabe matizar que la opción que recoge el art. 579 LEC, tantas veces citado, es factible no solamente en los procesos de ejecución hipotecaria incoados tras la entrada en vigor de la vigente LEC, sino también a los que se iniciaron con anterioridad en los que haya quedado un resto pecuniario que cubrir. Así se desprende de lo establecido en la Disposición Transitoria 6ª de la propia LEC cuando afirma que los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor la LEC se regirán por lo

---

<sup>1063</sup> Auto de la AP de Granada, sección 4ª, de 29 de marzo de 2004, Auto 49/2004, sección 21ª, de la AP de Madrid, de 27 de abril, Auto de la AP de Madrid, sección 25ª, de 5 de julio de 2007, Auto de la AP de Barcelona, sección 16ª, de 25 de enero de 2007 y Auto de la AP de Valencia, sección 7ª, de 18 de diciembre de 2002.

<sup>1064</sup> Auto de la AP de Toledo, sección 2ª, de 23 de febrero de 2007.

<sup>1065</sup> Autos de la AP de Ciudad Real, sección 1ª, de 8 de mayo de 2007 y de 30 de septiembre de 2004.



dispuesto en ésta para las actuaciones ejecutivas que aun puedan realizarse hasta la completa satisfacción del ejecutante; por tanto, si la ejecución se inició como procedimiento judicial sumario del viejo art. 131 LH nada impide que se aplique el art. 579 LEC para la continuación de aquel hasta el cobro total<sup>1066</sup>. Con todo, el proceso ha de estar vivo, es decir, es condición indispensable que la pretensión no haya prescrito

#### 4) La polémica planteada con su aplicabilidad.

##### A) En la Jurisprudencia menor

Como efecto de la masiva aplicación del art. 579 LEC auspiciada por la grave crisis económica que padecemos, se ha disparado el clamor popular en contra de la regulación hipotecaria vigente, reclamándose paralelamente la implantación de la *dación en pago*. En este marco, algunos Juzgados han ido posicionándose al respecto con ocasión de las ejecuciones hipotecarias que entraban de lleno en su competencia. Así las cosas, al llegar al momento procesal en que, subastado el inmueble seguía existiendo deuda por insuficiencia del producto obtenido, muchos órganos jurisdiccionales negaban la continuación del procedimiento con base en el art. 579 LEC alegando razones de diversa índole: inconstitucionalidad del precepto cuestionado<sup>1067</sup>, abuso de derecho por parte de los acreedores, enriquecimiento injusto, valor de adjudicación por el acreedor hipotecario, doctrina de los actos propios o gran responsabilidad y/o protagonismo de las entidades bancarias en la provocación de la crisis.

Sin perjuicio de las buenas intenciones y de la conciencia que han tomado los Jueces en este sentido al considerar que algo tenían que hacer ante la situación dramática desencadenada masivamente<sup>1068</sup>, lo cierto es que las resoluciones que

---

<sup>1066</sup> En este sentido, Autos de la AP de Cádiz de 27 de abril de 2007 y 13 de diciembre de 2006. Auto 94/2006 de la AP de Granada, Sección 5ª, de 20 de septiembre. También Auto de la AP de Lleida de 10 de enero de 2007 y Auto de la AP de Tarragona de 3 de diciembre de 2009. Auto 116/2004 de la AP de Madrid, Sección 9ª, de 13 de mayo, Auto 115/2004 de la AP de Granada, Sección 4ª, de 7 de junio, Auto 145/2004 de la AP de Sevilla, Sección 2ª, de 28 de junio, Auto de la AP de Barcelona, Sección 14ª, de 1 de julio de 2004, entre otros.

<sup>1067</sup> Tal y como se expuso en el Capítulo I el art. 579 LEC ha sido declarado constitucional recientemente a propósito de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por un Juzgado de Sabadell. Para el TC, Auto 113/2011, de 19 de junio que rechaza la admisión de la cuestión no hay atisbos de inconstitucionalidad, habida cuenta de la posibilidad que tiene el deudor de oponerse a la continuación.

<sup>1068</sup> Tanta conciencia han tomado los Jueces que en una reunión de Decanos, celebrada en Barcelona los días 5 a 7 de noviembre de 2012, en plena efervescencia de la crisis económica con los lanzamientos hipotecarios en tela de juicio, acompañados de noticias trágicas como el suicidio de varios ejecutados, los Jueces decanos reclaman una cierta humanización del marco legal vigente al tiempo que realizan una serie de consideraciones diversas sobre el mal estado de la Administración de Justicia. Entre ellas, hacen alusión al "drama de los desahucios al afirmar: "...También nos preocupa y, mucho, fuera del estricto marco de las cuestiones relativas a la Administración de Justicia, el drama social que ha supuesto la

podrían calificarse de punteras<sup>1069</sup> en este aspecto y muchas de las que les han seguido presentan un común denominador: obvian la aplicación literal de la Ley procesal en un intento por *hacer Justicia* o introducir elementos de equidad en la resolución de los pleitos, pero lo hacen olvidándose de que tal y como dispone nuestro Código Civil en su art. 3 las resoluciones judiciales únicamente podrán descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita. Y, en el caso presente, guste más o menos, la LEC se pronuncia con absoluta nitidez; orillar los dictados de ésta puede ser especialmente grave cuando su marginación proviene de quienes están encargados de aplicarla.

Particularmente severo con estas resoluciones judiciales ha sido MONTERO AROCA quien califica de auténtico espectáculo el protagonizado por jueces que se “creen algo así como los viejos príncipes *legibus solutus*, esto es, no vinculados por la ley y que están intentando alterar el sistema jurídico por un camino que sólo está en manos del legislador”<sup>1070</sup>.

Por su parte, VIVES MARTINEZ, ponente del Auto de 4 de febrero de 2011, del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de los de Barcelona, (uno de los que siembra la discordia) justifica esta nueva interpretación judicial alegando que las circunstancias han cambiado, que el juego de la equidad ha entrado en *lid* en el procedimiento de las ejecuciones hipotecarias y que la fundamentación pivota en la cruenta crisis económica que ha puesto encima de la mesa de los Jueces la deficiente regulación, hasta ahora asumida por todos. Asimismo, apela a la justicia del caso concreto para modificar totalmente el escenario y entrar a valorar factores que antes no se contemplaban como la gestión bancaria, las leyes del mercado o la implacable realidad de desalojos, crecientes deudas de intereses moratorios y la frecuente indefensión del consumidor o usuario<sup>1071</sup>.

---

multiplicación exponencial de los desahucios en los últimos años debido a la crisis económica, que debe llevarnos a reflexionar acerca de si existe margen para humanizar el actual marco legal y procesal en relación con las ejecuciones hipotecarias, y entendemos que sí lo hay y que sería bueno trabajar en desarrollarlo como parece que así está sucediendo, afortunadamente....”

<sup>1069</sup> Lo son, sin duda, el Auto de 13 de noviembre del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Estella y el Auto 111/2010, de la AP de Navarra, Sección 2ª, de 17 de diciembre, en el que podría situarse el origen de la polémica desatada; Auto de 4 de febrero de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona y Auto de la AP de Girona de 14 de septiembre de 2011. No obstante, con anterioridad, ya hubo alguna resolución aislada en el mismo sentido como el Auto de la AP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 17 de octubre de 2003. Este último, referido al antiguo procedimiento del art. 131 LH cuestiona la aplicabilidad del art. 579 LEC a base de confrontar el valor de adjudicación y el valor real del bien y deniega la ejecución en virtud del art. 11 LOPJ que proscribe el ejercicio antisocial del derecho.

<sup>1070</sup> Ob, cit, pág. 338.

<sup>1071</sup> *Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago.* Revista Diario La Ley, nº 7908, 24 de julio de 2012, pág. 3

Sea como fuere, el correcto entendimiento de la polémica pasa por analizar los argumentos esgrimidos en las resoluciones judiciales más importantes o, si acaso, más mediáticas, que han propiciado el debate. En esta tesitura, lo cierto es que la rigidez del sistema hipotecario junto con las situaciones de extrema iniquidad que se han producido como consecuencia del derrumbe inmobiliario han puesto a Jueces y Tribunales ante un dilema diabólico, ¿qué está más cerca de la Justicia en un Estado de Derecho, la ley o la equidad?<sup>1072</sup>

a) Extinción de la deuda tras la adjudicación del inmueble al acreedor.

Un Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Estella, de fecha 13 de noviembre de 2009, rechaza en el caso concreto la continuación de la ejecución hipotecaria con arreglo al art. 579 LEC alegando esencialmente que el banco ejecutante estaba vinculado con la valoración que del inmueble aceptó en su momento; por tanto, no podía adjudicárselo por un precio inferior y seguir ejecutando por la diferencia. El Auto en cuestión fue recurrido por la entidad ejecutante ante la Audiencia Provincial de Navarra y la sección 2ª de ésta lo confirma en otro Auto de 17 de diciembre de 2010<sup>1073</sup> levantando una “polvareda

---

<sup>1072</sup> Revista El Notario del siglo XXI, Nº 36, marzo-abril de 2011, pág. 24.

<sup>1073</sup> Auto 111/2010, de la AP de Navarra, Sección 2ª, de 17 de diciembre declara de forma textual: “.... En relación con la primera consideración, esto es, la relativa al abuso de derecho, ciertamente podemos considerar, desde el punto de vista formal y de estricto ejercicio del derecho, que no estaríamos ante un abuso de derecho, dado que en definitiva la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita, esto es, que se continúe la ejecución respecto de otros bienes del ejecutado, dado que con los objeto de realización mediante la subasta no han sido suficientes para cubrir la deuda reclamada, b.- La segunda parte o línea argumental del recurso, vendría dada porque el bien ejecutado en subasta no es suficiente para cubrir la deuda reclamada, de manera que habiendo sido subastado, el valor obtenido es de 42.895 €, ahora bien la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por lo que supone un acto propio, del propio banco cuando, con arreglo a las cláusulas séptima, novena bis y décima, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca finalmente subastada, y a los efectos de su valor en subasta, se fijó la cantidad 75.900 €. Es decir, el propio banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con la finca que es objeto de subasta y que se ha adjudicado materialmente la citada entidad bancaria, la valorada en una cantidad que era superior al principal del préstamo, que recordemos era de 71.225,79 €. Siendo ello así, es atendible las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno en este caso continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan sólo sea adjudicada en la cantidad de 42,895 €, pero lo cierto es que, como señala el Auto recurrido, el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas. La argumentación de que el valor real de la finca al tiempo en que se le adjudica es inferior, vendría dado o apoyado en una eventual nueva tasación, que aportó con el escrito de recurso siendo desestimada su aportación por Auto de la Sala de fecha 6 de septiembre de 2010, al que nos remitimos y cuya razones para rechazar dicho documento damos por reproducidas. Como consecuencia de dicho Auto, que no fue recurrido y por lo tanto es firme, lo cierto es que no consta en las actuaciones otro valor de tasación de la finca, que no sea el que consta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria. Consecuentemente con lo anterior, la Sala considera correctas las consideraciones que hace la juzgadora de instancia para entender que en el caso presente, la adjudicación material de la finca al banco ejecutante, cubre más del principal reclamado, por lo que la ejecución únicamente cabrá continuar respecto de las costas y de la liquidación de intereses. Cabe además hacer una pequeña consideración, que podríamos unir con lo ya señalado en relación con

mediática” sin precedentes<sup>1074</sup>. Contra éste último, a su vez, se plantea nulidad de actuaciones por la acreedora ejecutante que fue desestimada en virtud de Auto de 16 de marzo de 2011<sup>1075</sup>.

---

el abuso de derecho, en el sentido de que si bien formalmente cabría entender que la actuación del banco se ajusta a la literalidad de la ley y que efectivamente tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, por lo que cabría entender que no existiría el abuso de derecho que se le imputa, pero ello no obstante no deja de plantear una reflexión, cuando menos moralmente intranquilizante, relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido, por considerar que en realidad el valor de la finca subastada y adjudicada materialmente al banco, hoy por hoy, tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta. Y decimos esto, porque la base de la manifestación de que la finca subastada tiene hoy por hoy un valor real inferior, se base en alegaciones como que la realidad del mercado actual ha dado lugar a que no tuviera la finca el valor que en su momento se le adjudicó como tasación, disminución importante del valor que une a la actual crisis económica, que sufre no sólo este país sino buena parte del entorno mundial con el que nos relacionamos. Y siendo esto así y en definitiva real la importantísima crisis económica, que ha llegado incluso a que la finca que en su día tasó en una determinada cantidad, hoy en día pudiera estar valorada en menos, no podemos desconocer que ello tiene también en su origen una causa precisa y que no es otra, y no lo dice esta Sala, sino que ha sido manifestado por el Presidente del Gobierno Español, por los distintos líderes políticos de este país, por expertos en economía y por líderes mundiales, empezando por el propio Presidente de Estados Unidos, que la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias, recuérdense las "hipotecas basuras" del sistema financiero norteamericano. No queremos decir con esto que el BANCO sea el causante de la crisis económica, pero sí no puede desconocer su condición de entidad bancaria y por lo tanto integrante del sistema financiero, que en su conjunto y por la mala gestión de las entidades financieras que sean, en definitiva bancos y otras entidades crediticias y de naturaleza financiera, han desembocado en una crisis económica sin precedentes desde la gran depresión de 1929. El artículo 3 del Código Civil, en apartado 1, señala que las normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, y ello nos obliga a hacer la presente reflexión, en el sentido de que, no constituirá un abuso de derecho, pero moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que repetimos, aun cuando no quepa atribuirla directa y especialmente al BANCO, sí que no deja de ser una realidad que forma parte de los protagonistas de dicho sistema financiero, y de ahí que resulte especialmente doloroso, que la alegación que justifica su pretensión, esté basada en unas circunstancias que esencialmente y como vulgarmente se dice, ha suscitado una gran sensibilidad y levantado "ampollas". A la razón expuesta de la falta de acreditación del valor real de la finca, en cuanto a que sea inferior a la que fue fijada en su momento, cabe añadir que la adjudicación de la finca materialmente al banco, habida cuenta la tasación que en su día se aceptó por el banco ejecutante, determina que consideremos ajustada a derecho la resolución de la Magistrada-Jueza de Primera Instancia y ello a los efectos de entender que con su adjudicación el principal y algo más ha sido cubierto con dicho bien, de manera que tan sólo con respecto a las costas y liquidación de intereses restantes deberá continuar la ejecución, en cuanto que es lo que establece el Auto recurrido que no ha sido objeto de impugnación.....”.

<sup>1074</sup> Sin embargo, a pesar de la gran repercusión mediática de esta resolución judicial, pues prácticamente todos los medios de comunicación se hicieron eco de sus fundamentos, lo cierto es que no todos alcanzaron a transmitir la realidad de tales fundamentos. En definitiva, se presentó ante la opinión pública como la “sentencia que introducía la dación en pago en nuestro sistema” cuando en realidad se limitaba a confirmar la no prosecución de una ejecución hipotecaria con base en el art. 579 LEC, al considerar que el banco ya había aceptado una tasación del inmueble por un valor muy superior y, por tanto, no podía ahora apartándose de un acto propio, alegar que el inmueble adjudicado tenía un valor muy inferior. BERCOVITZ calificó de *campanada* la repercusión que tuvo en los medios de comunicación social la noticia de este Auto y afirma: “...la noticia ha prendido como la yesca en un país, como el nuestro, cuya población sufre en su precaria economía, mes tras mes, la dureza de la crisis económica a través, entre otros sinsabores, del pago de las hipotecas. Y es que el pago de los sucesivos vencimientos de la deuda contraída, como consecuencia del préstamo hipotecario obtenido de un banco o de una caja para la adquisición de la propia vivienda, contribuye a amargar la vida a un buen número de españoles”. *La campanada*, Revista Aranzadi Civil-Mercantil, Pamplona, 2011, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

<sup>1075</sup> En esta ocasión, la sección 2ª fiel a su posicionamiento sobre la cuestión, desestima la nulidad de actuaciones planteada por la parte ejecutante, argumentando que no es irrazonable o arbitrario mantener que si el banco se queda con un inmueble que él mismo valora en una cantidad superior al principal del préstamo, al menos en dicha parte, el crédito está resarcido. Con respecto a la alegación de la entidad bancaria en el sentido de entender que la resolución cuya nulidad se pretende (el Auto 111/2010) es

La Sección segunda de la AP de Navarra (Auto 111/2010) considera que el Auto impugnado es ajustado a derecho y lo confirma en su integridad básicamente por los siguientes razonamientos. De un lado, en cuanto a la figura del abuso de derecho, considera que la petición de la parte ejecutante no incurre en dicho abuso, pues ésta no solicita nada que no esté previsto en la Ley procesal (la continuidad de la ejecución por el resto de deuda sin cubrir).

De otro lado, para la AP la entidad ejecutante se contradice cuando sostiene que el valor del inmueble subastado es inferior al que tenía al tiempo de concertarse el vínculo contractual, siendo así que en su momento, la escritura de préstamo hipotecario fijó un valor de tasación muy superior; para la AP de Navarra la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por lo que supone un acto propio del banco; es decir, el mismo banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con la finca que es objeto de subasta y que se adjudica materialmente la citada entidad bancaria, la valoraba en una cantidad que era superior al principal del préstamo. Siendo ello así, la Audiencia declara que son atendibles las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno en este caso continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada.

La Audiencia concluye su Auto haciendo una reflexión acerca del papel que han desarrollado en general las entidades financieras respecto de la generación de la crisis económica<sup>1076</sup> y en la importancia que tiene lo dispuesto en el art. 3 del CC a los

---

extravagante, la Audiencia “se defiende” aludiendo al sentido de la expresión en el diccionario de la Real Academia, visto lo cual podría admitirse que la resolución lo es sólo en el sentido de no mayoritaria o fuera de lo común, pero, en ningún caso, arbitraria ni irrazonable, sino fundada en Derecho. Asimismo, alude a la existencia de otras resoluciones dictadas por otros órganos judiciales en el mismo sentido; incluso, recuerda la existencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de Sabadell. Finalmente, con respecto a la reflexión que introducía el Auto o llamada de atención sobre la problemática que hoy día suscitan las ejecuciones hipotecarias, matiza el Auto de 16 de marzo de 2011 que no constituyen la razón jurídica o fundamento jurídico decisorio.

<sup>1076</sup> Al respecto, declara textualmente el Auto: “... El artículo 3 del Código Civil, en apartado 1, señala que las normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, y ello nos obliga a hacer la presente reflexión, en el sentido de que, no constituirá un abuso de derecho, pero moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que repetimos, aun cuando no quepa atribuirle directa y especialmente al BANCO, sí que no deja de ser una realidad que forma parte de los protagonistas de dicho sistema financiero, y de ahí que resulte

efectos de la interpretación de las normas jurídicas con arreglo al contexto histórico y las circunstancias sociales concurrentes.

- b) Continuación de la ejecución tras la adjudicación del inmueble al acreedor: literalidad del art. 579 LEC.

Por si fuera poco el debate suscitado, la misma Audiencia Provincial, esta vez su sección 3ª, en un caso prácticamente idéntico al que había resuelto la sección 2ª, dicta un Auto diametralmente opuesto al anterior<sup>1077</sup>. El Auto 4/2011 de la AP de Navarra, Sección 3ª, de 28 de enero de 2011, constituye a un tiempo una de las críticas más severas vertidas contra el Auto 111/2010. Comienza su fundamentación jurídica haciendo una declaración previa sobre lo dispuesto en el art. 117.1 CE, así como a lo que denomina estatuto del Juez constitucional y la sumisión de éste a las Leyes aprobadas por los órganos legislativos, como expresión de la soberanía popular. Partiendo, asimismo, de la libertad de enjuiciamiento de los Jueces como elemento integrante de su independencia, la sección 3ª insiste en que los Jueces han de actuar con sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Con estos mimbres, se podía aventurar cuál iba a ser el resultado de la presente resolución que termina por revocar la del Juzgado de instancia que había denegado la continuación del proceso de ejecución con base en el art. 579 LEC.

El Auto 4/2011 reconoce la prestación de libre consentimiento de las partes a la hora de fijar el contenido del préstamo hipotecario y, en particular, el valor otorgado al inmueble sometido a la garantía, sin que se deba equiparar valor de tasación con valor real de mercado; acto seguido se centra en la evidencia del contenido normativo de los arts. 1911 del CC y 579 LEC<sup>1078</sup> que obligaba a aplicarlos al caso, pues lo contrario atenta contra la seguridad jurídica.

---

especialmente doloroso, que la alegación que justifica su pretensión, esté basada en unas circunstancias que esencialmente y como vulgarmente se dice, ha suscitado una gran sensibilidad y levantado "ampollas".

<sup>1077</sup> Y no son las únicas resoluciones en sentido opuesto. Podría decirse en este punto que la AP de Navarra constituye un ejemplo paradigmático en cuanto a disparidad absoluta de resoluciones sobre supuestos idénticos, muchos de ellos, con origen en el Juzgado nº 2 de Estella. A los ya citados cabe añadir, el Auto de la AP de Navarra, Sección 1ª, de 10 de febrero de 2011 que decreta la continuación del proceso ejecutivo con fundamento en el art. 579 LEC.

<sup>1078</sup> Según la sección 3ª de la AP de Navarra el contenido de dichos preceptos es de tal evidencia que no se comprende por qué la Juez de instancia eludió la aplicación al caso de la preceptiva norma con independencia de la opinión personal que merezcan estos preceptos.

Asimismo, la presente resolución alude directamente, entre otras, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2006 cuando afirma que una cosa es que se ejercite un derecho y otra bien distinta que bajo la apariencia de ejercicio de buen derecho se esté actuando en contra de la ética y la justicia. En este punto, el Auto con remisión a la doctrina del TS afirma que no cabe alegar abuso de derecho cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos o existe una expresa disposición que lo autoriza con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias.

Para mayor profundidad, la Audiencia se remite a la doctrina del TS sobre el enriquecimiento injusto y considera que no puede ser aplicado a casos regulados en las leyes; por consiguiente, sólo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa. De forma específica, en el caso de adjudicaciones realizadas en subastas públicas en el marco de procedimientos de ejecución, la Jurisprudencia ha defendido que no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al valor de tasación. Por tanto, conviene recordar, así lo hace el Auto 4/2011, que la Jurisprudencia ha reservado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a subastas judiciales en las que el bien adjudicado lo fue comprendiendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación<sup>1079</sup>, pero no le ha reconocido relevancia cuando seguido correctamente el proceso por sus trámites, sólo puede apreciarse una divergencia entre el valor de tasación y el de adjudicación, aun cuando sea notable, ni siquiera en un supuesto en que el precio del remate fue irrisorio y absolutamente desproporcionado. En este punto no cabe sino afirmar, tal y como recuerda VIVES, que la cuestión no es nueva, si bien hay que situar el problema en su lugar exacto, dado que su trascendencia es superior a lo imaginable<sup>1080</sup>.

La autora anteriormente citada, considera que no nos encontramos ante un caso de aplicación desviada de la ley como parece sostener la sección 3ª de la Audiencia en este último Auto. Para sustentar su afirmación, VIVES recurre a uno de los argumentos esgrimidos por la propia Audiencia acerca del enriquecimiento injusto. Así, la Sala afirma que el TS ha negado viabilidad a la doctrina del enriquecimiento injusto cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos o hay una expresa disposición legal que lo autoriza. Pues bien,

---

<sup>1079</sup> Con cita de las SSTS 15 de noviembre de 1990, 4 de julio de 1993, 8 de julio de 2003, 18 de noviembre de 2005.

<sup>1080</sup> Ob, cit.

para esta Magistrada hay algo más que *pactos libremente asumidos* como razonamiento para negar o dar carta de validez a la teoría del enriquecimiento injusto, puesto que las *cláusulas de redondeo* o la discutida *cláusula suelo* son resultado de aparentes pactos libremente asumidos y en el primer caso el Tribunal Supremo ha sido contundente al declarar su nulidad absoluta y proscribirla de todo contrato que la incluya. La evolución al interpretar la Ley, concluye VIVES, siempre dentro de la misma y nunca fuera de ella, significa que la Jurisprudencia va siempre rezagada y en un momento dado, como fuente del Derecho que es, debe aceptar ciertas realidades consumadas<sup>1081</sup>.

En cualquier caso, visto el sentido diametralmente opuesto de las dos resoluciones contradictorias de la AP de Navarra, no puede por menos que colegirse, tal y como apuntan algunos autores, que son reflejo de una tensión evidente. En este marco, hay que valorar lo que representan las enconadas posiciones de estos Autos. Se clama por principios aparentemente contradictorios: seguridad jurídica, abuso de derecho o tutela judicial para acabar afirmando que el valor de adjudicación es distinto del valor de mercado<sup>1082</sup>.

- c) Extinción de la deuda con la adjudicación del inmueble al acreedor: doctrina del retraso desleal.

En el sombrío (por inseguro) panorama judicial que se está describiendo al analizar los fundamentos de las resoluciones más impactantes dictadas con motivo de la aplicación del art. 579 LEC, hace su incursión una Sentencia de la AP de Ciudad Real<sup>1083</sup> que presenta matices importantes con las anteriores; aun cuando el supuesto

---

<sup>1081</sup> *Ejecuciones hipotecarias y dación en pago...*ob, cit, pág. 2.

<sup>1082</sup> "De una parte, se reclama a los acreedores profesionales ejercer moderadamente sus facultades de ejecución, propiciar, por encima de todo, hasta de sus balances, los acuerdos y, de otra parte, dar un mayor impulso a figuras que la práctica notarial está viendo cada vez más como son las compraventas y las daciones en pago, que deben estar amparadas en ambos casos en tasaciones objetivas y, a ser posible, no efectuadas a instancia y gusto del acreedor (....) Pero, de otra parte, ha de reclamarse del Juzgador la aplicación completa del ordenamiento jurídico, mereciendo a nuestro juicio un aplauso la valentía de las resoluciones judiciales que tratan de aplicar las normas evitando el ejercicio abusivo de los derechos y la crítica realidad social de este tiempo en que han de ser aplicadas. Para el legislador un último aviso, porque es claro que hay que acentuar mecanismos legales que tiendan a evitar conductas abusivas y seguramente en la búsqueda de esas medidas puede acabarse en lo que niega la postura ortodoxa: concederle una mayor discrecionalidad al juzgador, al tiempo de estimular mecanismos para favorecer el acuerdo de las partes como modo de concluir estos procesos, reconocer la posibilidad al juzgador de acordar nueva tasación en caso de graves alteraciones del mercado, fomentar las negociaciones extrajudiciales que permitan la satisfacción extraprocesal del acreedor, con el menos quebranto posible" ROMERO CANDAU, Ay ROMERO CANDAU, R, *La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los autos nº 111/2010 y 4/11(AC 20111,40) de las secciones segunda y tercera de la ILMA. Audiencia Provincial de Navarra. En ejecución hipotecaria. Solución a...*ob, cit, pág. 351.

<sup>1083</sup> Sentencia de la AP de Ciudad Real, Sección 2ª, de 17 de enero de 2011. Interesantes, entre otras, son también las consideraciones que sobre el *retraso desleal* introduce la Sentencia de la AP de



fáctico al que alude no se identifica con el cruel contexto de crisis económica que ha provocado las resoluciones de la AP de Navarra y otras que le suceden es de interés cuanto menos mencionarla explícitamente.

Por tanto, como quiera que en la exposición de todas estas resoluciones judiciales se está siguiendo estrictamente un orden cronológico, resulta oportuno referirse ahora a la Sentencia de la AP de Ciudad Real de 17 de enero de 2011, la cual considera extinguida la deuda pendiente tras ejecutarse la vivienda en atención al tiempo transcurrido para reclamar el sobrante (más de catorce años) con fundamento en el art. 579 LEC. En definitiva, los fundamentos jurídicos que plasman los Magistrados firmantes de la presente Sentencia no coinciden con los ya vistos; sin embargo, la demanda desestimada perseguía la continuación de una ejecución hipotecaria, tras la adjudicación del inmueble al acreedor, con arreglo a lo estipulado en el art. 579 LEC con lo que no parece sobrada su alusión.

En efecto, en el caso de autos, la entidad acreedora se adjudica la vivienda en 1994 incorporándola a su patrimonio, pero no interpone demanda en reclamación del resto no cubierto por la garantía hasta el año 2008. Para la Audiencia se impone su desestimación básicamente por dos tipos de razones.

En primer lugar, la adjudicación del bien hipotecado atendiendo su valor y al tiempo transcurrido desde que ingresó en el patrimonio de la demandante, hace suponer una satisfacción plena del crédito en toda su extensión, de manera que la actual pretensión supondría un auténtico enriquecimiento injusto; la Sentencia sostiene que no resulta imaginable que el referido inmueble siga en el patrimonio de la acreedora tantos años después o que ésta no hubiese obtenido el adecuado rendimiento. Asimismo, la Audiencia reconoce que la petición a pesar de estar basada en un precepto legal, en el caso concreto es abusiva y no sólo por los principios que inspiran este procedimiento, sino por los generales del art. 11 LOPJ, que proscriben atender cualquier petición que suponga un manifiesto abuso de derecho, como lo sería el hecho de que a pesar de que el bien adquirido por el ejecutante tiene un valor muy superior a la deuda aún se solicite el embargo y realización de nuevos bienes del

---

Barcelona, Sección 16ª, de 31 de mayo de 2012 (nº recurso 1098/2010). Afirma que nadie puede ser privado de un derecho por no reclamarlo, salvo que pase el tiempo legalmente establecido para ello, es decir, el plazo de prescripción. El *retraso desleal* es concepto que se ha introducido modernamente aun cuando lo que se esconde tras él es, en realidad, el abuso de derecho en unos casos y los actos propios en otros.

ejecutado, lo que nos llevaría en cifras reales a un interés desmedido y claramente leonino.

En segundo lugar, como segundo razonamiento jurídico clave para resolver el asunto, la Sentencia alude la doctrina del retraso desleal al entender que lo es el lapso temporal transcurrido de 14 años<sup>1084</sup>. En este sentido, la presente Sentencia de la AP de Ciudad Real recuerda los presupuestos que deben conjugarse para poder apreciar la existencia de un retraso desleal: transcurso de un amplio periodo de tiempo, omisión del ejercicio del derecho y confianza legítima de la otra parte en que el derecho no se ejercitará. A este respecto, tal y como puntualiza la resolución judicial, baste decir que no integra el concepto de *retraso desleal* el simple retraso o tardanza en la reclamación. Tampoco cabe confundirlo con la condonación tácita que exige un acto concluyente e inequívoco que demuestre el ánimo de liberalidad ínsito en toda condonación. Por último, el calificativo *desleal* introduce la pieza de cierre del concepto al identificarse con un acto inequívoco del acreedor o titular del derecho reclamado, que induce a pensar razonablemente al obligado que la deuda no le será reclamada, aunque todavía esté viva la acción judicial que le asiste.

d) Enriquecimiento injusto.

El Auto 119/2011, de la AP de Girona, de 16 de septiembre, confirma la tendencia judicial iniciada por la Sección 2ª de la AP de Navarra orientada a considerar que la deuda se extingue cuando la entidad acreedora se adjudica el inmueble. No obstante, uno de los Magistrados firmantes del Auto disiente y así lo expresa en su Voto particular. Se compendian de este modo en la presente resolución los argumentos más importantes que pugnan en la cuestión controvertida. De un lado, como razones para fundamentar la extinción de la deuda, se esgrimen la doctrina del abuso de derecho, enriquecimiento injusto, doctrina de los actos propios y teoría de la justicia material del caso.

---

<sup>1084</sup> Con remisión directa a las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008 y 19 de diciembre de 2005, la Audiencia Provincial de Ciudad Real afirma que tal doctrina del retraso desleal no deja de ser una aplicación concreta o una manifestación específica de la más general doctrina del abuso de derecho. Asimismo, afirma que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro (prohibición de ir contra los actos propios) y, especialmente, infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo (retraso desleal), vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que determinan que el derecho se torne inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de lo dispuesto en el art. 7 CC.

De otro, en contra de lo anterior, se alega (por el Magistrado disidente) que la hermenéutica normativa no permite interpretación del art. 579 LEC que avale la no continuación del procedimiento en reclamación del resto de deuda no cubierto; por tanto, quien solicita con arreglo a Derecho, es decir, con arreglo en este caso a una previsión legal expresa, no incurre en abuso de derecho ni enriquecimiento injusto.

En efecto, en el caso que resuelve la AP de Girona la entidad bancaria se adjudica el inmueble subastado por el 50% del valor de tasación y, por consiguiente, ingresa en su patrimonio el bien cuyo valor había sido fijado por la propia entidad en un importe muy superior. En este sentido, el Auto recurre a la doctrina de los actos propios para asegurar que, siendo el banco la parte más fuerte del contrato de adhesión, no puede tasar la finca hipotecada en una determinada cuantía y después incorporarla a su patrimonio sin respetar el valor que él mismo fijó.

Además, la Audiencia afirma que el art. 579 LEC no puede interpretarse de un modo abstracto sin referencia alguna a la normativa de consumidores. En este punto, concretamente recurre a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios, particularmente al concepto que formula su art. 82.1 de cláusulas abusivas<sup>1085</sup> queriendo enmarcar en este ámbito conceptual aquellas de las que derivan una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito.

Por todo ello, la AP de Girona estima que no cabe seguir adelante con la ejecución despachada porque supondría un enriquecimiento injusto para la entidad ejecutante y, además, conviene adaptar la resolución a las exigencias derivadas de la justicia material del caso.

El órgano judicial declara que de mantenerse el criterio de la acreedora obtendría un enriquecimiento injusto ya que después de haber cobrado lo adeudado, podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían y que buscarían su amparo en una interpretación formalista de la norma citada que olvidaría el hecho de que el acreedor sí ve satisfecho su crédito con el producto de la subasta;

---

<sup>1085</sup> Según este precepto son cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por su parte, el art. 85.6 del mismo texto legal apunta que son cláusulas abusivas, y por tanto, nulas, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta a consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

en el caso concreto, es el derivado de ingresar en su patrimonio un bien valorado por las partes en una suma superior a la adeudada. Este último dato, según la Audiencia, impide sostener que en el caso enjuiciado la reclamación se justifica en un precepto legal como el art. 579 LEC.

Por último, la Audiencia declara que su resolución es acorde con la justicia material del caso, pues no debe olvidarse que en la interpretación y aplicación de las Leyes los tribunales deben buscar aquella respuesta que sin contravenirlas, sea más acorde con una decisión justa que es lo que en última instancia la ciudadanía espera de un tribunal de justicia<sup>1086</sup>.

Empero, ni siquiera entre los Magistrados firmantes del Auto 119/2011 había unanimidad de criterio, lo que se plasma en la emisión del oportuno voto particular.

Para el Magistrado que suscribe el citado voto particular, el acreedor que tiene una hipoteca como garantía de la restitución del dinero prestado con sus intereses, puede pedir el embargo por la cantidad que falte y proseguir la ejecución con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución, frente al prestatario y sus avalistas cuando no ha obtenido el pago completo de su crédito. El art. 579 LEC hay que ponerlo en conexión con el art. 1911 del CC que consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y como no se ha producido un cambio en el sistema legal que en todo caso corresponde verificar al legislador, el Magistrado disidente considera de perfecta aplicación lo dispuesto en estos preceptos y, por consiguiente, mantiene la procedencia de la continuación de la ejecución a pesar de que la entidad se hubiera adjudicado el inmueble. Para él no hay enriquecimiento injusto cuando se actúa conforme a una previsión legal. Tampoco existe abuso de derecho ya que no hay constancia en el caso de que se hubiere pactado la responsabilidad limitada de la hipoteca que circunscriba la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados.

---

<sup>1086</sup> En este punto la AP de Girona declara que “existen normas y doctrinas jurisprudenciales ya citadas que no sólo permiten acoger la pretensión de la parte recurrente sino que llevan a una aplicación integrada de los preceptos del ordenamiento jurídico que posibilitan tanto que un acreedor vea resarcido su crédito como que un deudor no deba pagar, sin causa justificada, mayor suma que por él debida. Ante las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se dan en respuesta a lo que constituye el objeto de la presente apelación debe optarse por una solución que no olvide, pues, la justicia del caso y no conlleve un beneficio injustificado a favor de aquella parte que interviene en una posición de fuerza en la firma de un contrato de adhesión”. Para reforzar su resolución, la Audiencia se remite a otra sentencia de la misma sección de fecha 7 de abril de 2011.

En correlación a lo anterior, BELINCHON considera que la decisión contenida en el Auto de la AP de Girona únicamente sería válida si las partes implicadas hubiesen estado de acuerdo en limitar la responsabilidad del deudor al importe que represente el bien que constituye la garantía real, es decir, que las partes de forma expresa, hubiesen pactado la inaplicabilidad de la responsabilidad universal del deudor que fija el art. 1911 CC, por referencia al art. 105 LH. A su juicio, al haber sido el tribunal el que de oficio adjudica en pago de la deuda el bien que constituía la garantía, nos encontramos ante una dación en pago necesaria y no otra cosa<sup>1087</sup>; sin embargo, no es de recibo castigar a la entidad financiera por la crisis económica que está sufriendo el Estado español simplemente por formar parte del entramado financiero. Según opina esta autora, el Jurista ha de saber que una cosa es lo que debe ser, y otra, lo que es en realidad; una cosa es lo que puede parecer más justo, tomado siempre desde la perspectiva subjetivista del individuo y otra muy distinta, lo que desde la perspectiva jurídica se ha de aplicar. Y, lo que se ha de aplicar en este caso es lo que imponen los distintos preceptos de la LEC, LH y CC. Ello, sin perjuicio de la conveniencia de adoptar medidas que traten de evitar que ésta situación se vuelva a producir en la realidad económica y jurídica de nuestro país<sup>1088</sup>.

- e) Continuación de la ejecución tras la adjudicación del inmueble al acreedor: la equidad como fundamento de las resoluciones judiciales.

El presente Auto 58/2012 de la AP de Barcelona, sección 1ª, de 26 de marzo, revoca otro dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011 que negaba la continuación del procedimiento por el art. 579 LEC al considerar que el ejecutante había satisfecho su derecho de crédito con la adjudicación del inmueble por el 50% del valor de tasación.

El Juzgado de Primera Instancia alegaba entonces que en el patrimonio del acreedor, el bien entra con su valor real de mercado por lo que la petición de continuar la ejecución es abusiva en el caso concreto y no sólo con arreglo a los principios generales que inspiran el procedimiento, sino también conforme a lo señalado en el art. 11 LOPJ, que proscribía atender cualquier petición que suponga manifiesto abuso de derecho; lo sería el hecho de que a pesar de que el bien adquirido por el ejecutante

---

<sup>1087</sup> *Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011, en Ejecución hipotecaria. Solución...ob, cit, pág. 39.*

<sup>1088</sup> Esta autora entiende que de ahora en adelante, hay que fomentar el endeudamiento responsable, aun cuando ello suponga limitar el acceso a una vivienda en régimen de propiedad y estimular paralelamente el régimen de alquiler. Ob, cit, pág. 45.

tiene un valor superior a la deuda principal, se prosiga la reclamación contra otros bienes del deudor.

Así las cosas, a la “pugna” judicial cuyo epicentro puede situarse en el Auto de la AP de Navarra que confirmó el del Juzgado de Estella, ahora la AP de Barcelona contribuye con un nuevo Auto en sentido contrario a los anteriores. Aplicando literalmente el art. 579 LEC permite la continuación de la ejecución por las normas ordinarias<sup>1089</sup>. En este sentido, alega que no se puede dar al art. 579 LEC una interpretación distinta de la que se deduce de su propia literalidad, en cuanto que, iniciado el juicio ejecutivo hipotecario, si subastada la finca, el acreedor no ha cobrado toda su deuda, podrá pedir el embargo de los bienes del deudor, continuándose el procedimiento con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución y dejando, por supuesto, al margen, al mero hipotecante no deudor o mero poseedor del bien hipotecado.

La Audiencia reconoce la bondad de la resolución de instancia al recoger lo que considera una solución equitativa para el caso, pero asevera que no puede mantenerse al no ajustarse a los arts. 579 y 671 LEC, ni a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>1090</sup>. Tampoco respeta lo señalado en el art. 3 CC cuando afirma que las resoluciones judiciales sólo podrán descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita.

En suma, según indica el Auto 58/2012, pretendiendo ofrecer una solución justa al conflicto, el Juzgado de Primera Instancia se aparta de las previsiones legales y de la Jurisprudencia que las interpreta, lo que no puede ser compartido por esta Audiencia; en todo caso, ha de ser el legislador quien verifique los cambios oportunos en la materia. En este punto, la Audiencia no margina tampoco en sus argumentaciones un hecho notorio y es que el legislador, cuando fruto de la presión social ha acometido reformas ante la grave situación del mercado hipotecario, no ha introducido entre ellas la de obligar a la entidad crediticia a aceptar la entrega del inmueble en pago de la deuda, sino a fijar la cifra en la que el acreedor puede solicitar la adjudicación del inmueble en un mínimo del 60% de su valor de tasación (Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios) y

---

<sup>1089</sup> Con cita de otra Sentencia de la misma Sala, de 14 de junio de 2011, (Rollo nº 385/2010).

<sup>1090</sup> El Auto se remite por este orden a las STS de 25 de septiembre de 2008, 24 de mayo de 2007, 8 de mayo de 1996, 16 de febrero de 2006 y 2 de julio de 2007 que fijan doctrina sobre el abuso de Derecho, según la cual no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley.

establecer un cauce para que el deudor hipotecario pueda saldar la deuda contraída mediante la entrega del inmueble (dación en pago), sujeto en todo caso a la aceptación de la acreedora y limitado a determinados supuestos (Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores sin recursos).

Para la Audiencia de Barcelona ni siquiera ésta última regulación justifica la respuesta del Juzgado de instancia en el caso concreto y, ello por las siguientes razones: expresamente advierte que la dación en pago no será aplicable en aquellos procedimientos en que ya se haya señalado subasta; el Código de Buenas Prácticas será de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito; las medidas propuestas únicamente se aplican a los deudores situados en lo que se denomina *umbral de exclusión* y, por último, debe tratarse de inmuebles con un precio de venta limitado.

Por su parte, la Magistrada VIVES al referirse a este Auto que revoca el que ella mismo dictó, manifiesta su discrepancia cuando la Audiencia trae a colación la Sentencia del TS de 25 de septiembre de 2008, dado que se pronunció en circunstancias sociales totalmente distintas. Por último, según esta Magistrada, aunque la Audiencia se apoya en el art. 3.2 CC, obvia por completo el 3.1 del mismo texto legal. En términos definitorios, VIVES afirma: "...desde aquí no solo mantengo lo que en su día decidí sino que lo considero aún más justo, si cabe. Y no abrigo duda alguna de que dicha solución se enmarca dentro de la ley, como no puede ser de otra manera".

f) Adjudicación de bienes al acreedor y subastas celebradas sin postor.

El telón de fondo del presente Auto judicial <sup>1091</sup> no es tanto el art. 579 LEC, sino los arts. 670 y 671 <sup>1092</sup> sobre adjudicación de bienes al acreedor y subastas celebradas

---

<sup>1091</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Tarrasa, de 16 de octubre de 2012 (nº de autos 426/2012).

<sup>1092</sup> A favor de realizar una interpretación sistemática de este precepto, se manifiesta JUAN GOMEZ en estos términos: "El art. 671 LEC es un precepto que establece los mínimos valores por los que deberá el acreedor-ejecutante, en caso de estar interesado, solicitar la adjudicación del inmueble tras haberse declarado desierta la subasta judicial del bien ejecutado —concretamente en los veinte días siguientes—. Como decimos es un precepto que establece los *mínimos*, sin embargo nada dispone sobre los *máximos*, labor que se reserva al art. 692 del mismo cuerpo legal. Éste proclama la máxima de que ningún acreedor podrá ver resarcido su crédito en cantidad superior a la equivalente a la responsabilidad hipotecaria, cuantías por las que responde la garantía constituida sobre el bien ejecutado. No deja de ser lógico y razonable este límite máximo si tenemos presente la naturaleza real de este procedimiento especial, que delega las responsabilidades personales de los deudores a un procedimiento posterior. Ésa es la conclusión que debe extraerse de una interpretación sistemática, e incluso teleológica, del precepto. Puede pensarse que lo defendido no constituye sino un ardid para conseguir «cobrar» posteriormente del deudor las cantidades sobrantes —el exceso de la responsabilidad hipotecaria—. Este razonamiento no

sin postor. En este caso, el Juzgado determina el pago total de la deuda al haberse producido la adjudicación al acreedor del inmueble hipotecado. Se afirma en este sentido que la ejecutante pudo elegir no anticipar el vencimiento y acudir a la adjudicación para pago, o pudo acudir a formas alternativas de apremio. Sin embargo, optó por la ejecución hipotecaria sin considerar los efectos perjudiciales que ello tendría para el deudor, por lo que debe participar de esos efectos perjudiciales.

Por otro lado, de una interpretación integradora de la regulación procesal de la ejecución hipotecaria se deriva que no puede dejarse al arbitrio del acreedor la determinación unilateral del valor del inmueble respecto del que ya existe una tasación asumida por ambas partes. De este modo, siendo el valor de tasación de la finca notablemente superior a la cantidad prestada, y a la cantidad por la que se despachó ejecución en concepto de principal, la adjudicación del inmueble debió serlo por toda la deuda, por no existir justificación para que lo fuera por importe menor, en tanto que dicha cantidad podía suponer un enriquecimiento sin causa del acreedor, si como ha sido el caso, se pretende continuar la ejecución contra la totalidad del patrimonio de la

---

es muy acertado, dado que: i) En la inmensa mayoría de los supuestos el actor tiene a su disposición adjudicarse el bien por cantidades inferiores, salvo que la totalidad de la deuda sea inferior al 50% del valor de tasación, en cuyo caso, normalmente, será también inferior a la responsabilidad hipotecaria (pues es habitual que la misma guarde cierta relación con el valor de tasación del inmueble). Si bien es cierto que puede darse el caso de que hablemos de un préstamo por importe muy inferior al valor del bien hipotecado, no es menos cierto que tampoco en esos casos podrá el actor ver satisfecho su crédito en cantidades superiores a las de la responsabilidad hipotecaria —pensemos, por ejemplo, en la existencia de postores, los cuales no es impensable que se presenten si existe tal desproporción de valores. De aprobarse un determinado remate, solo se destinarán a la satisfacción del crédito las cantidades por las que responde el bien ii) No es preciso hacer malabarismos interpretativos para permitir al ejecutante hipotecario reclamar el crédito sobrante por el procedimiento de ejecución dineraria simple, puesto que es una posibilidad que contempla expresamente el art. 579 LEC. En cualquier caso, parece que lo que mejor comulga con el espíritu de la norma y con los requisitos propios de la inscripción registral del título adquisitivo es, precisamente, lo aquí propuesto. Una interpretación excesivamente formalista o literal, que no se haga cargo de que el art. 671 se encuentra propugnado para la generalidad de las subastas judiciales y no atiende a las especialidades propias de la ejecución hipotecaria, puede conducirnos al sinsentido de conducir al «buen acreedor» —entendido éste como aquel que decide libremente reducir su derecho de crédito a consecuencia de un pago en especie, en más de lo que la Ley le exige— a transformarse en deudor —en tanto que se le pretende imponer la obligación de satisfacer total o parcialmente, otras deudas de su deudor—, y sometiéndole bajo el yugo de sus propias alegaciones. Alegaciones que, insistimos, cuando menos, debería permitirse al litigante aclarar, subsanar o completar, en observancia del principio subsanatorio contenido en el art. 231 de la Ley de Ritos. A mayor abundamiento, como criterio adicional para proscribir estas interpretaciones, puede invocarse el propio tenor literal del art. 692 LEC, para advertir que el mismo no está pensado para aquellos supuestos en que la subasta sea declarada desierta, como es de ver en la expresión con la que se inicia: « *El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado* » (sic). El término «precio del remate» nos indica que dicho precepto fue concebido para las sumas obtenidas en la celebración de la subasta judicial. Sin embargo, recordemos que el art. 671 es de aplicación, únicamente, cuando se declara desierta la misma, esto es, cuando la subasta no tiene lugar. En esos casos, no es correcto hacer referencia al precio de remate, sino, más bien, al precio o valor de adjudicación”. JUAN GOMEZ, M, *Necesaria interpretación sistemática del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Diario La Ley, nº 7622, 4 de mayo de 2011.



ejecutada después de haber obtenido del mismo un inmueble que las propias partes valoraron a efectos procesales en cantidad superior a la de la deuda<sup>1093</sup>.

Los Fundamentos jurídicos de la resolución que nos ocupa son extensos, podría decirse incluso que su motivación es prolija y abundante, pues en ella se hace alusión a las diferencias entre adjudicación de bienes al ejecutante en el proceso y adjudicación para pago, aludiendo igualmente a las raíces tanto históricas como económicas de la institución<sup>1094</sup>. Igualmente, se hace referencia a instituciones como el embargo, la posesión interina de la finca, la cesión del remate, entre otras.

Asimismo, la resolución hace hincapié en algo que hasta la fecha y en las resoluciones controvertidas que se han dictado, ha pasado desapercibido o ha sido “adornado” en los medios de comunicación; toda una ola de noticias han enmarcado estas resoluciones en la dación en pago; sin embargo, no es correcto.

Ninguna de las resoluciones judiciales que se han citado insta la dación en pago en cuanto tal, en sentido técnico, sino que únicamente admiten en los casos concretos que la adjudicación al ejecutante en determinadas circunstancias sirva para saldar la deuda. Al estimar que la adjudicación de los bienes nunca puede producirse por valor inferior a la mitad de su justo precio, se aplica a las enajenaciones judiciales la norma de la prohibición de la *lesión enorme o enormísima* que en el derecho privado se traduce en la facultad de rescisión del contrato, y en el derecho procesal, en la imposibilidad de adjudicación de los bienes por importe inferior al 50% del valor de tasación<sup>1095</sup>. El Juzgador entiende, por tanto, que la adjudicación de bienes en el proceso de apremio no es una dación en pago, ni un mecanismo de valoración de los bienes, sino un acto procesal del juez o secretario, de enajenación forzosa, reglado, y cuya finalidad última es concluir el procedimiento cuando no existe más alternativa

---

<sup>1093</sup> El Auto de 16 de octubre de 2012 del Juzgado de Tarrasa asume en este sentido lo expresado a su vez en el Auto de la AP de Girona, sección 2ª, de 16 de septiembre de 2011.

<sup>1094</sup> El Auto en su Fundamento Tercero declara: “La adjudicación de bienes al ejecutante en el proceso es la forma de apremio consistente en la entrega al ejecutante de los bienes afectos a la ejecución (ya sea mediante embargo, o constitución de garantía real sobre los mismos) por un valor cierto o por la totalidad de la responsabilidad objeto de la ejecución. Históricamente, y en la legislación vigente, esta forma de apremio es subsidiaria de la subasta, porque sólo puede producirse si aquella ha fracasado, por falta de postores, o por falta de postura admisible. Y se diferencia de la adjudicación para pago porque mediante ésta se entrega el bien al ejecutante no para que lo adquiera en propiedad, sino para que se cobre con su producto, sin que aquel salga del patrimonio responsable...”.

<sup>1095</sup> Según el juzgador: “...Este 50% no sólo es un referente simbólico de la justicia de la enajenación, sino que matemáticamente garantiza que en caso de existir error en la valoración del bien, este será un error mínimo, pues se referirá a la media, y no a un valor extremo. Debe notarse que a falta de otros elementos de juicio, como pueden ser las tasaciones actualizadas o la concurrencia de diversos postores independientes que valoren mediante sus pujas el bien, este criterio matemático es el único del que dispondrá el juzgador para adjudicar el bien al ejecutante...”.

para el ejecutante que recibir dichos bienes o perder la oportunidad de un mínimo resarcimiento. En este punto, el Juzgador reconoce la relevancia de destacar que pese a la tradicional consideración del proceso de ejecución español como un auténtico *paraíso del deudor*, la evolución legislativa para contrarrestar tan poco deseable calificación ha conducido de hecho a la atribución al acreedor ejecutante de un conjunto de mecanismos que generan un fuerte desequilibrio a su favor en cuanto a la realización de los bienes objeto de apremio, y que por ello exigen una interpretación cuidadosa para evitar un perjuicio desproporcionado y no querido por la ley sobre el ejecutado, mediante la ponderación de los efectos económicos de la conducta del ejecutante en el ejercicio de sus posibilidades procesales.

El Auto afirma que debe examinarse la conducta procesal del acreedor para detectar mala fe, abuso de derecho o fraude al deudor, y para ello son significativos diversos elementos, especialmente, la opción por la forma de apremio más gravosa para el deudor, sin correlativo beneficio para el acreedor. Y, en el caso concreto, si bien la conducta de la ejecutante es formalmente correcta, en el momento de exigir el cumplimiento de las obligaciones por su deudor, y acudir a los Tribunales en tutela de su derecho, pudo elegir no anticipar el vencimiento y acudir a la adjudicación para pago, evitando que el bien saliera a subasta en el peor momento económico. También pudo acudir a formas alternativas de apremio (arts. 676, 640,641)<sup>1096</sup> o al menos haberlas propuesto o justificado su improcedencia.

Finalmente, el órgano judicial considera que aunque la opción escogida no puede valorarse por sí sola como un deseo de facilitar el despojo del deudor, es claro que el derecho de opción que tiene el acreedor debe ejercitarse, como todos los derechos, según el art. 7 CC, es decir, con arreglo a la buena fe. Por tanto, considerando que el acreedor es un experto en el tráfico crediticio y en el momento de constituir la garantía impuso las condiciones del préstamo (tipos de interés moratorio, condiciones de aplazamiento de la devolución) al prestar en las condiciones en que lo hizo debe asumir los riesgos derivados de ello; según declara el Auto para un profesional del sector era fácil predecir que en caso de un incumplimiento no voluntario, dada la evolución del sector inmobiliario, resultaría evidente que el cumplimiento total devendría imposible. El Juzgado señala como significativo en el caso presente que al fijar el tipo de la subasta en la escritura se mencionase expresamente que ello no implicaba reconocimiento del valor de mercado del

---

<sup>1096</sup> Constitución de administración, convenio de realización y realización por entidad especializada.

inmueble, lo que revela que las partes no tenían conciencia de que el valor de tasación era diferente del valor real, y pese a ello, la acreedora admitía la garantía.

En definitiva, el tribunal sostiene que la ejecutante promovió la ejecución hipotecaria existiendo una tasación del bien a efectos de subasta asumida por ambas partes, siendo claro que el ejecutante en cuanto profesional del crédito podía y debía prever los efectos del sobreendeudamiento de los ciudadanos al que contribuyó concediendo un préstamo que sus deudores no podrían devolver si el inmueble perdía valor. Y, además, dicha parte optó libremente por acudir a la ejecución sin consideración hacia los efectos que para el deudor tendría la salida a subasta del inmueble que se adjudicó en pago en aquel preciso momento; por ello, la ejecutante debe participar de las consecuencias del impago e insolvencia del deudor, tal y como permite el ordenamiento jurídico y, en particular, la regulación de la adjudicación en pago por la LEC interpretada con arreglo al art. 3 del CC<sup>1097</sup>.

---

<sup>1097</sup> Para mayor razonamiento, el Auto aclara: “1º.- La literalidad de los arts. 670 y 671 LEC prevé la adjudicación de los bienes por toda la deuda, sin expresar que la opción corresponda exclusivamente al acreedor, y permitiendo considerar que en realidad corresponde al juez. Lo que le atribuye un margen de decisión de cierta discrecionalidad (que no arbitrariedad). 2º.- El contexto de dichas normas no es al respecto contradictorio: prevé una capacidad de opción del acreedor, pero no permite que sus facultades de atribución de valor del bien sean exclusivas y unilaterales, pues contiene mecanismos de equilibrio y control y, en última instancia, la necesidad de que el remate o la adjudicación sean *aprobadas* (palabra que no puede quedar vacía de contenido) y revisadas, y en última instancia, se decida por el juez el valor por el que se extingue la responsabilidad mediante la adjudicación. Adjudicación que es un acto procesal, dictado previa ponderación de cada supuesto de hecho, y por tanto, no un acto unilateral de parte. 3º.- Los antecedentes históricos y legislativos contienen una regulación garantista del deudor, cuya primera finalidad es evitar el despojo, y ello desde los orígenes del procedimiento de apremio, en el que se sitúa al acreedor ejecutante en una posición similar a la del acreedor pignoraticio, pero siempre evitando la existencia de un pacto comisorio, y a la vez, imponiendo valores mínimos de adjudicación. Nunca se ha dejado al acreedor la disposición absoluta sobre el valor de adjudicación, igual que nunca se ha impuesto una adjudicación forzosa de los bienes, obligando a éste a admitirlos en pago. 4º.- La realidad social del momento actual no permite una interpretación que culpabilice del impago exclusivamente al deudor, y haga pechar al mismo con todas las consecuencias de la pérdida de valor de la finca dada en garantía, cuando tanto el exceso de valor de la misma como su pérdida actual van ligados a la evolución del mercado inmobiliario, evolución a la que no fue ajena la conducta de la entidad demandante, a quien en todo caso le era exigible conocer y prevenir mínimamente los efectos de la concesión de créditos en las condiciones en las que se hizo. Hacemos nuestra la extensa fundamentación contenida en el auto de 10 de enero de 2012 dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Torrejón de Ardoz (antiguo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5), invocado por la actora, acerca de la realidad social y económica, especificando aspectos concretos pese a su notoriedad, y la abundante producción de regulación tendente a hacer frente a lo que puede considerarse una situación de excepción, susceptible no obstante de empeoramiento. A ello puede añadirse que es precisamente tal situación el principal motivo de las reformas operadas por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, y por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, para paliar los efectos destructivos que la ejecución hipotecaria venía produciendo sobre la subsistencia de las personas implicadas en ellas en calidad de deudores. Reformas que no eran aplicables al presente supuesto, al haberse acordado la adjudicación con arreglo a las normas entonces vigentes. 5º.- La finalidad de las normas de la ejecución forzosa es procurar la satisfacción del derecho del ejecutante, pero ello siempre con respeto de los derechos del ejecutado, y evitando a toda costa el despojo de sus bienes por un precio vil, y en último término, su destrucción económica. Tanto por razones de humanidad, como por la evidencia de que sólo si el deudor mejora económicamente el acreedor podrá ver resarcido su crédito, aun a largo plazo. La única alternativa a esta interpretación es la brutal y arcaica costumbre romana de entregar al deudor insolvente como esclavo a su acreedor, para que con su trabajo hiciera pago de lo debido (o, en caso de pluralidad de acreedores, la legendaria *partes secanto* del deudor, que haría innecesario lo que hoy conocemos como derecho concursal). Supuesto que no es siquiera imaginable en nuestra sociedad, y cuya proscripción en cualquiera de sus formas atenuadas es

No obstante lo anterior, el Juzgado matiza que su resolución al caso no debe extrapolarse con carácter general a toda ejecución hipotecaria, pues de haber desplegado la ejecutante una mínima actividad probatoria respecto de la depreciación del bien, desterrando cualquier sombra de enriquecimiento sin causa por su parte, o de la existencia de un eventual dolo en la conducta de los deudores, o más aun, respecto de la necesidad de acudir a la ejecución hipotecaria en el momento en que lo hizo por no existir solución más razonable desde el punto de vista económico, en lugar de pretender que esta ocurre de forma automática por un incumplimiento del deudor, la solución hubiera sido distinta, manteniendo la adjudicación por el valor acordado, o por el 70% en función de los hechos acreditados debidamente por la parte.

g) Otras resoluciones judiciales controvertidas.

Llegado este punto podría argüirse que existe un antes y un después de la crisis económica en cuanto a la aplicación del art. 579 LEC. La conversión de la ejecución hipotecaria en una ejecución ordinaria y con ella la posibilidad de proseguir la ejecución contra otros bienes del deudor ha sido una constante pacífica, a salvo alguna resolución aislada, en la Jurisprudencia menor<sup>1098</sup>. Sin embargo, esa constante

---

precisamente la razón de ser del derecho de ejecución. 6º.- Por último, la equidad debe ponderarse buscando el equilibrio en los beneficios y los perjuicios causados a cada parte por sus respectivas conductas, cuando ambas partes han actuado con similar falta de cuidado: al menos, con escasa pericia la acreedora, y con exceso de confianza la deudora. Y es notorio que las entidades de crédito, y en particular la acreedora, han recibido apoyo de la sociedad a través del Gobierno y otras instituciones para evitar las peores consecuencias de los impagos que las afectan, mientras que los deudores hipotecarios han padecido los efectos de la conducta de la acreedora, que no ha considerado acudir a formas de exigir su derecho que hubieran permitido al deudor conservar el inmueble o, al menos, obtener de éste un importe mayor”

<sup>1098</sup> Ante la insatisfactoria realización del bien hipotecado abogan por continuar la ejecución con fundamento en el art. 579 LEC, entre otros, Auto 44/2007 de la AP de Cádiz, sección 2ª, de 27 de abril de 2007; Auto de la AP de Barcelona, sección 11ª, de 11 de enero de 2006, Auto 56/2005 de la AP de Sevilla, sección 2ª, de 25 de febrero, Auto 37/2005 de la AP de Almería, sección 2, de 1 de julio, Auto de la AP de Sevilla, sección 5ª, de 16 de marzo de 2004 y Auto de 19 de abril de 2004; Auto de la AP de Madrid, sección 21ª, de 14 de septiembre de 2004; Auto de la AP de Sevilla, sección 5ª de 25 de junio de 2006 y Auto de 19 de septiembre de 2004; Auto 91/2003 de la AP de Valencia, sección 11ª, de 30 de abril. Recientemente, también Auto 125/2012 de la AP de Barcelona, sección 1ª, de 14 de mayo, que después de considerar que no es abusiva la cláusula por la que se pacta en la escritura pública la responsabilidad ilimitada de los deudores, declara que debe continuar la ejecución. La AP de Barcelona en esta última resolución afirma que no es competencia de los tribunales sino del legislador ofrecer una solución a la grave situación creada en el mercado hipotecario por el estallido de la burbuja inmobiliaria; asimismo, declara que las reformas legales acometidas no pasan por obligar a las entidades a aceptar la entrega del inmueble en pago de la deuda, sino que adoptan medidas mucho menos radicales como son elevar la cifra por la que el acreedor puede solicitar la adjudicación del inmueble (del 50% al 60% de su valor de tasación según el art. 671, tras la redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio) o la de establecer un cauce para que el deudor hipotecario pueda saldar la deuda contraída con la entidad crediticia mediante la entrega del inmueble (dación en pago), pero condicionado en todo caso a la aceptación de la entidad acreedora y limitado a determinados supuestos (Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo). Por ello, según indica el Auto 125/2012, el legislador ha dejado clara su voluntad de mantener la posibilidad de que el acreedor pueda adjudicarse el inmueble sin que ello suponga que la deuda contraída por el deudor hipotecario quede saldada en su integridad. Recientemente, la Providencia de 25 de septiembre de 2012 (nº autos 1796/2010), Juzgado hipotecario de Madrid, argumenta que” (...) no se debe confundir el valor de tasación de la finca hipotecada con su valor actual. El valor de tasación es un valor pasado vinculado al momento en que se suscribió la escritura de hipoteca, pero el precio de los bienes

ha quedado interrumpida con múltiples resoluciones que intentando aplicar la justicia material al caso concreto, determinan que la interpretación y aplicación del precepto pasa por analizar las nuevas circunstancias económicas y sociales concurrentes. En consecuencia, estiman esencialmente que hay que observar la realidad social del momento, el inexcusable ejercicio no abusivo de los derechos, la doctrina de los actos propios así como impulsar la labor de los jueces a fin de evitar con sus resoluciones enriquecimientos injustos para las entidades financieras. Sobre esta base, retroalimentándose unas a otras, se siguen sucediendo resoluciones judiciales que niegan la aplicación del art. 579 LEC cuando la entidad acreedora se adjudica el bien inmueble. Baste citar sin ánimo exhaustivo las siguientes: Auto 72/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vinaroz, de 11 de marzo, al considerar que aun cuando el art. 579 LEC parece no ofrecer dudas interpretativas, ello no significa que sea en todo caso aplicable<sup>1099</sup>.

En la misma dirección, Auto de la AP de Girona de 7 de abril de 2011; Decreto de la Secretaria Judicial del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Lleida, de 29 de diciembre de 2012 que admite como valor correcto del inmueble el de la tasación previa. También, Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Torrejón de Ardoz de 10 de enero de 2012; Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mataró de 4 de febrero de 2012; Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Valladolid de 27 de febrero de 2012.

Por último, Auto 10/2012, de la AP de Córdoba, sección 3ª, de 1 de febrero, según el cual cuando el art. 579 LEC utiliza la expresión *producto insuficiente para cubrir el crédito*, ha de identificarse valor de tasación con valor real del inmueble.

Por su parte, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº 6 de Figueras de 12 de abril de 2012 alude a la doctrina de los actos propios para mantener

---

varia a lo largo del tiempo conforme a las leyes de mercado-el juego de la oferta y la demanda. De igual forma que las plusvalías las asume el propietario del bien, las minusvalías también las asume..". Con remisión, a su vez, las STS 829/2008, afirma, igualmente, que no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, supuesto que el proceso se haya seguido por los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate. En el mismo sentido, STS de 18 de noviembre de 2005. Por último, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid, (nº autos 484/2011), de 19 de noviembre de 2012 confirma que el criterio adoptado por los Juzgados de Primera Instancia hipotecarios de Madrid, es el de que "no se debe confundir el valor de tasación de la finca hipotecada con su valor actual. No procede entrar a valorar en este procedimiento sumario si la adjudicación del bien objeto de ejecución constituye un ejercicio injusto y antisocial del derecho, o que de consolidarse el decreto de Adjudicación se daría amparo a una operación sofisticada y perjudicial para el sistema económico global, sino que habrá que estar a los pactos contenidos en la escritura hipotecaria, sin perjuicio de lo establecido en el art. 698 LEC.

<sup>1099</sup> Se remite directamente a los primeros Autos, el del Juzgado de Estella y el posterior de la AP de Navarra.

la validez de la tasación aceptada por el banco en su momento y a la legislación sobre consumidores que establece como cláusulas abusivas y, por tanto, nulas, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. En ese ámbito el Auto afirma que es nula la cláusula de la que deriva una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito<sup>1100</sup>. Con carácter general, el TC ha declarado recientemente en la Sentencia 119/2012, de 4 de junio, que tratándose de contratos de adhesión, las condiciones generales de estos requieren de un mayor control, de forma que se impidan las situaciones de abuso en la contratación respecto de la parte contractual económicamente más débil. También, Auto de 16 de octubre de 2012, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Tarrasa.

En la línea iniciada por ella misma, la sección 2ª de la AP de Navarra vuelve a pronunciarse sobre la cuestión en términos semejantes, en Auto 24/2012 de 4 de mayo.

h) La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra rectifica.

Verdaderamente, no todo estaba dicho por la propia Sección 2ª de la AP de Navarra que en un Auto de 4 de mayo de 2012<sup>1101</sup> vuelve a dar la campanada, en expresión utilizada por BERCOVITZ, respecto del primer Auto de 17 de diciembre de 2010, al dictar un nuevo Auto que se desdice del anterior y cambia de criterio en un supuesto idéntico al que resolvió al principio de la polémica.

En este sentido, la Sección 2ª se ve obligada a justificar el cambio de criterio al ser el supuesto resuelto por el Auto 111/2010, de 17 de diciembre, sustancialmente igual al que es objeto de este nuevo Auto. Reconoce que las situaciones de hecho de uno y otro son completamente equiparables, de ahí la exigencia de motivar adecuadamente las razones del cambio de orientación. Así, la Audiencia reconoce que su Auto de 17 de diciembre de 2010 generó un intenso debate en el actual contexto de crisis económica que ha incrementado notablemente los procesos de ejecución hipotecaria, dando lugar a una creciente polémica.

A pesar de lo anterior y de la aparición de nuevas resoluciones provenientes de otros tribunales que secundan la que fue el origen de una polémica sin precedentes,

---

<sup>1100</sup> Con remisión directa al art. 85.6 del Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, (Real Decreto Legislativo 1/2007), y a los artículos 105 y 140 de la Ley Hipotecaria.

<sup>1101</sup> Auto de 4 de mayo de 2012 (nº recurso 146/2010). Ponente COBO SÁENZ, JF.

ahora la sección 2ª de la AP de Navarra, reconoce que han acontecido dos hechos puntuales que obligan a rectificar. En primer lugar, el TC ha mantenido la constitucionalidad del art. 579 LEC en su Auto 113/2011, de 19 de julio. Y, en segundo lugar, la última reforma legislativa con incidencia en el proceso de ejecución hipotecaria en el caso de insuficiencia del producto y de los bienes hipotecados, se inserta en la regulación general de la subasta de los bienes inmuebles establecida en el art. 671 LEC, para el caso de subasta sin ningún postor, precepto que tras el RDL 8/2011, de 1 de julio, ha incrementado de un 50% al 60% del valor de tasación la cantidad por la que el acreedor hipotecario, puede pedir la adjudicación del bien subastado sin que hubiera postores<sup>1102</sup>.

#### B) Posiciones críticas en la Doctrina.

Como se ha dicho, el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra provocó un intenso debate, siendo de destacar que mientras la mayor parte de los juristas rechazaban sus argumentaciones, la sociedad civil y los medios las elogiaban. En este punto, DE LA TORRE y MOLINA ponen de manifiesto el fuerte contraste que hay entre las opciones legislativas actuales y la conciencia social y jurídica, pues mientras aquellas siguen ancladas en reformas parciales y muy timoratas, ésta clama, desde todas las instancias, por soluciones más eficaces, por ser más justas y también más eficientes. A tal fin no se duda en llevar a cabo reformas de Derecho Privado<sup>1103</sup>.

Volviendo a los fundamentos esgrimidos por el Auto 111/2010, sobre todo, se cuestionó por suponer un ataque a la seguridad jurídica por cuanto intentaba cambiar las reglas del juego a mitad del partido; además, se criticó que los magistrados firmantes introdujesen en su resolución consideraciones morales y opiniones sobre la crisis, excediéndose claramente de su función de juzgadores<sup>1104</sup>. En este sentido se pronuncia BERCOVITZ, quien sitúa el verdadero fundamento del Auto precisamente en las consideraciones morales y opiniones que introduce, a su juicio, criticables. Para este autor las crisis se caracterizan por dar lugar a que se cuestione el sistema que hasta el momento venía funcionando. Se ponen en tela de juicio los principios

---

<sup>1102</sup> El Auto hace, asimismo, una serie de reflexiones sobre la aplicabilidad del art. 564 LEC que podía haber hecho valer la parte la ejecutada para poner de manifiesto circunstancias sobrevenidas que afectasen a sus obligaciones contractualmente asumidas.

<sup>1103</sup> *Soluciones jurídicas a la crisis: hacia una protección justa y eficiente del consumidor hipotecario sobreendeudado de buena*. Ob, cit pág. 13.

<sup>1104</sup> Muchos rechazan también el referido Auto por criticar un sistema de crédito hipotecario que ha funcionado bien, en particular en lo atinente al principio de responsabilidad patrimonial universal que ha evitado en España que exista el fenómeno de las hipotecas *sub prime*, el cual ha estado en el origen de la crisis. ALVAREZ ROYO-VILLANUEVA, Ob, cit, pág. 27.

económicos y también los jurídicos y este Auto de la AP de Navarra es una buena muestra de ello: preocupados por lo que consideran un resultado injusto, es decir, inmoral, los magistrados han tratado de poner remedio al mismo a través de una interpretación jurídica improvisada para el caso, acorde con lo que su sensibilidad les imponía.

Sin embargo, para BERCOVITZ no puede compartirse tal fundamento moral porque nuestros Jueces están sometidos al imperio de la Ley, lo que les veda toda posibilidad de interpretarla y aplicarla arbitrariamente. Según este autor, cabe albergar serias dudas sobre la razonabilidad de una interpretación que contraviene claramente el tenor literal, así como la finalidad de normas básicas de nuestro Derecho de obligaciones y que, consecuentemente, afecta al principio de seguridad jurídica y al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por muy encomiables que sean las razones que alienten esta interpretación<sup>1105</sup>

Por su parte, ATIENZA aun reconociendo que el Auto cuestionado no es acertado, precisa que el hecho de que los jueces no puedan tomar sus decisiones apartándose de lo que establece el Derecho no supone, obviamente, que deban considerarse esclavos de las palabras de la Ley o que deban renunciar a jugar un rol activo en la conformación del Derecho. Desde su punto de vista, los Jueces no pueden desentenderse de los valores jurídicos y deben, por ello, procurar hacer Justicia por medio del Derecho. Pero, también tiene que reconocer que su poder para lograrlo es limitado y que, en consecuencia, hay ocasiones en que no pueden tomar ciertas decisiones que estaría justificado tomar si fueran simples ciudadanos y no desempeñaran el rol institucional que desempeñan. Esa necesidad de auto-restricción es el principal antídoto frente al activismo y los Jueces deben evitar tanto el activismo como el formalismo, al tener que conjugar la dimensión valorativa del Derecho con la autoritativa. Dicho de otro modo, según concluye ATIENZA, los Jueces pueden ir más allá del Derecho, en cuanto contribuyen a desarrollarlo según criterios de coherencia, pero lo que no pueden hacer es ir contra el Derecho; no pueden sustituir al gobierno de las normas por el gobierno de los hombres.<sup>1106</sup>

---

<sup>1105</sup> *La campanada*, ob, cit.

<sup>1106</sup> Por otro lado, este mismo autor confiesa no tener muy claro si las dos resoluciones opuestas de la AP de Navarra (Auto 111/2010 y 4/2011) hacen una adecuada aplicación de la figura del *abuso de Derecho*. Así, asegura que los Jueces debería utilizar más la figura para evitar en determinados supuestos de préstamos con garantía hipotecaria, algunos resultados que son manifiesta e insoportablemente injustos y que, en consecuencia, producen en el prestatario un daño excesivo o anormal. No se trata, por tanto, de considerar como abuso de derecho cualquier supuesto en que se prosigue un proceso de ejecución hipotecaria después de que el banco prestamista se ha quedado ya con el bien hipotecado, sino cuando se dan además una serie de circunstancias adicionales expresivas de un daño excesivo o anormal y, que



GOÑI en la misma línea crítica respecto del Auto comentado señala que no pueden defenderse sus fundamentos por resultar contrarios al principio de accesoriadad de la hipoteca, su propia función de garantía, y preceptos legales específicos de nuestra legislación, entre ellos, arts. 105 LH, 1911 CC, 579 y 692 LEC. Asimismo, esta autora considera que únicamente un cambio legislativo (de la LEC, LH y CC) podría permitir la solución propuesta en el Auto referenciado, sin embargo, cree que tampoco sería aconsejable, porque ello supondría un perjuicio para el acreedor que pierde o ve disminuidas sus garantías de cobro, al eliminarse la responsabilidad personal del deudor. En consecuencia, se concederían créditos hipotecarios más caros, con una menor cobertura hipotecaria o un plazo más corto. Además, se correría el riesgo de que el deudor incurriera en insolvencia estratégica cuando el inmueble valiera menos que su deuda, y todo ello llevaría a una disminución del crédito territorial y a un empeoramiento de la situación financiera.<sup>1107</sup>

En síntesis, para muchos autores, la AP de Navarra en el Auto 111/2010 se ha decantado por la moralidad antes que por la legalidad lo cual no es un dato positivo. Por esta razón MENDEZ GONZALEZ afirma que caben pocas dudas de que el Auto es contrario a Derecho<sup>1108</sup>. En efecto, a juicio de este autor, lo es porque resulta contrario a la legislación vigente y centra esencialmente su resolución en una reflexión moral, lo cual no es de recibo en un Estado de Derecho, caracterizado por el imperio de la Ley, la cual se halla por encima de las convicciones morales y políticas diversas.

---

los Jueces deberían determinar de manera razonable: esforzándose por dar sentido tanto a la dimensión autoritativa como a la valorativa del Derecho. *La dación en pago hipotecaria, ¿más allá de la ley?* Revista el Notario del siglo XXI, nº 37, mayo-junio 2011, págs. 14 a 19.

<sup>1107</sup> *La adjudicación de la finca hipotecada al acreedor ejecutante por menos valor de la deuda garantizada: ¿debe extinguir la deuda?*, Anuario Jurídico Villanueva, Número V, año 2011, págs. 215 a 232.

<sup>1108</sup> Igualmente, SACRISTAN DE MIGUEL considera que el Auto 111/2010 no es ajustado a Derecho. Según este autor, a pesar de que la propia Audiencia admite de forma expresa que la entidad financiera ejecutante ha cumplido con las exigencias hipotecarias y procesales previstas en el ordenamiento jurídico, introduce, no obstante, una serie de reflexiones morales más que discutibles. De esta forma, la resolución comentada consigue que lo moral penetre de lleno en el campo de lo jurídico en base a una más que discutible aplicación analógica del art. 3.1 CC al señalar que las normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Ante tal declaración SACRISTAN opone que si bien el precepto permite interpretar las normas, lo que no consiente es vulnerarlas o ignorarlas que es lo que ha hecho la AP de Navarra en este Auto insólito. En efecto, continúa diciendo este autor, que el Auto conflictivo vulnera claramente lo señalado en preceptos importantes de nuestra legislación como el 105 de la LH, 1911 del CC y 579 LEC. Incluso, es claramente contradictorio con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que, reiteradamente ha declarado que no cabe excluir la aplicación de las normas sobre adjudicación de bienes hipotecados en base a motivos como el abuso de derecho, el enriquecimiento injusto o valores y criterios morales del Juzgado. Entre otras, Sentencias del TS de 8 de julio de 2003, 16 de febrero de 2006 y 25 de septiembre de 2008. *Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las operaciones hipotecarias. ¿Es conforme a Derecho el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010?*, Revista Economist & Jurist, sección A debate, nº 149, abril de 2011, págs. 40 a 43.

Para MENDEZ GONZALEZ es precisamente esta argumentación moral del tribunal la que resulta inquietante<sup>1109</sup>.

En la misma línea, JUAN GÓMEZ advierte que el Auto 111/2010 es de difícil encaje en el principio de legalidad y viene a tildarle de insustancial en la medida que carece de un fundamento jurídico real<sup>1110</sup>.

No obstante lo anterior, no todos los autores se han manifiesto en contra de los postulados del Auto 111/2010. Para VIDAL el Auto comentado es un soplo de aire fresco; parangonando a Ulpiano, sostiene que es perfectamente defendible con arreglo a Derecho, pues como se dice desde antiguo, si el Derecho es la expresión de lo justo, la Justicia es la perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo.

Desde su punto de vista, no es necesario cambiar las reglas del juego para defender que lo socialmente justo tiene cobijo en la legislación actual sin necesidad de enmendarla o mejorarla, aunque tampoco estaría de más hacerlo, a tenor de las reivindicaciones ciudadanas. De otro lado, los artículos 3 y 7 del CC exigen al juez valorar la situación social del tiempo en el que han de aplicar el Derecho, pues ello forma parte de su labor jurisdiccional. Por tanto, el Juez no solo puede, sino que debe valorar la realidad actual en un intento por escudriñar la cuestión de por qué estamos sufriendo tantas ejecuciones hipotecarias y por qué los bancos y cajas se están convirtiendo en las primeras inmobiliarias de España. En efecto, continua diciendo este autor, el Juez debe analizar la realidad que envuelve al deudor hipotecario, para saber la causa por la que no ha podido seguir pagando el préstamo<sup>1111</sup>. Es decir, la causa del impago tiene que ser conocida y ponderada, superando meros automatismos a la hora de aplicar la Ley.

Otro argumento capital para sostener la validez legal del Auto controvertido es precisamente lo que dispone el art. 140 LH que contempla la posibilidad de limitar la responsabilidad exclusivamente al bien sujeto a la garantía hipotecaria. VIDAL asevera que si este precepto se conociera y la constitución de la hipoteca fuese un contrato

---

<sup>1109</sup> *La AP de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas, en Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto.* Coord. SALAS CARCELLER, A, Thomson Reuters, 2012, págs. 193 a 196.

<sup>1110</sup> *Facultad del acreedor-ejecutante de adjudicarse el bien en pago total o parcial de la deuda, en Ejecución hipotecaria. Solución a....ob, cit, págs. 197 a 224.*

<sup>1111</sup> El Auto de 30 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell por el que se planteó cuestión de inconstitucionalidad contra los arts. 695,698 y 579 LEC, introduce este razonamiento entre sus fundamentos.

verdaderamente negociado y no estandarizado, se evitaría la situación actual, fruto en muchos casos de un vicio en el consentimiento, entendido como el defecto de concordancia entre la voluntad verdadera, la voluntad interna y la voluntad declarada, lo que crea un desequilibrio en el contrato<sup>1112</sup>.

- 5) La respuesta legislativa ante el incremento de los lanzamientos hipotecarios.

La inquietud provocada por el notable incremento de los lanzamientos hipotecarios, unida a la aflicción de miles de familias con la consiguiente presión social y la reacción judicial descrita anteriormente, han obligado a los gobernantes de turno a tomar posición al respecto, lo que se ha traducido en la promulgación de tres normas específicas en un intento por dar solución coyuntural a un problema que es de fondo y que, lejos de merecer respuestas legislativas rápidas y parciales, exige una reforma de calado.

En este sentido, puede afirmarse que la respuesta legislativa ha sido de todo punto insuficiente. La promulgación de tres Reales Decretos, (RD 8/2011, RD 6/2012 y RD 27/2012) con ser importante, no introduce más que urgencia y parcialidad en la obligada reforma que ha de acometerse<sup>1113</sup>.

- A) Apoyo a los deudores hipotecarios, (Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio).

Para PEREZ HEREZA, la heterogeneidad del título con que se presenta esta norma<sup>1114</sup> es muy indicativa de la forma contemporánea de legislar en la que las prisas

---

<sup>1112</sup> *Responsabilidad personal e ilimitada*.....ob, cit, págs. 44 a 47.

<sup>1113</sup> DE LA TORRE y MOLINA se muestran especialmente críticos con las reformas que han supuesto los últimos Reales Decretos dictados por el Gobierno, al definirlos como reformas *de cara a la galería*. Para estos autores cualquier reforma o solución pasa por tener en cuenta el principio de razonabilidad, de modo que no se trata de trasladar una protección a ultranza, pasando de un extremo a otro, sino de garantizar una justa ordenación contractual, esto es, que se atienda a un equilibrio efectivo de las transacciones. En este sentido, consideran que el modelo de protección que dispensa el RDL 6/2012,-y aun peor, pues ya se contaba con experiencia previa, el RDL 27/2012- “responde a uno de los defectos más recurrentes de la actividad legislativa en este tiempo de crisis y que no es otro que el de la reforma para la galería, a fin de aparentar que se hace algo cuando realmente no se hace nada efectivo. El primado de los mensajes continuos a la sociedad, a fin de dar confianza a los mercados e introducir sosiego en la comunidad que sufre los recortes y los sacrificios en pro de la garantía de rentabilidad de aquellos, determina que cuente mucho más la promulgación de normas de gran repercusión mediática, aunque su aplicación resulte dificultosa, lenta y de aplicación limitada, en detrimento de otras con menor tirón mediático por sus dificultades de comprensión técnica, pero más efectivas y eficaces..”. *Soluciones jurídicas a la crisis*...ob, cit, págs. 53 y 54.

<sup>1114</sup> Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, *de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa*.

se imponen a la buena técnica legislativa<sup>1115</sup>. A su juicio, el extenso título que encabeza esta norma anuncia mucho más de lo que finalmente resulta de su contenido.

Las medidas de apoyo a los deudores hipotecarios que se regulan en el presente Real Decreto son fundamentalmente dos: de un lado, se eleva la cantidad inembargable para el caso de que el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado; en concreto, se reforma el art. 607.1 LEC para incrementar en un 50% y además en otro 30% del salario mínimo interprofesional la cantidad inembargable por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional.

De otro lado, se modifica la LEC reduciendo la cantidad que debe consignarse para tomar parte en las subastas (pasando del 30% al 20% del tipo) y se eleva el precio mínimo del remate cuando el adjudicatario es el acreedor al 60% del valor de tasación en dos supuestos: cuando el acreedor solicita la adjudicación por la cantidad que se le deba por todos los conceptos tras la subasta si la menor postura ha sido inferior al 70% del tipo de subasta inicial; y, cuando el acreedor solicita la adjudicación tras quedar la subasta desierta.

PEREZ HEREZA considera que toda la reforma va encaminada a dar solución a un problema habitual en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias: que la adjudicación del bien por el acreedor no implique que la deuda quede saldada y, por tanto, que quien ha perdido su casa siga adeudando al banco una cantidad que en casos extremos puede alcanzar la mitad del préstamo inicial. Sin embargo, según este autor, no parece que elevar el mínimo embargable y el precio mínimo de remate (del 50% al 60% del valor de tasación), vaya a conseguir el efecto pretendido: que tras la ejecución hipotecaria el deudor pueda iniciar nuevos proyectos sin la carga de deudas anteriores. Para conseguir este objetivo, concluye PEREZ HEREZA, la norma debería haber sido más ambiciosa.

Asimismo, este autor proclama la necesidad de modificar el procedimiento de la ejecución hipotecaria en los siguientes aspectos: fijación de tipos máximos de demora, así como de la cantidad correspondiente a costas y gastos; imponer a la entidad un

---

<sup>1115</sup> ¿Apoyo al deudor hipotecario?, Revista el Notario del siglo XXI, nº 39, septiembre-octubre 2011,

plazo máximo desde el impago para iniciar la ejecución, evitando que pueda retrasarla en perjuicio del deudor y mejorar el mecanismo de la subasta a fin de conseguir un valor próximo al de mercado, depurando los sistemas de publicidad y transparencia.

Por último, se muestra partidario de involucrar al acreedor en el éxito del procedimiento y elevar el precio mínimo de remate al 80% del valor de tasación. También debería preverse la posibilidad de que el procedimiento pueda desembocar en una adjudicación de vivienda con subrogación del adjudicatario en el préstamo hipotecario. La colaboración del deudor promoviendo el abandono de la posesión con medidas como la interrupción del devengo de intereses o incluso la quita parcial de deuda y la dación en pago son igualmente medidas postuladas como positivas. Con respecto a esta última PEREZ HEREZA afirma que la solución no es imponerla con carácter obligatorio sino incentivarla, para hacerla más atractiva<sup>1116</sup>.

CASADO ROMAN, por su parte, reconoce el espíritu plausible del Real Decreto-Ley 8/2011, pero advierte que no podemos dejar que los elementos políticos y sociales predominen sobre la aplicabilidad de las normas. Es recomendable que el legislador se haga eco de las demandas de la sociedad, pero no basta con recoger esas demandas en textos normativos. Hay que dotar de eficacia al espíritu de la norma, con una regulación útil y adecuada que pueda dar efectividad al mandato contemplado en la norma. En este caso, *el Gobierno ha fijado con claridad y precisión el inicio y el final de la actuación ante la subasta de bienes hipotecados, pero lo que no ha hecho es determinar el cómo. No ha establecido los mecanismos para conseguir que la norma adquiera la virtualidad que se espera de ella, ni ha tenido en cuenta la realidad diaria de los Juzgados y Tribunales. Sabemos que la norma debe aplicarse, pero la norma se caracteriza por contener una enumeración de principios programáticos, pero carece de elementos orgánicos que puedan llevarla a la práctica. Se echa de menos una buena técnica procesal que regule pormenorizadamente los mecanismos prácticos que han de tenerse en cuenta. El ejemplo más significativo es el que hemos mencionado antes: ¿debe aplicarse la norma a las subasta ya en trámite, o hay que esperar? Esta falta de precisión sólo origina inseguridad para los ciudadanos, para los profesionales y para las instituciones, y ni siquiera establece una pequeña *vacatio legis* que permita la unificación de criterios entre los órganos judiciales. El mandato normativo está ahí. El Gobierno ha regulado la materia, pero esto no es suficiente. La*

---

<sup>1116</sup> *¿Apoyo al deudor hipotecario?...ob, cit.*

realidad práctica supera siempre a la teoría<sup>1117</sup>.

B) Protección a los deudores hipotecarios sin recursos (Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo).

Las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley 8/2011 pronto se revelan insuficientes. Si la intención de éste era introducir ciertas medidas de apoyo a los deudores hipotecarios con un título que prometía mucho más de lo que finalmente supuso, el Real Decreto-ley 6/2012, por su parte, se refiere tan solo a los *deudores hipotecarios sin recursos*<sup>1118</sup>. Una vez más se opta por la regulación de medidas urgentes, pero se limita tanto su ámbito de aplicación, que en la práctica la norma tampoco ha tenido mucho éxito en la mejora de la situación.

El Real Decreto-ley 6/2012 comienza justificando su adopción por la aguda crisis económica que padece España desde hace más de cuatro años, tal y como se preocupa de enfatizar en su preámbulo. Reconoce, asimismo, la insuficiencia de las medidas adoptadas hasta la fecha y la gravedad de la situación, pues está suponiendo que un gran segmento de la población pierda su vivienda habitual<sup>1119</sup>.

---

<sup>1117</sup> *Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio*. Diario La Ley, nº 7697, 19 de septiembre de 2011.

<sup>1118</sup> Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, *de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*. (BOE, 10 de marzo).

<sup>1119</sup> Al poco tiempo de promulgarse el Real Decreto-ley 6/2012, en términos muy duros, pero suficientemente ilustrativos de la situación que se vive actualmente en España, CARRASCO PERERA afirma: "La depresión que me produce el estado general de cosas y esta primavera atrofiada justifican que haga las tres siguientes declaraciones descomunales. Primero, el Gobierno acertó al producir el RD Ley 6/2012 (...) Lástima que el tiempo no acompañe, y no podamos estar seguros de que, a pesar de todo, no nos precipitemos al desastre. Es una pena que la buena regulación sólo se haga en este país cuando se está al borde del abismo, con riesgo de esterilidad de resultados. Segundo, el desahucio hipotecario, convertido en noticia televisiva casi diaria, es inmoral. No porque lo sea la ley, sino porque se está produciendo con una cuenta deudora engordada más allá de la usura con intereses moratorios casi delictivos y con previsiones para costas judiciales dignas de Mr. Scrooge. El banco no ejecuta y espera, no quiere quedarse con el piso en pago, se infla la cuenta de intereses moratorios, finalmente va al proceso inútilmente, porque el banco se queda con la finca, se desperdician las subastas, y el deudor es incapaz de pagar el déficit de ejecución. Tercero. Lo anterior no es una crítica a la banca. La banca española (no toda la banca que opera en España) está haciendo y va a hacer aun esfuerzos enormes por subvenir al Estado en el gravamen de déficit público, comprando deuda soberana que nadie más quiere comprar y financiando (con intereses, sí, pero otros ni con eso) fondos públicos para pagar deudas de las Administraciones con proveedores privados o mantener el FROB. El RD Ley no está mal..." Concluye este autor aseverando que a pesar de lo positivo de la norma tiene rasgos que impedirán que cumpla con sus objetivos; como todas las cosas que se hacen bajo el signo de la urgencia, el conjunto normativo del RDL requiere una segunda reflexión normativa. A su juicio, uno de los cambios que deberían introducirse es la regulación de un arrendamiento temporal impuesto a las entidades financieras. *Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 842, 10 de mayo de 2012. Sobre las novedades del Real Decreto-ley 6/2012, véase también *La protección de los deudores hipotecarios sin recursos*, GARCIA DE PABLO, J, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 840, 12 de abril de 2012.

En este estado de cosas, la norma introduce mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real. Crea un nuevo concepto, el de *umbral de exclusión*, que en la práctica está imposibilitando que el Decreto se aplique a un buen número de casos. En efecto, es así toda vez que el modelo de protección que articula la norma únicamente se aplica a aquellas personas que se encuentren en una situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones, lo que el texto legal denomina como *umbral de exclusión*<sup>1120</sup>. Además, el ámbito de aplicación se reduce considerablemente al imponerse el presupuesto que alude a que la hipoteca se hubiere constituido para la compraventa de viviendas cuyo importe no hubiese excedido de los límites impuestos por el art. 5 del RDL 6/2012<sup>1121</sup>.

Sobre esta base, el modelo de protección diseñado gira en torno a la elaboración de un *Código de buenas prácticas* al que voluntariamente podrán adherirse las entidades dedicadas a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios<sup>1122</sup>. En concreto, dentro del citado Código, se incluyen con carácter previo a la ejecución hipotecaria y en un intento por evitarla, la reestructuración viable de la deuda hipotecaria a través de la aplicación a los préstamos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años, así como la ampliación del plazo total de amortización.

En efecto, el *Código de buenas prácticas* apuesta primeramente por la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, es decir, por la refinanciación, que no

---

<sup>1120</sup> Una vez que la entidad de crédito haya aceptado atenerse a los establecido en el *Código de buenas prácticas*, el deudor sólo podrá acceder a las medidas si cumple una serie de requisitos, fehacientemente acreditados: 1º que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas de trabajo o de actividades económicas, incluyendo en el seno de la unidad familiar a los hijos del deudor, con independencia de su edad, siempre y cuando residan en la vivienda. 2º Que la cuota que ha de pagarse supere el 60% de los ingresos netos que perciba en conjunto de los miembros de la unidad familiar. 3º Que la unidad familiar carezca de otros bienes o derechos patrimoniales con los que hacer frente a la deuda. 4º Que el préstamo garantizado con la hipoteca recaída sobre la única vivienda en propiedad del deudor, para cuya adquisición fue concedido. 5º. Que el préstamo carezca de cualquier otra garantía, real o personal, y en caso de ésta últimas, que todos los garantes se encuentren en la situación planteada en los nº 2 y 3.6º Si existen codeudores que no forman parte de la unidad familiar, deberán presentar los condicionantes planteados en los tres primeros apartados.

<sup>1121</sup> Para municipios de más de 1.000.000 de habitantes, el valor de adquisición de la vivienda no puede superar los 200.000 euros; para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrado en las áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes, el valor de adquisición de la vivienda no podrá superar los 180.000 euros; para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes, el importe de la adquisición no puede superar los 150.000 euros y, por último, para municipios de hasta 100.000 habitantes, el precio de la compraventa no podrá ser superior a 120.000 euros.

<sup>1122</sup> Según anuncian algunos diarios nacionales, la casi totalidad de las entidades han suscrito este Código. Entre ellos, *Cinco días* ([www.cincodias.com/articulo/economia/forma-aplicar-dacion-pago-posible](http://www.cincodias.com/articulo/economia/forma-aplicar-dacion-pago-posible)) y diario el Economista ([www.eleconomista.es](http://www.eleconomista.es))

podrá ser solicitada por quien ya se encuentre inmerso en proceso de ejecución hipotecaria una vez producido el anuncio de la subasta; y, en segundo lugar, de no resultar suficiente, las entidades siempre con carácter potestativo, pueden ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de la deuda.

Finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán solicitar y, las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio definitivo de liberación de la deuda<sup>1123</sup>. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible. En este sentido, COUSO afirma que el Real Decreto no ha accedido a la petición de los sectores más críticos que pretenden la dación en pago universal, simple y pura, olvidando la responsabilidad de los intervinientes en la operación crediticia, sino que antes de llegar a esa consecuencia de pago solutorio en especie, la norma propone la adhesión de las entidades financieras al *Código de Buenas Prácticas*<sup>1124</sup>. En definitiva, la que aquí se prevé es la comúnmente conocida como *datio pro soluto*, es decir, dación con eficacia solutoria, frente a la eficacia *pro solvendo*.

Para CORDERO LOBATO son tan estrechos los términos en que el legislador ha regulado la dación en pago de la finca gravada que no se comprenden las razones de tales restricciones. La dación ni es obligatoria, pues se requiere que la entidad se adhiera al *Código de Buenas prácticas* y tampoco es de aplicación general. Así, no se comprende por qué el anuncio de la subasta impide que se produzca la dación en pago, cuando en otros ámbitos este momento procesal es irrelevante<sup>1125</sup>.

---

<sup>1123</sup> El deudor tiene un periodo de un año para optar por la dación en pago de la vivienda, contado a partir del momento en el que el plan de reestructuración y las medidas complementarias hayan resultado inviables; en todo caso, se prevé la posibilidad de que el deudor que lo solicite, pueda permanecer durante un período de tiempo de dos años, contados a partir del momento en que la dación tiene lugar, en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual correspondiente al 3% del importe total de la deuda al tiempo de efectuarse la dación. Si la renta fijada también fuese objeto de impago, devengará un interés de demora del 20% con posibilidad de que la entidad inicie un proceso de desahucio en los seis meses siguientes en que conste el impago. También podrá iniciarse el proceso de desahucio transcurrido el plazo de dos años si no se hubiese pactado la prórroga del arrendamiento (art. 14.2 RDL 6/2012).

<sup>1124</sup> *La protección a los deudores hipotecarios y las posibilidades de los acreedores financieros. Las entidades financieras son las más interesadas en lograr un acuerdo novatorio*. Revista el Notario del siglo XXI, nº 44, julio-agosto 2012, págs. 28 a 31.

<sup>1125</sup> *Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución*. Diario La Ley, nº 7953, 29 de octubre de 2012.



Por último, el RDL 6/2012 modera los tipos de interés moratorios aplicables a los contratos de préstamo o crédito<sup>1126</sup> e introduce modificaciones legales de índole fiscal y procesal. Con respecto a estas últimas, se simplifica la ejecución extrajudicial previendo una subasta única y un importe mínimo de adjudicación. En materia fiscal, las escrituras públicas de formalización de las novaciones contractuales que se produzcan al amparo del *Código* quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de Actos jurídicos documentados.

El Real Decreto-ley establece también la preferencia para el acceso a las ayudas previstas en el Real Decreto 2066/2008, a los inquilinos que hubieran sido objeto de lanzamiento de la vivienda habitual como consecuencia de procedimientos judiciales y extrajudiciales de ejecución hipotecaria, o que hubieran suscrito contratos de arrendamiento como consecuencia de la dación en pago.

C) Medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios (Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre)

Al tiempo de promulgarse el presente Real Decreto<sup>1127</sup>, la presión mediática y social había llegado al extremo; en este contexto, la conciencia de que algo definitivo había que hacer desde las altas instancias políticas en un intento por poner coto a los mal llamados *desahucios hipotecarios* desemboca en una norma que, a buen seguro, terminará generando más problemas de los que arregle.

Sucesos luctuosos como lo fueron diversos suicidios de personas que estaban siendo objeto de lanzamiento disparó el clamor popular en contra de las entidades financieras<sup>1128</sup> y el resultado más inmediato es el Real Decreto 27/2012 que esencialmente regula la *suspensión inmediata por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en situación de especial riesgo de exclusión*.

---

<sup>1126</sup> Dicha limitación opera con alcance preceptivo para aquellos deudores situados en el umbral de exclusión; para los demás, regirá la voluntad de la entidad, según el art. 5.8 de RDL 6/2012)

<sup>1127</sup> Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (BOE 16 de noviembre de 2012). CASADO ROMAN considera que la intención de esta norma no es otra que la de paralizar los lanzamientos mientras se buscan otras soluciones al problema existente. *Análisis procesal del Real Decreto Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*. Diario La Ley, nº 7991, 27 de diciembre de 2012.

<sup>1128</sup>(<http://www.hipotecas.es/2012/11/10/kutxabank-suspende-desahucios-hipotecarios-tras-suicidio/>); (<http://afectadosporlahipotecamadrid.net/2012/11/09/mas-suicidios-por-culpa-de-los-desahucios/>); (<http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/tragedia-los-desahucios-los-suicidios-2241332>);(<http://www.abc.es/20121109/local-paisvasco/abci-piso-suicidio-baracaldo-venta-201211091707.html>).

Lo primero que llama poderosamente la atención de esta norma precipitada, fruto de la improvisación, es que al socaire de las imprecisiones terminológicas extendidas en los medios de comunicación, emplea impropriamente la expresión *desahucio* en vez de lanzamiento<sup>1129</sup>. El rigor entre técnicos empieza por la pureza terminológica y en este sentido el Decreto yerra rotundamente al favorecer la pertinaz insistencia en referirse a los desahucios cuando en realidad se trata de lanzamientos en el seno de ejecuciones hipotecarias.

La medida de suspensión con carácter temporal y excepcional afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, la norma precisa que no se alterará el procedimiento de ejecución hipotecaria, pero impedirá que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas<sup>1130</sup>.

Con todo, se pretende limitar la suspensión de los lanzamientos tan solo a aquellas personas que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad: familias numerosas<sup>1131</sup>, familias mono parentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro discapacitado o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y hayan agotado las prestaciones sociales, o finalmente, las víctimas de violencia de género.

Asimismo, para poder acogerse a la suspensión, los ingresos no podrán superar el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, y es necesario

---

<sup>1129</sup> “Parece que nuestro Gobierno tenía mala conciencia después de haber publicado el inútil e insustancial RDL 6/2012, de 9 de marzo, el denominado Código de Buenas Prácticas bancarias, que resultó ser meramente orientativo y que ha tenido escasa repercusión en el sector al que iba dirigido. Esa mala conciencia ha dado seguramente lugar a este nuevo RDL 27/2012, de 15 de noviembre, en el cual ahora se bascula hacia el extremo opuesto, dictándose unas normas absolutamente imperativas, sin reparar en las consecuencias jurídicas que pueden reportar a todas las partes afectadas (...) La solución no pasa por decretos-leyes urgentes al azar, sin un previo análisis de las implicaciones jurídicas que toda solución legislativa conlleva.”. RUIZ-RICO RUIZ, J.M, y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y, *Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*. Diario La Ley, nº 7977, 3 de diciembre de 2012.

<sup>1130</sup> Si bien, es importante puntualizar que la suspensión es sólo temporal. Como ejemplo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid de 24 de enero de 2103 (autos 229/2010), que suspende el lanzamiento de los ejecutados hasta el 16 de noviembre de 2014; llegado ese término, declara que si los ejecutados no hubiesen hecho antes entrega de las llaves del piso, a solicitud del adjudicatario, podrá acordarse el lanzamiento de los mismos y demás ocupantes sin necesidad de requerimiento previo de desalojo, considerándose tan su realización abandonados los enseres que se encuentren en el interior. En el caso de autos, conviven dos personas con una importante discapacidad y se dan las cuatro circunstancias económicas del apartado 3 del art. 1 del Real Decreto ley 27/2012. Según el referido Auto, los ingresos deben computarse separadamente por unidad familiar que habita la vivienda.

<sup>1131</sup> En este caso, habrá que tomar como punto de referencia lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

también que la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. Por último, se exige como requisito que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar y se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y hubiese sido concedido para la adquisición de la misma.

Naturalmente, la condición o pertenencia a colectivo de especial vulnerabilidad deberá acreditarse oportunamente en los términos exigidos por el art. 2 del Real Decreto. Podrá verificarse dicha acreditación documental en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento<sup>1132</sup>.

a) Medida de protección: suspensión del lanzamiento.

Como se ha dicho, la medida “estrella” del RD 27/2012 consiste en la suspensión del lanzamiento *ope legis* durante dos años cuando el acreedor se adjudica la vivienda en pago de la deuda. Es decir, la deuda sigue existiendo si el producto de lo obtenido con la subasta es insuficiente, los ejecutados pierden su titularidad y, tan solo, les cabe seguir en el uso del inmueble por tiempo determinado. Entre tanto, el nuevo propietario, el acreedor adjudicatario, sufre una privación en el uso del inmueble por imposición legal.

La medida ha suscitado dudas de constitucionalidad desde el principio, pues supone la privación al acreedor por ministerio de la ley, (del Real Decreto) de

---

<sup>1132</sup> El artículo 2 declara: “La concurrencia de las circunstancias a que se refiere este real decreto-ley se acreditará por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el juez o el notario encargado del procedimiento, mediante la presentación de los siguientes documentos: a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar: 1.º Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios. 2.º Últimas tres nóminas percibidas. 3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo. 4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales. 5.º En caso de trabajador por cuenta propia, se aportará el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida. b) Número de personas que habitan la vivienda: 1.º Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho. 2.º Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores. c) Titularidad de los bienes: 1.º Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar. 2.º Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere. d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de este real decreto”.

facultades inherentes al derecho de propiedad como la de uso y disfrute y, ello, sin derecho a indemnización. RUIZ-RICO y DE LUCCHI advierten de la afectación que en este sentido experimenta el art. 33 CE que exige siempre un justiprecio por la privación del dominio o de las facultades de uso y disfrute del propietario. Únicamente por este motivo, los autores citados consideran que el Decreto es contrario a la Constitución, sin perjuicio de que afecta a la seguridad jurídica<sup>1133</sup>.

A pesar de la importancia que reviste la medida de suspensión de los lanzamientos hipotecarios, (puede decirse que constituye el único fundamento de la norma), lo cierto es que el decreto no regula la forma en que ha de tramitarse la suspensión, de ahí que pueda vaticinarse de antemano que el margen de discrecionalidad dará lugar a situaciones de inseguridad jurídica.

En lo que respecta al ámbito de aplicación de la norma, autores como RICO-RUIZ y DE LUCCHI encuentran alguna duda, pues se alude un tanto genéricamente a los *procesos de ejecución hipotecarios, judiciales o extrajudiciales*. En efecto, el art.1 del Real Decreto Ley declara: *“hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de este real decreto-ley no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo”*.

Dentro de los primeros, al aludirse a los procesos judiciales de ejecución hipotecarios, hay que inferir que el espíritu de la norma apunta únicamente al procedimiento regulado en los arts. 681 a 698 LEC y no a las adjudicaciones que se produzcan a consecuencia de procesos de ejecución ordinaria o derivadas de procesos monitorios que también pueden conducir a un resultado de despojo o lanzamiento.

Además, la Exposición de Motivos que precede a los artículos de la norma, menciona expresamente que la medida excepcional y temporal *afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, sin alterar el procedimiento*.

---

<sup>1133</sup> Asimismo, afirman que “llama la atención a cualquier estudioso del Derecho Privado que, mediante este Real Decreto-ley, un Gobierno como el español haya entrado de forma tan radical en cuestiones sumamente delicadas desde el punto de vista jurídico como el derecho de propiedad privada y la privación de las facultades inherentes al dominio de los inmuebles, sin derecho a expropiación...”. *Implicaciones jurídicas...*ob, cit.

Por tanto, resulta claro que el ámbito de aplicación de la suspensión opera en los procesos de ejecución hipotecaria en sentido estricto y no en aquellos otros que puedan conducir al mismo resultado de privación de un inmueble y adjudicación al acreedor. En este sentido, CASADO ROMAN se pronuncia afirmando que la posibilidad de suspender los lanzamientos se aplica tan solo a los procesos regulados dentro del Capítulo V, Libro IV, arts. 681 a 698 LEC, así como en el regulado en el art. 129 LH. En contra de esta opinión, RUIZ-RICO y DE LUCCHI que consideran ampliable el ámbito de aplicación a otras ejecuciones<sup>1134</sup>. Asimismo, quedan marginadas del ámbito de aplicación las personas jurídicas, las entidades patrimoniales o las masas de bienes que, aun teniendo capacidad procesal y capacidad para ser parte conforme los arts. 6 y 7 LEC, no pueden incluirse dentro de los supuestos de *especial vulnerabilidad* a que hace referencia la norma.

En lo que concierne a la cuestión de si el Juzgado puede adoptar de oficio la suspensión del lanzamiento, todo parece indicar que no al requerirse solicitud o instancia de parte. Para ello, basta con la presentación de un simple escrito adjuntando la documentación necesaria para justificar la situación de especial vulnerabilidad y el cumplimiento del resto de requisitos.

Presentada la solicitud por parte del deudor hipotecario nada dice el Real Decreto acerca de si debe darse traslado a la parte ejecutante a fin de oponerse o manifestar lo que su derecho convenga; como quiera que no se prevé audiencia de la parte ejecutante en este sentido, no existe obligación por parte del Juzgado pero en la práctica sí están dando traslado a las entidades ejecutantes.

Cabe preguntarse, igualmente, si es necesaria la postulación procesal para poder instar la solicitud de suspensión. En este punto, CASADO ROMAN al equiparar esta solicitud con la de medidas urgentes concluye que no es necesaria la intervención de abogado y procurador pero sí lo será para interponer cualquier tipo de recurso durante la sustanciación del incidente.

---

<sup>1134</sup> CASADO ROMAN, J, Ob, cit. En contra de lo anterior, no obstante, RUIZ-RICO y DE LUCCHI consideran que una interpretación teleológica de la norma obliga a pensar que el ámbito de aplicación se extiende a todos los procesos de ejecución, hipotecarios u ordinarios, o a ejecuciones derivadas del monitorio, siempre que se esté ejecutando una garantía hipotecaria. Ahora bien, quedan fuera las adjudicaciones de inmuebles en ejecuciones de préstamos de otro tipo, por ejemplo, pólizas de préstamos impagadas, cuando la situación que se genera con dicha aplicación es la misma: privación de la vivienda habitual de la familia con escasos ingresos económicos. Ob, cit.

La resolución judicial que se pronuncie sobre la solicitud será normalmente un Auto, si bien la norma no especifica nada al respecto. Contra ese Auto caben los recursos procedentes según el sistema general de recursos: reposición, pues la apelación únicamente cabe cuando se indique expresamente.

Ahora bien, CASADO ROMAN considera que la solicitud debería tramitarse como un incidente dentro del procedimiento con tramitación y resolución propia, que simplifique la actuación procesal y permita un control de todos los requisitos formales exigidos por el ejecutivo, pero sin que se constituya en un procedimiento independiente del principal.

b) Afectados y beneficiarios de la medida.

Sin ninguna duda, el principal afectado por la medida de suspensión del lanzamiento es el acreedor que se adjudica la vivienda y, que pese a haberse convertido en propietario de la misma, ve condicionado su derecho de uso o, por mejor decir, anulado durante un periodo de tiempo determinado. En la mayoría de los casos, el acreedor adjudicatario es una entidad financiera, sin embargo, no debemos olvidar que los particulares y sociedades también podrían serlo si conceden préstamos garantizados con una hipoteca; por consiguiente, en ese caso, también les afectaría la medida.

La norma no dice nada acerca de la figura del cesionario del remate. A juicio de RUIZ-RICO y DE LUCCHI no hay posibilidad de responder ni con base en la letra ni con base en un presunto espíritu de la ley, que es muy difícil de hallar, -ya que realmente no lo hay-. Parecería lo más lógico que sí les afectara, en cuanto que ese tercero ha pasado a ocupar la misma posición que el acreedor ejecutante, teniendo en cuenta además que este último en realidad ha sido el adjudicatario, sólo que la ley procesal facilita una nueva transmisión inmediata a favor del tercero cesionario en el mismo procedimiento<sup>1135</sup>.

---

<sup>1135</sup> Para estos autores, sin embargo, esa afectación no tendría que ser la misma que la del banco, que es a quien la norma sitúa como destinatario de su mandato imperativo de suspensión. Seguramente ese tercero cesionario, a pesar de ocupar la misma posición que el banco, debería poder disfrutar, si no físicamente del inmueble, dado que le alcanzaría la referida prohibición de toma de posesión, sí al menos debería poder obtener una renta por el uso ajeno durante los dos años que no puede disfrutar del inmueble de su propiedad. La norma no prevé este efecto, pero parecería lógico considerar, tal y como concluyen RUIZ-RICO y DE LUCCHI, que el beneficio legal concedido al ejecutado no puede ir más allá de lo razonable. Ob, cit. Ello no obstante, también parecería lógico sostener que entre acreedor adjudicatario que cede el remate y cesionario exista un acuerdo de cesión y en atención a la relación jurídica que les une pueda el cesionario exigir responsabilidad a su cedente por las privaciones que pueda experimentar en el uso y disfrute del inmueble por él adquirido.

De otro lado, en el polo opuesto de la medida, como principal beneficiario se sitúa el deudor hipotecario y su familia. En concreto, la norma se refiere a *personas que se hallen en situación de especial vulnerabilidad* y utiliza la expresión *deudor y deudor hipotecario*. Si existen varios deudores, cualquiera de ellos puede presentar la solicitud de suspensión, pues la exigencia de un escrito conjunto de todos supondría introducir cierta complejidad que podría afectar al espíritu de la norma<sup>1136</sup>.

En este punto, cabe preguntarse qué ocurre en los casos en que existe un *hipotecante no deudor* que hipoteca la vivienda en garantía de una deuda ajena, supuesto muy frecuente en el caso de padres e hijos, y un *tercer poseedor* de la finca hipotecada.

RUIZ-RICO y DE LUCCHI consideran que aunque el texto legal cuando regula la suspensión está pensando únicamente en el prestatario que sea dueño de la vivienda hipotecada, también podrían ser beneficiarios de la suspensión el *hipotecante no deudor*, toda vez que técnicamente puede ser considerado como deudor en su condición de fiador.

Sin embargo, no mantienen la misma posición respecto del *tercer poseedor*; al no ser deudor en sentido estricto, no se les pueden aplicar los mismos parámetros que a los anteriores. Ahora bien, estos autores aseveran que el tercer adquirente o *tercer poseedor* podría estar utilizando el inmueble como vivienda habitual por lo que debería ser expresamente protegido como tal, de modo que el ejecutante no pueda desalojarlo en el plazo de dos años. No obstante, abogan por considerar en cada caso la existencia de buena o mala fe y, en consecuencia, existiendo ocupantes legales que hubiesen actuado de buena fe, siempre que se tratase de su vivienda habitual, les podría alcanzar el beneficio legal de la conservación a su favor del derecho de uso y disfrute durante dos años de suspensión, en tanto cumpliesen las demás condiciones legales.<sup>1137</sup>

#### c) Devengo de intereses moratorios

Cuestión de capital importancia que se suscita ante el silencio del Real Decreto-ley es la que se centra en si durante los dos años de suspensión del lanzamiento, la

---

<sup>1136</sup> CASADO ROMAN, J, *Análisis procesal...*ob, cit.

<sup>1137</sup> Ob, cit.

deuda que ha podido no quedar zanjada en su integridad, sigue generando intereses moratorios. La lógica de la norma, unida a su filosofía que no es otra que la de proteger a ultranza al *deudor hipotecario*, impondrían una respuesta en sentido negativo, por cuanto la producción de esos intereses agravaría la situación de aquellos a quienes se ha querido favorecer con la suspensión.

Respecto de los intereses moratorios devengados antes o durante la tramitación del procedimiento, en la medida que sigan devengándose por haber quedado pendiente parte del principal, no devengarán nuevos intereses, mientras no sean reclamados específicamente, en aplicación del art. 1109 CC; por tratarse de intereses anatocísticos, exigen una específica reclamación judicial para su devengo. En este sentido, RUIZ-RICO y DE LUCCHI consideran que esta posibilidad no está vedada por la suspensión prevista en el Real Decreto-ley, que se refiere solo al lanzamiento, pero no a la facultad de instar la ejecución por el resto no cubierto, por lo que a partir de entonces, ese resto, formado por capital e intereses, o sólo por intereses, puede perfectamente devengar nuevos intereses, con base en el citado art. 1109 CC<sup>1138</sup>.

#### d) Procedimiento

Ante el silencio absoluto del Real Decreto-Ley sobre cómo debe tramitarse la suspensión del lanzamiento, CASADO ROMAN ha descrito lo que, a su juicio, debe ser el procedimiento a seguir. En efecto, la principal característica del RDL 27/2012 es la omisión de la forma en que ha de tramitarse la suspensión solicitada por el deudor. Una norma con un contenido tan concreto debería de ir acompañada con unas pautas mínimas de tramitación procesal, ya que deja a la interpretación de cada órgano judicial la forma de resolver esta solicitud.

En primer lugar, no hace mención alguna a cómo ha de incoarse, ni la resolución que debe dictarse para incoarse. Nos podríamos plantear si la solicitud de suspensión de la entrega de la posesión debería o no adoptar la forma de incidente dentro del procedimiento o si debería tramitarse como una mera solicitud que forma parte del procedimiento hipotecario, en sí mismo, y sin autonomía propia. En aras a facilitar la tramitación procesal, CASADO ROMAN considera que lo más sensato sería la apertura de un incidente dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria, con una tramitación y resolución propia, que simplifique la actuación procesal y permita un

---

<sup>1138</sup> Ob, cit.



control de todos los requisitos formales exigidos por el Ejecutivo, pero sin que se constituya en un procedimiento independiente del principal.

En el caso de que exista un único deudor hipotecario, parece claro que sólo él estará legitimado para instar la solicitud de suspensión. Sin embargo, en el caso de ser varios deudores hipotecarios, bastará la solicitud de uno de ellos para que pueda existir pronunciamiento judicial sobre la suspensión. Supeditar la tramitación de la solicitud a la concurrencia de un escrito conjunto de todos los deudores hipotecarios podría crear una situación de complejidad que podría afectar el espíritu de la norma.

En cuanto al procedimiento en sentido estricto, el Auto citado propone el siguiente: una vez formulada la petición, el secretario judicial realizará un examen de admisibilidad sobre la concurrencia de los requisitos formales establecidos en el Real Decreto Ley. En el caso de que tales requisitos concurren, se dará trámite a la petición. En el supuesto de que se adolezca de algún defecto subsanable, debe concederse un plazo para que se subsane la deficiencia existente. Si a pesar del requerimiento no se subsanase la existencia del defecto formal, cabría plantearse quién sería el competente para acordar la inadmisión.

La reforma procesal operada por la Ley 13/2009 establece el ámbito competencial que corresponde a jueces y secretarios judiciales en el ámbito de los procedimientos judiciales civiles. Esta Ley atribuyó a los fedatarios públicos un amplio catálogo de funciones y competencias, especialmente en el ámbito de la ejecución, reduciendo la labor del juzgador a labores meramente jurisdiccionales. En base a esta situación, si entendemos que la solicitud de suspensión no constituye propiamente un incidente de la ejecución, consideramos que debería ser el secretario judicial mediante Decreto el que debería de resolver sobre la admisión o inadmisión de la petición; por el contrario, si consideramos que estamos en presencia de un incidente de la ejecución, que por la naturaleza de la solicitud parece lo más razonable, ante la falta de subsanación, el secretario judicial debería de realizar la dación en cuenta del art. 178 LEC para que el juez o magistrado resolviese sobre la admisión.

Otra cuestión sería determinar el tipo de resolución que debería dictarse, es decir, si bastaría una simple providencia o si debería hacerse por auto. Atendiendo al contenido del art. 206 LEC, lo más aconsejable sería dictar un auto motivado que determinase las razones de admisión o inadmisión del incidente.

En el supuesto de inadmisión, cabría plantearse si sería posible interponer recurso de apelación contra el auto. Consideramos que no cabría la interposición del recurso

de apelación ante la Audiencia Provincial. La razón se encontraría en que el incidente o la sustanciación de la petición, en sí misma, constituiría un elemento más de un todo, de un procedimiento judicial que es el procedimiento de ejecución hipotecaria. La resolución que inadmitiese la petición podría dar lugar a un recurso de reposición, al encontrarnos ante una resolución de mero trámite y no ante una resolución definitiva del procedimiento<sup>1139</sup>.

Asimismo, CASADO ROMAN entiende que uno de los aspectos más importantes que debe caracterizar la petición de suspensión es la celeridad en su tramitación. Por ello, debemos plantearnos si ante la solicitud de suspensión del deudor hipotecario, el juez o magistrado debería resolver directamente o si sería necesario dar traslado a la parte ejecutante o al cesionario que consten en el Decreto de adjudicación, para que pudiesen hacer alegaciones o manifestaciones a la solicitud. Entendemos que el derecho a la tutela judicial efectiva podría vulnerarse respecto del nuevo titular del inmueble si no se le concede plazo de impugnación de la solicitud, o para manifestar su conformidad con la petición formulada.

Admitida la solicitud de suspensión y conferido el correspondiente traslado a la adversa, para su posible impugnación, cabe plantearse si el juez o magistrado resolverá o si las partes serán citadas a una vista, por el secretario judicial. Nos encontramos nuevamente con una omisión a la forma en que debe sustanciarse la solicitud, y atendida la naturaleza de la solicitud y el contenido de la documentación que debe ser aportada por el peticionario, entendemos que no sería necesaria la celebración de una vista. Podría resolverse directamente por el juzgador, de una forma similar a como ya se hace con determinados tipos de oposición a la ejecución. De esta forma se conseguiría una respuesta judicial mucho más rápida y adecuada para los intereses de las partes.

Tampoco se hace ningún tipo de referencia a la forma que deberá adoptar esta resolución, pero entendemos que sería un auto. Consideramos que al ser un elemento no esencial, no debería permitirse la interposición del recurso de apelación, ya que no deja de ser una cuestión no sustantiva del procedimiento. Al no ser posible la

---

<sup>1139</sup> No obstante, el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de los del Madrid, (Autos nº 1089/2011) no admite la solicitud de suspensión del lanzamiento al amparo del RD-ley 27/2012, en virtud de providencia de fecha 9 de enero de 2013. En este caso concreto, la negativa del juez se fundamenta en que los documentos aportados por el ejecutado no acreditan la concurrencia de alguno de los presupuestos de especial vulnerabilidad por las siguientes razones: la hija de los ejecutados tiene 18 años y, por tanto, es mayor de edad; el ejecutado tiene reconocida prestación por desempleo hasta enero de 2013; la esposa del ejecutado tiene reconocida actividad laboral. En consecuencia, según la providencia citada, no cabe tener en cuenta la solicitud de suspensión del lanzamiento, salvo que por razones humanitarias la entidad voluntariamente acepte la suspensión o los ejecutados acrediten la concurrencia de algún supuesto de especial vulnerabilidad. Contra la referida providencia cabe interponer sin efectos suspensivos, recurso de reposición, con intervención de abogado y procurador.

interposición de la apelación, cabría interponer recurso de reposición que se ajustaría a lo previsto en los arts. 451 y ss. LEC.

Se plantea otra duda en aquellos casos en los que el juez o magistrado estime la petición de suspensión del deudor hipotecario. La duda surge de la redacción dada por el Ejecutivo, al utilizar la expresión «(...) hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, no procederá el lanzamiento (...)». Si hacemos una interpretación literal de esta frase, parecería claro que, cumpliéndose los requisitos, no se podría realizar la entrega de la posesión, como muy pronto, hasta el día 17 de noviembre de 2014. Esta fecha sería el límite mínimo que debería respetarse, con independencia de si, a fecha de hoy, el procedimiento estuviese iniciado, o se fuese a iniciar. En la práctica supondría que únicamente los procesos ya en trámite, y pendientes únicamente de entrega de la posesión, dispondrían de una moratoria de dos años, mientras que el resto nunca llegarían a los dos años de suspensión, sino a un plazo menor.

Si estuviésemos ante ejecuciones extrajudiciales, es decir, aquellas que se tramitan ante el notario, el procedimiento sería más sencillo, y muchos de los problemas que hemos planteado, no se producirían, como la posible falta de postulación o el tipo de resolución a dictar.

Finalmente, no podemos obviar la situación que se produciría al estimar la petición de suspensión: acordada la suspensión del lanzamiento, se creará una situación jurídica peculiar, ya que legalmente se permitirá que alguien que no es ni propietario ni tiene un derecho de uso o disfrute sobre un inmueble, lo ocupe sin título legal que se lo permita<sup>1140</sup>.

Por su parte, VIVES MARTINEZ critica con dureza los términos del Real Decreto-ley 27/2012, primeramente por su limitado alcance; así, pone de manifiesto que hay cosas tan llamativas como que un menor de tres años esté amparado por la norma pero no un mayor de tres años. Afirma asimismo que “no se alcanza a comprender la distinción. Ni siquiera se acude al límite de la edad laboral, por ejemplo. Así pues, nos encontramos en palabras de VIVES ante una nueva norma dictada mirando la cara de las entidades financieras en lugar de mirar a la cara de los afectados”.

Otro de los puntos problemáticos es que la norma no se aplicaría a ocupantes sino únicamente a los deudores hipotecarios. A la vista de este RDL, la utilización de

---

<sup>1140</sup> *Análisis procesal...*ob, cit.

contratos de arrendamiento fraudulentos para perpetuarse en la posesión del inmueble a través de un tercero, podría ser contraproducente<sup>1141</sup>.

De otro lado, VIVES MARTINEZ encuentra agravios comparativos entre el Real Decreto-ley 27/2012 y el anterior Real Decreto-Ley 6/2012. En el anterior RDL, tras la dación en pago el deudor podía continuar dos años en el uso del inmueble como arrendatarios pagando cierta renta. En el RDL 27/2012, por el contrario, la deuda sigue aumentando y no paga contraprestación alguna por el uso del inmueble, que, recordemos, no es una dación en pago, sino una paralización del acto del lanzamiento. Es un trato aparentemente más beneficioso pero a largo plazo, resulta ruinoso. Como además la norma suspende el desalojo pero no suspende los actos propios de la adjudicación, resulta que el Banco es propietario desde el auto de adjudicación (pensemos en los efectos fiscales) y en el caso de entidades de crédito, pensemos en el cálculo de porcentajes establecidos en la regulación sobre saneamiento y venta de activos inmobiliarios del sector financiero (RDL 2/2012) que se aplicarán también sobre los bienes adjudicados sobre los que se haya aplicado la suspensión del lanzamiento. No se prevé que la suspensión quede sin efecto si dejan de cumplirse los requisitos por el beneficiario.

---

<sup>1141</sup> Asimismo, otro problema que dificultará la aplicación de este Real Decreto- ley son los referidos a la *integración de los conceptos de familia numerosa y demás de carácter social usados por la norma, aplicación de la normativa estatal y autonómica al efecto, integración del concepto de víctima de violencia de género (quid de los procesos sobreseñados o con absoluciones no firmes, etc.), tipologías de certificaciones a exigir, así como la complejidad de los modelos a presentar (“declaración responsable del deudor conforme a que cumple los requisitos del RDL”)*. Dice la norma que se trata de procedimientos en los que se hubiera aprobado una adjudicación al acreedor o a persona que actúe por su cuenta (art. 1.1). *Adjudicarse la vivienda actuando por cuenta del acreedor es hacerlo en su interés y con obligación de comunicarle los efectos de la compra judicial, lo que no tiene por qué suceder cuando una sociedad del grupo se adjudica el inmueble sin asumir esa obligación de transmitirles los efectos de la venta judicial. Estudiosos del tema ya han apuntado que no quedan dentro de la norma las adjudicaciones a terceros que no representen al acreedor, sean o no sociedades de su grupo, ni siquiera aunque ese tercero fuera elegido por el acreedor que se hubiera reservado la facultad de ceder el remate a un tercero. En todo caso, es sencillo sortear el presunto obstáculo que el RDL pueda poner al ejecutante. Tampoco se aclara si la norma afecta al cesionario del remate. De ser así, ¿no tendría derecho a obtener una renta por el uso que un tercero (el deudor) hará de su inmueble durante dos años? No olvidemos que el adjudicatario puede vender directa o indirectamente dicha vivienda, siendo como es el propietario de la misma (por ejemplo, la posibilidad de la transmisión de activos inmobiliarios al Banco “malo”). Ese tercero está vinculado por la prohibición de lanzamiento ya que no es un tercero de buena fe del 34 LH. Pero sí podría repercutirle una renta y todos los gastos inherentes al uso y disfrute. En suma, lo que se ha vendido al ciudadano es que se acabaron las deudas hipotecarias y que conservan “su” casa cuando, en realidad, ya no es suya. ¿Qué sucede con el fiador? La norma es defectuosa e insuficiente por cuanto el RDL no aclara la unidad familiar a la que se refiere: deudor prestatario, fiador, tercer adquirente o personas que de ellos dependen. Se soslaya el problema real que late tras este sinfín de RDL: es indiferente cuál haya sido el valor por el que el acreedor o ese tercero se hayan adjudicado la vivienda. Incluso aunque coincida el de adjudicación con el de tasación. Si el medio de adjudicación no es la subasta, tampoco es aplicable. Por ejemplo y aunque sean de escaso uso, no acoge la enajenación a cargo de entidad especializada o el convenio de realización. Todas estas reflexiones las hizo la Magistrada VIVES MARTINEZ, G, en una Ponencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona el día 11 de diciembre de 2012 bajo el título *El Real Decreto Ley 27/2012: la urgencia como pretexto*. Asimismo, gran parte del contenido de esta ponencia se ha publicado en la Revista Mon Juridic, nº 273, diciembre 2012-enero 2013, págs. 12 a 15.*

Reunir la documentación oficial lleva un tiempo incompatible con la rapidez del lanzamiento. Por eso se ha acordado que se dé un plazo al deudor para aportar la misma y dejar, de inmediato, el lanzamiento sin efecto.

En este punto VIVES MART.INEZ apunta que las devastadoras consecuencias jurídicas del RDL (y el anterior) no se han calculado.

A su juicio, todo pasa por la regulación *ex novo* de la subasta, por una tasación efectuada por perito tasador independiente, y por fomentar la aplicación del convenio de realización previsto en el art. 640 LEC, pues aunque bien es cierto que el art. 636 LEC subordina la subasta a la inexistencia de convenio entre las partes, en la praxis ocurre justamente lo contrario dada la deficiente e imperfecta regulación de los mecanismos alternativos a la subasta.

Se debería haber regulado, por ejemplo, una quita y espera, un aplazamiento del pago de la deuda con o sin intereses, una dación en pago con la posible opción de permanecer el deudor en la vivienda como arrendatario incluso con opción de compra, una disminución de los intereses pactados, etc.)<sup>1142</sup>.

## VI. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA.

El Juez nacional dispone de forma subsidiaria a la inaplicación de una norma, de la posibilidad de acudir al planteamiento de la cuestión prejudicial para obtener un pronunciamiento del Tribunal Europeo. No obstante, tal y como recuerda ALAMO GONZALEZ<sup>1143</sup>, a tenor de la aparente claridad del principio de equilibrio contractual, de las características específicas del Derecho comunitario (primacía, inaplicación de incompatibilidad, valor normativo de los principios generales del Derecho comunitario) y del desequilibrio injustificado del art. 671 LEC, resultaría factible acudir directamente a la aplicación de las normas comunitarias en detrimento de la normativa española. En caso contrario, y a favor de la aplicación del principio *pro-consumatore*, las reticencias del juez nacional encargado de la ejecución pueden solventarse en último término con el planteamiento de la cuestión prejudicial, lo que supondrá la suspensión de la ejecución hipotecaria. Llegado el caso de que el órgano judicial dude de la

---

<sup>1142</sup> Ob, cit.

<sup>1143</sup> *La dación en pago...*ob, cit, págs. 94 a 96.

compatibilidad de una norma nacional con el Derecho comunitario, o no aplique la primacía del principio de equilibrio contractual desplazando la norma nacional incompatible y además tampoco plantee de oficio la cuestión prejudicial, a la parte ejecutada le queda la opción de pedir al juez que la plantee.

El planteamiento de la cuestión prejudicial puede hacerse en cualquier momento del procedimiento, sin sujeción a una fase concreta, si bien, para ALAMO GONZALEZ, lo suyo es hacerlo en el curso de la ejecución ordinaria posterior a la adjudicación del bien inmueble por las razones siguientes: a) con independencia de la incompatibilidad del precepto nacional, el resultado de su inaplicación sería la adjudicación del inmueble, algo inevitable pues en dicha finalidad encuentra su razón de ser el derecho real de hipoteca; b) resulta innegable para el deudor que estableció el gravamen sobre el bien inmueble, que su fin era desde luego de garantía; en definitiva, su consentimiento contractual alcanzaba ese resultado en el marco ordinario de incumplimiento del contrato; c) sería acorde con la especialidad del procedimiento hipotecario, sin alterarlo ni suspenderlo. En el caso en que se opte por el planteamiento de la cuestión prejudicial las preguntas del juez nacional no pueden versar sobre la compatibilidad del Derecho nacional con el derecho comunitario, ni sobre el significado de los preceptos jurídicos de su Estado, pues el Tribunal Europeo lo que hace simplemente es interpretar las disposiciones del ordenamiento comunitario, dando al tribunal nacional los elementos hermenéuticos necesarios para resolver la cuestión. Por último, conviene recordar que cuando el juez nacional plantea la compatibilidad de una norma nacional con la Constitución española, lo resuelto en ese sentido por el TC no evitaría el hipotético planteamiento de cuestión prejudicial.

#### 1) Cláusulas contractuales abusivas.

##### A) Fundamento de la cuestión prejudicial.

Cuando parecía que la creatividad judicial para resolver el complejo panorama de las ejecuciones hipotecarias en España se había agotado con la inaplicación del art. 579 LEC, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona da un paso más al plantear Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud de Auto de 19 de julio de 2011<sup>1144</sup>.

---

<sup>1144</sup> Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 19 de julio de 2011. Ponente FERNANDEZ SEIJO, J.M, (nº recurso 13/2011).

Dados los términos en que se estaba desarrollando la polémica situación de las ejecuciones hipotecarias en nuestro país, todo parecía indicar y, así lo ha confirmado el TJUE, que la respuesta final a los problemas de las ejecuciones en nuestro ordenamiento vendría condicionada en gran parte por lo que se imponga desde Europa. En este sentido, las reformas son inminentes y vendrán impuestas por las directrices que apunta el Tribunal de Luxemburgo al resolver la presente cuestión prejudicial.

A lo largo del presente trabajo doctoral se ha mantenido, que la opción que tiene el deudor ejecutado de acudir al proceso declarativo posterior conforme lo estipulado en el art. 698 LEC para plantear cuestiones que no pudo poner de manifiesto en el propio procedimiento de ejecución, no dejaba de ser una entelequia, una pura ficción jurídica que en la práctica veda cualquier posibilidad de defensa y convierte la situación del deudor en una firme condena, en ocasiones, a la exclusión social<sup>1145</sup>. Pues bien, el Auto de 19 de julio de 2011 cuestiona esta importante limitación procesal al tiempo que deja entrever la nulidad de ciertas cláusulas habitualmente insertas en los contratos de préstamo hipotecario.

---

<sup>1145</sup> ACHON BRUÑEL describe la injusticia que revela el art. 698 LEC, así como su inutilidad, pues la recuperación del inmueble una vez que se ha perdido en el proceso de ejecución, es prácticamente imposible. Conforme lo previsto en el artículo 698 LEC procede entender que el deudor, el tercer poseedor o cualquier interesado podrán interponer un juicio declarativo contra el ejecutante con objeto de alegar causas de oposición que no se pudieron invocar en el procedimiento de ejecución hipotecaria dado su carácter sumario. No es necesario esperar a que termine la ejecución para interponer dicho proceso. En el juicio declarativo no existe limitación en cuanto a las causas de oposición, pero el gran *hándicap* es que este proceso no suspende la ejecución hipotecaria por lo que puede recaer una sentencia estimatoria cuando ya el inmueble se haya subastado, en cuyo caso procede preguntarse si el deudor podrá recuperar la propiedad del inmueble. En este punto, la autora citada recuerda que el texto legal no permite esta posibilidad, tan solo que el deudor pueda, para asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte, solicitar que se retenga todo o una parte de la cantidad que deba entregarse al acreedor por la enajenación del inmueble, pero subordina dicha medida a que el tribunal pueda exigirle previa y bastante garantía cuando no tuviera solvencia suficiente para responder de los intereses de demora y resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor. Además, se permite al ejecutante interesar el lanzamiento de dicha retención afianzando, a satisfacción del tribunal, la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio declarativo. Para proteger los intereses del deudor, ACHON BRUÑEL propone la medida cautelar de anotación preventiva de demanda para advertir al posible adquirente en subasta la pendencia del proceso, pero tampoco resulta pacífico si dicha medida le permitirá recuperar el bien subastado si obtuviera sentencia estimatoria y, además, será muy inusual que la anotación preventiva se interese con anterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, habida cuenta que el juicio declarativo suele interponerse en un momento posterior. De otro lado, la ejecución judicial debe garantizar al adquirente la posesión pacífica del derecho adquirido y no atribuirle un derecho litigioso. Ante este panorama procesal ACHON subraya la injusticia de un procedimiento de ejecución hipotecaria que limita las causas de oposición, remitiendo al deudor a un proceso posterior sin asegurarle al propio tiempo que si obtiene una sentencia estimatoria, va a poder recuperar el inmueble vendido en pública subasta, pues la restitución al deudor del dinero obtenido por su venta no es una solución acertada, máxime teniendo en cuenta que normalmente se enajena por un precio inferior al de mercado o incluso se lo ha podido adjudicar el acreedor, en cuyo caso debería preverse al menos la obligación de devolver el mismo en caso de prosperar las pretensiones del deudor en el juicio declarativo posterior. *Deficiencias del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria y sus negativos efectos sobre los más desfavorecidos por la crisis económica*. Revista Ceflegal, nº 141, octubre 2012, págs. 29 y 30.

El peregrinaje procesal del deudor ejecutado que primero pierde su vivienda habitual al no haber podido hacer frente a las cuotas hipotecarias y, posteriormente interpone demanda de juicio declarativo ordinario reclamando la nulidad de algunas estipulaciones contractuales que le llevaron al lanzamiento, es lo suficientemente ilustrativo de lo injusto y hasta absurdo que resulta nuestro sistema. Ello, sin perjuicio de la inocuidad que puede tener un proceso posterior, toda vez que la vivienda se ha perdido, y ha podido ser adquirida por un tercero de buena fe.

En este contexto, el Auto que da lugar al planteamiento de la presente Cuestión Prejudicial se dicta en el seno de un procedimiento declarativo basado en lo dispuesto en el art. 698 LEC; formalmente se demanda la declaración de nulidad de algunas estipulaciones contractuales y, en consecuencia, que el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria que derivó en el lanzamiento también fue nulo. Las cláusulas sospechosas de nulidad son las referidas a los siguientes extremos: pacto de liquidez y, en consecuencia, afectadas de nulidad también aparecerían, según pretensión del demandante, la de resolución o vencimiento anticipado, las cláusulas referidas a los intereses ordinarios y moratorios, así como las que imponían determinadas comisiones y gastos al prestatario.

Básicamente, lo que se cuestiona por el demandante, otrora ejecutado, es que el criterio de liquidación de la deuda pendiente, vinculado a la posibilidad de vencimiento anticipado de la titularidad del préstamo y el cálculo de los intereses ordinarios y moratorios pactados, es nulo por vulnerar las normas referidas a las condiciones generales de la contratación, recogidas en el Texto Refundido de la Ley 1/2007, de 1 de noviembre. Máxime cuando los motivos de oposición están fuertemente restringidos, incluso más, que en la ejecución ordinaria y el ejecutado no tiene posibilidad de oponerse más que por las causas limitadas del art. 695 LEC.

Por tanto, cualquier procedimiento que quiera interponer el deudor para cuestionar la validez de las cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que habilitan al prestamista para iniciar la ejecución singular sobre el bien ofrecido en garantía, debe realizarse por el mecanismo de un procedimiento ordinario que en modo alguno compromete el desarrollo y culminación del procedimiento de ejecución hipotecaria. La culminación o finalización de ese procedimiento de ejecución es la entrega del bien, la efectiva adjudicación en este caso al ejecutante.

El Auto del Magistrado reconoce una realidad no negada por la demandante, a saber, el incumplimiento del pago de las cuotas hipotecarias; en ese sentido no hay controversia alguna; tampoco se discute que el contrato de préstamo es un contrato



tipo y que su clausulado lo integran un montón de condiciones generales de la contratación que como tal quedarían sometidas a la tutela dispensada por la normativa española de protección de los consumidores<sup>1146</sup>. Desde esta perspectiva, tal y como expone el Magistrado proponente, la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de 2007, no hacen sino incorporar al ordenamiento español las directivas comunitarias sobre protección de consumidores y usuarios en materia de contratación civil y mercantil.

En particular, se toma como referente la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Tampoco se puede olvidar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000<sup>1147</sup> que inicia el punto de partida de toda una Jurisprudencia europea que habilita al Juez civil a tutelar incluso de oficio los intereses de los consumidores y dejar sin efecto determinadas cláusulas que siendo condiciones generales de la contratación han de catalogarse en todo caso como abusivas.

A partir de estas reflexiones el Juez español se coloca en la tesitura de si el ordenamiento interno tanto en sus aspectos materiales como procesales, cumple con el marco jurídico de protección a los consumidores frente a cláusulas hipotéticamente abusivas y cuál debe ser el grado de intervención del Juez frente a las referidas cláusulas.

La clave de la cuestión pasa por la imposibilidad de oponer una verdadera defensa por el ejecutado en la interinidad del proceso ejecutivo, con la obligada remisión a un proceso declarativo que no suspende el anterior. Sirva subrayar en este punto que el mismo argumento que ha servido para que el TC español mantenga la completa constitucionalidad del proceso, es el que lleva ahora a un juez español a plantear al Tribunal europeo justamente lo contrario. En este sentido, el Magistrado afirma en su Auto de 19 de julio de 2011, que *resulta muy complicado a un Juez español poder establecer una tutela de oficio a un consumidor en un procedimiento de ejecución hipotecaria puesto que en este procedimiento de ejecución están rígidamente tasados los motivos de oposición, remitiendo a la parte allí ejecutada a un procedimiento declarativo de nulidad con obstáculos insalvables para evitar la consecuencia última de la ejecución que no sólo es la venta o realización del bien sino su transferencia a un tercero lo que determina que en el caso de un inmueble que sea vivienda habitual el*

---

<sup>1146</sup> Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 (Ley 7/1998) y Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

<sup>1147</sup> Caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, asunto C-240/1998 a C-244/1998)

*deudor ejecutado cuando inicia el procedimiento declarativo de nulidad ha perdido ya la posesión del inmueble.*

A partir de estas consideraciones la primera duda que suscita el Magistrado en su Auto es la de si debería trasladar al Tribunal de Justicia de la UE en una cuestión prejudicial, si el sistema español de ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición, implica una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una adecuada tutela de sus derechos.

Esta primera duda ha de vincularse con otros dos interrogantes: de un lado, la interpretación de cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones; de otro, el concepto de desproporción en orden a determinadas cláusulas como la de vencimiento anticipado, la de fijación de unos intereses de demora (en el caso concreto del 18%) y la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables realizados unilateralmente por el prestamista.

En definitiva, a la vista de la normativa comunitaria parece razonable pensar que en el contexto de un procedimiento judicial ejecutivo, el juez español debería disponer de mecanismos, bien de oficio, bien a instancia de parte, para analizar en clave de tutela de los intereses de los consumidores, las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado de obligaciones, la liquidación de la cantidad adeudada con sus mecanismos de determinación y el carácter desproporcionado de alguno de los conceptos que se aplican al consumidor. A juicio del Magistrado, y así lo expone en su Auto, la legislación española genera serias dudas de compatibilidad con las directivas comunitarias de tutela de los consumidores frente a cláusulas abusivas tanto en su aspecto material como procesal que permiten al acreedor la ejecución sin apenas oposición. La limitación es especialmente sensible en los casos en que se ve afectada la vivienda habitual del consumidor. De ahí, la conveniencia de dar traslado al Tribunal Europeo para que se pronuncie en un asunto en el que los intereses en juego entre los diferentes “actores españoles” no dejan entrever una solución pactada y/o equilibrada.

## B) Conclusiones del Abogado General del TJUE.

Las Conclusiones de la Abogado General presentadas el 8 de noviembre de 2012 en este asunto contribuyeron a poner bajo sospecha todo el entramado procesal interno<sup>1148</sup>, al confirmar las dudas suscitadas por el Juez nacional.

De esta forma, anuncia como primera conclusión parcial que un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13 cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa.

Asimismo, la Abogado General propone al Tribunal que resuelva confirmando que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar con arreglo al art. 3 apartados 1 y 3 de la Directiva 93/13 el carácter abusivo de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores. En concreto, en el caso de la estipulación por la que el acreedor puede dar por vencido anticipadamente un crédito inmobiliario, el órgano jurisdiccional debe examinar, en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que a falta de pacto sería aplicable, si lo estipulado en la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual a favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

En el caso de la cláusula de los intereses de demora, el órgano jurisdiccional debe examinar en qué medida el tipo de interés se aparta del interés legal que a falta de pacto sería aplicable y si no está en proporción con el objetivo del interés de demora. Por último, en cuanto a la determinación unilateral de la deuda, la Abogada General concluye que se debe tener en cuenta las consecuencias en el derecho procesal nacional.

---

<sup>1148</sup> La Abogado General que emite las conclusiones es Sra. Juliane Kokott; Asunto C-415/11.

C) Resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

a) Fundamentos de la Sentencia, de 14 de marzo de 2013 del TJUE.

La cuestión prejudicial que plantea el Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona originando la formación del expediente C-415/11, ha sido resuelta recientemente por la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013.

La Sentencia citada recoge sustancialmente los fundamentos jurídicos vertidos por el Magistrado en la cuestión prejudicial elevada al Tribunal europeo y en consecuencia, confirma que el sistema español no se adapta a las exigencias derivadas de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. Como podía aventurarse tras la formulación de sus conclusiones generales por la Abogado General del Tribunal, el punto crucial de controversia ha sido confirmado; un sistema de ejecución hipotecaria que niegue la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, vulnera las directrices de la norma comunitaria. Asimismo, si el sistema no permite que en el posterior juicio declarativo ordinario se adopten medidas cautelares como la suspensión del proceso ejecutivo, se confirma, a juicio del TJUE, que el sistema es desproporcionado.

No obstante lo anterior, hay un dato que no debe obviarse de la presente Sentencia: no solamente cuestiona de manera principal, la limitación de los medios de oposición y la inocuidad desde el punto de vista de la protección de los derechos del consumidor del procedimiento declarativo ordinario del art. 698 LEC, sino que apunta directamente a la esencia de los contratos de adhesión. La Directiva 93/13 afirma que las *“cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

Así las cosas, si consideráramos esta disposición en sus términos estrictos inexorablemente habría que cuestionar un concepto básico en toda ejecución hipotecaria como es el de los contratos de adhesión. Razón por la que puede preconizarse como medida urgente para revestir de mayor legitimidad a este tipo de

contratos y, por ende, a toda ejecución basada en ellos, la implantación del mecanismo ya mencionado del consentimiento informado.

b) Efectos de la Sentencia del TJUE sobre las ejecuciones en curso.

Los efectos de la STJUE de 14 de marzo de 2013 no deben extenderse a todos los procesos de ejecución hipotecaria con carácter general. No obstante lo anterior, al igual que viene aconteciendo con la aplicación del art. 579 LEC a raíz del Auto de la AP de Navarra 111/2010 era previsible que muchos Juzgados amparándose en la Sentencia europea suspendieran sin más los procesos ejecutivos en curso.

Dicha suspensión no encuentra fundamento alguno en la legislación procesal vigente, única que debe aplicarse en sus propios términos mientras no se produzcan modificaciones legales que así lo determinen. Sin embargo, no podemos negar una realidad y es que muchos Juzgados en este asunto de indudable relevancia mediática han optado por asumir posiciones más cercanas a lo que entienden por Justicia social que por aplicar la letra estricta de la ley.

De hecho, recientemente el Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca nº 6 ha dictado una Providencia de fecha 15 de marzo de 2013 en la que con alusión directa a la Sentencia del TJUE suspende un procedimiento de ejecución hipotecaria en el estado en que se encuentra a fin de valorar las circunstancias concurrentes en la misma a la luz de la citada Sentencia<sup>1149</sup>. En este mismo sentido, la AP de Palma, secciones civiles, adoptó un acuerdo con fecha 19 de marzo en la que establece el criterio de suspensión de todas las ejecuciones en curso hasta que el Congreso adapte la normativa nacional a la reciente Sentencia del TJUE.

Por su parte, la AP de Barcelona en reunión celebrada el 8 de febrero de 2013 adopta una serie de acuerdos tendentes a imponer que el juez que conozca de la ejecución examine de oficio, en el momento de resolver sobre el despacho de la ejecución, el posible carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios en el caso de que resulte de aplicación al ejecutado la legislación tuitiva de consumidores. Una vez declarado el carácter abusivo de la referida estipulación, el juez debe pronunciarse sobre el despacho en todo aquello no afectado por la nulidad de pleno derecho de dicha cláusula.

---

<sup>1149</sup> N° de autos 22/2011.

En este contexto, se empiezan a suceder las resoluciones judiciales que suspenden los procesos de ejecución hipotecaria con fundamento directo en la Sentencia europea de 14 de marzo de 2013. El nudo gordiano reside en que el procedimiento no permite al consumidor articular debidamente sus intereses, dado que sus posibilidades de defensa han sido limitadas por la aplicación de la tramitación procesal establecida en los arts. 695 y 698 LEC<sup>1150</sup>.

## 2) El pago como única opción de oposición.

De la misma forma que un Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Estella (que declaraba la extinción de la deuda tras la adjudicación al acreedor del bien inmueble) fue el detonante de otros muchos, entre ellos, los de la Audiencia Provincial de Navarra dictados en el mismo sentido, en lo que al mecanismo de la cuestión prejudicial respecta, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 19 de julio de 2011 también ha representado un punto de partida; puede decirse que ha propiciado, a su vez, un buen número de resoluciones judiciales que amparándose en éste o tomando como referente sus fundamentos jurídicos, han suspendido procedimientos ejecutivos<sup>1151</sup> o han planteado nueva cuestión prejudicial al Tribunal europeo.

---

<sup>1150</sup> Sirva como ejemplo, el Auto de 21 de marzo de 2013, del Juzgado de Primera instancia nº 3 de Arrecife que decreta la suspensión de la ejecución hipotecaria despachada y afirma que la expeditiva realización del derecho del acreedor sobre el bien hipotecado cede ante la protección del consumidor. El Auto se apoya esencialmente en los fundamentos jurídicos de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y en otras anteriores de este mismo Tribunal de 14 de junio de 2012 y de 26 de abril de 2012, las cuales imponen el control de oficio de las cláusulas abusivas o sospechosas de serlo. Igualmente, suspenden la ejecución hipotecaria en curso amparándose en la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, el Auto de 15 de marzo de 2013, del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Madrid, (rec.1640/2012), la providencia de 22 de marzo de 2013,(autos 704/2012) del Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid, la Providencia, de 22 de marzo de 2013, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valdemoro (autos 187/2010), Providencia de 22 de marzo de 2013, (autos 270/2010) del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Valdemoro y providencia de 3 de abril de 2013, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Tomelloso (autos 1219/2009). Por su parte, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Arrecife, de 8 de abril de 2013, va mucho más allá, pues no decreta únicamente la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria, sino que además, declara la nulidad de la escritura de préstamo que dio origen al procedimiento, la nulidad de la hipoteca que lo garantiza y la de todas las actuaciones practicadas, debiendo procederse al archivo del mismo. Finalmente, el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona, de 9 de abril de 2013, partiendo de la primacía del derecho comunitario, suspende los trámite procedimentales confiriendo traslado al ejecutado a fin de que plantee oposición con base en la existencia de cláusulas abusivas.

<sup>1151</sup> Puede citarse el Auto de 19 de noviembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de los de Barcelona (Autos 1055/2012-3B) que suspende el proceso de ejecución hipotecaria referenciado en tanto no se resuelva la cuestión prejudicial que se sigue ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea(C-415/11). El Magistrado firmante del Auto(GONZALEZ DE AUDICANA ZORRAQUINO, F.) justifica la suspensión argumentando: "...al haberse formulado ya cuestión prejudicial, para evitar las dilaciones que provocaría el planteamiento de una nueva cuestión con el mismo objeto, cuando ya existe una procedimiento pendiente únicamente de resolución por sentencia, resulta procedente suspender el trámite hasta que recaiga resolución por parte del TJUE". En el mismo sentido, Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Lleida, de 29 de diciembre de 2012, que suspende el proceso de ejecución hipotecaria

La virtud que acaso pueda atribuirse a éste primer Auto del Juez de lo Mercantil de Barcelona es que al haber elevado cuestión prejudicial al Tribunal europeo, es difícil que el legislador español eluda las directrices que imponen cambios legislativos sustanciales.

De cualquier manera, la polémica está servida de nuevo, pues si bien no es admisible una suspensión generalizada de los procedimientos hipotecarios mientras se resuelva la cuestión prejudicial como postuló un Juzgado de Almería<sup>1152</sup>, otros muchos han recurrido, al amparo de las argumentaciones elevadas al Tribunal europeo por el Auto de 19 de julio de 2011, a la suspensión de concretos procesos de ejecución hipotecaria.

---

por prejudicialidad civil, hasta que el TJUE resuelva la cuestión (C-415/11) En contra, sin embargo, de la petición de suspensión pretendida con base en el procedimiento C-415/11, se pronuncia uno de los Juzgados hipotecarios de Madrid, el Juzgado de Primera de Instancia nº 32, en Providencia de fecha 23 de noviembre de 2012. Según indica la referida resolución judicial, las conclusiones de la Abogado general relativas a la cuestión prejudicial planteada no vinculan mientras no sean asumidas en sentencia por el propio TJUE. Incluso en tal caso la eficacia de la decisión no trascendería más allá del propio asunto pendiente de fallo al que se refiere la cuestión planteada como se extrae de los arts. 251 a 281 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Asimismo, la providencia de 23 de noviembre de 2012 mantiene que el principio de legalidad también se extiende a las normas procesales y, en consecuencia, en atención a lo señalado en el art. 565 de la LEC, la ejecución solo se suspenderá en los casos en que la Ley lo ordene de un modo expreso. La Providencia alude también a la relevancia del derecho a una vivienda digna, pero introduce una puntualización: sin negar su trascendencia, asevera que ni la legislación universal, ni de la Unión Europea imponen a los Estados la obligación de garantizar el derecho a una vivienda digna. Ni tan siquiera lo garantiza el art. 47 de la Constitución porque se ubica entre los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, principios que sólo podrá ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, según establece el apartado 3 del art. 53 CE, de forma que no es admisible una invocación abstracta de ese derecho, sin olvidar que la Constitución también garantiza seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, así como otros derechos que afectan a otros intervinientes en la ejecución, incluso con mayor intensidad que el derecho a una vivienda digna, tales como propiedad, tutela judicial efectiva o proscripción de indefensión. Al hilo de estas consideraciones en torno al derecho a la vivienda, podría matizarse que aun reconociendo su importancia, la CE no lo define como un derecho fundamental. Indiscutiblemente constituye un bien de primera necesidad para el ciudadano en cuanto es el espacio donde la persona desarrolla su vida privada e íntima, sin embargo no es uno de los derechos fundamentales que el texto constitucional incluye como tal.

<sup>1152</sup> Según anunciaba la Agencia EFE el 22 de noviembre de 2012, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 5 de El Ejido (Almería) ha suspendido todas las ejecuciones hipotecarias a su cargo hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) determine si este procedimiento es compatible con una directiva comunitaria. La magistrada Ana Fariñas hace referencia en su Auto al procedimiento incoado por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona que frenó el desalojo de un vecino de Martorell (Barcelona) por la indefensión del mismo ante posibles "cláusulas abusivas" en el contrato de su hipoteca. Tal y como adelanta en su edición de hoy el diario "La Voz de Almería", la juez alude además a las conclusiones de la abogada general del TJUE, Juliane Kokott. Kokott ha propuesto al Alto Tribunal de la Unión Europea que establezca si "un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas, es incompatible con la Directiva 93/13/CEE", sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. La abogada general indicó expresamente la existencia de "cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa". Así, Fariñas apunta en su auto que las resoluciones de su juzgado podrían verse afectadas por la resolución del TJUE, por lo que ante las dudas sobre la compatibilidad de este procedimiento, y "al haber sido ya formulada cuestión prejudicial, y para evitar las dilaciones que provocaría el planteamiento de una nueva cuestión con el mismo objeto", ha ordenado la suspensión de las ejecuciones hipotecarias hasta que haya un pronunciamiento al respecto. No obstante, el auto no es firme y cabe presentar un recurso de apelación ante el Juzgado. <http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2012/11/juzgado-ejido-suspende-todas-ejecuciones-hipotecarias-20121122-56921.html>

En este complicado marco judicial, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Catarroja (Valencia) de 15 de noviembre de 2012<sup>1153</sup> eleva nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal europeo. Una vez más, el telón de fondo es la Directiva 93/13 CEE, en relación con el proceso hipotecario español regulado en los arts. 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y, en particular, el régimen de oposición del art. 695 LEC.

El matiz en relación al primer Auto de Barcelona es que éste se dictaba en el ámbito de un procedimiento declarativo, una vez que el ejecutado ha perdido el inmueble, sin embargo, el Auto de Catarroja se dicta en el seno de una ejecución hipotecaria.

El Auto de 15 de noviembre de 2012, dictado por el Ilmo. Juzgado de Catarroja justifica la relevancia del asunto partiendo de una serie de premisas importantes en un complejo marco jurídico que pone de manifiesto la necesidad de dilucidar la compatibilidad del proceso de ejecución hipotecaria español con las disposiciones de la Directiva 93/13 CEE; la posible incompatibilidad proviene de la extraordinaria limitación de las causas de oposición que se confieren al ejecutado.

Asimismo, el Auto reconoce que está en juego una de las necesidades más básicas de toda persona, como es el acceso a la vivienda, derecho regulado en el art. 47 de la CE y al respecto realiza la siguiente reflexión: “..Pese a la relevancia del derecho en juego, la normativa española de ejecución de bienes hipotecados protege de manera posiblemente desproporcionada el crédito del acreedor...”

Según indica el Magistrado ponente del presente Auto, el incidente de oposición es un trámite meramente dilatorio y absolutamente ineficiente. Por tanto, la decisión del legislador español de proteger especialmente, a través de un procedimiento tan estricto y riguroso como el que es objeto de consideración puede entenderse como razonable, pero siempre y cuando se respeten derechos igualmente necesitados de especial protección, como sería en este caso la protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas redactadas e impuestas en los contratos por las entidades financieras, que son quienes sin lugar a dudas ocupan una posición predominante y de fuerza en la celebración de un contrato de financiación como es el préstamo hipotecario.

En síntesis, si bien podría considerarse admisible que se limitara extraordinariamente la posibilidad de formular oposición, según indica el Auto, esa

---

<sup>1153</sup> Nº de autos 97/12. Magistrado Ponente: ORTIZ ROMANÍ, M.



limitación no debería afectar en ningún caso a la opción de oponer el carácter abusivo de determinadas cláusulas.

A continuación, el Auto alude a las conclusiones emitidas por la Abogada General en el Asunto C-618/10 sobre el proceso monitorio, en el que se puso de manifiesto el desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional, así como la necesidad de coordinar el derecho procesal de los Estados miembros con las exigencias derivadas de la normativa de la Unión Europea. Declaraba entonces que un régimen procesal que no permite conocer el carácter abusivo de la cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando éste último no haya formulado oposición, pueden menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13<sup>1154</sup>. Este argumento que entonces se refería al proceso monitorio español es extrapolable, de ahí que el auto lo traiga a colación, al proceso ejecutivo hipotecario español.

Así las cosas, el Juzgado de Catarroja asegura que la configuración actual del proceso de ejecución español de bienes hipotecados conlleva que para la generalidad de los deudores la única opción de oposición sea el pago. De mantenerse la actual restricción, se tornaría aún más dramática la situación: que los deudores se vean constreñidos a iniciar un procedo declarativo para demandar la nulidad de cláusulas contractuales es esencialmente injusto. El sentido común evidencia que ello no sucederá prácticamente nunca o en muy contadas ocasiones, dado el indudable coste económico que conlleva iniciar un procedimiento judicial y el tiempo que puede transcurrir entre su puesta en marcha y su finalización, perfectamente asumible por las entidades financieras, pero no por los ciudadanos.

Para el Magistrado, si el riesgo ya fue apreciado por el TJUE en el caso de un proceso monitorio, la evidencia y certeza del mismo es mayor si cabe en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias, que sin lugar a dudas constituyen unos de los mayores problemas que existen en la actualidad para los ciudadanos que suscribieron un préstamo hipotecario.

La cláusula de vencimiento anticipado, la denomina *cláusula suelo* están en el punto de mira del presente Auto judicial. De ahí que postule la conveniencia de que el órgano jurisdiccional, bien de oficio, bien a instancia de parte, pueda examinar el carácter abusivo de una cláusula existente en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor y/o permitiendo la suspensión de dicho procedimiento en

---

<sup>1154</sup> Sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, Asunto C-473/00.

el supuesto en que se iniciara un posterior proceso declarativo que tuviera precisamente por objeto obtener dicha declaración<sup>1155</sup>

- 3) La litispendencia como fundamento de la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria.

Una de las Resoluciones más recientes que se han dictado al hilo de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal Europeo, (Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell de 17 de enero de 2013) deniega la petición de suspensión inmediata solicitada por el ejecutado en proceso hipotecario; en esta ocasión, la parte trae a colación un nuevo argumento jurídico vinculado al concepto de litispendencia. En efecto, la parte ejecutada instaba la suspensión en tanto no se llevara a cabo la reforma de la Ley procesal que permita el planteamiento de motivos de oposición basados en la existencia de cláusulas abusivas o, subsidiariamente, en la declaración de nulidad de actuaciones y petición de retroacción al momento procesal de admisión de la demanda. Asimismo, la parte ejecutada refiere la dureza de la crisis económica actual, la vulneración de los derechos humanos que el drama de los desahucios está suponiendo y la pendencia de la Sentencia del Tribunal europeo que ha de resolver la acomodación de las normas procesales españolas a las directivas comunitarias en respuesta a la cuestión C-415/2011.

El referido Auto concluye que no cabe la suspensión por litispendencia ni por prejudicialidad civil, como tampoco el planteamiento de nueva cuestión prejudicial con el mismo contenido que la ya planteada por el Juzgado mercantil nº 3 de Barcelona a la que hace alusión específica la parte ejecutada, estimando improcedente el planteamiento de la cuestión con cualquier otro contenido.

El Auto declara que la pretendida litispendencia no existe, no sólo por la falta de identidad subjetiva, por encima de la cual se podría pasar en su caso ante la especial eficacia de la eventual Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, sino, sobre todo, por la falta de identidad objetiva. En este sentido, el Auto de 17 de enero de 2003 advierte que la cuestión planteada en un procedimiento declarativo no puede

---

<sup>1155</sup> El Auto plantea la acumulación de la presente Cuestión prejudicial a la ya formulada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, dada su similitud, toda vez que la acumulación permitiría al TJUE tener una perspectiva mejor de las características de la legislación española en relación con los procedimientos hipotecarios y evitaría el problema de que no se abordara la principal cuestión (referida a la limitación de las causas de oposición) si el TJUE llegara a considerar que la primera cuestión planteada por el Juzgado de Barcelona es inadmisibile.

afectar a un procedimiento de distinta naturaleza como es el presente, máxime cuando no se ha planteado el declarativo con base en el art. 698 LEC que podría permitir, eventualmente y en los términos expuestos en el dictamen de la Abogado General, la suspensión del ejecutivo.

Por otro lado, la Ley de Enjuiciamiento Civil, según declara el Auto, no permite la suspensión de la ejecución hipotecaria por prejudicialidad civil sino que establece un régimen específico que desplaza a la norma general del art. 43 de la LEC, de manera que no cabe suspensión no basada en lo dispuesto en los arts. 695 a 697 de la Ley- vedando expresamente tal suspensión el art. 698- o incluso y, partiendo de una interpretación muy laxa, en los arts. 565 y siguientes de la Ley.

El Juzgado en su Auto afirma, además, que el escrito de la parte alude genéricamente a la vulneración de los derechos del consumidor sin especificar qué derechos se han vulnerado y niega la procedencia de plantear nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal europeo con el mismo contenido que la turnada como cuestión C-415/2011 toda vez que ésta lo fue en el seno de un procedimiento declarativo y aquí se sigue un procedimiento ejecutivo, diferenciándose éste consumidor de aquél en que el de dicho procedimiento instó la nulidad de cláusulas contractuales integradas en el título ejecutivo por su carácter abusivo, lo que no se ha hecho en el caso presente<sup>1156</sup>.

## VII. LA DACIÓN EN PAGO

### 1) Concepto y naturaleza jurídica.

---

<sup>1156</sup> Un Auto dictado por un Juzgado de Primera Instancia de Málaga, de fecha 23 de enero de 2013 deniega igualmente la petición de suspensión y nulidad solicitada por el ejecutado, argumentando taxativamente que los Jueces están sometidos al imperio de la Ley, de manera que han de juzgar y ejecutar lo juzgado de acuerdo con dicho sometimiento. Por otro lado, la emergencia y alarma social no están previstas por el legislador como causas de suspensión, siendo irrelevante, a estos efectos, la opinión personal que puedan tener cada uno de los integrantes de la Carrera Judicial respecto a la situación que se ha generado en el ámbito social, como consecuencia de las miles de demandas de ejecución hipotecaria presentadas por las entidades bancarias. Concretamente, para que se aprecie prejudicialidad civil es necesario que este Juzgado, en el seno del presente procedimiento, deba decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil y lo cierto es que, atendiendo al contenido y estado del presente expediente, no consta que éste Juzgado haya de decidir sobre cuestión alguna en la que concurra la circunstancia anteriormente mencionada. Por último, el Auto aclara que no se aprecian en el caso circunstancias que justifiquen la nulidad total o parcial o que proceda plantear ante el Tribunal europeo una cuestión prejudicial en los mismos términos que se planteó por un Juzgado de Barcelona, entre otros motivos, por cuanto no se trata de las mismas circunstancias y ello aunque la resolución que se dicte pueda tener reflejo en los juicios de la naturaleza como el presente.

En la disyuntiva en la que nos encontramos, parece prioritario ofrecer una definición de *dación en pago*, sin ánimo de profundizar en disquisiciones puramente civilistas, pero partiendo de su distinción de figuras afines como el pago por cesión de bienes<sup>1157</sup> y de la adjudicación judicial en pago<sup>1158</sup>.

Sin embargo, no hay consenso en el seno de la doctrina a la hora de ofrecer una definición al respecto. Ni siquiera la Jurisprudencia ha mantenido siempre el mismo criterio<sup>1159</sup>. De esta forma, los autores han formulado distintas teorías; así, hay quien le

---

<sup>1157</sup> El pago por cesión de bienes está regulado en el art. 1175 CC; sobre su necesaria distinción de la dación en pago, ya se pronunció la STS de 1 de marzo de 1969 en estos términos: "...la cesión de bienes a los acreedores no debe confundirse con la dación en pago, pues, como ha precisado la doctrina de este Tribunal, aquélla implica abandono de los bienes del deudor en provecho de los acreedores para que éstos apliquen su importe líquido a la satisfacción de su crédito, mientras que en la dación en pago, el crédito que con ella se satisface adquiere la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen; el pago por cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, mientras que en la dación la entrega produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación. La cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un poder de carácter personal que permita al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio en la dación se produce una verdadera transmisión del dominio. Por su parte, la Sentencia del TS de 7 de octubre de 1992 compara las dos formas especiales de pago: "La *datio pro soluto* es significativa de adjudicación del pago de deudas, que, si bien carece de específica definición en el Derecho sustantivo civil, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción de su crédito, actuando éste crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa; en cambio, la *datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para pago de deudas, que tiene una específica regulación en el art. 1175 CC, se configura como un negocio jurídico por el cual el deudor propietario transmite la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación al pago de las deudas contraídas, sin extinción del crédito en su totalidad, pues el deudor sigue siéndolo respecto del adjudicatario en la parte del crédito que no hubiese alcanzado el importe líquido de los bienes cedidos, toda vez que la adjudicación sólo libra de responsabilidad al deudor por el importe líquido de los bienes cedidos, como expresamente previene el meritado artículo 1175" En la misma línea, STS de 28 de junio de 1997. Más recientemente, la STS de 1 de octubre de 2009 destaca que la dación en pago es aquella por la que el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular; la cesión de bienes es un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquellos al pago de las deudas contraídas por el cedente.

<sup>1158</sup> Ambas tienen grandes analogías, pues en las dos se recibe la prestación de un objeto distinto del pactado y se transmite su titularidad, pero difieren en función de las personas que intervienen. En los procedimientos de apremio judiciales o administrativos que culminan con la adjudicación de un bien, el dominio se adquiere por un acto del Estado, que a través de los órganos judiciales o administrativos, y en virtud de su *auctoritas*, se subroga en la posición de deudor, mientras que en la dación en pago es necesario un convenio previo alcanzado entre deudor y acreedor.

<sup>1159</sup> Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1943 sentando la distinción entre dación en pago y pago por cesión de bienes, afirma que la adjudicación o dación en pago que es una forma de realizarlo, se configura como un contrato de compraventa en que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio; en la misma línea de equiparar la dación en pago como figura atípica y el contrato de compraventa, SSTS de 13 de febrero de 1989, de 8 de febrero de 1996, de 30 de noviembre de 2000 y 6 de noviembre de 2006: También Resolución de la DGRN de 3 de septiembre de 2008. Por su parte, la Sentencia de 7 de junio de 1990, partiendo de la problemática que encierra, se limita a enunciar las diferentes naturalezas que se han atribuido a la dación en pago: compraventa, novación, contrato oneroso de enajenación, acto complejo, modalidad o subrogado de pago y contrato extintivo de obligaciones que se asemeja a los contratos reales, pero reconoce o se decanta esta sentencia por asumir, sin desconocer las analogías con la compraventa y la novación, una configuración propia, singularmente por el aspecto teleológico de extinción de las obligaciones. Como forma de pago parcial, la define las SSTS de 29 de abril de 1991 y de 25 de mayo de 1999. Por su parte, la STS de 23 de septiembre de 2002 declara que la dación en pago, *datio in solutum*, es una forma especial de pago, llamada también forma subrogada del cumplimiento y consiste en el acuerdo, como negocio jurídico

concede la naturaleza de verdadera compraventa (GARCIA AMIGO, BAS Y RIVAS); naturaleza de simple novación (SASTRE PAPIOL, SERRANO GARCIA). Como contrato la consideran (FINEZ, BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO) o, simple modalidad de pago (LATOURE BROTONS).<sup>1160</sup>

ALBALADEJO define la dación como un acto del deudor por el cual realiza, a título de pago, una prestación distinta de la debida, al acreedor, quien consiente en recibirla en sustitución de ésta<sup>1161</sup>. En el mismo sentido, O'CALLAGHAN, la define como el negocio jurídico bilateral por el que el acreedor y el deudor acuerdan que el pago,- cumplimiento de la obligación- se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación<sup>1162</sup>.

BELINCHON, por su parte, alega que la *dación* debe ser considerada como un modo extinción de las obligaciones que debería aparecer contemplado en el art. 1156 CC; y es un modo de extinción autónomo respecto de cualquier otra institución jurídica que despliega su eficacia en momento de cumplimiento de la obligación, provocando los mismos efectos que ese cumplimiento, esto es, la liberación del deudor y la consiguiente extinción de la obligación, como consecuencia de la satisfacción de los intereses del acreedor. Esa dación actúa como un subrogado del cumplimiento precisamente por esa razón, porque provoca la misma eficacia que el cumplimiento mediante la realización de un programa de conducta distinto del inicialmente pactado.

Según indica la autora citada, ese subrogado del cumplimiento presenta dos efectos diferenciados: el efecto *pro soluto* y el efecto *pro solvendo*.

En la *datio pro soluto*, la prestación deberá realizarse de manera inmediata por el deudor, con el fin de dar por extinguida la obligación que le vincula con el acreedor. En la segunda, si bien el deudor ha de realizar una prestación diferente de la inicialmente debida, sin embargo, no lo hará de manera inmediata al acuerdo de las partes, sino que su realización se podrá demorar a un momento temporal posterior, en función de la conveniencia del *accipiens* y *del solvens*, sin que ello suponga atribuir a la dación

---

bilateral, de que se cumpla la obligación mediante una prestación distinta de la que era objeto de la misma.

<sup>1160</sup> Un estudio en profundidad sobre las distintas teorías y la naturaleza jurídica de la dación lo encontramos en *La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado. Colección Monografías de Derecho Civil, II Obligaciones y contratos*, BELINCHOIN ROMO M<sup>a</sup> R, Dykinson, 2012

<sup>1161</sup> *La dación en pago, en extinción de las obligaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial-CGPJ, Madrid, 1996, pág. 423.

<sup>1162</sup> *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, Dijusa, 2008, pág. 137.

eficacia novatoria, pues las consecuencias que se pueden derivar serían muy diferentes<sup>1163</sup>.

## 2) Posiciones críticas.

Todas las resoluciones judiciales analizadas anteriormente que secundaron lo dispuesto en el Auto de Navarra 111/2010 no aplicaban en puridad la *dación en pago*; se limitaban a mantener que la adjudicación del inmueble hipotecado al acreedor ejecutante, tras quedar desierta la subasta, implicaba la extinción de la deuda y ello esencialmente por razones de justicia y equidad, que no de legalidad<sup>1164</sup>. El fin del proceso de ejecución hipotecaria y la imposibilidad de continuar contra otros bienes del deudor con fundamento en el art. 579 LEC se producía por disposición expresa de la propia resolución judicial de turno, nunca porque en realmente existiese una verdadera *dación en pago* que, por definición, no podía existir porque ésta como forma especial de pago o cumplimiento requiere el consentimiento de las dos partes y un pacto entre ellas para producir el efecto de liberación. Nada que ver, por tanto, con el panorama descrito en el que el acreedor ejecutante no se da por satisfecho íntegramente, ni acepta la extinción de la deuda, sino que le viene impuesta en sede judicial<sup>1165</sup>. En este sentido, no puede obviarse que el Tribunal Supremo ha mantenido que para que opere la *dación en pago* debe haberse pactado entre las partes esta posibilidad con el fin de que pueda abonarse una prestación distinta de la debida, lo que en el caso de los préstamos hipotecarios no acontece porque las entidades bancarias no suelen pactar en las pólizas que la falta de pago del préstamo pueda subsanarse con la devolución del inmueble y la consiguiente extinción del crédito<sup>1166</sup>.

El clamor popular alentado por los medios de comunicación y la proliferación de plataformas de afectados<sup>1167</sup> tendieron a generalizar la exigencia de introducir la

---

<sup>1163</sup> BELINCHON ROMO M<sup>a</sup> R, Ob, cit, págs. 90 a 96.

<sup>1164</sup> Pues el art. 579 LEC postula justamente lo contrario.

<sup>1165</sup> En este sentido, ALAMO afirma que una cosa es la *dación en pago* como negocio de entrega voluntaria de una cosa por el deudor al acreedor, extinguiéndose la deuda u obligación con dicha entrega – *pro soluto*-(que es un acuerdo de voluntades entre partes que incluso prevé el art. 140 LH), y otra bien diferente es aquella que trata de que en el curso de una ejecución forzosa hipotecaria, las entidades de crédito tengan que limitar la extensión de la deuda exclusivamente a la obtención del bien hipotecado, renunciando a continuar contra el resto del patrimonio del deudor. *La dación en pago en las ejecuciones...*ob, cit, pág. 23.

<sup>1166</sup> Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo 1057/2006 de 19 de octubre de 2006 que define la *dación en pago* como aquel negocio jurídico en cuya virtud el deudor y el acreedor pactan que el pago se realice con una prestación distinta de la que era objeto de la obligación. En parecidos términos, la definen las SSTs de 7 de octubre de 2002 y 28 de junio de 1997. Como forma especial de pago la define la STS de 5 de octubre de 1987 y, de 27 de septiembre de 2002.

<sup>1167</sup> Entre otras, Asociación de afectados por la banca (AUSBANC), Asociación de afectados por la hipoteca (PAH).

denominada *dación en pago* en nuestro ordenamiento como medio de poner fin a las ejecuciones hipotecarias. Se citaba como ejemplo la legislación de los EEUU en la que basta con la entrega del inmueble para que la deuda quede completamente saldada<sup>1168</sup>.

Ello no obstante, cabe preguntarse si en verdad la problemática que arrastra la legislación procesal hipotecaria española requiere de una *dación en pago* en sentido estricto. Vaya por delante, que sin perjuicio de las necesarias reformas que a nuestro juicio deberían acometerse, una, muy importante, en fase contractual, y, otra, no menos relevante, en fase procesal, nuestro ordenamiento jurídico ya dispone de mecanismos efectivos tendentes a limitar la responsabilidad hipotecaria al bien sujeto a garantía. Así se desprende de lo estipulado en el art. 140 LH. En este punto, FERNANDEZ SEIJO afirma que no es cierto que la *dación en pago* no venga regulada en nuestro sistema hipotecario, porque la propia Ley Hipotecaria permite que las partes pacten préstamos limitados al valor del inmueble, de modo que entregando el inmueble el deudor se libera. De igual manera, la LEC por medio de una adjudicación directa permite que con el visto bueno del acreedor puedan instrumentarse adjudicaciones directas de los bienes hipotecados con efectos liberatorios. De hecho, según apunta este autor, se han verificado muchas daciones en pago antes de la crisis económica entre otras razones porque la revalorización de los inmuebles hacía que el acreedor que recibía en pago un inmueble rápidamente pudiera ver satisfecha su deuda, e incluso obtener alguna plusvalía revendiendo el inmueble una vez recibido<sup>1169</sup>.

No obstante lo anterior, el debate es imparable cuando de la denominada *dación en pago* se trata. Seguramente el sistema hipotecario español y, particularmente el sistema procesal requiera de una revisión sustancial, sin embargo, la *dación* polariza en gran parte las ideas de reforma, cual si de remedio único se tratara.

MADRIDEJOS, aun siendo partidario de la *dación en pago*, reconoce que no es la solución ideal, primero, porque el deudor se queda sin vivienda y, segundo, porque el negocio de las entidades consiste en dar préstamos y no convertirse en inmobiliarias.

---

<sup>1168</sup> En 1990 y 1991 Estados Unidos sufrió una gran crisis económica. Los carteros empezaron a entregar a los bancos, las cajas y los demás establecimientos de préstamos cart.as que tintineaban. Al abrirlas, los empleados no encontraba monedas, sino llaves de viviendas. Los clientes hipotecados que no podían pagar sus préstamos cancelaban así su deuda. A ese tipo de correo se le llamó *jingle mail*, el correo sonoro o tintineante. La actual recesión ha vuelto a hacer que las cart.as suenen. Semejante conducta es posible porque en Estados Unidos los deudores hipotecarios suelen responder con sus bienes presentes, y no con los futuros. La deuda o el préstamo está asociado a la casa no a la persona. Es decir, una deuda, el préstamo con garantía hipotecaria, se satisface con la entrega de un objeto o bien distinto del pactado entre el deudor y el acreedor. En vez de dar dinero para cancelar el préstamo, se da una vivienda, representada con sus llaves. FERNANDEZ, P.M, *Hablando se enfocan los impagos*. Revista escritura Pública, nº 59, septiembre-octubre 2009, pág. 46.

<sup>1169</sup> *La aparente rigidez del procedimiento hipotecario*, ob, cit, pág. 18.

Tanto más en una situación de mercado en la que a las dificultades de revender los inmuebles se suman los problemas de administración y gestión que conlleva la titularidad de los mismos<sup>1170</sup>.

Sin embargo, no hay en este punto unanimidad, pues mientras que algunos proponen la *dación en pago* como una solución justa o equitativa (BERNARDOS, AZOFRA, ATIENZA, PISARELLO) para aliviar a los deudores hipotecarios, otros, consideran que sus efectos serían más perniciosos que positivos en una economía ya de por sí bastante maltrecha (CARBÓ, ARNAIZ, ALEMANY, GARCIA MONTALVO, NAVAS). También hay posiciones intermedias dispuestas a admitir la *dación en pago* para los futuros contratos o ejecuciones por la vía de las oportunas reformas legales. Y existen posturas más extremas partidarias de aplicar la *dación en pago* incluso con efectos retroactivos<sup>1171</sup>.

ALAMO señala en este punto que la postura más favorable a la aplicación de esta forma de pago se apoya primordialmente en razones de equidad, en la penosa situación de las familias que pierden su vivienda y que deben seguir abonando una cantidad que se incrementa con el transcurso del tiempo por la aplicación en el mercado de un elevado interés de demora, entre otros factores injustos.

Por otro lado, quienes se muestran contrarios a la dación, lo hacen argumentando que la legalidad imperante y el respeto a lo pactado lo impide, advirtiendo a un tiempo del grave impacto que ocasionaría a la seguridad del crédito hipotecario su inclusión obligatoria: en primer lugar, porque entienden que la ley no puede ser superada por criterios de justicia material, ni ampararse exclusivamente en razones de equidad, ni muchos menos recurriendo a una interpretación forzada de la realidad social. En segundo lugar, porque la fortaleza de la actividad bancaria, motor del impulso económico, necesita a nivel nacional e internacional importantes dosis de confianza y estabilidad. Algunos sectores apuntan además a un sobre endeudamiento excesivo de los ciudadanos y a su actuación irresponsable en la adquisición de bienes inmuebles para justificar en parte los efectos de las ejecuciones en todo el patrimonio de las personas.

---

<sup>1170</sup> MADRIDEJOS defiende la dación en pago previa a la ejecución, no como solución ideal, pero sí como la menos mala cuando el deudor no puede hacer frente a las cuotas hipotecarias. Asimismo, a favor del deudor colaborador o de buena fe, postula la implantación de otras medidas que no comprometan su mínimo vital de subsistencia como la reducción transitoria de la cuota. *La dación en pago. Soluciones frente a la crisis inmobiliaria*. Revista El Notario del siglo XXI, JULIO-AGOSTO 2008, Nº 20. Págs.80 a 85

<sup>1171</sup> En contra de una retroactividad en este sentido se manifiesta ARRUÑADA, quien considera que limitar la responsabilidad de los deudores con efectos retroactivos sería un atropello impropio de un país civilizado. Y, sin embargo, reconoce al mismo tiempo que implantar la limitación de responsabilidad de cara a los futuros contratos sería ineficaz de todo punto para proteger a los deudores actuales. *La reforma hipotecaria*, ob, cit.



Sea como fuere, ALAMO considera que nos hallamos ante uno de los debates más interesantes e intensos de los últimos años, enmarcado en una situación tremendamente compleja que ha conducido a repensar algunas de las directrices generales del sistema financiero, el papel de las entidades de crédito y la actuación de los poderes públicos<sup>1172</sup>.

MOCHON, por su parte, realiza un diagnóstico preciso de lo que ha pasado en este tiempo de crisis, o, por mejor decir, por qué se han incrementado notablemente las ejecuciones hipotecarias<sup>1173</sup> situando gran parte de las responsabilidades en las entidades financieras y en sus políticas de concesión masiva de préstamos; anuncia, asimismo, cuáles serían algunas de las propuestas de reforma y, sobre todo, afirma, que la *dación en pago* no es la solución.

Respecto de la *dación en pago*, MOCHON asegura que no hay forma de implantarla con alcance retroactivo sin conculcar gravemente el principio de seguridad jurídica. Las alternativas pasan por la renegociación de las condiciones hipotecarias, la posible transformación del contrato en un alquiler, la dación voluntaria aceptada por ambas partes o la revisión de las prácticas seguidas en la ejecución hipotecaria.

En particular, a su juicio, la *dación en pago* presenta serios inconvenientes y, además, no sería necesario introducirla *ex novo* en nuestro ordenamiento, dado que ya la permite el art. 140 LH, si bien, hasta la fecha su utilización ha sido muy escasa al restar garantías de cobro a las entidades y poder traducirse en un encarecimiento de los préstamos y de sus condiciones generales. Pero, al margen de la inseguridad jurídica, y de las repercusiones negativas por el encarecimiento de las hipotecas con la consiguiente restricción del crédito, hay más efectos negativos de la implantación de la *dación en pago*. Según MOCHÓN, se incrementaría la prima de riesgo soberana que afectaría negativamente a la banca y la mora del sector aumentaría. Por último, afirma que la *dación* genera situaciones asimétricas: cuando el inmueble se revaloriza

---

<sup>1172</sup> ALAMO GONZALEZ, D, ob, cit, págs. 19 a 23.

<sup>1173</sup> En efecto, según este autor, la clave de todo lo que ha acontecido después de la época de bonanza económica reside en que durante el *boom inmobiliario* las entidades se olvidaron del riesgo. Frecuentemente, se financiaba el 100% y el 20% a muchos clientes. De hecho, las sobrevaloraciones hipotecarias y las segundas hipotecas se convirtieron en un instrumento para financiar un consumo suntuario. Si las entidades financieras verdaderamente hubieran controlado el riesgo el sistema no se habría desmoronado de la forma en que lo ha hecho. Se actuó pensando que el ratio de financiación sobre el valor del activo mejoraría eternamente por la apreciación de los activos, confiando en la recuperación de cualquier pérdida que se produjera por impago. Además, en el ciudadano se generó un falso "efecto riqueza" derivado del desorbitado valor de su vivienda que le indujo a un endeudamiento excesivo. En cualquier caso, las extralimitaciones que la mayoría de las entidades desplegaron durante la burbuja no desvirtúa una legislación hipotecaria que ha favorecido un sector de tanta importancia para España. *La ejecución hipotecaria y la dación en pago*. Revista El Notario del siglo XXI, nº 41, enero-febrero 2012, pág. 72.

los beneficios son del 100% para el hipotecado, pero los riesgos de la depreciación se trasladan a la entidad financiera.

Toda vez que este autor descarta la *dación en pago* con efectos retroactivos considera que existe un amplio abanico de posibilidades para proteger los intereses de los compradores de viviendas que no puedan hacer frente al pago de las obligaciones contraídas con los bancos. En este sentido, mantiene que las medidas introducidas por el RDL 8/2011, de 1 de julio van en la buena dirección pero son manifiestamente insuficientes; de ahí la necesidad de seguir acometiendo reformas como la implantación de tasaciones independientes, limitar los intereses de demora que en algún caso han llegado al 29%, incentivar la dación voluntaria modificando su fiscalidad y eliminar cláusulas abusivas<sup>1174</sup>.

Finalmente, y en contra de la opinión de quienes rechazan esta fórmula, JIMENEZ PARIS considera que los bancos deberían aceptar la *dación en pago* según la tasación inicialmente realizada, pues dicha tasación se efectuó con conocimiento de la sobrevaloración del mercado de la vivienda y en la confianza de una posterior revalorización del inmueble por la expansión de la burbuja inmobiliaria, motivada, entre otros factores, por la creación incesante de dinero escritural (anotaciones en cuenta) a través de la concesión masiva de créditos. Para esta autora, las entidades crediticias eran conscientes de que concediendo préstamos para la adquisición de inmuebles sobrevalorados, si se producía el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, a la larga la garantía no cubriría la deuda. Asimismo, a su juicio, de admitirse una dación en pago por el valor de tasación reajustado a la baja, se perpetuaría una situación abusiva<sup>1175</sup>.

## VIII. PERSPECTIVAS DE REFORMA.

De lo analizado hasta el momento podría desprenderse una clara conclusión: la *dación en pago* en los supuestos concretos en que la entidad ejecutante la acepta, una vez puesto de manifiesto el incumplimiento del deudor por imposibilidad de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias, no deja de ser una medida paliativa. Favorece la extinción de la deuda, pero no es del todo satisfactoria, ni para el acreedor que, recibe un inmueble más a integrar en su amplio *stock*, ni para el deudor que habrá conseguido quitarse la deuda pero, ante todo, ha perdido su vivienda.

---

<sup>1174</sup> Ob, cit, pág. 75.

<sup>1175</sup> JIMENEZ PARIS, T, *Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 724, págs. 1043 a 1214.

Así las cosas, casi todas las propuestas de reforma que se han ido desgranando apuntan a las bases mismas de la relación crediticia que une al acreedor y al deudor, pero obvian la reforma que a nuestro juicio, sería fundamental, centrada en la fase precontractual y sobre todo, en el proceso de ejecución hipotecaria; tal y como aparece regulado en los arts. 681 y siguientes de la LEC, es inconstitucional, pues por muy privilegiado que sea, tal procedimiento no puede situarse al margen de las reglas generales de protección del consumidor, ni del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, el hecho de que la cuestión se haya elevado al Tribunal Europeo abre un margen para la esperanza; el mito sentado por nuestro TC no termina de convencer acerca de la validez constitucional de un procedimiento que se ideó sobre unas necesidades sociales y económicas muy distintas de las que rigen hoy en día.

Si bien es cierto que todo proceso de reforma debería erigirse sobre bases objetivas, libres de apasionamientos y de improvisaciones, la urgencia del drama planteado exige también premura, tanta como seriedad y rigor técnico merece la pretendida reforma.

Los principios de equilibrio contractual y *pro consumatore* que rigen el Derecho comunitario permiten entrever cambios en la legislación española. Sin perjuicio de las directrices que apunte el Tribunal Europeo cuando resuelva las cuestiones planteadas por sendos Juzgados de Barcelona y Catarroja, las reformas podrían estructurarse en dos grandes bloques; el precontractual y el puramente procesal. El primero de ellos, en el entendimiento de que servirá para reforzar la legitimidad jurídica de un proceso que debe seguir siendo expeditivo y sumario.

En este ámbito la responsabilidad no es solamente del legislador, los poderes públicos están obligados a promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Lo dispuesto en este punto por el art. 9.2 CE no puede quedar en una simple declaración de intenciones.

#### 1) Propuestas de reforma en el plano pre-contractual.

La naturaleza del contrato de préstamo hipotecario como contrato de adhesión impide en la práctica cualquier margen de negociación para el cliente-deudor-ejecutado. Y si su relación con quien asume una posición de manifiesta ventaja y

preponderancia (la entidad financiera) evoluciona hasta el proceso de ejecución, esa desigualdad se torna si cabe mucho más intolerable si consideramos que el nulo margen de actuación que ya se manifestó en fase contractual, se reproduce en el seno del proceso ejecutivo, con limitadas medidas de defensa por parte del ejecutado y unas consecuencias absolutamente dramáticas para el ejecutado de buena fe.

De ahí que se preconice la puesta en marcha de una política de estimulación de concesión prudente del crédito y de políticas de alquiler adecuadas. Situados ya en un plano de opción por la hipoteca, asimismo, urge la implantación de mecanismos protectores del cliente-deudor tales como el consentimiento informado. Hasta la fecha ha quedado patente que la gran mayoría de los prestatarios desconocen el alcance y el sentido verdadero de las cláusulas contractuales, sin que la labor de entidades, Notarios y Registradores haya suplido las carencias y asimetrías informativas de que adolece todo el proceso contractual.

El principio de autonomía de la voluntad, cuya incidencia por lo demás es escasa, no puede servir de coartada para subyugar al deudor hasta extremos diabólicos.

Entre otros, debe poder utilizar la facultad que le proporciona el 140 LH para pactar con su acreedor una hipoteca de responsabilidad limitada.

En fase negociada, urge la implantación del *consentimiento informado* a fin de procurar un verdadero conocimiento por parte del deudor del alcance y las consecuencias de aquello a lo que se compromete frente a la entidad prestamista.

## 2) Propuestas de reforma en el plano procesal.

Ante todo, la ejecución hipotecaria es un proceso y como tal debe estar sometido a las exigencias constitucionales, muy en particular, las derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que su configuración como proceso sumario pierda razón de ser por el hecho de que se otorgue mayor intervención al ejecutado en el proceso, al menos en una de sus fases. Así las cosas, se frenarían las sospechas de inconstitucionalidad con la sola ampliación de las causas de oposición del art. 695 LEC que en realidad se ha convertido en un trámite dilatorio sin ningún tipo de virtualidad, pues más que causas de oposición el precepto contempla causas de extinción de difícil acreditación por parte del ejecutado

Ello no obstante, entendemos que el proceso admite otros retoques en línea con lo sostenido en el presente trabajo doctoral.

Así, desde un punto de vista procesal, la reforma pasa por conceder primacía al título ejecutivo, *el título de crédito*, en detrimento del Registro de la Propiedad. No se postula anular el papel desempeñado por el Registro, sino devolverlo a su esencia y naturaleza, pues la *transcripción* de cláusulas no puramente reales, sino financieras, poco aporta desde el punto de vista de la seguridad jurídica al estipularse que la inscripción lo sea a efecto de mera noticia. Sin embargo, puede llegar a entorpecer el proceso de ejecución si no hay coincidencia exacta entre el título y los asientos del Registro.

En ese punto, la reforma del art. 130 LH se hace urgente, pues toda ejecución encuentra su fundamento en el título ejecutivo; sin título no hay ejecución, pero de la literalidad de este precepto se desprende la mayor importancia de los asientos del Registro de la Propiedad.

Asimismo, podría fijarse un número mínimo de cuotas impagadas antes de poder interponer demanda ejecutiva para propiciar en fase pre-procesal un acuerdo de las partes tendente al establecimiento de periodos de carencia, ampliación de plazos, mejora de condiciones contractuales.

Una vez iniciado el proceso ejecutivo, urge la implantación de nueva tasación por entidad independiente, designada en sede judicial<sup>1176</sup>

De otro lado, resulta absolutamente imprescindible reformar el artículo 695 LEC a fin de ampliar el elenco de las causas de oposición, o por mejor decir, establecer un verdadero trámite de oposición en el que el ejecutado pueda alegar en su defensa, entre otras razones, la existencia de cláusulas abusivas en la contratación y el juez pueda examinarlas, incluso de oficio.

Si se garantiza la existencia de una fase precontractual informada por el principio de autonomía de la voluntad y una información adecuada, esta fase de oposición podría ser tan sumaria como el propio proceso.

---

<sup>1176</sup> AÑÓN BRUÑEL afirma que debería preverse legalmente la existencia de unos peritos independientes, sin ninguna vinculación con las partes firmantes de la hipoteca, que se dedicaren a tasar con criterios objetivos, los distintos inmuebles sobre los que se constituyeren las garantías hipotecarias y que se exigiera que en todo caso, dicho valor se debiera actualizar, si hubiera transcurrido mucho tiempo desde la tasación, en el momento de iniciar el procedimiento hipotecario, atendidas las circunstancias del mercado. A juicio de esta autora, resulta reprobable que en la escritura de hipoteca se fije un valor de tasación del bien y que, con independencia del tiempo transcurrido, las fluctuaciones del mercado y demás vicisitudes, sea el que sirva de tipo en la subasta, pues si su precio ha aumentado perjudica al deudor y si ha disminuido ocasiona que la subasta quede desierta. *Soluciones para la mejora del procedimiento de ejecución hipotecaria*. Ob, cit.

Mejorar el sistema publicidad e información de las subastas, aumentar el porcentaje de adjudicación al acreedor por al 80%, limitar los intereses de demora durante el proceso; modificar la facultad de enervar la pretensión ejecutiva hipotecaria con base en lo dispuesto art. 693.3 LEC pero sin límites, son otras de las reformas ya anunciadas.

Si todo lo anterior falla, algunos autores como MART.IN DIZ<sup>1177</sup> postulan la regulación del denominado *derecho de rescate* del bien a favor del ejecutado, así como la instauración de una nueva facultad moderadora del Juez.

El *derecho de rescate*, semejante a lo que en EEUU es el denominado *right of redemption*, o en Portugal el *dereito de remir*, consistiría en la posibilidad de recuperar el inmueble una vez que ha sido objeto de adjudicación en el proceso ejecutivo. En los ejemplos anotados (EEUU y Portugal) se configuran como derecho de naturaleza procesal que implican el posible retorno del bien al patrimonio familiar del que se desgajó con motivo de la realización de la garantía hipotecaria. Para MART.IN DIZ su adopción por el derecho procesal español no resultaría traumática, siempre y cuando se regulasen con precisión milimétrica sus elementos, condiciones, requisitos y efectos<sup>1178</sup>.

Por último, ALASTRUEY aboga por la mediación como método de transformación del conflicto en oportunidad de solución, como una alternativa eficaz a un problema social que está llevando a la exclusión de muchos ciudadanos y al que la ley vigente, ultra protectora de la posición jurídica del acreedor, no da respuesta justa. A su juicio, debe ser así toda vez que el proceso ejecutivo hipotecario sitúa a las partes en una situación de perder/perder. Al margen de que se establezca una ley de segunda oportunidad para las personas físicas, como existe en la mayoría de países de nuestro entorno jurídico, que permita que los ciudadanos de buena fe, que n pueden cumplir los compromisos asumidos, establecer un plan de pagos adecuado a sus posibilidades sin quedar lastrados con la deuda de por vida, al margen también de que se incluyera

---

<sup>1177</sup> En efecto, este autor propugna la articulación legal en la propia LEC, de un derecho de rescate del bien hipotecado ejecutado. Así, se arbitraría una posibilidad legal para recuperar el bien inmueble ejecutado una vez que éste ha sido enajenado y rematado a favor del mejor postor (adjudicatario) en el marco de una ejecución judicial hipotecaria. Se trataría de un derecho que seguiría invariablemente como consecuencia de una actividad judicial previa y que además debe conducir a un determinado resultado. Su regularidad debería ser controlada por el órgano judicial ante el que se despachó y verifico la enajenación forzosa, otorgando una ventaja de seguridad jurídica y legalidad en su desenvolvimiento y ejercicio. La naturaleza jurídica del derecho de rescate lo configuraría como una derecho subjetivo, concedido únicamente al deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor, no negociable, ni transmisible, de carácter personal y con una clara finalidad social que, nunca debe olvidarse en la regulación de las instituciones, como es la de paliar la pérdida irremisible de un bien inmueble con la importancia de proteger, en este vertiente, la propiedad adquirida.

<sup>1178</sup> MARTIN DIZ, F, *Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria*, Diario La Ley, nº 7126, 3 de marzo de 2009 y *La ejecución de la garantía hipotecaria*....ob, cit, págs. 568 a 572.

una pequeña mención en el art. 140 LH que permitiera la dación en pago cuando la hipoteca recayera sobre la vivienda familiar habitual, y al margen de cualquier regulación de futuro más justa que la actual, tenemos ya un mecanismo que nos permite abrir caminos mucho más satisfactorios que la ejecución hipotecaria y ese mecanismo, asegura ALATRUEY, es la mediación<sup>1179</sup>.

---

<sup>1179</sup> *La mediación ante la ejecución hipotecaria: una oportunidad para la dignidad, un ejercicio de responsabilidad social.* ALATRUEY R, Revista El Notario del siglo XXI, nº 46, noviembre-diciembre 2012, págs. 12 a 14.





## CONCLUSIONES

## CONCLUSIONES

### PRIMERA.

La ejecución judicial hipotecaria se encuentra regulada en la vigente LEC 1/2000, de 7 de enero, (arts. 681 a 698) habiéndose producido un transvase legislativo, de la Ley sustantiva (Ley Hipotecaria) a la Ley Procesal. El cambio de ubicación legal, de un lado, ha resultado positivo habida cuenta del carácter procesal de la ejecución hipotecaria; de otro, no ha sido suficiente al no haber podido producirse un cambio conceptual capaz de abandonar la tradicional concepción registralista de esta ejecución, que debe superarse definitivamente, pues, sin duda alguna, nos encontramos ante un verdadero proceso.

Esencialmente, la regulación actual es la misma que establecía el antiguo art. 131 LH; por ello, a pesar del cambio de ubicación legal puede afirmarse que los mismos “lastres conceptuales” que arrastraba la anterior regulación se han instalado en la vigente. De ahí que sea necesario insistir en la superación de antiguas concepciones que realzan la importancia del Registro de la Propiedad en detrimento del título ejecutivo. Este último constituye el fundamento capital de todo proceso de ejecución, de ahí la necesidad de preconizar que el proceso debe adaptarse a lo dispuesto en el título ejecutivo y no tanto a los asientos del Registro.

### SEGUNDA.

Sobre el proceso de ejecución hipotecaria, anteriormente procedimiento judicial sumario del art.131 LH, se han proyectado numerosas sombras de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional las ha despejado en diversos pronunciamientos al admitir la perfecta acomodación del procedimiento a las exigencias constitucionales, por considerar compatibles la ausencia de controversia y la cognición limitada con el derecho de defensa, y, por tanto, con el art. 24 CE.

A la afirmación de su constitucionalidad se llegaba considerando la posibilidad de acudir a proceso declarativo ordinario posterior. No obstante, la declaración genérica de constitucionalidad del procedimiento no ha impedido que el propio Tribunal mantenga, por el contrario, la inconstitucionalidad de ciertas actuaciones judiciales de aplicación de la regulación.

El carácter voluntario de la hipoteca es otro argumento esgrimido por el TC para mantener la validez constitucional del procedimiento. Y, muy importante ha sido también la doctrina que el mismo Tribunal ha tenido ocasión de conformar en relación a la intervención de terceros en el proceso y los errores o defectos formales detectados al notificarles el procedimiento. En este sentido, ha declarado que los errores formales no implican necesariamente indefensión al partir de la distinción entre indefensión material e indefensión formal, siendo la material la única que protege el art. 24 CE.

Recientemente, el TC ha vuelto a pronunciarse, si quiera a modo de *obiter dicta*, dado que no llegó a emitir fallo de fondo, sobre la constitucionalidad del proceso de ejecución hipotecaria, esta vez el regulado en los arts. 681 y siguientes LEC. Lo ha hecho en respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de Sabadell que justifica la necesidad de un nuevo pronunciamiento al haber cambiado radicalmente la realidad social y económica en que se suceden los procesos de ejecución. Lo anterior en un contexto en el que cabe afirmar que no sólo no han desaparecido, sino que se incrementan exponencialmente las sospechas de inconstitucionalidad, las cuales se proyectan sobre distintos extremos del proceso, pero especialmente sobre el limitado régimen de oposición que impide examinar presuntas nulidades relativas a las circunstancias en las que se suscribió tanto la obligación como la garantía o al mismo contenido objetivo de las cláusulas contractuales, eventualmente determinante de su carácter abusivo.

El Tribunal no ha entrado en el fondo del asunto argumentando que no se cumple el necesario juicio de relevancia y, en consecuencia, ha inadmitido la cuestión. Ciertamente, el Auto del TC de 21 de julio de 2011 ha desperdiciado la oportunidad de resolver la cuestión a la luz de la regulación vigente; la alusión a los argumentos consolidados en un tiempo y unas circunstancias sociales y económicas muy distintas dejan un poso de descontento entre quienes sostienen que siguen existiendo tintes evidentes de inconstitucionalidad; tanto más si se tiene en cuenta que el TC no los ha rebatido; se ha limitado a remitirse a la Jurisprudencia consolidada en un momento histórico y en unas circunstancias sociales y económicas que difieren radicalmente de las actuales.

Por tanto, en la medida que la doctrina consolidada lo es respecto del antiguo procedimiento judicial sumario, se echa en falta un nuevo pronunciamiento de fondo

referente a la regulación vigente. Igualmente, se echa de menos, tanto en el cuerpo principal del Auto que inadmite la cuestión, como en el voto particular concurrente, una superación definitiva de las reminiscencias registralistas que impiden afirmar sin complejos que la ejecución hipotecaria es un proceso de ejecución con particularidades, pero proceso al fin y al cabo.

### TERCERA.

La discusión acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria, aun siendo relevante a los efectos de resolver dudas sobre aspectos controvertidos no resueltos expresamente por el legislador, carece de sentido al amparo de la vigente LEC. La Ley 1/2000, de 7 de enero opta decididamente por concederle carácter procesal, de manera que la intención del legislador es zanjar toda polémica doctrinal al asignar a ésta ejecución naturaleza de proceso de ejecución especial. La especialidad deriva de las particularidades que regulan de forma expresa los arts. 681 a 698 LEC, en contraste con la regulación específica de la ejecución ordinaria.

Con todo, históricamente se ha negado su concepción de proceso al reconocer la falta de controversia así como la imposibilidad de su existencia, dado que en el proceso ejecutivo no se declara el Derecho y la cognición judicial es muy limitada.

Las tesis no procesalistas acerca de la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria esencialmente pusieron el acento en la ausencia de contienda jurídica, para a partir de tal premisa, definir la ejecución hipotecaria como acto de jurisdicción voluntaria, como “efectuación” de una relación jurídica, enajenación sin proceso o simple procedimiento sin juicio.

Por el contrario, dentro de las teorías procesalistas, hay distintas variantes, desde la que concibe este tipo de ejecución como un proceso ejecutivo documental, como vía de apremio especial y como proceso de ejecución ordinaria. Las mismas disquisiciones planteadas en el seno de la doctrina se trasladaron al campo jurisprudencial, si bien, la mayor parte de las resoluciones judiciales mantienen su naturaleza de proceso de ejecución y actualmente esta última afirmación no puede cuestionarse. Como tal proceso se rige por los principios básicos de todo proceso de ejecución y por el carácter de orden público de sus normas reguladoras.

En definitiva, al hilo de la regulación vigente puede discutirse sólo un matiz: si nos encontramos ante un proceso de ejecución ordinaria con especialidades, *particularidades* según terminología empleada por la LEC en su Capítulo V, Título IV, Libro III, o es una ejecución especial. En cualquier caso, lo verdaderamente relevante a efectos jurídicos es su naturaleza de auténtico proceso y en este sentido puede considerarse definitivamente resuelta la controversia que ha perseguido a la ejecución hipotecaria prácticamente desde sus inicios. Con la LEC de 2000 se inicia el camino hacia la conceptualización definitivamente procesal de la denominada *ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados*.

No obstante su reconocida condición de auténtico proceso de ejecución, falta todavía mucho camino que recorrer hasta otorgar a la ejecución, de forma definitiva, la consideración que merece, pues cuesta superar concepciones clásicas que pasan por otorgar preponderancia a la hipoteca frente al crédito-préstamo y al Registro de la Propiedad frente al título ejecutivo.

#### CUART.A

Aunque el proceso judicial se ha *deshipotecarizado*, el legislador sigue introduciendo elementos de confusión entre la obligación y la garantía que se constituye para su seguridad. El mejor exponente de esto último es la dicción del art. 130 LH cuya aplicación literal lleva a considerar inejecutable el contenido del título no inscrito. Y es que la separación entre crédito e hipoteca no siempre resulta fácil, lo que a la postre incide directamente en la labor calificadora de los Registradores.

Con la nueva redacción del art. 12 de la LH tras la reforma producida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, se ha desvirtuado la esencia del Registro al favorecer el acceso al mismo de todo tipo de cláusulas, incluyendo las de vencimiento anticipado y otras estipulaciones financieras, no sólo aquellas cláusulas de eficacia real. Ello a pesar de que se pretenda difuminar bajo el manto de un nuevo concepto como es el *simple trascrición* y se anuncie que la inclusión en el Registro de estas cláusulas lo es a efectos de mera noticia. Asimismo, el vaivén que ha experimentado la doctrina de la DGRN en este punto ha terminado por confirmar lo inevitable, pero inadecuado: el acceso general al Registro de la Propiedad de cualquier tipo de cláusula (con eficacia real o simplemente financiera) y la asunción por parte del Registrador de tareas de calificación de todas ellas por mínima que sea, lo que no se identifica bien con la

esencia y finalidad de este instrumento público y, además, no redundan en una mayor seguridad jurídica para las partes.

#### QUINTA.

El objeto de la ejecución hipotecaria es el préstamo hipotecario. Elementos objetivos esenciales de éste son: deuda (obligación), título ejecutivo e hipoteca, conceptos todos ellos que se perfilan como tres pilares fundamentales y que contribuyen a delimitar de forma objetiva la *pretensión ejecutiva hipotecaria*.

El pago de la deuda por el deudor (ejecutado) constituye la finalidad primordial del proceso de ejecución hipotecaria; la deuda, que aparece constatada en un documento especialmente privilegiado como es el título ejecutivo, se garantiza fuertemente a través del instrumento no menos privilegiado que representa la hipoteca. En este contexto, no se ejecutan los bienes dados en garantía, sino la obligación garantizada; por consiguiente, el fundamento de la demanda será el título constitutivo de la deuda y no la inscripción de la hipoteca. Esta última como elemento accesorio que es de la obligación se convierte en un instrumento procesal necesario para conseguir la satisfacción del derecho de crédito del acreedor, pero no es un fin en sí mismo, sino el medio necesario para compeler al deudor al cumplimiento forzoso de su obligación de pago.

A pesar de que la propia LEC utiliza indistintamente expresiones como la de *título inscrito* y *título de crédito*, no son conceptos idénticos ni hacen referencia a lo mismo. El primero es el documento indispensable para la existencia misma de la hipoteca, dado que su inscripción en el Registro de la Propiedad opera con alcance constitutivo. Por su parte, el *título de crédito* es aquél en que consta el préstamo garantizado. Gran parte de la confusión estriba en que ambos suelen materializarse en el mismo acto y documento, pero si constasen por separado, el título ejecutivo debería ser el de la obligación garantizada. De la misma manera que no se ejecuta el embargo tampoco se ejecuta la hipoteca que es una suerte de traba anticipada, aunque muy cualificada.

El pago de la obligación obedece a conceptos como el de *certeza*, *subsistencia* y *exigibilidad*. Comprobar estos extremos, es algo que debería hacerse en un momento incipiente del proceso, de oficio, por el tribunal competente, *in audita parte debitoris* sin esperar a la expedición de la oportuna certificación de cargas: resulta

sumamente inoportuno desde el punto de vista de la economía procesal y la propia situación del ejecutado que se despache ejecución por un crédito inexistente.

No obstante las dificultades a la hora de comprobar estos extremos en supuestos de hipotecas en garantía de obligaciones futuras, cuenta corriente de crédito o hipoteca global o flotante, se reconoce la posibilidad de instar el proceso de ejecución hipotecaria también en estos supuestos.

## SEXTA

Entre las cláusulas financieras que más incidencia tienen en los contratos de préstamo hipotecario, al incluirse prácticamente en la totalidad de las operaciones crediticias y, generar con ello un efecto demoledor en la situación económica del deudor, figura la de vencimiento anticipado, fiel reflejo de la devaluación que ha experimentado el Registro de la Propiedad al permitirse su inclusión en el mismo, si quiera sea solamente como simple *transcripción*. Aunque se ha discutido doctrinal y jurisprudencialmente sobre la validez de la referida estipulación, (la Sentencia del TS de 27 de marzo de 1999 es claro exponente de todo un iceberg jurídico), se admite en nuestro Derecho con base en el principio de autonomía de la voluntad.

Sin embargo, somos partidarios de negar la mayor en este aspecto. Ni con respecto a la cláusula de vencimiento anticipado ni otras tantas en los contratos de préstamo hipotecario, existe verdadero consentimiento por parte del deudor; tampoco voluntad, ni siquiera conocimiento de lo que implica el vencimiento anticipado ante un eventual impago. En este sentido, una correcta información previa al cliente-deudor-ejecutado podría eliminar vicios de nulidad, de ahí que se postule la implantación de un *consentimiento informado* (que no desinformado) en la fase negocial del vínculo que une a acreedores y deudores durante un gran periodo de tiempo. La implantación de lo anterior no sería tarea fácil habida cuenta del carácter de contrato de adhesión que asiste al préstamo hipotecario, pero lo exigen los intereses de la parte más débil, el consumidor. En este sentido, conviene traer a colación la reciente STC 119/2012, de 4 de junio, cuando confirma que tratándose de contratos de adhesión, las condiciones generales de estos requieren de un mayor control, de forma que se impidan las situaciones de abuso en la contratación respecto de la parte contractual económicamente más débil.

Negamos la existencia del principio de autonomía de la voluntad al menos en una de sus vertientes, la de libertad contractual. Existe cierto margen de voluntad por parte del deudor en cuanto a la *libertad de contratar*, en el sentido de que puede o no celebrar el contrato, pero falta absolutamente en cuanto a la segunda. No puede sostenerse la existencia de pacto, ni autonomía de la voluntad en la medida que el contenido contractual se encuentra prefijado de antemano por una de las partes que, además, ostenta la posición más fuerte, predominante frente al consumidor que se limita a aceptar o no lo que desde la entidad se le impone.

Por tanto, faltando verdadero consentimiento, la cláusula de vencimiento anticipado, a pesar de que la LEC expresamente la declare legal siempre que conste inscrita en el Registro, es también nula, si bien, no le aqueja una nulidad intrínseca sino que lo es por la falta de una verdadera negociación contractual. Llegado este punto, podría decirse que un proceso de ejecución iniciado desde la *legitimidad jurídica* que supondría una fase contractual previa verdaderamente informada por el principio de autonomía de la voluntad en toda su extensión, reforzaría y justificaría el fundamento de esta ejecución.

## SEPTIMA

El proceso de ejecución hipotecaria es ante todo un proceso dirigido a otorgar una especial tutela del derecho de crédito del acreedor. Una vez constatado el incumplimiento, el cumplimiento forzoso de la obligación por parte del deudor se procura coactivamente a través de la realización de la garantía que constituye la hipoteca.

Ello no obstante, lo que el acreedor pretende cuando interpone la pertinente demanda ejecutiva no es principalmente la realización del inmueble, sino el pago del deudor, de ahí que en la demanda deba indicarse con claridad y precisión la cantidad que se reclama por todos los conceptos: principal, intereses y costas.

Esta exigencia de determinación encuentra una justificación lógica pues, de un lado, el derecho del deudor está condicionado por el conocimiento de la cantidad exacta que se le reclama y, de otro, permite comprobar que la reclamación se ajusta a los límites establecidos dentro de la cobertura hipotecaria.



Las cantidades que se reclaman en la demanda ejecutiva deben ser *liquidadas* y no tienen por qué coincidir con el concepto *cantidad garantizada*. La exigencia de liquidez se aplica a la cantidad reclamada en concepto de principal, así como a los intereses ya devengados, no respecto de los intereses moratorios y las costas, cuya liquidación debe producirse en un momento posterior.

Con todo, existen supuestos complejos en que la *liquidez* de la deuda, su determinación exacta, requiere de un *pacto de liquidez* cuya validez ha sido reconocida por el Tribunal Supremo, pero respecto del que también puede predicarse cierta nulidad en la medida en que la liquidación suele verificarse unilateralmente por la entidad acreedora, sin intervención alguna del deudor.

El pacto es presupuesto del despacho de la ejecución, esa es su finalidad principal, posibilitarla y, aunque la propia expresión con que se denomina, *pacto de liquidez*, ha llevado a la doctrina a defender que es una garantía más para el deudor, dado que no basta con la indicación por parte del acreedor de un saldo final, sino que tienen que indicarse las operaciones que han llevado a ese resultado final, lo cierto es que la falta de intervención del deudor en cualquier aspecto contractual, hace poco verosímil la presencia de una verdadera voluntad por su parte en este punto, como no sea sobre la base de una ficción jurídica.

Si bien el Código Civil en su art. 1755 parece configurar el contrato de préstamo como naturalmente gratuito, un contrato de este tipo que no genere intereses es una previsión muy alejada de la realidad económica y financiera actual. Por tanto, en la práctica, los intereses remuneratorios son de forzosa previsión; los contratos de préstamo en los que no se pacte obligación de abonar intereses son inverosímiles especialmente cuando se conciertan entre particulares y entidades financieras.

Conviene distinguir, no obstante, el pacto de pagar intereses, del pacto de garantía o cobertura de los mismos; una cuestión es que se deban pagar o no intereses y, otra bien distinta, que dichos intereses aparezcan garantizados a través del derecho real de hipoteca. Para que esto último ocurra en cada caso, es necesario un pacto expreso de cobertura o garantía de los intereses remuneratorios del capital. Dicho pacto de extensión puede abarcar todos los intereses devengados durante la vigencia del contrato, salvo el límite impuesto frente a terceros. En este contexto, se

admite la ejecución hipotecaria para todos los intereses vencidos, excepto en los casos de existencia de un tercero.

Naturaleza diferente tienen los denominados intereses moratorios que funcionan como sanción o pena por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, pero al igual que ocurre con los intereses remuneratorios, también requieren de un pacto de cobertura hipotecaria. Por tanto, en atención al principio de especialidad, sentada la distinta naturaleza de unos y otros, se ha admitido la posibilidad de extender la garantía hipotecaria también a los segundos, siempre que por exigencia de este principio, se precise claramente en qué medida lo están, con independencia de la garantía prevista para los primeros, de suerte que no pueda aplicarse la cobertura establecida para unos a los otros.

Si en la demanda ejecutiva se exige intereses moratorios sin que hubiese pacto expreso de cobertura el Tribunal denegará el despacho de la ejecución por este concepto.

Cuestión capital respecto de los intereses moratorios (al margen de la necesidad de que se haya previsto su cobertura objetiva) es la que tiene que ver con su reclamación dentro de un plazo prudencial sin que el acreedor pueda retrasar maliciosamente su reclamación. En este sentido, la doctrina del *retraso desleal* actúa como garantía para el deudor, si bien, en los casos de reclamaciones bancarias en que se ha aplicado tal doctrina ha sido para rechazar la procedencia de los intereses moratorios, devengados durante largo periodo de tiempo de pasividad del acreedor, manteniendo, no obstante, la procedencia de las cantidades reclamadas en concepto de principal e intereses remuneratorios.

Mención específica requieren las controvertidas *cláusulas de redondeo de intereses al alza* y *cláusula techo*, declaradas abusivas por el Tribunal Supremo cuando se imponen en determinadas circunstancias. Respecto de la primera de ellas, el Tribunal Supremo en sendas Sentencias de 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011 ha confirmado su nulidad acudiendo a la presunción que deja entrever su falta de negociación individual. Sin embargo, podría argüirse que este argumento es perfectamente extrapolable a todas y cada una de las cláusulas que integran el contrato de préstamo hipotecario.

Sin perjuicio de la labor calificadora que puedan verificar los Registradores respecto de aquellas cláusulas declaradas nulas por disposición legal o en virtud de sentencia judicial, urge tutelar de una manera real y efectiva los derechos e intereses del prestatario-consumidor, desde antes del inicio de la ejecución hipotecaria, garantizando una negociación contractual real y una información veraz y precisa de lo que se acepta y de las consecuencias derivadas de lo que se firma. Posteriormente, si se plantea la nulidad de algunas cláusulas contractuales por ser presuntamente abusivas, en el propio procedimiento de ejecución debería poder examinarse el alcance de las mismas. Obligar al ejecutado a acudir al declarativo ordinario posterior es una entelequia desde el punto de vista del derecho de defensa.

En este sentido, la normativa existente sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios no ha conseguido contrarrestar la asimetría o desventaja informativa que caracteriza este tipo de relación contractual y, desde esa óptica, tal asimetría se traduce en una indefensión absoluta para el cliente, especialmente, cuando producida una situación de morosidad se inicia el proceso ejecutivo.

#### OCTAVA.

El título constitutivo de la obligación es el verdadero fundamento de la *pretensión ejecutiva hipotecaria*.

Si bien la mayor parte de la doctrina considera que el título ejecutivo es el título inscrito, es decir, la escritura pública de hipoteca, consideramos que el verdadero título de ejecución es aquel en el que consta el crédito, revestido de las condiciones exigidas para llevar aparejada ejecución, dado que no todo título de crédito sin más es ejecutivo, ni abre el acceso a este proceso especial de ejecución.

El fundamento de la ejecución es el título del que resulta la existencia de la deuda, no la hipoteca, cuya virtualidad radica, no tanto en suplantar el título que lleva aparejada ejecución, sino en privilegiar y asegurar su buen fin. Se ejecuta, por tanto, el título, no la hipoteca.

La regla general según la cual toda ejecución tiene su fundamento en un título, no presenta excepciones en la ejecución hipotecaria; tan solo existe una singularidad propia y es que la demanda ejecutiva hipotecaria debe acreditar la conexión registral

del crédito con la garantía, lo que exige en ocasiones la necesidad de integrar o complementar el título con otros documentos.

Mientras que el título de crédito es insustituible, la conexión hipotecaria puede acreditarse de diversas formas. No se precisa que el título esté inscrito, ni por tanto, el acceso tabular del derecho material que incorpora. La inscripción como requisito de la ejecución hipotecaria constituye únicamente una exigencia de la hipoteca pero nunca del título de crédito. Por tanto, bastaría con que figurara inscrita la hipoteca que le da cobertura en su estructura mínima de carga o derecho real y acreditada la conexión entre el título de crédito y la hipoteca, procede el despacho de la ejecución.

A pesar de que la mayoría de los autores insisten en que el título es la escritura pública de hipoteca, creemos que mantener lo contrario, al identificar el título ejecutivo con la escritura de préstamo, resulta más coherente con el sistema instaurado por la propia LEC, que hace descansar la potencialidad ejecutiva en el título, no en la hipoteca. Con todo, la distinción a efectos prácticos no presenta demasiada relevancia; ambos, crédito e hipoteca, se materializan en el mismo acto y documento, pero si se documentaran por separado, consideramos que el título ejecutivo debería ser el de la obligación y no el de la garantía.

El carácter ejecutivo se atribuye únicamente a la copia de la escritura pública emitida con tal carácter, al margen de su cronología y de si se trata de primera o posteriores copias porque lo determinante, tras la reforma de la Ley 36/2006 es que se haya expedido expresamente con tal carácter.

Máximo exponente de la exigencia de integración del título ejecutivo es el relativamente novedoso de la *hipoteca flotante*.

Hay autores que niegan que este tipo de hipotecas puedan ejecutarse por el procedimiento regulado en los arts. 681 y siguientes LEC, sin embargo, dados los términos en que se pronuncia el art. 153 bis LH, no cabe sino reconocer la potencialidad ejecutiva de esta hipoteca.

Supuesta la ejecutabilidad por el procedimiento de ejecución hipotecaria de las obligaciones garantizadas con este tipo singular de hipoteca, precisamente por la indeterminación de la deuda y su cuantía, la ejecución pasa por la necesaria integración del título. Documentos como la certificación bancaria o el documento

fehaciente no son documentos idóneos para suplantar el título, sino meramente para complementarlo y necesarios desde el punto de vista de su integración.

No obstante, la exigencia de un documento fehaciente que corrobore que la liquidación se ha efectuado del modo indicado en el título no ofrece ninguna garantía adicional para el deudor.

Partiendo de la premisa básica según la cual lo que se ejecuta es la obligación con el soporte de la garantía, la regla general no implica tanto que la hipoteca haya de ejecutarse en su totalidad, sino más bien que el crédito garantido se ejecute de una vez. Las normas de las que se infiere la regla general según la cual toda ejecución determina la cancelación del gravamen, se fundan probablemente en la consideración de que la hipoteca asegura una sola obligación, lo que permite establecer una perfecta correlación entre deuda y garantía. No obstante, la mentada regla debe matizarse con la regulación de la hipoteca flotante, cuya característica principal es que asegura diversas obligaciones. Del tenor de los arts. 154 y 155 de la LH pueden extraerse la posibilidad de ejecución aislada, pero total respecto de cada uno de los diferentes créditos cubiertos por la garantía, sobreviviendo la hipoteca global por el remanente.

## NOVENA

La hipoteca es elemento objetivo y accesorio del préstamo hipotecario. Necesariamente hay que dimensionarla en dos planos distintos: el material o sustantivo y el procesal.

En lo que interesa respecto del proceso de ejecución hipotecaria, sin negar su naturaleza jurídica de derecho real en el ámbito sustantivo, sostenemos que la hipoteca es ante todo un instrumento procesal, un acto integrado dentro del proceso como un elemento de apremio alternativo al embargo, en virtud de una traba preconstituida, pero especial por su carácter preferente y excluyente que acelera y asegura la vía de apremio.

Somos conscientes de que tratar la hipoteca que se está realizando en el seno de un proceso de ejecución desde una perspectiva eminentemente procesal exige romper moldes conceptuales muy anclados en la tradición; sin embargo, la teoría procesalista de la hipoteca no es nueva ni producto de una ingenua iluminación.

En este punto, resulta cuanto menos sorprendente que se reconozca la naturaleza procesal del embargo y se niegue esa misma naturaleza respecto de la hipoteca, definida como traba privilegiada frente al embargo, pues siendo prácticamente lo mismo, una exime de tener que realizar operaciones de búsqueda y valoración de bienes, dado que la traba viene predeterminada por las partes, mientras que el embargo exigiría la determinación ya en fase procesal de los bienes que han de ser objeto de realización forzosa y fijar su sometimiento a la ejecución.

El hecho de que la hipoteca sea una convención anticipada al nacimiento del proceso no puede hacernos dudar de su naturaleza procesal, ya que el tiempo en que se lleva a cabo un acto no prejuzga su naturaleza, que ha de fijarse por la función que realiza o satisface.

En síntesis, la hipoteca se perfila como una suerte de traba anticipada, a la sazón privilegiada, instrumento esencial para la realización del bien que, en consecuencia, funciona como acto procesal de carácter ejecutivo cuya realización generalmente por medio de la subasta, conlleva la satisfacción del derecho de crédito a favor del acreedor.

## DECIMA

La existencia de partes en el proceso de ejecución hipotecaria está fuera de toda duda. Esta afirmación es tan cierta actualmente, dado que la LEC no deja margen para la discusión, como respecto del antiguo procedimiento judicial sumario, a pesar de que en éste último de forma insistente se negaba la existencia de partes básicamente por concebirlo más como un procedimiento de base registral que como un auténtico proceso.

No solamente se admite de forma incontestable esta premisa, la que aboga por la existencia de partes procesales en la ejecución hipotecaria, sino que la propia LEC identifica con nitidez quienes asumen esa condición, ya sea como parte activa (acreedor ejecutante) o pasiva (deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor).

El hecho de que el ejecutado disponga de escasas posibilidades de defensa, no afecta a su condición de parte o litigante en el proceso, sino, todo lo más, a su situación jurídica dentro de ese proceso.

La cualidad de parte deriva esencialmente de lo dispuesto en el título ejecutivo, pero como quiera que pueden darse supuestos en que no exista una coincidencia exacta entre los intervinientes en la relación material y quienes aparecen finalmente en la relación procesal, resulta determinante para configurar la legitimación activa y pasiva, el Auto por el que se despacha ejecución; así lo quiere el art. 538 LEC que da preponderancia a esta resolución judicial a los efectos de fijar quienes asumen la condición de partes en el proceso. En este punto, puede afirmarse que el referido Auto confiere eficacia legitimadora que va más allá del propio título ejecutivo dado que la ejecución puede extenderse a personas o bienes que inicialmente no aparecen en el título.

Supuesto que presenta cierta complejidad es el del cesionario del crédito hipotecario; a la tradicional discusión doctrinal y jurisprudencial acerca de si la inscripción de la cesión funciona con carácter puramente declarativo o, por el contrario, constitutivo, y de si el cesionario puede instar la ejecución hipotecaria, se une en gran parte a consecuencia de la crisis económica, la polémica auspiciada por un buen número de resoluciones judiciales recientes que niegan el despacho de la ejecución a favor del cesionario que no ha inscrito su adquisición en el Registro.

El fenómeno de la cesión global o universal de créditos no es nuevo, si bien la reestructuración de muchas entidades financieras y la propia crisis están propiciando la cesión masiva por parte de muchas entidades que buscan mejorar sus balances y su propia situación económica.

En este marco jurídico, el cesionario tiene legitimación ordinaria y derivada para instar el proceso de ejecución en reclamación de los créditos hipotecarios adquiridos y, entendemos que la controversia existente en este punto tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, debe resolverse a favor de reconocer el alcance puramente declarativo de la inscripción, así como de la legitimación activa del cesionario en el seno de un eventual proceso de ejecución hipotecaria. Debe ser así toda vez que la única inscripción que opera con sentido constitutivo es la de la propia hipoteca, pero no hay razones para exigirlo en su trasmisión. En definitiva, no hay más inscripción constitutiva que la de propia hipoteca, pero una vez que ésta se ha constituido y ha quedado definitivamente registrada, nada exige que su trasmisión tenga que ser también con alcance constitutivo.

La precedente interpretación resulta más acorde con los arts. 149 LH que, sí exige inscripción y, el art. 1526 CC que supedita la producción de efectos frente a terceros a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

De otro lado, en lo que concierne al concepto de sucesión procesal y de su regulación en el proceso de ejecución especial hipotecaria se han planteado discrepancias a la hora de dilucidar si el art. 540 LEC resulta aplicable en este proceso. Es cierto que el precepto debía haber evitado la controversia con un título más preciso; al referirse textualmente a la *sucesión*, podría haberla calificado explícitamente de *procesal* y se hubieran evitado discusiones doctrinales que, como no podía ser de otra forma, se han trasladado a los Tribunales de Justicia.

En cualquier caso, consideramos que el precepto debatido sí encierra la regulación básica del fenómeno de la *sucesión procesal* en el seno del proceso de ejecución y, por ende, en el proceso de ejecución hipotecaria extrapolable a los casos en que el cambio de alguna de las partes se produce en un momento muy inicial del proceso, (antes de despacharse ejecución), o en un momento posterior.

Desde que se presenta demanda existe proceso, por tanto, cabe hablar de *sucesión procesal*. Y si de los términos en que se pronuncia la demanda se deduce que el cambio de alguna de las partes tuvo lugar al margen del proceso, como podría observarse si ya en la propia demanda el ejecutante o el ejecutado es distinto, como quiera que es voluntad del legislador que los casos de sucesión, al margen de si es material o procesal, se rijan por este precepto específico, el mismo tendrá que ser aplicado en detrimento de la normativa genérica de los arts. 16 y 17 de la LEC.

#### DECIMO PRIMERA

En contra de lo afirmado tradicionalmente por algunos autores y por el propio Tribunal Supremo en el sentido de que la inexistencia de cognición en todo proceso de ejecución lleva aparejada la correlativa inexistencia de auténticas partes procesales y, sobre todo, de parte pasiva o ejecutada, no cabe sino mantener lo contrario. En consecuencia, debe afirmarse sin ambages que existe parte pasiva o ejecutada; el hecho de que, efectivamente, la cognición sea muy limitada, que no inexistente, no altera la naturaleza jurídica del proceso sumario, ni el papel que a los afectados directamente pueda corresponderles en este proceso. Podrán limitarse sus medios de



defensa, pero nunca su condición de parte pasiva o demandada, en el caso, ejecutada.

El art. 685 de la LEC confirma lo anterior al aclarar quién asume el papel de ejecutado en este proceso (*el deudor*), y quien puede asumirlo también junto a él (*hipotecante no deudor y tercer poseedor*). La expresión que emplea el precepto cuando se refiere a estos últimos, (“*en su caso*”), no significa más que su existencia en el proceso es contingente: puede que existan o no. Pero si existen, la demanda deberá dirigirse contra todos ellos formando un litisconsorcio pasivo necesario.

La exigencia del art. 685 LEC de dirigir la demanda contra todos ellos tiene sentido en la medida en que lo que pretende el acreedor cuando insta el proceso, según se infiere de lo dispuesto en el art. 681 LEC, no es otra cosa que demandar el pago, de ahí que reclame directamente contra su deudor, pero como quiera que la realización de la garantía accesorio o hipoteca es el instrumento procesal que se pone en marcha para satisfacer el derecho de crédito, obligando al deudor a un pago forzoso, se hace necesario demandar también, caso de que existan y sean distintos del deudor, a los otros dos sujetos: el *hipotecante no deudor* y el *tercer poseedor* del inmueble a través del cual el acreedor cobrará su derecho. Debe ser así a tenor de un hecho cierto: si el pago forzoso se materializa a través de la realización del inmueble hipotecado, el titular del referido inmueble debe ostentar la cualidad de parte procesal.

Al *hipotecante no deudor* que grava su bien por una deuda de otro se le ha denominado en no pocas ocasiones *avalista o fiador hipotecario* o simplemente *fiador real* a pesar de que la equiparación entre fianza e *hipotecante no deudor* no resulta clara desde un punto de vista conceptual y ha sido rechazada por parte de la Jurisprudencia. Entendemos que no cabe una identificación absoluta entre el *fiador* y el *hipotecante no deudor* a quien erróneamente se denomina como tal aunque en un intento por atenuar el rigor de la expresión se utilice el calificativo de real.

La legitimación del *hipotecante no deudor* no debe fundamentarse en un argumento “realista” que ve en el proceso un procedimiento dirigido exclusivamente a la realización del bien garantizado con la hipoteca, de ahí la conveniencia de demandar a quien perderá su inmueble, sino en la esencia misma de este proceso; si su finalidad básica es conseguir el pago de la deuda y dicho pago se instrumentaliza realizando la garantía hipotecaria, resulta obvia la necesidad de demandar también (si es persona distinta del deudor) al hipotecante del bien susceptible de realización, pero

también al deudor principal aunque no sea hipotecante, pues lo que se persigue en el proceso de ejecución hipotecaria es el pago, aunque para ello haya que realizar en un buen porcentaje de casos el bien inmueble sujeto a la garantía.

Por otro lado, la LEC en el citado art. 685.1 condiciona el reconocimiento de la legitimación pasiva del *tercer poseedor* a que éste acredite al acreedor la adquisición del bien, sin precisar el modo en que tenga que acreditarse, con lo que bastará con cualquier medio reconocido en Derecho. Existirá *tercer poseedor* siempre que se produzca con posterioridad a la hipoteca un cambio en la titularidad del inmueble sometido a la garantía. Por consiguiente, es su adquisición, junto con la acreditación de la misma lo que supone el nacimiento del derecho a participar en el proceso como parte pasiva, toda vez que, a pesar de no haber intervenido en la obligación que se garantiza ni haber asumido deuda alguna, es titular del inmueble que lo garantiza. Cuestión distinta es que para atribuir a un tercero la cualidad específica, con todo lo que ello conlleva, de *tercer poseedor*, sea necesario que éste inscriba su titularidad en el Registro de la Propiedad, inscripción que no exige el art. 685, el cual sólo habla de acreditación.

Tanto en los Tribunales como en el seno de la doctrina científica se viene discutiendo acerca de si para asignar la condición procesal de *tercer poseedor* es necesario o no que el adquirente inscriba su adquisición en el Registro. A nuestro juicio, al no exigirlo expresamente el art. 685.1 LEC que se limita a prever simplemente que el tercero acredite sin más su titularidad, tal requisito no operaría nunca como *conditio sine qua non* para reconocer la cualidad de tercer poseedor al tercer adquirente. Antes al contrario, bastaría con que éste probase su adquisición por cualquier medio, incluso al margen del Registro de la Propiedad. En este contexto, el Registro desempeña una función nada desdeñable de protección y seguridad jurídica, si bien no es determinante para que se consumen las adquisiciones por terceros.

No obstante, cabría argumentar que el art. 662 de la LEC resuelve tajantemente la controversia, pues al tiempo que encierra un concepto amplio de *tercer poseedor*, exige que éste inscriba su título en el Registro. En este estado de cosas, no podemos por menos que afirmar que el precepto se excede; el sistema instaurado en nuestro Código Civil, (teoría del título y el modo) para la adquisición del derecho de propiedad tratándose de bienes inmuebles, se limita a condicionar la entrega al otorgamiento de escritura pública (entrega ficticia), sin que sea preceptiva la inscripción en el Registro de la Propiedad para consumir la operación. Cuestión muy

distinta es que la inscripción en el Registro sea conveniente, pero de ningún precepto hipotecario cabe deducir que se exija de forma expresa que el tercer adquirente deba inscribir su título de adquisición para gozar de la posición de *tercer poseedor*

En todo caso, el *tercer poseedor*, acreditada su adquisición, podrá intervenir en cualquier momento del proceso y utilizar todos los medios de defensa que la Ley concede al ejecutado en los términos previstos en el art. 538.3 de la LEC. Impedir su participación, una vez conste su existencia en el proceso, podría generar una nulidad posterior por indefensión con base en el art. 24 de la CE.

Aun cuando el art. 689 LEC limita la intervención del *tercer poseedor* a recibir la notificación del procedimiento a fin de actuar en los términos previstos en el art. 662 o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas en la parte que está asegurada con la hipoteca de su finca, su intervención debe ser en concepto de parte procesal plena, y consiguientemente, podría formular motivos de oposición si los hubiera.

En este contexto, la inscripción de la adquisición en el Registro facilita el conocimiento de su existencia y favorece su pronta intervención en el proceso; desde ese punto de vista dicha inscripción es recomendable, pero nunca preceptiva para atribuirle la condición de tercer adquirente que es como en puridad debería denominársele. Por tanto, si el acreedor hipotecario tiene conocimiento de la existencia de un *tercer poseedor* al margen del Registro tiene la obligación de demandarle inicialmente o requerirle de pago provocando su intervención en el proceso en cuanto parte pasiva a fin de que se le dé traslado de la demanda y se permita su intervención a todos los efectos procesales que sean inherentes. De omitirlo voluntariamente, estaría incurriendo en un acto contrario a la buena fe procesal.

## DECIMO SEGUNDA

La problemática en torno a la convivencia entre ejecución hipotecaria y arrendamientos ha pasado por distintas fases, desde aquella en la que se resolvía a favor de la extinción de los contratos hasta otra bien distinta en la que se opta por su mantenimiento; y, aunque hoy, la LAU trata de ofrecer respuesta para los arrendamientos de vivienda, decantándose por la supervivencia del arriendo por tiempo determinado, ello es así, siempre y cuando no resulte que el contrato de

arrendamiento se concertó con la intención de defraudar los intereses de adjudicatarios y/o acreedores hipotecarios.

En este punto, la doctrina que tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales tuvieron ocasión de conformar antes del año 1994 sigue tan vigente como entonces. Y se proyecta sobre la regulación vigente, de manera que constatada la existencia de fraude o confabulación entre arrendador y arrendatario, el contrato locativo se extingue. Dicha doctrina no distinguía si el arrendamiento era de local de negocio o de vivienda pero sí incidía en la nota de existencia de fraude o confabulación en su concertación para concluir su extinción en el caso de que existiera. En suma, nos hallamos ante derechos compatibles, de un lado, el derecho personal de arrendamiento y, de otro, el derecho real de hipoteca. Como regla general, el arrendamiento es válido y permanece a pesar de la ejecución hipotecaria, incluso cuando se concierta después de la hipoteca. En el *ínterin*, el arrendatario no puede ser lanzado sin ser oído.

Por el contrario, se declara la extinción del arrendamiento cuando se acredita la existencia de fraude o mala fe en el arrendatario, cuando se duda sobre si realmente hay contrato o se ha simulado con el objetivo de frustrar los fines de la ejecución o, en definitiva, concurre fraude de ley.

Es en el seno del procedimiento hipotecario donde el juez ejecutor, y no otro, debe resolver sobre la extinción o no del contrato de arrendamiento.

Ni siquiera el proceso del art. 131 LH impedía (mucho menos el del art. 681 y siguientes LEC), a los poseedores en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento que puedan exhibir un título cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución debe valorar el juez ejecutor. El juez a la vista del título presentado valora y decide sobre si ha de hacerse efectivo el lanzamiento o no. Semejante disyuntiva judicial no ha cambiado bajo el imperio de la LEC vigente.

### DECIMO TERCERA

El acreedor que tiene su derecho garantizado con una hipoteca, producido el incumplimiento del deudor, puede hacerlo efectivo a través de diversas vías procesales (proceso declarativo, monitorio, y proceso de ejecución, tanto ordinaria, como hipotecaria) y también a través de la vía extrajudicial que representa la ejecución

notarial. Sin embargo, lo habitual es que el acreedor hipotecario interponga la demanda ejecutiva hipotecaria, dado que es la opción procesal más expeditiva y segura para sus intereses. Además, le habilita para iniciar una ejecución ordinaria sin solución de continuidad en el supuesto en que realizado el bien a través de la subasta, el producto de lo obtenido no resulte suficiente para satisfacer el total del crédito. Esta última afirmación podría cuestionarse por efecto de la crisis económica: actualmente la ejecución hipotecaria no resulta plenamente satisfactoria para ninguna de las dos partes. En todo caso, desde un punto de vista objetivo, al margen de las vicisitudes sociales y económicas en que se desenvuelva, la ejecución hipotecaria sigue siendo la opción preferente desde el punto de vista de los intereses del acreedor.

Si el acreedor, cumpliéndose los presupuestos procesales oportunos, se decanta por una vía concreta en detrimento de las demás, deberá seguir la opción escogida sin que pueda simultanear varias a la vez o iniciar una y después otra. Esto último, a salvo la precisión contenida en el art. 573.3 LEC referida al caso en que el acreedor tuviera alguna duda sobre la exigibilidad o realidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, supuesto en que podrá pedir ejecución por la cantidad que le resulte indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución.

En efecto, el acreedor hipotecario tiene la posibilidad de incoar juicio declarativo ordinario en reclamación de su crédito. En este sentido, en vez de ejercitar únicamente la pretensión ejecutiva hipotecaria sobre el bien inmueble sujeto a la garantía (acción real, en terminología puramente civilista), hará lo propio ejercitando una acción personal en un juicio plenario. Solicitará una pretensión declarativa de condena, sometida al plazo de prescripción de quince años regulado en el art. 1964 CC y, en este proceso, podrán examinarse todas y cada una de las cuestiones atinentes tanto a la hipoteca o garantía, como a la relación jurídico crediticia.

Aunque el presente procedimiento no deja de ser testimonial en la práctica forense cuando de lo que se trata es de ejercitar la pretensión hipotecaria, y, encuentra su primera justificación en la imposibilidad de acudir a la ejecución por ausencia o defectos del título ejecutivo, se le reconocen aspectos positivos y otros tantos negativos. Entre los primeros, pueden citarse la eficacia de cosa juzgada,(presente en

este proceso y ausente por definición en cualquiera de los procesos ejecutivos sumarios) y, el mayor elenco de bienes del deudor (si los tiene) sobre los que poder dirigir la reclamación.

La naturaleza plenaria de los procesos declarativos aporta como dato positivo el hecho de que la pretensión puede discutirse en toda su extensión; es decir, la *cognitio judicial* se proyecta sobre la totalidad de la relación jurídica controvertida (*préstamo hipotecario*) y lo resuelto por el Juez en el seno de este proceso plenario genera el efecto de cosa juzgada con todo lo que ello implica de mayor seguridad jurídica.

Asimismo, y, ésta puede ser su principal ventaja, en contra de lo que sucede en la ejecución hipotecaria en la que la reclamación en un principio únicamente puede referirse al bien sujeto a la garantía hipotecaria, en el declarativo tiene un ámbito más amplio, pues puede dirigirse contra la masa patrimonial del deudor, con base en el principio de responsabilidad patrimonial universal que postula el art. 1911 CC.

En la cuenta negativa del procedimiento declarativo, por el contrario, se anotan la lentitud del proceso, amplitud de los motivos de oposición (positivo, desde el punto de vista de los intereses del deudor, no así, para el acreedor), menor plazo de prescripción (quince años frente a los veinte de la acción hipotecaria) y pérdida del privilegio que supone la escritura pública como título ejecutivo.

De otro lado, la ampliación del ámbito de aplicación del proceso monitorio a través de la Ley 37/2011, de 10 de octubre *de medidas de agilización procesal* favorece más que antes que se pueda reclamar la deuda hipotecaria por esta vía procedimental, normalmente de elevada cuantía; sin embargo, no suele ser habitual habida cuenta del privilegio que supone para los acreedores el proceso de ejecución hipotecaria, privilegio inexistente en un juicio monitorio. Además, la rapidez del monitorio puede afirmarse sin matices para el supuesto en que no se formule oposición. Formulada ésta, con la consecuencia inmediata de finalización del monitorio y su reconversión en un declarativo ordinario, o despachada ejecución ante la incomparecencia del deudor requerido, la agilidad inicial que podría preconizarse de este proceso especial desaparece para asumir las mismas ventajas y/o desventajas que el proceso en que se traduce, entre ellas, la lentitud del litigio.

Finalmente, la ejecución ordinaria no es tampoco la opción procesal más elegida por los acreedores hipotecarios. Tanto si la ejecución ordinaria se inicia desde el principio como si es el resultado de aplicar lo dispuesto en el art. 579 LEC, presenta como principal ventaja el poder dirigir la reclamación contra todos los bienes del deudor sin tener que pasar por un proceso declarativo ordinario, más complejo y prolongado en el tiempo. Sin embargo, tiene como inconveniente importante, el hecho de que los motivos de oposición son más amplios que en la ejecución hipotecaria y, por tanto, las posibilidades de perder eficacia desde el prisma del acreedor se hacen más patentes. Asimismo, la necesidad de proceder al embargo de bienes, con el consiguiente riesgo de que en el *ínterin* se adelanten otros acreedores hace que este proceso no sea tan recomendable cuando se puede ejercitar la pretensión hipotecaria en el juicio especial que regula al efecto la LEC.

Lo anterior supone que en realidad la ejecución ordinaria únicamente se utilice cuando el acreedor considere insuficiente para la satisfacción de su crédito los bienes hipotecados o cuando no se hubiere consignado en la escritura de constitución de la hipoteca los requisitos relativos a domicilio y precio para subasta que exige el art. 682 LEC.

Realmente, podría concluirse que si en el supuesto concreto se dan los presupuestos objetivos y procesales que la Ley exige para incoar un proceso de ejecución sobre bien inmueble hipotecado, no hacerlo decantándose por cualquiera de las vías procesales analizadas es un error. La única gran desventaja de este procedimiento, a saber, la limitación de bienes sobre los que dirigir la reclamación (únicamente el hipotecado), se compensa con la opción del art. 579 LEC; por tanto, desde el punto de vista de los intereses del acreedor, éste es el procedimiento preferente. Ello, sin perjuicio de las fisuras que tiene la regulación actual agravadas por la crisis económica la cual está destapando una realidad incontestable: este proceso no satisface a ninguna de las partes, quedando ambas en el limbo de la insatisfacción; el ejecutado porque después de perder el inmueble sigue teniendo deuda, y, el acreedor ejecutante porque en un buen porcentaje de casos, se adjudica el inmueble por debajo del valor de tasación sin poder darle salida en el mercado inmobiliario, con la consiguiente pérdida contable que experimenta su cuenta de resultados.

## DECIMO CUART.A

La admisión de la demanda ejecutiva hipotecaria está supeditada al cumplimiento de dos presupuestos indispensables, ambos reflejados en el art. 682 LEC, que no tienen otro objetivo que favorecer la celeridad del procedimiento. En este sentido, la fijación previa de un valor de tasación y un domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos trata de lograr que el procedimiento sea en verdad expeditivo y rápido. Sin estos dos presupuestos sencillamente, el proceso regulado en los arts. 681 a 698 LEC no puede desarrollarse porque actúan a modo de *conditio sine qua non*.

No obstante, cabe dudar de la utilidad de tales presupuestos. Especialmente del primero de ellos; la exigencia de fijar un valor de tasación en un momento en el que el inmueble puede que no salga nunca a subasta o que lo haga mucho tiempo después, no tiene excesiva justificación. Es así toda vez que el transcurso de un dilatado periodo de tiempo puede dar al traste con la necesidad de amoldar el valor real del inmueble con el valor que se le dio en el momento en que se constituyó el título ejecutivo. Aun cuando en ese momento incipiente se resten las cargas que tenga el inmueble y se intente ajustar la tasación al valor real de mercado, no deja de ser un valor aproximado. Esto último se ha hecho patente en toda su crudeza con motivo de la actual crisis del mercado inmobiliario en el que la depreciación de los inmuebles está suponiendo que las entidades se los adjudiquen por valor muy inferior al de tasación.

Si bien el art. 682 LEC menciona a los interesados para fijar el valor de tasación, es incuestionable que el referido valor lo fija sólo una de las partes, la entidad prestamista: en la práctica totalidad de los casos, la tasación viene efectuada por sociedades elegidas por esta cuya imparcialidad es más una declaración de intenciones que un hecho verídico. En este sentido, afirmar que el deudor hipotecante tiene capacidad de decisión en este aspecto no deja de ser una ficción jurídica más.

Por ello, una opción deseable a fin de introducir cierto equilibrio entre las partes podría ser la de instaurar una tasación judicial al principio del proceso de ejecución hipotecaria por perito experto e independiente designado por el órgano judicial. La independencia de dicho profesional favorecería una tasación real al margen de los intereses concretos de ambas partes e introduciría cierta imparcialidad en la fijación del valor inmobiliario.



En lo que concierne a la fijación de un domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos, no puede más que concluirse que cuando la LEC alude al *domicilio vigente en el Registro*, se ocupa de imponer un domicilio imaginario, formal, es decir, un lugar donde poder practicarse las notificaciones, sin perjuicio de si son efectivas o no. Como quiera que la propia LEC impone al deudor la obligación de notificar a la acreedora el cambio que se produzca, entendemos que si no se comunica el cambio por parte del deudor, está más que justificada, dentro del proceso de ejecución, la declaración del art. 686.3 LEC en el sentido de poder tener por notificado al demandado y completar la comunicación mediante edictos. No es intención de la LEC obligar a la ejecutante a verificar labores de averiguación de domicilios de la parte ejecutada. No tiene por qué hacerlo dados los términos en que en este punto se pronuncia la Ley procesal y únicamente razones de buena fe justifican la aportación de otros domicilios conocidos por la entidad ejecutante.

#### DECIMO QUINTA.

La demanda es el primer acto formal a través del cual se delimita la *pretensión ejecutiva hipotecaria*, al tiempo que se pone en marcha el proceso. Al amparo de la regulación derogada, en la que se afirmaba que el procedimiento iba dirigido únicamente a la realización del bien, podía discutirse con cierto fundamento si debían ser parte pasiva el deudor y el tercer poseedor. Hoy, la discusión no tiene sentido dado que el art. 685 LEC expresamente los menciona y su presencia en el supuesto concreto determina la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario. En definitiva, ya no es defendible que únicamente haya que demandar al propietario de la finca hipotecada.

Es de hacer notar que la ejecución se despacha sin oír al ejecutado; a pesar de que éste tiene la oportunidad de oponerse a la ejecución en un momento posterior por causas muy tasadas (realmente muy limitadas), lo cierto es que la gravedad del proceso de ejecución hipotecaria justificaría por sí sola, una primera audiencia de éste a fin de darle la oportunidad de alegar la improcedencia material de la ejecución instada en su contra. No obstante, la falta de audiencia en este momento podría quedar mitigada con una verdadera fase de oposición en la que el deudor tuviera ocasión de profundizar en sus alegaciones y ejercer una verdadera defensa que en la regulación actual es inexistente.

La falta de audiencia se agrava si consideramos que contra el auto que despacha ejecución no cabe recurso alguno.

#### DECIMO SEXTA.

La problemática que encierra el requerimiento de pago en el seno de la ejecución hipotecaria es constante, a pesar de que la LEC se muestra más concluyente en este aspecto al decantarse por un requerimiento que puede no ser real; prueba de ello es la reconocida validez de aquellos que se producen a través de familiares u otras personas y, en último término el que se materializa a través de los edictos.

Sin embargo, en contra de lo estipulado expresamente en la Ley, muchos Juzgados exigen una y otra vez sucesivos intentos de comunicación en distintos domicilios. En ese punto suele complicarse el procedimiento en extremo y puede decirse que la crisis económica ha agudizado el miedo de los Juzgados a continuar el procedimiento ante eventuales nulidades. Ello no obstante, no debe olvidarse que aun reconociendo la importancia del requerimiento, las meras irregularidades formales detectadas en su realización no bastan para provocar la nulidad si cumple el objetivo esencial de poner en conocimiento del deudor y demás sujetos pasivos la existencia del procedimiento judicial.

La controversia judicial, dados los términos literales de la LEC, es gratuita toda vez que parece clara la voluntad del legislador de permitir las notificaciones que se producen personalmente al ejecutado, pero también a pariente más próximo, familiar o dependiente mayor de catorce años que se hallaren *en la habitación del que hubiere de ser requerido y si no se encontrare a nadie en ella, al portero o al vecino más próximo que fuere habido.*

En definitiva, si se considera que este sistema puede generar indefensión, lo correcto por parte de los tribunales sería plantear cuestiones de inconstitucionalidad o propugnar un cambio legislativo. Puede parecer desproporcionado, seguramente lo es, que un proceso como el de ejecución hipotecaria pueda llegar al final sin una notificación efectiva del ejecutado, que puede llegar a ver subastada su vivienda sin haber tenido conocimiento del proceso. No obstante, como quiera que los términos de la Ley son claros y concisos, la vía para orillar esta regulación no puede ser otra que la

de cambiarla siguiendo los cauces legales; nunca inaplicar sin más el texto y el espíritu de la Ley vigente.

Es incuestionable que la ley debe arbitrar mecanismos para no colocar a ninguna de las partes en situación de indefensión, pero dado que el deudor tiene la obligación de comunicar el cambio de domicilio, el incumplimiento de este deber, nunca debe favorecerle a él. Le bastaría con “desaparecer” voluntariamente para frustrar los fines del proceso, tal y como viene sucediendo muchas veces en la práctica, dilatándolo hasta extremos impropios; por tanto, puede instarse directamente la realización del requerimiento por edictos, tal y como permite la LEC, sin tener que pasar por todo un elenco de sucesivos intentos de comunicación.

En consecuencia, se debe tener por requeridos a los demandados que se han ausentado haciendo imposible la comunicación para impedir la efectividad del proceso, pues algún mecanismo debe adoptarse para evitar que al socaire de una sola voluntad, la de aquel que tiene contra él un crédito vencido y exigible, el proceso se convierta en un instrumento inútil y sin virtualidad practica alguna.

El art. 686 LEC no especifica un plazo concreto dentro del cual el ejecutado deba efectuar el pago tras ser requerido. Ante esta laguna legal, lo propio es que el ejecutado pueda verificar el pago, ya sea total, ya parcial, regularizando en los términos del art. 693.3 LEC, en cualquier momento desde el requerimiento hasta la aprobación del remate.

#### DECIMO SÉPTIMA.

Desde el punto de vista procesal, la regularización que establece el art. 693.3 LEC produce el efecto enervatorio de la *pretensión ejecutiva hipotecaria* y, por tanto, sustrae el bien garantizado con la hipoteca del poder realizador del tribunal; en definitiva, en términos legales, libera el bien de la ejecución, que no de la hipoteca, la cual no se ve afectada por dicha regularización.

Partiendo de la opción real de verificar una regularización del préstamo hipotecario siempre que las partes lo quieran y lo consientan, el matiz reside en que tratándose de una vivienda familiar el deudor puede imponer dicha regularización al acreedor cuando se produce respetando ciertos presupuestos.

Caben regularizaciones sucesivas, únicamente con una condición: que medie entre ellas o, concretamente, entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago cinco años. Ante esta declaración de intenciones hecha por la Ley procesal puede argüirse que no se comprende muy bien dicho plazo en la medida que podría haber fijado otro superior o inferior. En este punto la ausencia de ponderación o justificación por parte del legislador es notable.

La previsión normativa anterior debería eliminarse permitiendo la liberación del bien tantas veces cuantas se inicie el procedimiento hipotecario, a menos que se aprecie mala fe en el ejecutado.

Parte de la doctrina trata de separar nítidamente la regulación contenida en el art. 22 de la LEC respecto de la que supone el art. 693.3; no obstante, también puede entenderse que lo dispuesto en el último precepto citado no es más que una simple modalización del primero en el seno del proceso de ejecución hipotecaria y, en definitiva, un ejemplo claro de satisfacción extraprocesal

#### DECIMO OCTAVA.

El art. 695 de la vigente LEC regula la oposición en el proceso de ejecución hipotecaria. Si hay un ejemplo concreto en este proceso especial de manifiesta inferioridad o indefensión del ejecutado es precisamente el régimen de oposición que configura este precepto.

Puesto en tela de juicio de manera notoria en los últimos tiempos, (pero asumido durante años por todos los operadores jurídicos) este régimen ha desencadenado el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal europeo.

La oposición del art. 695 LEC es una oposición limitada, dado que el precepto contiene en realidad dos causas para la ejecución hipotecaria de bienes inmuebles, que, además, son distintas de las causas de suspensión previstas en los arts. 696 (tercerías de dominio) y 697 (prejudicialidad) Asimismo, la gravedad de la limitación se eleva exponencialmente por su propia configuración legal, pues las causas previstas resultan muy difíciles de aplicar en la práctica.

En este punto resulta conveniente enfatizar la idea de que ésta es la única fase procesal en la que existe una mínima contradicción entre las partes y una mínima actividad cognoscitiva por parte del juez.

Si bien la LEC no alude a la opción de plantear motivos de oposición de tipo procesal y los que establece de tipo material son muy limitados, es ésta una opción reconocida por la mayor parte de la doctrina y la Jurisprudencia en la medida que hacen referencia a la correcta constitución de la *litis*, exigibilidad aplicable a todo tipo de proceso al margen de cuál sea su naturaleza jurídica. Dicho de otro modo, el hecho de que nos encontremos ante un proceso sumario especial no implica que el órgano judicial no deba vigilar el cumplimiento de los presupuestos procesales así como la regular constitución de la relación procesal. Y el ejecutado puede, asimismo, ponerlos de manifiesto. Sería injusto no permitirlo así, obligando al deudor a incoar un proceso declarativo para poner de manifiesto defectos procesales hallados en otro procedimiento.

De cualquier manera, el alcance de los dos motivos de oposición regulados en el art. 695 LEC configura más bien un trámite dilatorio del proceso que un verdadero sistema de alegaciones y/o defensa por parte del ejecutado.

#### DECIMO NOVENA.

Ninguno de los preceptos que la LEC dedica al proceso de ejecución sobre bienes inmuebles (arts. 681 a 698) alude expresamente a los recursos que cabe interponer en el *interin* de este proceso sumario especial. En este contexto, hay que acudir a las normas generales sobre ejecución forzosa en donde se contemplan diferentes medios de impugnación. Concretamente, el art. 552 LEC establece la procedencia del recurso de apelación directo tan solo contra el auto que deniega el despacho de la ejecución, si bien, puede intentarse el recurso de reposición con carácter previo. Asimismo, los arts. 556 a 564 LEC regulan la oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos.

Ello es así toda vez que el legislador ha previsto la circunstancia de que el proceso de ejecución en su conjunto o alguna actividad ejecutiva concreta pueda realizarse ilícitamente o infringiendo la ley o el propio título ejecutivo y ha configurado diferentes medios de impugnación para que el órgano jurisdiccional o el sujeto perjudicado puedan reaccionar contra las ilicitudes y las infracciones que se produzcan

en la ejecución forzosa. Empero, el propósito del legislador a la hora de regular los recursos en el proceso de ejecución ha sido el de garantizar la eficacia y la celeridad de la actividad ejecutiva, restringiendo para ello los recursos devolutivos en dicho proceso y reforzando, en consecuencia, la confianza en el órgano jurisdiccional de la primera instancia. Sin perjuicio de reconocer la necesidad de un cambio legislativo en la materia para aclarar supuestos dudosos acerca de la procedencia o no de recursos, el cambio no puede provenir de una interpretación forzada por parte de los tribunales.

En el caso particular del proceso de ejecución hipotecaria, partiendo de la limitación que experimentan los medios de defensa del ejecutado y la correlativa situación de privilegio que asume el ejecutante, se ha de reconocer legitimación para recurrir no solo al ejecutado sino también a aquellas personas frente a las que no se haya despachado ejecución, pero a cuyos bienes haya dispuesto el tribunal que ésta se extienda por entender que, pese a no pertenecer dichos bienes al ejecutado, están afectos los mismos al cumplimiento de la obligación por la que se proceda; ello, con base en lo dispuesto en el art. 538.3.LEC.

## VIGESIMA

La ampliación del objeto del proceso a través de la aplicación estricta del art. 579 LEC ha puesto de manifiesto una regulación injusta, para unos, una realidad legal incontestable, para otros. El hecho de que el proceso de ejecución hipotecaria finalice sin haberse satisfecho el derecho de crédito en su totalidad responde en la actualidad, esencialmente, a la depreciación del valor de los inmuebles. Tal depreciación está suponiendo que muchas familias después de perder sus viviendas se encuentren avocadas a seguir siendo deudoras de la entidad que les había concedido el préstamo. Este precepto lleva aplicándose desde la entrada en vigor de la actual LEC en el año 2001, habiendo sido asumida desde entonces por todos los operadores jurídicos. Podía encontrarse alguna resolución aislada que denegaba la continuación de la ejecución contra otros bienes del deudor con fundamento en el art. 579 LEC, pero lo normal, en aplicación de la letra estricta del precepto, era la prosecución del procedimiento.

Sin embargo, la situación se ha tornado drásticamente la contraria; desde hace meses asistimos a la emisión de muchas resoluciones por parte de los Juzgados que por distintas razones deniegan la continuación de la ejecución dictaminando la

extinción de la deuda con la adjudicación del inmueble al acreedor. Y, ello, ha propiciado toda una polémica mediática, judicial y doctrinal de dimensiones inimaginables.

Al tiempo que se sucedían las resoluciones judiciales con motivo de la aplicación del art. 579 LEC, la mayoría de las veces para cuestionarla, se elevaba exponencialmente el clamor popular que a través de plataformas de afectados ejercían una presión sin precedentes.

El art. 579 LEC encuentra su fundamento en el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 del CC y conecta igualmente con lo dispuesto en el art. 105 LH. Nuestro sistema jurídico en materia de reclamación de deudas pivota sobre estos tres pilares fundamentales. La regulación puede tildarse de injusta, no obstante, si lo es por su esencia y naturaleza, llama la atención que haya sido asumida de forma incontrovertida por Jueces, legisladores, Notarios y Registradores. Y solamente en un contexto de aguda crisis económica se haya cuestionado aludiendo a la *dación en pago* como modelo ideal a integrar en nuestro ordenamiento. Tanto más si se toma en consideración que nuestro sistema ya contempla la posibilidad de que las partes limiten la responsabilidad hipotecaria únicamente al bien hipotecado, es decir, al bien dado en garantía. El hecho de que el art. 140 de la Ley Hipotecaria no se aplique generalmente obedece a que, de un lado, no interesa a las entidades y, de otro, el cliente-deudor aun cuando tuviera conocimiento de la disposición, no tiene capacidad de negociación contractual alguna. Por tanto, la propia esencia del contrato de préstamo hipotecario como contrato de adhesión es un lastre para la situación hipotecaria del consumidor la cual se eleva a la máxima potencia cuando se inicia el proceso ejecutivo.

Sin dudar de la bondad de las diversas resoluciones judiciales que han rechazado la aplicación del art. 579 LEC, en un intento por *hacer justicia*, introduciendo elementos de equidad, lo cierto es que las distintas resoluciones que siguieron la estela del primer Auto de Navarra (111/2010) no han hecho sino confirmar una tendencia *contra legem*. La principal crítica que puede hacerseles es que al apartarse de la letra de la Ley son contrarias a Derecho. Ello, sin perjuicio de que los argumentos o reflexiones puramente morales que esgrimen algunos de ellos no son los más idóneos cuando de lo que se trata es de administrar recta e imparcial Justicia.

Asimismo, el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Europeo y la Sentencia de 14 de marzo de 2013 ponen bajo sospecha el sistema hipotecario español al tiempo que permiten vaticinar que se impondrán cambios en la legislación para adaptarlas a las exigencias marcadas por las directivas comunitarias y, muy especialmente, la Directiva 93/13 CEE.

A nuestro juicio, la necesidad de acometer una reforma del sistema hipotecario español debe centrarse en dos planos diferentes: el contractual y el procesal.

La naturaleza del contrato de préstamo hipotecario como contrato de adhesión impide en la práctica cualquier margen de negociación para el cliente-deudor-ejecutado. Y si su relación con quien asume una posición de manifiesta ventaja y preponderancia (la entidad financiera) evoluciona hasta el proceso de ejecución, esa desigualdad se torna si cabe mucho más intolerable especialmente si consideramos que el nulo margen de actuación que ya se manifestó en fase contractual, se reproduce en el seno del proceso ejecutivo, con limitadas medidas de defensa por parte del ejecutado y unas consecuencias absolutamente dramáticas para el ejecutado de buena fe.

De ahí que se preconice la puesta en marcha de una política de estimulación de concesión prudente del crédito y de políticas de alquiler adecuadas.

Situados ya en un plano de opción por la hipoteca, asimismo, urge la implantación de mecanismos protectores del cliente-deudor tales como el consentimiento informado. Hasta la fecha ha quedado patente que la gran mayoría de los prestatarios desconocen el alcance y el sentido verdadero de las cláusulas contractuales, sin que la labor de entidades, Notarios y Registradores haya suplido las carencias y asimetrías informativas de que adolece todo el proceso contractual.

Por tanto, en fase negocial, urge la implantación del *consentimiento informado* a fin de procurar un verdadero conocimiento por parte del deudor del alcance y las consecuencias de aquello a lo que se compromete frente a la entidad prestamista.

El principio de autonomía de la voluntad, cuya incidencia por lo demás es escasa, no puede servir de coartada para subyugar al deudor hasta extremos diabólicos y la realidad ha demostrado ser muy tirana cuando de deudores de buena fe se trata.



No obstante lo anterior, por encima de todo, la ejecución hipotecaria es un proceso y como tal debe estar sometido a las exigencias constitucionales, muy en particular, las derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que su configuración como proceso sumario pierda razón de ser por el hecho de que se otorgue mayor intervención al ejecutado en el proceso, al menos en una de sus fases. Así las cosas, en gran parte se mitigarían las sospechas de inconstitucionalidad con la sola ampliación de las causas de oposición del art. 695 LEC que en realidad se ha convertido en un trámite dilatorio sin ningún tipo de virtualidad defensiva, pues más que auténticas causas de oposición el precepto contempla causas de extinción de difícil acreditación por parte del ejecutado.

Desde un punto de vista procesal, la reforma pasa por conceder primacía al título ejecutivo, *el título de crédito*, en detrimento del Registro de la Propiedad. No se postula anular el papel desempeñado por el Registro, sino devolverlo a su esencia y naturaleza, pues la *transcripción* de cláusulas no puramente reales, sino financieras, poco aporta desde el punto de vista de la seguridad jurídica al estipularse que la inscripción lo sea a efecto de mera noticia. Sin embargo, puede llegar a entorpecer el proceso de ejecución si no hay coincidencia exacta entre el título y los asientos del Registro.

En ese punto, la reforma del art. 130 LH de incidencia directa en el proceso ejecutivo, se hace urgente, dado que toda ejecución encuentra su fundamento capital en el título ejecutivo; sin título no hay ejecución, pero de la literalidad de este precepto se desprende la mayor importancia de los asientos del Registro de la Propiedad.

Asimismo, podría fijarse un número mínimo de cuotas impagadas antes de poder interponer demanda ejecutiva para propiciar en fase pre-procesal un acuerdo de las partes tendente al establecimiento de periodos de carencia, ampliación de plazos, mejora de condiciones contractuales.

Una vez iniciado el proceso ejecutivo, urge la implantación de nueva tasación por entidad independiente, designada en sede judicial.

De otro lado, resulta absolutamente imprescindible reformar el artículo 695 LEC a fin de ampliar el elenco de las causas de oposición, o por mejor decir, establecer un verdadero trámite de oposición en el que el ejecutado pueda alegar en su defensa,

entre otras razones, la existencia de cláusulas abusivas en la contratación y el juez pueda examinarlas, incluso de oficio.

Si se garantiza la existencia de una fase precontractual informada por el principio de autonomía de la voluntad y una información adecuada, esta fase de oposición podría ser tan sumaria como el propio proceso.

Mejorar el sistema de publicidad e información de las subastas, aumentar el porcentaje de adjudicación al acreedor por el 80%, limitar los intereses de demora durante el proceso; modificar la facultad de enervar la pretensión ejecutiva hipotecaria que regula el art. 693.3 LEC para no imponer límites en cuanto al número de regularizaciones ni el tiempo transcurrido entre unas y otras, son reformas que favorecerían la constitucionalidad de un proceso del que se ha repetido tradicionalmente su constitucionalidad, quizás para no resquebrajar todo el sistema de crédito, pero que presenta rasgos evidentes de inconstitucionalidad.

Si todo lo anterior falla, la regulación del denominado *derecho de rescate* del bien a favor del ejecutado, así como la instauración de una nueva facultad moderadora del Juez pueden ayudar a subsanar la situación de quienes por haber perdido su vivienda se encuentran condenados a la exclusión social.

Una Ley de segunda oportunidad para las personas físicas, como existe en la mayoría de países de nuestro entorno jurídico, permitiría que los ciudadanos de buena fe, que no pueden cumplir los compromisos asumidos, establezcan un plan de pagos adecuado a sus posibilidades sin quedar lastrados con la deuda de por vida.

En definitiva, hay que abordar la reforma de nuestro sistema hipotecario con urgencia, huyendo de improvisaciones como las plasmadas en los últimos reales decretos; desde la seriedad y el rigor técnico es el momento de procurar una regulación más justa para el ejecutado sin obviar los intereses de los acreedores ejecutantes. En toda ejecución hipotecaria subyace un incumplimiento contractual, existen intereses legítimos en conflicto que hay que tutelar sin perder de vista la perspectiva procesal de lo que es, tiene que seguir siendo un proceso expeditivo y ágil, lo cual es perfectamente compatible con la implantación de mecanismos que conviertan a la tutela judicial efectiva en un derecho veraz y no puramente imaginario.



## BIBLIOGRAFIA

## BIBLIOGRAFIA

- ACHON BRUÑEL, M.J. *Intervención de Abogado y Procurador en los procesos de ejecución: supuestos conflictivos*. Revista Diario LA LEY, 2 de noviembre de 2009, Año XXX.
- ACHON BRUÑEL, M.J. *La ejecución dineraria. Cuestiones conflictivas. 300 preguntas y respuestas*. Sepin, 2009.
- ACHON BRUÑEL, M.J. *Problemática de las subastas judiciales y propuestas para su mejora*. Revista Ceflegal, nº 130, noviembre 2011.
- ACHON BRUÑEL, M.J. *Deficiencias del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria y sus negativos efectos sobre los más desfavorecidos por la crisis económica*. Revista Ceflegal, nº 141, octubre 2012.
- ACHON BRUÑEL, M.J. *Soluciones para la mejora del procedimiento de ejecución hipotecaria*. Diario La Ley, nº 7966, sección doctrina, 16 de noviembre de 2012.
- ADAN DOMENECH, F, *Aspectos problemáticos de la ejecución hipotecaria. Una visión jurisprudencial*, en *La ejecución civil: problemas actuales*. Coord.: CACHÓN CADENAS y PICÓ. Ed. Atelier, 2008.
- ADAN DOMENECH, F, *La ejecución hipotecaria*, J.M Bosch, 2009.
- ADAN DOMENECH, F, *La satisfacción completa del acreedor hipotecario en la ejecución hipotecaria*, Revista de Derecho procesal, nº 3-4, 2009.
- ALAMO GONZALEZ, *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- ALASTRUEY R, *La mediación ante la ejecución hipotecaria: una oportunidad para la dignidad, un ejercicio de responsabilidad social*. Revista El Notario del siglo XXI, nº 46, noviembre-diciembre 2012.
- ALBALADEJO, M, *Derecho Civil III, Derecho de Bienes, Volumen segundo, Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, sexta edición, Ed. Bosch, 1989.
- ALBALADEJO, M, *La dación en pago en extinción de las obligaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial- CGPJ, Madrid, 1996.
- ALBIÑANA CILVETI, *La cesión de créditos hipotecarios: régimen jurídico, obstáculos y soluciones*..[www.uria.com/documentos/publicaciones](http://www.uria.com/documentos/publicaciones).
- ALEMANY, *Análisis sobre el impacto de las ejecuciones hipotecarias en el Estado español. Consecuencias económicas y sociales de dejar a miles de familias en la calle y endeudadas*, febrero 2011.
- ALMAGRO NOSETE, J, *La protección procesal de los intereses difusos en España*, en *Justicia*, 1983.
- ALMAGRO NOSETE, J, *Acerca de la cláusula de redondeo y un excursus procesal*, Diario La Ley, nº 7648, Sección columna, 9 de junio de 2011.
- ALMAZA MORENO-BARRERA, J *¿Debe sustituirse la responsabilidad personal por la real en las deudas hipotecarias?* Revista Cuadernos críticos del Derecho, nº 1-2011.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil, Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, Volumen III*. Coord. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2000.
- ALVAREZ GUIJARRO, *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Tomo II, vol.1, Madrid, 1974.

- ALVAREZ-ROYO VILLANUEVA, *¿Dación en pago hipotecaria?*, Revista El Notario del siglo XXI, nº 36, marzo-abril 2011.
- ALVAREZ-SALA, J, *Una hipoteca para tiempos de crisis*. [www.upilex.es](http://www.upilex.es), 18 de enero de 2012.
- ALVAREZ-SALA, J, *Nuevas perspectivas de la publicidad registral*, Revista El Notario del siglo XXI, enero-febrero de 2012, nº 41.
- AMORÓS GUARDIOLA, *Hipotecas y Seguridad jurídica, La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1991.
- ANDERSON, *La cesión de créditos hipotecarios*, Barcelona 1999.
- ANGUITA RIOS, R.M, *Constitución y ejecución del crédito*. Marcial Pons, 2008.
- ARIJA SOUTULLO, M.L, *Los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario y otras cuestiones jurídicas*. Diario La Ley, Sección doctrina, 2000.
- ARMENTA DEU, T, *Lecciones de Derecho Procesal Civil, Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, segunda edición, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2004.
- ARROM LOSCOS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen II. arts. 517 al final*. Thomson Aranzadi, 2001.
- ARRUÑADA, *La reforma de la legislación hipotecaria*. [www.econ.upf.es](http://www.econ.upf.es), enero de 2012.
- ATIENZA, *La dación en pago hipotecaria, ¿más allá de la ley?* Revista el Notario del siglo XXI, nº 37, mayo-junio 2011.

- AZOFRA VEGAS, OLIVA DOMINGUEZ y ALONSO LAPORTA *Hipotecas en mano común*, Revista Critica de Derecho Inmobiliario, nº 725.
- AZOFRA y MALKKI, *La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto de vivienda*. Revista Critica de Derecho Inmobiliario, nº 688, 2005.
- AZPITART.E CAMY, *Cesión parcial y pluralidad de los créditos hipotecarios*, en *Libro homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios registrales, Madrid, 1998.
- BAENA RUIZ, *Las partes en el proceso del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia al ejecutado y a su régimen jurídico. Intervención de terceros*, en *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*. Escuela Judicial, CGPJ. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, nº 23, Estudios de Derecho Judicial.
- BALLUGUERA GÓMEZ, *Combatir las cláusulas abusivas*, [www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTÍCULOS](http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTÍCULOS)
- BALLUGUERA GÓMEZ, *La protección del consumidor: la moratoria de los trabajadores en paro y el artículo 693.3 LEC*, En VV.AA, *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.
- BANACLOCHE PALAO, J, *Contradicción y oposición en el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria*, Revista Tribunales de Justicia, nº 8, 1997.
- BARONA VILAR, S, *El proceso civil, Volumen VII, Libro III: artículos 64 a 747 inclusive*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- BARONA VILAR, S, *El proceso civil, Volumen VII, Libro III: artículos 64 a 747 inclusive*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.



- BELINCHON ROMO, M<sup>a</sup> R, *Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011, en Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto.* Coord. SALAS CARCELLER, A, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- BELINCHOIN ROMO M<sup>a</sup> R, *La dación en pago en Derecho español y Derecho comparado. Colección Monografías de Derecho Civil, II Obligaciones y contratos,* Dykinson, 2012.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos.* Aranzadi.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO *La campanada,* Revista Aranzadi Civil-Mercantil, Pamplona, 2011, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)
- BERNABEU PÉREZ, *La rehabilitación de la hipoteca,* Revista Práctica de Tribunales, nº 25, marzo de 2006.
- BERNALDO DE QUIRÓS. *Derechos reales. Derecho hipotecario, tomo II.* Ed. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 3ª edición, Madrid, 1999.
- Boletín de información del Ministerio de Justicia, *La ejecución hipotecaria sobre bienes inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* enero-marzo, 2003.
- CALVO SANCHEZ, *El procedimiento del artículo 131 de la Ley hipotecaria. Con el estudio de la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1986 de 14 de mayo.* Revista Justicia, 1986, número IV.
- CANLE FERNANDEZ, *Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria,* Revista Critica de Derecho Inmobiliario, nº 723.
- CARBONEL, *La Ejecución hipotecaria: presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos*

*registrales, La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Escuela Judicial, CGPJ, Estudios de derecho judicial, 2000.

- CARRASCO, CORDERO Y MARIN, *Hipotecas que flotan y dogmas que se hunden (sobre la inscripción de los créditos garantizados con hipoteca)*. Diario La Ley, Año XXIX, Número 7044, Miércoles, 29 de octubre de 2008.
- CARRERAS, *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957.
- CASADO ROMAN, *Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio*. Diario La Ley, nº 7697, 19 de septiembre de 2011.
- CASADO ROMAN, *Análisis procesal del Real Decreto Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*. Diario La Ley, nº 7991, 27 de diciembre de 2012.
- CASTILLEJO MANZANARES, *La liquidez de la deuda como requisito del título ejecutivo extrajudicial*, en *La ejecución civil*, Dir.: MORENO CATENA. CGPJ, Centro de documentación judicial. Estudios de Derecho judicial 53/2004.
- CORDERO LOBATO, *Tratados de los Derechos de garantía, Aranzadi, 2002*.
- CORDERO LOBATO, *Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución*. Diario La Ley, nº 7953, 29 de octubre de 2012.
- CORDON MORENO, F, *El auto del TC de 19 de julio de 2011 y la confirmación de una vieja doctrina sobre la conformidad a la Constitución de la ejecución hipotecaria*. [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com) Noticias Breves.

- CORDON MORENO, F, *El proceso de ejecución*, Ed. Aranzadi, 2002.
- COUSO, J.R, *La protección a los deudores hipotecarios y las posibilidades de los acreedores financieros. Las entidades financieras son las más interesadas en lograr un acuerdo novatorio*. Revista el Notario del siglo XXI, nº 44, julio-agosto 2012.
- CUENA CASAS, M, *Es necesario limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal*, Revista el Notario del siglo XXI, nº 36, marzo-abril 2011.
- CUEVILLAS MATOZZI I, GARCIA VILLAR R, CASTRO GARCIA J y GONZALEZ GARCIA-MIER R. *Instituciones de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, 1ª edición 1997.
- CHAMORRO POSADA, *Vencimiento anticipado por incumplimiento en las obligaciones financieras (los préstamos con garantía hipotecaria)*, Diario La Ley, sección doctrina, 2000, Ref D-263, tomo 7.
- CHICO y ORTIZ, *Hipoteca en garantía de interés variable*, RDN, 1970.
- CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal Civil*, trad. por José Casais y Santalo. Madrid, 1977.
- CHORNET, R, *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC de 2000*, RCDI, nº 663, enero-febrero 2001.
- DE COSSIO, *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Comares, Granada, 1994.
- DE LA CAMARA, *Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real*. Revista de Derecho Privado, Tomo XXXIII, nº 386, Mayo de 1949.

- DE LA OLIVA, A, *Derecho Procesal Civil, Introducción. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos*. Ed. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- DE LA OLIVA, A, *Curso de Derecho Procesal Civil I*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2012.
- DE LA OLIVA, A, y VEGAS TORRES, J, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.
- DE LA PLAZA, *Los principios fundamentales del proceso de ejecución. Aplicaciones al vigente derecho español*, Revista de Derecho Privado, nº 333, 1944.
- DE LA TORRE VALLECILLO y MOLINA NAVARRETE, *Soluciones jurídicas a la crisis: hacia una protección justa y eficiente del consumidor hipotecario sobre endeudado de buena fe*. Revista Práctica de Derecho CEFLEGAL, nº 144, enero de 2013.
- DIAZ BARCO y VELAZQUEZ MART.IN, *El juicio ejecutivo derivado de operaciones bancarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001.
- DIAZ CADORNIGA, *La peligrosa distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado*. [www.groups.google.es/group/levante-notarial](http://www.groups.google.es/group/levante-notarial).
- DIAZ FRAILE, *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- DIEZ-PICAZO, L, *Daños causados como consecuencia de actuaciones judiciales*, Estudios de Derecho Privado, ed. Civitas, Madrid, 1998.
- DIEZ-PICAZO y ARANA DE LA FUENTE, *El desbordamiento del derecho de daños. Jurisprudencia reciente*. Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2009.

- DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, 5ª ed.* Tecnos, 1989.
- DIEZ PICAZO, *Comentario a los artículos 695 a 698 LEC, en Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil, (VV.AA), Civitas, Madrid, 2001.*
- DOMINGUEZ LUELMO y TORIBIOS, *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción.* Lex nova, 2010.
- DOMINGUEZ ROMERO, *El pacto de liquidación. Operaciones garantizadas,* Tirant monografías, Valencia, 2011.
- DORADO PICO, GUZMAN FLUJÁ, DORADO PICÓN y TOMÉ GARCIA, *Manual práctico de procedimientos civiles.* Ed. El Derecho, noviembre, 2010.
- *Estudios sobre las garantías reales.* Montecorvo, Madrid, 1973.
- ESTRADA ESTRADA A, *Eficacia de los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles hipotecados,* RCDI, 1989.
- FENECH, M, *Recepción de la hipoteca en el Derecho Procesal,* Revista de Derecho Procesal.
- FERNANDEZ, P.M, *Hablando se enfocan los impagos.* Revista escritura Pública, nº 59, septiembre-octubre 2009.
- FERNANDEZ BALLESTEROS M.A, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, Artículos 556 a 827,* Iurgium editores, Barcelona, 2000.
- FERNANDEZ-BALLESTEROS, M.A, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil,* Ed. Iurgium, 2001.

- FERNANDEZ-BALLESTEROS y DE LA OLIVA, *Derecho procesal civil*, 1996, Tomo IV.
- FERNANDEZ DE BUJAN, A, *Hacia una teoría general de la Jurisdicción voluntaria (I)*. Ed. Iustel 2007.
- FERNANDEZ GALVIS, *La finalización del procedimiento. Su constatación registral*, Revista La Buhaira, nº 46.
- FERNANDEZ LÓPEZ, M.A (con RIFÁ SOLER, J.M, y VALLS GOMABAU, J.F), *Derecho práctico*, Madrid, 1995.
- FERNANDEZ SEIJO, *La aparente rigidez del procedimiento hipotecario*, Revista del CGAE Abogados, nº 73, abril 2012.
- FERNANDEZ SEIJO, *Cuestión prejudicial sobre el sistema de ejecución hipotecario español*. Revista Món Juridic, nº 272, noviembre de 2012.
- FUENTES SORIANO, O, *El proceso de ejecución hipotecaria*, Ed. EDIJUS, 1998.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J, *Introducción al nuevo proceso civil, volumen I*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J, *El proceso de ejecución forzosa en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Civitas, 2003.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J *La reclamación de créditos impagados: vías procesales específicas*. Ed. Bosch, 2011.
- GARCIA GARCIA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*.
- GARCIA GARCIA, *Comentarios del Código Civil, Comentario a los arts. 1875 a 1878, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991*.
- GARCIA GARCIA, *Los llamados pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario*.

*Lo positivo y negativo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999*, Boletín del Colegio de Registradores. Información Jurídica, nº 53, 1999.

- GARCIA GARCIA *La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella, crítica de la Sentencia de 23 de febrero de 1991.*
- GARCIA GARCA *Las subastas hipotecarias y los arrendamientos*, RCDI, nº 622, mayo/junio, 1994.
- GARCIA DE PABLO, J, *La protección de los deudores hipotecarios sin recursos*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 840, 12 de abril de 2012.
- GARCIA FERNANDEZ, *Dos cuestiones referentes al procedimiento judicial sumario*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1912, II.
- GARCIA GIL, F.J, *El préstamo hipotecario y la ejecución especial sumaria de la garantía por impago*. DAPP Publicaciones periódicas, 2011.
- GIMENEZ CONDE F, Coord. *Ley de enjuiciamiento civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*. Ed Sepin, 2002.
- GIMENO BAYÓN, *Algunas cuestiones sobre el procedimiento del artículo 131 de la LH*. En Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles, Madrid, 1992.
- GIMENO SENDRA, V, *Introducción al derecho procesal*, Ed Colex, 2003.
- GIMENO SENDRA, V, *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. Ed. Colex, 2004.
- GIMENO SENDRA, V, *Derecho procesal civil, II, Los procesos especiales*. Ed. Colex, 2005.

- GIMENO SENDRA, V, Dir. *Proceso Civil Práctico VIII-1, arts. 634 a 720. El procedimiento de apremio. Ejecución no dineraria*. Ed. La Ley.
- GIMENO SENDRA, V, *Proceso Civil Práctico, Tomo III*, Octubre de 2002. Ed. La Ley.
- GISBERT POMATA, M, DIEZ RIAZA, S, CARRETERO GONZALEZ, C y GONZALEZ CHOREN V, *Los procesos para el cobro de deudas: monitorio, cambiario, monitorio europeo y europeo de escasa cuantía*. Ed. Civitas y Thomson Reuters, 2010.
- GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, *El proceso civil*, Oviedo, 1996.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J, *Práctica hipotecaria, Repertorio de Casos de derecho inmobiliario registral*, núm. 6, Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J, *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento*. Revista Critica de Derecho inmobiliario, nº 659 mayo-junio 2000.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J *El registro de las condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción*, en AA.VV: “Los contratos bancarios”, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J, *Principios generales de la reforma del mercado hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre*, en *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Coordinadores: MUÑIZ ESPADA, NASARRE AZNAR Y SÁNCHEZ JORDÁN. Edisofer, 2009.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J *Critica a la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada*



(en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS e 5 de marzo de 2007. Revista Critica de Derecho Inmobiliario, nº 723.

- GÓMEZ SALCEDO, *La Ley de Enjuiciamiento civil tras dos años de vigencia*, (Directores): LÓPEZ LÓPEZ y ALEGRET, Estudios de Derecho Judicial, nº 44, CGPJ 2004.
- GONZALEZ, *Las garantías en el préstamo hipotecario*, Revista el Notario del siglo XXI, nº 36, marzo-abril 2011.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N, *La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema*. Revista El Notario del siglo XXI, julio-agosto 2011, nº 38.
- GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M, *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, Cuadernos de Derecho Registral, 2006.
- GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M, *El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 705.
- GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M, *La inscripción constitutiva de la hipoteca*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 722.
- GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M, *La adjudicación de la finca hipotecada al acreedor ejecutante por menos valor de la deuda garantizada: ¿debe extinguir la deuda?*. Anuario Jurídico Villanueva, número V, año 2011.
- GUASP J, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951.

- GUASP, J y ARAGONESES, P, *Derecho Procesal Civil, Tomo II, Parte especial: procesos declarativos y de ejecución*, 7ª edición, Thomson Civitas, 2006.
  
- GUASCH FERNANDEZ, *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, Volumen III*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2000.
  
- GUTIERREZ DE CABIEDES, *La enajenación forzosa*, Universidad de Navarra, 1966.
  
- GUTIERREZ ALONSO, *Litigios civiles en tiempos de crisis. Especial consideración a la conflictividad en el ámbito inmobiliario*. Ed. Bosch, 2012.
  
- GUZMAN FLUJÁ, V, *Reflexiones en torno a la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en *La ejecución civil, Estudios de Derecho Judicial*, nº 53, CGPJ, 2005, Director: MORENO CATENA, V.
  
- GUILART.E GUTIERREZ. *Nueva ley de arrendamientos urbanos*, Valladolid, 1994.
  
- GUILART.E GUITERREZ, V, *Coord.: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III*, 1ª ed. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.
  
- HERBOSA, I, *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*. Centro de estudios, 2006.
  
- HERENCIA ORTEGA, *Una segunda hipoteca, ¿puede ser exigida en el mismo proceso de ejecución de garantías que ejecutó la primera hipoteca?*, [www.gacetajuridica.com](http://www.gacetajuridica.com).
  
- ISÁS i SOLANES, *Comentario a la Sentencia de 21 de junio de 1989*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre/diciembre 89.

- JIMENEZ-ASENJO L, *La acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados*, Revista para el análisis del Derecho INDRET, Barcelona, abril de 2010.
- JURADO JURADO, *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados, Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Ed Bosch, septiembre 2001.
- LABORDA VALLE, *La nueva realidad concursal, elementos de solución en la crisis empresarial: el convenio y la liquidación. Viabilidad de la empresa*. Diario La Ley, núm. 6.275, 2005.
- LACUEVA BERTOLACCI,R, *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LEC*, Ed Thomson Aranzadi, 2006.
- LALAGUNA DOMINGUEZ, E, *Los créditos hipotecarios*, Reus, 1977.
- LASART.E ALVAREZ, *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, Madrid, 1992.
- LASART.E ALVAREZ, C, *Derechos Reales y Derecho Hipotecario. Principios de Derecho Civil V*. Cuarta edición, Ed. Marial Pons, 2005.
- *Leyes hipotecarias, VI, Tomo I*, Madrid, 1991.
- *Leyes Hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución, Tomo II, vol. I*, Centro de ESTUDIOS Hipotecarios.
- LORCA NAVARRETE, A.M, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, 2ª ed.* Lex Nova, Valladolid, 2000.
- LOPE DE HARO, *Acciones del acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1932, I.
- LOPEZ LIZ, J *Contra la hipoteca*, Barcelona, 1999.

- LÓPEZ LIZ, J *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley hipotecaria*, Ed. Bosch, 1987.
- LÓPEZ LIZ, J, *Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas*, Diario La Ley, Sección doctrina, 1999.
- JIMENEZ PARIS, T, *Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 724.
- JORDANO FRAGA, *Transmisión del crédito cedido*.
- JUAN GOMEZ, M, *Necesaria interpretación sistemática del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Diario La Ley, nº 7622, 4 de mayo de 2011.
- MADRIDEJOS, *La dación en pago. Soluciones frente a la crisis inmobiliaria*. Revista El Notario del siglo XXI, JULIO-AGOSTO 2008, Nº 20
- MADRIDEJOS, *Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas*, Revista el Notario del siglo XXI, nº 37, mayo-junio 2011.
- MAGRO SERVET, V, *Análisis sobre la viabilidad constitucional de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, de tasas judiciales (SSTC de 16 de febrero y 1 de octubre de 2012)*. Revista Práctica de los Tribunales, nº 2254-948X (Portal de Revistas), 22 de noviembre de 2012, Diario La Ley, nº 7971, sección Tribuna, 23 de noviembre de 2012.
- MALDONADO RAMOS, *Las hipotecas, como ejemplo*. Revista El Notario del siglo XXI, nº 46, noviembre-diciembre 2012.
- MARIN LÓPEZ, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Coord.: BERCOVITZ R, Thomson Aranzadi, septiembre de 2005.

- MART.IN DIZ, F, *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Comares, 2000.
- MARTIN DIZ, F, *Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria*, Diario La Ley, nº 7126, 3 de marzo de 2009.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, *Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVII, Fascículo I, enero-marzo 1994.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, *Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVII, Fascículo I, enero-marzo, 1994.
- MARTINEZ BELTRAN, *El proceso monitorio. Teoría y práctica*, Grupo Difusión 2007.
- MARTINEZ PEREDA JM *Ley de Enjuiciamiento civil*, Duodécima edición 2001, Ed. Colex.
- MARTINEZ SANTOS. A, *De nuevo sobre la distribución del sobrante en la ejecución civil*, Diario La Ley, núm. 6122, 8 de noviembre de 2004.
- MARTIN PASTOR, *La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-Ley 5/2012*, Diario La Ley nº 7862, 21 de mayo de 2012.
- MARTIN PASTOR, *Los recursos en el proceso civil de ejecución*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- MATEOS FERRES, *Protección al consumidor en la compraventa de viviendas y su financiación: derecho a la información, transparencia y equilibrio contractual, en el ámbito de la contratación bancaria*. Revista Abogacía, nº 0/Octubre 2008.
- MENENDEZ PIDAL, *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid 1935.

- MENENDEZ PIDAL, *La reciente Ley de Enjuiciamiento Civil y los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario*. Diario La Ley. Sección doctrina, 2000, Ref D-131, tomo 4.
- MIRA ROS, C, *Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria*, Revista General del Derecho 16 (2008).
- MIRA ROS, C, *La nueva regulación notarial de los títulos ejecutivos*, Diario La Ley, nº 6931, 23 abril de 2008.
- MIRA ROS, C, *Nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la ejecución extrajudicial de hipoteca. La exclusividad jurisdiccional a debate*, Revista El Notario del siglo XXI, nº 23.
- MIRA ROS, C, *Hacia una ejecución hipotecaria propiamente jurisdiccional*, [www.elnotario.com](http://www.elnotario.com), nº 20, julio 2008.
- MIRA ROS, C, *Los títulos ejecutivos no jurisdiccionales: la necesidad de coordinar la legislación procesal con la legislación notarial*, en *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier 2008.
- Memento Experto. *Hipoteca: operaciones de financiación y refinanciación*. Ed. Francis Lefebvre, 2001.
- MOCHON, *La ejecución hipotecaria y la dación en pago*. Revista El Notario del siglo XXI, nº 41, enero-febrero 2012.
- MONSERRAT VALERO, A, *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Ed. Cuadernos Civitas, 2002.
- MONSERRAT VALERO, A, *La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC*. Diario La Ley, nº 5522, Sección doctrina, 12 abril, 2002, Año XXIII.

- MONTERO AROCA, J, *Sobre el concepto de naturaleza jurídica*, Anuario de Filosofía del Derecho, 1956.
- MONTERO AROCA, J, *Tratado de las ejecuciones hipotecarias*. Ed. Tirant lo Blanch, 2012.
- MONTERO AROCA Y FLORS MATIES, *Tratado del Proceso de ejecución Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MONTERO AROCA, J, *Derecho Jurisdiccional I, Parte general*, 19ª edición, Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, J, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 9ª edición*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MONTERO AROCA, *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*. Tirant lo Blanch tratados, Valencia, 2012.
- MONTES PENADES, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Director: ALBALADEJO,, *Tomo XV-2º. Artículos 1125 a 1154*. Edersa, 1983.
- MONTES PENADÉS, *Comentarios a los artículos 1126 y 1127 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil y Complicaciones Forales, Tomo XV, Vol. 2º*, Madrid, 1983.
- MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación hipotecaria, Tomo 4, artículos 118 a 264*. Ed. Reus, Madrid, 1918.
- MORENO CATENA y MONTERO AROCA, *Manual práctico de procedimientos civiles*. Ed. El Derecho, noviembre 2010.
- MORENO CATENA, *La ejecución forzosa en la nueva ley de enjuiciamiento civil. Tomo IV*. Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

- MÓXICA ROMÁN, *La reclamación del crédito a través de los procedimientos específicos de la Ley 1/2000. Análisis de doctrina y Jurisprudencia. Formularios*. Aranzadi-Thomson, 2002.
- MUÑIZ ESPADA, *La hipoteca de máximo del art. 15 bis Ley hipotecaria y la finalidad de los préstamos y créditos hipotecarios en la ley del mercado hipotecario (Art. 11.4 y 12.1 de la Ley 41/2007), en La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Coordinadores: MUÑIZ ESPADA, NASARRE AZNAR Y SÁNCHEZ JORDAN. Ed, Edisofer S.L Madrid, 2009.
- NAVAS, *Una alternativa a la hipoteca*, Revista Escritura Pública, nº 60, noviembre-diciembre 2009.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X, *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de obligaciones*, 5ª edición, Dijusa, 2008.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X, *Comentarios al Código Civil*, 6ª edición, La Ley, 2008.
- OLIVAS DIAZ, *Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar*. Observatorio DESC, septiembre 2009, [www.descweb.org](http://www.descweb.org)
- OLIVER, *El proceso civil, Volumen VII*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- OROZCO, *La participación del garante en el proceso hipotecario: un litisconsorcio innecesario*. Revista de Ciencias Jurídicas nº 109(79-90), enero-abril 2006.
- ORTELL RAMOS, *La ejecución forzosa y la ejecución provisional (I)*, en *Proceso Civil práctico (AA.VV)*, Tomo VII, La Ley, 2002.
- ORTELL RAMOS *Derecho Procesal Civil*. Ed. Thomson Aranzadi, 4ª edición, septiembre 2003.



- PANTALEON PRIETO, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para una debate)*, Anuario de Derecho Civil, Vol 44, nº 3, 1991.
- PAU PADRON, *Comentarios al artículo 13 de LAU en El nuevo arrendamiento urbano. Régimen Civil y registral*, Madrid, 1996.
- PAZ-ARES RODRIGUEZ, I, *La hipoteca al servicio del crédito.(Reflexiones sobre el modelo hipotecario de la Ley 41/2007)*. Revista El Notario del Siglo XXI, nº 20, julio-agosto 2008.
- PAZ-ARES RODRIGUEZ, *El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (Alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)*, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. VV.AA, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008.
- PEDRAZ PENALVA y MORAL, *Proceso Civil práctico, Tomo VIII-1, la Ley*, Madrid, 2002.
- PEREZ HEREZA, *Propuestas para la protección del deudor hipotecario*, Revista El Notario del siglo XXI, nº 41, enero-febrero 2012.
- PEREZ HEREZA, *Las ejecuciones hipotecarias: tres decretos-leyes y todavía a la espera de una reforma integral*. Revista El Notario del siglo XXI, nº 46, noviembre-diciembre 2012.
- PEREZ HEREZA *¿Apoyo al deudor hipotecario?*, Revista el Notario del siglo XXI, nº 39, septiembre-octubre 2011.
- PICO JUNOY, J, Coord. *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, 1998.

- PICO JUNOY, J. *instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*. Volumen I Ed. Grupo Difusión, 2000.
- *Pluralidad de sujetos en la relación jurídico-hipotecaria*. [www.unirioja.es/dptos/dd/redur/número1/saenz.pdf](http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/número1/saenz.pdf)
- PINTÓ RUIZ, J.J., *La transmisión de créditos y deudas. Una singular especialidad: transmisión de crédito hipotecario por la sola voluntad del deudor*. Revista Economist & Jurist, Difusión Jurídica, nº 100, mayo de 2006.
- PRATS, *Préstamo hipotecario: incumplimiento y pretendida nulidad de cláusula de vencimiento anticipado (o.....La estoicidad financiera del prestamista...)*. Comentario a la Sentencia del TS de 27 de marzo de 1999. RdP, Nº 3, 1999.
- PRIETO CASTRO *Derecho procesal civil II*, Pamplona, 1985.
- PUJOL CAPILLA, P, *Arrendamientos, hipoteca y Registro de la Propiedad*, RCDI, Nº 615, 1993.
- PUYOL MONTERO, J, *Algunos criterios para afrontar la negociación de deudas hipotecarias*. Revista Iuris, La Ley, nº 139, junio de 2009.
- RAMOS MENDEZ, *Reflexión sobre el sistema de subasta en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria”, Práctica hipotecaria. Procedimiento Judicial Sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, nº 2, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Barcelona, 1994.*
- REVISTA ESCRITURA PÚBLICA *¿Y si en lugar de vender su vivienda la permuta?*, nº 60, noviembre-diciembre 2009.
- REVISTA El Notario del siglo XXI, *El drama de los desahucios, Un diagnóstico erróneo*, editorial, nº 46, noviembre-diciembre 2012.

- REVISTA Economist & Jurist, *Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las operaciones hipotecarias. ¿Es conforme a Derecho el Auto de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010?*, sección A debate, nº 149, abril de 2011.
- RIVERA FERNANDEZ, M, *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Editorial Dilex, 2004.
- RIVES SEVA, *La rehabilitación del préstamo hipotecario en caso de hipoteca sobre vivienda familiar. ¿Qué debe entenderse por vivienda familiar?*, Revista Práctica de Tribunales, marzo 2008, nº 47.
- ROBLEDO VILLAR, *La subasta judicial y su problemática*, Revista General del Derecho, 1996.
- ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario, Tomo IX*, ed. Bosch, 8ª edición.
- ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÁ i XIRGO. *Derecho hipotecario, 9ª edición, Tomo X, Bosch, 2009.*
- ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario, 7ª edición IV 2º Barcelona, 1979.*
- RODRIGUEZ ADRADOS *El ejercicio extrajudicial de su ius distrahendi por el acreedor hipotecario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- RODRIGUEZ BOIX, *La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.*  
[www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com).

- RODRIGO TENA, *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario*, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. VV.AA. Academia Sevillana del Notariado. Consejo General del Notariado, 2008.
- ROIG, X, *La dictadura de la incompetencia*, Gestión, 2000.
- ROJAS, *Legislar sobre la limitación de responsabilidad. Los efectos secundarios de las normas*. Revista El Notario del siglo XXI, nº 37, mayo-junio 2011.
- ROMERO CANDAU, A, y ROMERO CANDAU, R, *La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los autos nº 111/2010(AC 2011,1) y 4/11(AC 2011,40) de las secciones segunda y tercera de la ILMA. Audiencia Provincial de Navarra. En ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*. Coord. SALAS CARCELLER, A, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- RUIZ MARTINEZ L, *El Procurador y la necesaria reforma de la Ejecución*. Boletín Informativo, Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, nº 66, enero/marzo de 2007.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M, y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y, *Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*. Diario La Ley, nº 7977, 3 de diciembre de 2012.
- SAAVEDRA GALLO, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, Tomo II*, Lex Nova, 2000.
- SALAS CARCELLER A, Coord. *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2012.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, VV.AA, Consejo General del Notariado, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
  
- SANZ IGLESIAS, *Tribulaciones del pequeño deudor hipotecario*, Revista El Notario del siglo XXI, nº 37, mayo-junio 2011.
  
- SAENZ DE JUBERA, B, *Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007*, Diario La Ley, nº 6950, 21 de mayo de 2008.
  
- SALGADO CARRERO, *Los títulos ejecutivos: la sentencia y los demás títulos ejecutivos. La ejecución provisional de las resoluciones judiciales. La ejecución en general: las partes de la ejecución y el tribunal competente*, en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Estudios de Derecho Judicial, 31, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.
  
- SALGADO CARRERO, *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Estudios de derecho judiciales. Ed. Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2000.
  
- SÁNCHEZ RUBIO, *Las costas en el procedimiento hipotecario una vez se ha producido la consignación del principal fijado en la cédula de emplazamiento*, Noticiasjuridicas.es, septiembre de 2006.
  
- SANCHEZ-TEMBLEQUE, *La cuestionada constitucionalidad del juicio hipotecario*. Diario La Ley, nº 7775, 13 de enero de 2012.
  
- SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil de LACRUZ III*, 2ªT, Barcelona 1991.

- SARMIENTO RAMOS, *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Centro de estudios Registrales, 1984.
  
- SASTRE PAPIOL, S, *La ejecución de bienes hipotecados, Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, Volumen III*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2000.
  
- SEGOVIANO, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, AA.VV, T. III, 2ª ed.* Lex Nova, Valladolid, 2000.
  
- SENÉS MOTILLA, C, *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, la Ley, 1ª ed, mayo, 2000.
  
- SERRANO ALONSO, *Conceptos fundamentales del Derecho Hipotecario*, Edisofer, Madrid, 2009.
  
- SERRANO MASIP, *La oposición a la ejecución forzosa común. Comentarios sobre el proyecto de Ley de enjuiciamiento civil*.
  
- SERRA DOMINGUEZ, *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación*. Revista Justicia, 1987 /II.
  
- TAPIA FERNANDEZ I, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Volumen I, Artículos 1 a 516*. Ed. Thomson Aranzadi, enero 2007.
  
- TELLEZ LAPEIRA, *La impugnación de honorarios de letrado en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Diario La Ley, nº 4814, de 9 de junio de 1999.
  
- TENA ARREGUI, *Hacia un nuevo derecho hipotecario*, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. VV.AA, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, 2008.

- TORRES ESCAMEZ, *Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación)*. Revista el Notario del siglo XXI, julio-agosto 2011, nº 38.
- REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO, *Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoría en el régimen de la cesión de créditos hipotecarios*, nº 653, 1999.
- USON DUCH, *Las subastas judiciales*, Barcelona, 1993.
- VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre las garantías reales*. Montecorvo, Madrid, 1973.
- VALENCIA MIRÓN, A.J., *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Comares, 2005.
- VAZQUEZ-PASTOR, *El préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda: una cuestión de riesgos*. Actualidad Civil, 1ª quincena de julio de 2011, nº 13.
- VENTURA TRAVESET, *Notificación a terceros poseedores en la cesión de crédito hipotecario*, Revista general del Derecho, Año VII, nº 84.
- VERDERA SERVER, *La hipoteca a favor de dos o más acreedores (cotitularidad crediticia y garantía hipotecaria)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- VILLAVERDE FERREIRO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Dykinson, 2000.

- VIVES MARTINEZ, G, *Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago*. Revista Diario La Ley, nº 7908, 24 de julio de 2012.