© Copyright 2018, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohibe su distribución o reproducción.

Cuestiones prácticas sobre la acreditación del carácter o condición de "vivienda habitual" a efectos de la ejecución de inmuebles: especial referencia a su prueba a la luz de la jurisprudencia

Revista de Derecho vLex - Núm. 167, Abril 2018

Autor: Jaime Font de Mora Rullán

Cargo: Letrado de la Administración de Justicia

Id. vLex: VLEX-712243241

Link: http://vlex.com/vid/cuestiones-practicas-acreditacion-caracter-712243241

Resumen

En este artículo se pretende abordar varios aspectos de una cuestión práctica que ha pasado a ser fundamental en toda ejecución judicial en la que se pretenda enajenar forzosamente un bien inmueble para hacer pago al acreedor, como es la determinación de si el bien tiene o no la consideración o carácter de "vivienda habitual" del demandado, y ello dada la especial protección que se otorga al deudor en caso afirmativo. A tal fin se analizan varios puntos que no han quedado suficientemente definidos o perfilados en la legislación como son: a quién corresponde pronunciarse sobre dicha condición; cuándo se ha de realizar tal pronunciamiento; y, sobre todo, con qué criterios se ha de resolver en caso de duda o discrepancia, a cuyo efecto se analizan diversos pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en la materia para tratar de formular una teoría general de la probática sobre del carácter o condición habitual de la vivienda

Texto

Contenidos

- I. Introducción: el estatuto especial de la vivienda habitual y la protección reforzada que comporta para el deudor
- II Competencia para declarar o reconocer la condición de "vivienda habitual" del inmueble.
- III. Momento o fase en que debe fijarse el carácter o condición de "vivienda habitual" del inmueble
- IV. Hacia una teoría general de la probática sobre el carácter o condición habitual de la vivienda desde el análisis de la jurisprudencia

- V. Consideración sobre la posible aplicación de la protección de la vivienda habitual al hipotecante no deudor
- VI. Conclusiones
- VII. Bibliografía de interés

I

Introducción: el estatuto especial de la vivienda habitual y la protección reforzada que comporta para el deudor

Una de las principales novedades impulsadas en nuestro ordenamiento jurídico por la *Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal,* y concretamente a través de la disposición adicional sexta de la LEC, fue la introducción en el ámbito procesal del concepto de "vivienda habitual" a efectos de la ejecución forzosa de los bienes inmuebles de los demandados, concepto de gran tradición en el ámbito tributario. De manera que pasó así a distinguirse entre la realización de los bienes inmuebles en general, y de la vivienda habitual del demandado en particular, pues hasta entonces no existía procesalmente ninguna diferencia o especialidad cualquiera que fuese la naturaleza del bien[1]. Pero fue con la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, dictada en plena crisis económica para dar cumplimiento a la jurisprudencia del TJUE en materia protección de los consumidores[2], cuando dicho concepto ha pasado a convertirse en un factor clave y determinante en toda ejecución judicial en la que se pretenda la realización de bienes raíces.

Y es que, a decir de la mejor doctrina[3], a partir de dicha reforma se ha creado o constituido un auténtico "estatuto especial o privilegiado" para la vivienda habitual del deudor, y ello con un fin muy claro, otorgar una protección reforzada al deudor en tales casos concediéndole una serie de beneficios legales, desde el entendimiento de que con la realización de su vivienda la persona afectada puede acabar perdiendo la que constituye su morada o residencia principal, lo que puede conllevar problemas graves de acceso a un vivienda digna y adecuada en tanto derecho garantizado por el artículo 47 de la Constitución. Esta situación, ese entronque con el derecho a una vivienda digna y adecuada constitucionalmente reconocido a todos los españoles, es lo que justica en último término ese trato privilegiado a esos deudores, de manera que se permite que la enajenación forzosa se realice con unas determinadas condiciones que les benefician frente a los deudores que pierden bienes inmuebles de otra naturaleza.

Excede del objeto de este artículo estudiar pormenorizadamente y con el detalle que requeriría en qué consiste el contenido de este estatuto especial o privilegiado de la vivienda habitual, a cuyo efecto resultan de gran utilidad las aportaciones efectuadas por Moreno Trapilla, Prudencio C., y singulamrente en su minucioso estudio sobre el estatuto jurídico de la vivienda habitual citado en la bibliografía, pero sí que procede apuntar o esbozar si quiera brevemente los principales aspectos en que ha quedado plasmado esa especial protección al deudor.

1º.) El principal novedad es sin duda la **elevación de los porcentajes para la adjudicación** de la vivienda habitual en caso de subastas concluidas sin pujas, pues mientras que en el

caso de la generalidad de los inmuebles el artículo 671 de la LEC permite al ejecutante solicitar la adjudicación por el 50% por cien del valor de tasación del bien, en el supuesto de la vivienda habitual "*la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien."*

Y por otro lado, cuando haya postores, de los artículos 670.4 y disposición adicional sexta de la LEC resulta que si la mejor postura hubiera sido inferior al 70% del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado no hubiese presentado un tercero que adquiriera el bien, el ejecutante puede pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que supere la mejor postura y el 60 % del valor de tasación, porcentaje este último sólo aplicable cuando se trate de la vivienda habitual del deudor, pues en otro caso el actor puede adjudicarse el inmueble por todo lo debido con independencia de su importe con tal de que mejore la mejor postura[4]*.*

Con esta medida se pretende obtener un importe mayor por la realización forzosa del inmueble, pudiendo así cubrir una porción mayor de la deuda incrementándose las posibilidades de que se genere sobrante para el deudor.

Además, hay que tener en cuenta que sobre esta cuestión la Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 2016 (B.O.E 6 de junio) ha señalado *que "la interpretación ponderada y razonable del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la ley, habrá de ser la de que "si se tratara de vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por un importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad por la que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la que cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta."* Criterio que se ha ratificado en otras posteriores de la DGRN, como por ejemplo la de 21 de octubre de 2016 (B.O.E 18 de noviembre)[5].

2º.) También destaca dentro de esos privilegios la **limitación del importe de las costas** que debe soportar el ejecutado, pues el artículo 575.1 bis de la LEC establece que *"En todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva."*

El principal debate que ha generado la aplicación práctica de este precepto versa sobre qué debe entenderse por *"cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva",* lo que ha sido interpretado en ocasiones por la cantidad prevista en el artículo 575.1 de al LEC, esto es, tanto el principal como la presupuestada para intereses y costas, y en otras como estrictamente el principal o la cantidad resultante de la liquidación de la deuda.

3º.) Por otro lado, el artículo 241.1.7º excluye expresamente la **tasa judicial para interponer la demanda** conforme a la Ley 10/2012 al señalar que: "*No se incluirá en las costas del proceso el importe de la tasa abonada en los procesos de ejecución de las hipotecas constituidas para la adquisición de vivienda habitual. Tampoco se incluirá en los demás procesos de ejecución derivados de dichos préstamos o créditos hipotecarios cuando se*

dirijan contra el propio ejecutado o contra los avalistas."

4º.) La **limitación de intereses** del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que dispone*: "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil."*

5º.) La posibilidad de **reducir la deuda remanente tras la adjudicación** del bien en los dos supuestos previstos por el artículo 579.2 LEC: extinción o liberación de la deuda si se cubre en un 65% en los 5 años posteriores o el 80% en los 10 años siguientes; y aplicación del 50% de la plusvalía de la venta posterior del inmueble si el adjudicatario es el propio ejecutante o empresa relacionada y se produce en los 10 años siguientes, a cuyo efecto debe dejarse constancia de tal extremo en el Registro de la Propiedad.

6) El RDL 8/2011 de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios **aumenta el límite exento en el caso de embargo de sueldos o pensiones** consecuencia de ejecuciones hipotecarias frente al regimen general del artículo 607 LEC.

7º.) Las especialidades relacionadas con las **Disposiciones Transitorias** de la Ley 1/2013 y de la Ley 9/2015, que tuvieron una gran trascendencia práctica en su momento, con un plazo extraordinario para formular oposición e interponer recurso de apelación en el caso de existencia de cláusulas abusivas en el contrato.

8º.) La regla de **imputación de pagos y prohibición de anatocismo**, que se desprende de los artículos 114 LH y 654.3 de la LEC y que ha dado lugar a la interpretación de la DGRN de que en el decreto de adjudicación frente a vivienda habitual, para su calificación favorable e inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando no se cubra íntegramente la deuda con la adjudicación, el decreto ha de contener la certificación de deuda pendiente prevista en el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Resolución de la DGRN de 28 de julio de 2015, B.O.E de 30 de septiembre)[6]

9º.) Finalmente, de gran relevancia es la posibilidad de **suspender o paralizar ex lege la entrega de la posesión** en los supuestos de especial vulnerabilidad que desarrolla la normativa y que actualmente está en vigor hasta el mes de mayo de 2020 en virtud de la última reforma operada por el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo.

Siendo así las cosas resulta evidente que la determinación de si el bien objeto de apremio y realización constituye o no la vivienda habitual de la parte demandada ha pasado a ser una cuestión de primer orden en toda ejecución, pues de ello dependerá que se le brinde o no esa protección reforzada y privilegiada que el legislador ha querido establecer para paliar los efectos de la pérdida de la vivienda por el demandado. En defintiiva, que se aplique ese auténtico "subproceso" dentro del proceso de ejecución general del que habla Moreno Trapiella, Prudencio C.

Pero precisamente por la importancia de dicha cuestión se han planteado en la práctica

del foro numerosas dudas y disquisiciones sobre tal extremo, pues la regulación en la materia no siempre resulta lo suficientemente clara y precisa, dudas que se pueden sintetizar en las siguientes preguntas: a quién corresponde pronunciarse sobre dicha condición, cuándo y por qué o con qué fundamento.

II Competencia para declarar o reconocer la condición de "vivienda habitual" del inmueble

La primera cuestión que se plantea es la de a quién corresponde efectuar dicha declaración o pronunciamiento, pues la ley no lo establece ni determina expresamente.

Pues bien, sobre dicha cuestión, la competencia para reconocer tal naturaleza la inmueble, sí puede establecerse una **regla general, y es la de que corresponderá al Letrado de la Administración de Justicia** siempre y cuando no haya recaído un previo pronunciamiento jurisdiccional expreso resolviendo sobre dicha cuestión.

Esta solución va en línea con la doctrina emanada dela DGRN, que ha sentado en varias resoluciones que dicha circunstancia queda a criterio del Letrado de la Administración de Justicia en función de las circunstancias concretas del caso, pudiendo citarse a estos efectos la resolución de 9 de junio de 2017 (BOE 05.07.2017) que incide en la conveniencia de que el decreto de adjudicación se pronuncie sobre si la finca adjudicada es o no la vivienda habitual de la parte ejecutada y sobre la competencia del Letrado de la Administración de Justicia para ello, siempre que no haya recaído pronunciamiento jurisdiccional sobre dicha cuestión. Resolución que puede considerarse una confirmación de la que fue pionera, la resolución de la DGRN de 13 de febrero de 2014, que señaló lo siguiente: *"sentado que en el presente expediente* -relativo a un supuesto anterior a la vigencia de la Ley 1/2013- *no puede mantenerse que del Registro resulte de ningún asiento pronunciamiento expreso de que la finca hipotecada tenga condición de vivienda habitual de alguno de los deudores, tampoco puede, en consecuencia, sostenerse que la declaración del carácter no habitual de la vivienda ejecutada deba realizarse en juicio declarativo y no ejecutivo. No existiendo rectificación alguna del Registro carece de sentido la aplicación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria* ***y será suficiente la manifestación del secretario judicial al respecto como base para la sustanciación del resto del procedimiento."***

Esto es así porque siempre es posible que **durante el desarrollo del procedimiento de ejecución el Tribunal haya tenido que pronunciarse expresamente** sobre la naturaleza del bien para resolver algún aspecto controvertida. Así puede suceder, por ejemplo, con el propio trámite de admisión de la demanda y la previsión del artículo 552 de al LEC respecto al control de oficio de las posibles cláusulas abusivas del contrato. Y, sobre todo, al resolver sobre la oposición a la ejecución, tanto en la ejecución ordinaria (artículos 556 y siguientes LEC) como en la ejecución hipotecaria (artículo 695 LEC). Pero también en cualquier otro incidente del que deba conocer el Juez que se pueda plantear durante el curso del procedimiento. En tales casos, deberá estarse y pasarse necesariamente por lo que se haya declarado jurisdiccionalmente

sobre dicho extremo, sin que pueda volver a plantearse o reproducirse la cuestión en el momento de la adjudicación del bien.

Pero en todos aquellos supuestos, muy frecuentes en la práctica, en que la cuestión haya quedado imprejuzgada y sin resolver, deberá ser el Letrado de la Administración de Justicia quién se pronuncia necesariamente sobre ese particular analizando para ello las circunstancias concretas del caso como más adelante se verá. En igual sentido opina Moreno Trapiella, Prudencio C., cuando señala que "*habrá de pasarse por la declaración que sobre el extremo realice el secretario judicial que resuelve el procedimiento de ejecución directa como presupuesto básico en orden a fijar el valor de adjudicación*"[7]

III

Momento o fase en que debe fijarse el carácter o condición de "vivienda habitual" del inmueble

Otro punto que no está bien resuelto en la ley es el relativo a en qué momento debe efectuarse dicho pronunciamiento, pues como ha señalado la doctrina críticamente, no se ha establecido en la LEC un trámite o incidente específico para pronunciarse sobre el particular. Como señala Achón Bruñen, María José, *"Dado que el legislador concede tanta relevancia a que el inmueble hipotecado ostente la consideración de vivienda habitual del deudor, no resulta coherente que no haya previsto algún trámite o incidente en el seno de la ejecución para discutir dicho extremo si existe discrepancia entre las partes."*[8] Por su parte Moreno Trapiella, Prudencio C. destaca que "*El problema se plantea en las ejecuciones ordinarias, máxime cuando en la LEC no está previsto ni regulado un incidente en el que pueda decidirse acerca de la calificación del inmueble como vivienda habitual o no del deudor, con las importantes consecuencias procesales que esta calificación comporta.*"[9]

A priori, el sentido común indica que dicho pronunciamiento debería realizarse siempre en el **momento de la propia admisión de la demanda**, al dictarse el Auto que contiene la orden general de ejecución, pues como se ha expuesto se trata de una información básica para el desarrollo de la ejecución[10]. Pero ocurre que en muchas ocasiones en esa fase liminar no se cuenta ni dispone de los elementos de juicio suficientes para efectuar un pronunciamiento de tanta trascendencia, pues se desconocen circunstancias fácticas tan relevantes como, por ejemplo, las relativas a si los demandados siguen o no residiendo en la vivienda.

Por eso se estima que lo más adecuado procesalmente pasa por que **ese pronunciamiento se realice en el decreto convocando la subasta judicial electrónica** del inmueble (644 LEC), ya que, por un lado, en ese momento sí se puede disponer de información suficiente para pronunciarse sobre el particular con suficiente certidumbre (por ejemplo, se tendrá conocimiento de si los demandados han podido ser localizados en el inmueble al practicar la notificación del despacho de ejecución y habrá precluido el plazo para formular oposición). Y, por otra parte, es indudable que se trata de una información de gran relevancia y trascendencia para los posibles postores interesados en participar en la subasta por lo que es aconsejable que se incluya ese dato, mediante una mención específica, en el edicto de la subasta. De hecho, incluso resulta

aconsejable que en caso de duda antes de convocar la subasta se proceda de oficio a suscitar o promover la cuestión mediante los correspondientes requerimientos a las partes para que se pronuncien sobre la naturaleza del bien a subastar.

Pero, en cualquier caso, si no se ha llegado a efectuar un pronunciamiento expreso al convocar la subasta, sí resulta indudable que el **momento preclusivo para ello se encuentra en el dictado del decreto de adjudicación**, ya que en caso de no quedar resuelta dicha cuestión en la propia resolución dictada podría dar lugar a la calificación negativa por parte del Registro de la Propiedad a la hora de inscribir el título[11], y ello porque, como se ha visto, la determinación de la naturaleza del inmueble incide directamente en los porcentajes de adjudicación además de otros extremos que han de quedar de manifiesto expresamente en el decreto de adjudicación, como sucede con la posible aplicación de las previsiones del artículo 579.2 de la LEC.

En caso de **controversia** entre las partes sobre esta cuestión, y partiendo como se ha visto de que la competencia para pronunciarse al efecto corresponde en principio al Letrado de la Administración de Justicia y que no existe un trámite específico en la LEC para sustanciar dicho incidente, se estima que la problemática podría resolverse perfectamente en primera instancia m**ediante un decreto del Letrado de la Administración de Justicia,** siempre previa audiencia de ambas partes para que puedan aportar la prueba que estimen oportuna, y con recurso de revisión ante el Tribunal frente a la decisión adoptada, al poner fin dicha resolución a la cuestión debatida y no existir un trámite específico posterior para poder reproducir la cuestión ante el Tribunal (454 bis LEC).

IV

Hacia una teoría general de la probática sobre el carácter o condición habitual de la vivienda desde el análisis de la jurisprudencia

Pero sin duda la cuestión más relevante que se está planteando ante los Juzgados y Tribunales es la relativa a quién corresponde probar y acreditar si se está o no ante la vivienda habitual del demandado y cómo hacerlo, pues es evidente que ello enfrenta directamente los intereses de las partes ejecutante y ejecutada, por lo que es relativamente fácil que surjan opiniones contrapuestas.

Sobre esta problemática la denominada jurisprudencia "menor" de las Audiencias Provinciales examinada se inclina mayoritariamente por considerar que el concepto de vivienda habitual debe venir referido a la *situación real y efectiva* del inmueble en el momento de sustanciarse el procedimiento, con independencia de la declaración que se hubiera podido efectuar en la escritura de constitución de hipoteca, correspondiendo la carga de la prueba de dicho extremo a la parte que pretenda desvirtuar lo dispuesto en la escritura. Pues no en vano el artículo 21 de LH establece con carácter general que "*3. En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque.* ***Se presumirá****,* ***salvo prueba en contrario,*** *que en el momento de la ejecución*

*judicial del inmueble e**s vivienda habitual si así se hiciera constar** en la escritura de constitución."*[12] Y a sensu contrario hay que entender que la presunción es que la vivienda no tiene tal carácter si no se hizo constar así expresamente en la propia escritura de constitución del préstamo hipotecario.

Es decir, que dicha previsión legal configura la declaración sobre la condición o carácter de vivienda habitual como una **presunción *iuris tantum*** que admite prueba en contrario en función de las circunstancias concretas y específicas del asunto. Esta interpretación de la jurisprudencia menor respecto a la acreditación del carácter de vivienda habitual del inmueble hipotecado es claramente una interpretación teleológica y finalista de la normativa introducida en nuestro ordenamiento jurídico en protección del deudor, de manera que se entiende que la especial protección que la configuración legal brinda y dispensa a la vivienda habitual únicamente se debe aplicar y desplegar cuando haya quedado plenamente acreditada tal condición por el interesado pues en otro caso ese trato privilegiado y tuitivo no estaría justificado conforme al principio general de que los privilegios debe ser interpretados de forma restrictiva y excepcional.

En este sentido algunos de los pronunciamientos que merecen destacarse son los siguientes:

En primer lugar el Auto nº 347/2015 de 5/11/2015 la sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI: ES:APB:2015:1897A Id Cendoj: 08019370172015200180 Nº de Recurso: 801/2014 Ponente: JOSE ANTONIO BALLESTER LLOPIS) que deja bien claro que la condición de vivienda habitual no es un concepto fijo e inmutable en el tiempo, sino que hay que atender al momento de la tramitación del procedimiento para resolver dicha cuestión al señalar que: *"CUARTO.- No consta que la vivienda hipotecada sea la habitual de alguno de los deudores, pero además, que **la condición de vivienda habitual puede ser cambiante en el tiempo**, **y a lo que debe estarse es a su condición real en el momento de la ejecución**"*

Por su parte el Auto nº 30/15 de 10-2-2015 de sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Roj: AAP B 150/2015 - ECLI:ES:APB:2015:150A, Id Cendoj: 08019370042015200011, Nº de Recurso: 644/2013, Ponente: MIREIA RIOS ENRICH) incide en la cuestión de la carga de la prueba sobre dicho extremo estableciendo el principio general de que debe ser el deudor quien acredite dicho extremo si quiere enervar la presunción que se desprende de la escritura. Y así señala lo siguiente: *"Respecto de DON Cristobal y DOÑA Francisca nada se indica en la escritura, y en el acto de la vista, la parte ejecutada afirma que, en el momento de la contratación, la finca tenía el carácter de vivienda habitual pero que, posteriormente, fue arrendada en el año 2009. **Debe ser el deudor el que acredite, como regla general, que el procedimiento de ejecución hipotecaria afecta a su vivienda habitual, que deberá probar por todos los medios admitidos en derecho, siendo el más adecuado el certificado de empadronamiento en la finca hipotecada, prueba que también podrá hacerse aportando otros documentos que acrediten ese carácter habitual de la vivienda.** Si la vivienda no tuviera el carácter de habitual no tendrá el marco de protección que le otorga esta Ley."*

Por su parte, el Auto nº 72/2016 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada *(*Roj: AAP GR 68/2016 - ECLI:ES:APGR:2016:68A, Id Cendoj: 18087370042016200025, Nº de Recurso: 104/2016, Ponente: MOISES LAZUEN ALCON) destaca que debe partirse siempre de la declaración que se haya hecho en la escritura, pero debiendo atender a los demás elementos probatorios que consten en el procedimiento, destacando que el hecho de que se haya pactado

otro domicilio a efectos de notificaciones no enerva la cualidad de habitual de la vivienda, al señalar que: *"... **qué se haya de entender por vivienda habitual a efectos de la normativa de ejecución hipotecaria no está claro. No existe una definición de la misma** por lo que podría entenderse por tal, **la opuesta a ocasional y a secundaria** (por contraposición a principal). Pues bien, el art. 21-3º LH dispone que en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda, deberá constar el carácter habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. **Se presumirá salvo prueba en contrario, que en el momento de ejecución judicial del inmueble, es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución.** Por lo tanto **habrá que estar a la escritura de constitución** para determinar si la vivienda ejecutada es o no habitual **sin que el hecho de que la vivienda declarada como habitual no coincida con el domicilio fijado para notificaciones tenga mayor trascendencia** habida cuenta que el art. 682-2-2º LEC no exige que el domicilio elegido para notificaciones tenga que coincidir con la vivienda habitual, sino que deja plena libertad el deudor y al hipotecante para fijar aquél donde más le convenga aunque no coincida con su vivienda habitual."*

Igualmente puede inscribirse en la línea jurisprudencial expuesta el Auto nº 795/17 de 20-6-2017 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia (Roj:AAP V 2008/2017 - ECLI:ES:APV:2017:2008A Nº de Recurso:322/2017, Ponente:MARIA LUZ DE HOYOS FLOREZ) del que se desprende una vez más que debe atenderse a las circunstancias concretas del caso para valorar si se está o no ante la vivienda habitual del demandado al razonar que: ***"***Partiendo de lo expuesto, en relación a los argumentos vertidos por la recurrente sobre el carácter y/o condición de vivienda habitual de los ejecutados de la finca hipotecada, nada los sostiene, pues **nada prueba**, antes al contrario, que el inmueble dado en garantía no sea la vivienda de los deudores y de su familia, y que, por ende, no sean de aplicación los criterios emitidos por el Tribunal comunitario para especial protección de tales supuestos. **Se defiende como único fundamento de tal pretensión que los burofaxes aportados con la demanda para notificación del vencimiento de la obligación y del saldo deudor resultante no pudieron ser entregados en la precitada finca,** como se ha anunciado para rechazo de esta alegación basta remitirse a la causa por la que tales documentos no fueron recepcionados por los deudores: " No entregado, dejado aviso"

Finalmente merece mencionarse el Auto nº 104/17 de 22-6-2017 de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Luego, (Roj:AAP LU 99/2017 - ECLI:ES:APLU:2017:99A, Nº de Recurso:650/2016, Ponente:DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO) pues incide directamente en esta cuestión poniendo de relieve la cuestión de la importancia de la carga de la prueba y del principio de facilitad probatoria al razonar lo siguiente: *"Efectivamente, en cuanto a la cuestión atinente a la consideración de la vivienda como residencia habitual, como decimos, no consideramos acreditada plenamente tal circunstancia, de modo que compartimos al respecto la resolución de instancia, **pues si bien se aportaron los certificados de empadronamiento, sin embargo ello no va más allá de constituir un indicio de aquella circunstancia, y los apelantes tenían a su alcance múltiples medios probatorios para acreditar, sin atisbo de duda, que el inmueble hipotecado constituye su residencia habitual,** sin que podamos pasar por alto, al amparo del artículo 217 LEC , **la doctrina de la facilidad o disponibilidad probatoria, que permite hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente para su aportación."***

De las citadas resoluciones y otras que se pueden localizar sobre esta cuestión, puede tratar de formulase una **teoría general de la probática en materia de "vivienda habitual"** que pasaría por las siguientes notas o principios generales:

1ª.) Como regla general hay que partir siempre de la presunción *iuris tantum* que establece el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, esto es, de lo que se diga o exprese sobre el particular en la propia escritura de constitución de hipoteca, pues no debe olvidarse que se trata de un pacto libremente asumido por las partes al perfeccionar dicho contrato conforme a las previsiones generales del artículo 1255 y concordantes del Código Civil.

2º.) Ahora bien, dicha presunción puede quedar desvirtuada en función de las circunstancias del caso concreto, pues la protección al deudor se ha de interpretar siempre desde un punto de vista teleológico o finalista, de manera que tan solo debe desplegar sus efectos cuando quede acreditado que el inmueble constituye efectivamente su vivienda habitual. Para ello es necesario atender a la situación real o efectiva del inmueble partiendo de que la condición de la vivienda puede ser cambiante en el tiempo y de que lo esencial es la condición que presente en el momento en que se proceda a la enajenación forzosa del bien.

3º.) La carga de la prueba para desvirtuar dicha presunción corresponde a quien pretenda acreditar lo contario de lo que resulte de la escritura (217.2 LEC) de manera que, si en la escritura consta que el inmueble no era la vivienda habitual del demandado, deberá ser éste quien acredite que sí lo es en la actualidad. Y a la inversa, si se expresó que sí lo era, corresponde al acreedor probar que ya no lo es en el momento de la tramitación del procedimiento.

4º.) En caso de no constar nada sobre la cuestión en la escritura, como también es habitual respecto a las anteriores al año 2013, habrá que estar a los indicios que resulten del propio procedimiento (resultado de las notificaciones, lugar de localización de los demandados, resultados de las consultas de bases de datos al amparo del artículo 686 en relación con el 156 ambos de la LEC, etc). Pero se estima que siempre debe partirse del principio *pro deudor*, por ese el espíritu y finalidad última de la Ley 1/2013 y la jurisprudencia del TJUE, es decir, que salvo que se acredite suficientemente lo contrario y ante la duda, debe entenderse que sí se trata de la vivienda habitual.

5º.) Para acreditar tal condición o carácter pueden utilizarse todos los medios de prueba admitidos en derecho (299 LEC), incluso la testifical de vecinos o portero, pero será de especial relevancia la prueba documental. En primer lugar habrá que atender a los indicios que se desprenda del propio procedimiento (singularmente al resultado de los requerimientos de pago prejudiciales (burofaxes, etc), el requerimiento judicial de pago y/o notificación del despacho de ejecución, el resultado de otras notificaciones que se haya intentado en la vivienda, el hecho de que la parte demandada haya sido localizada finalmente en otra dirección distinta, si aparecen ocupantes o inquilinos en la vivienda o se expresara por los vecinos que el propietario marchó o no vive desde hace años, etc), pues tales indicios pueden tener la fuerza probatoria suficiente (cífrese 386 LEC sobre las presunciones judiciales) para pronunciarse con suficiente certidumbre sobre dicho aspecto.

Pero si se plantea la discrepancia entre las partes, habrá que dar a la controversia el tratamiento de una cuestión incidental y será fundamental la documentación que puedan aportar los interesados, teniendo especial valor el certificado de empadronamiento, pero también los restantes domicilios que consten en las bases de datos que los Juzgados tiene a su disposición a través del Punto Neutro Judicial del CGPJ (Hacienda, TGSS, DGT, Policía, etc). E igualmente son de gran relevancia y valor los documentos que acrediten lo pagos de consumos y su domiciliación, tales como luz, agua, gas, tasa de basuras, IBI, gastos de la Comunidad de Propietarios o la indicación del domicilio como habitual en documentos administrativos, etc. La casuística puede ser muy amplia, debiendo estar al caso concreto para adoptar la decisión más justa.

6º.) En cualquier caso, para resolver la cuestión en caso de controversia habrá que aplicar la doctrina general de la facilidad probatoria, que normalmente recaerá sobre el deudor pues es quien dispondrá de acceso a la documentación necesaria para acreditar tales extremos, no pudiendo convertir la cuestión en una prueba diabólica o de imposible cumplimiento para el ejecutante.

V

Consideración sobre la posible aplicación de la protección de la vivienda habitual al hipotecante no deudor

Una última cuestión práctica de interés que se plantea sobre esta materia es la que atañe a si la protección legal inherente a la vivienda habitual resulta o no aplicable a la vivienda habitual del hipotecante no deudor.

Sobre esta cuestión existen varias interpretaciones en la denominada jurisprudencia "menor" de la Audiencias Provinciales y también ha dado lugar a algún pronunciamiento de la DGRN que pueden resumirse de la siguiente forma:

A) Favorable a la interpretación extensiva de la protección al hipotecante no deudor:

Puede citarse Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil, Sección 14, de 28 de julio de 2016 (ROJ: AAP M 1018/2016 - ECLI:ES:APM:2016:1018A) Sentencia: 315/2016 | Recurso: 148/2016 | Ponente: PABLO QUECEDO ARACIL, cuando señala que: *"En esas condiciones se impone la revocación del auto apelado, ya que aunque la vivienda hipotecada no sea la habitual del deudor**, si lo es del hipotecante no deudor, y debe gozar de la misma protección por obvias razones de analogía, y de defensa de ese bien**, que goza de especial protección. Por tanto ha de revocarse el decreto de adjudicación, de modo que el acreedor pueda adjudicarse los bienes ejecutados en los términos y con las consecuencias del art 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"*

B) Contraria a la interpretación extensiva, limitando la protección al deudor propiamente dicho, pero no al hipotecante no deudor:

Puede señalarse el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Civil sección 1, de 13 de julio

de 2015 (ROJ: AAP B 1070/2015 - ECLI:ES:APB:2015:1070A) Sentencia: 252/2015 Recurso: 16/2015 | Ponente: AMELIA MATEO MARCO cuando razona lo siguiente:

"El Auto apelado considera que cuando el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habla de "vivienda habitual del deudor", se está refiriendo tanto al deudor propiamente dicho, es decir, en el caso que no ocupa, la prestataria, NILEST MEDIC, S.L., como a la hipotecante no deudora, mientras que la apelante considera que sólo la primera tendría dicha consideración.

A diferencia de las medidas adoptadas en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, modificado por la Ley 1/2013, y por RD ley 1/2015 de 27 de febrero, destinadas a preservar la vivienda habitual, -siendo una de las más relevantes, la suspensión del lanzamiento cuando concurran determinados requisitos-, que, en virtud de lo establecido en el artículo 2, aprovechan tanto a los deudores hipotecarios, como a "los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual", **no parece que la interpretación que hace el Juzgado pueda encontrar el mismo fundamento**. El artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 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 hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes". Es decir, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil distingue entre el deudor y el hipotecante no deudor. Y es que a diferencia del deudor, que responde de la deuda con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1111 CC), **el hipotecante no deudor sólo responde con la finca.** Por otra parte, la exigencia de que la cantidad "mínima" por la cual pueda adjudicarse el ejecutante la finca haya de ser mayor cuando se trate de vivienda habitual del deudor que cuando no lo sea, está en directa relación con la importancia que tiene el inmueble para el deudor, precisamente por ser su "vivienda habitual". Es decir, el deudor que pierde su vivienda habitual como consecuencia de la ejecución, la pierde al menos por un porcentaje incrementado de adjudicación del bien. La deuda, de ese modo se le reducirá en mayor proporción. **Si quien pierde la vivienda habitual es el hipotecante no deudor, ningún beneficio obtendrá porque se adjudique por un porcentaje mayor. El beneficio lo obtendrá el deudor, que verá reducida su deuda en una cantidad mayor, pero no él.** De cualquier forma, los anteriores razonamientos no tendrían en el supuesto enjuiciado otro alcance que el meramente dialéctico, y no es necesario que nos pronunciemos sobre la interpretación última que haya da darse al precepto analizado, porque la vivienda hipotecada ni consta, ni hay indicio alguno, de que sea la vivienda habitual de la hipotecante no deudora, Doña Hortensia. "

C) Postura de la DGRN:

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 19 de diciembre de 2013, con respecto a la nota de calificación por la que la registradora apreció como defecto en un caso en que la parte hipotecante no era la deudora, el de la falta de manifestación sobre el carácter de vivienda habitual o no de la finca hipotecada, conforme al artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, confirmó el defecto, exigiendo dicha manifestación en todos los casos en que el hipotecante sea una persona física.

Declaraba la Dirección General: "*La Sociedad de Garantía Recíproca Iberaval garantiza, como fiadora, ese préstamo. A continuación la compañía prestataria e Iberaval suscriben otro contrato*

de afianzamiento -igualmente intervenido e incorporado por medio de testimonio a la escritura calificada-, por medio del cual dicha compañía, y varias personas físicas, como fiadores, se comprometen a reembolsar a Iberaval cuanto ésta pueda venir obligada a satisfacer a la entidad de crédito en el caso de que la prestataria incumpla las obligaciones derivadas del contrato de préstamo. Asimismo, y a continuación, las mismas obligaciones de reembolso le son aseguradas a Iberaval por medio de la hipoteca, que se formaliza por medio de la escritura calificada 8. Todo lo dicho conduce a considerar que, conforme al sentido teleológico de la norma, no podrá inscribirse ninguna hipoteca constituida por persona física que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada que exige el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, ***ya lo sea del deudor o, en su caso, del hipotecante no deudor, puesto que en ambos supuestos puede tener transcendencia dicha manifestación,*** *y dado que dicho requisito no se vincula únicamente a la circunstancia de que el préstamo tenga como destino la adquisición de la vivienda habitual, sino que está destinado a la protección de la misma en caso de ejecución hipotecaria,* ***protección que se manifiesta, entre otros efectos, en la posibilidad de suspensión de los lanzamientos prevista en el artículo 1 de la Ley 1/2013, en la determinación de los valores de adjudicación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o en las limitaciones de la responsabilidad remanente*** *del deudor después de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 579 de la misma Ley, etc."*

Pues bien, sobre esta cuestión se estima que **la postura más acertada es la que considera que la protección de la vivienda habitual también debe alcanzar y extenderse al hipotecante no deudor**, pues como señala correctamente Achón Bruñen, María José, *"...hay que tener en cuenta que el hipotecante no deudor y el tercer poseedor no son deudores pero tampoco terceros, ya que son ejecutados"*[13]*. Y en igual sentido Castillo Martínez, Carolina del Carmen*, al destacar que *"Junto con el deudor hipotecante, que grava con hipoteca un bien propio como garantía de su deuda, y el tercer poseedor, que adquiere el bien hipotecado con posterioridad a la constitución del gravamen real y, por consiguiente, con la carga que grava a la finca, el hipotecante no deudor es un sujeto pasivo de la hipoteca. Por tal circunstancia le va afectar directamente la ejecución hipotecaria"*[14]

Y es que las consecuencias para dicho ejecutado no se ciñen exclusivamente a los efectos del porcentaje de adjudicación aplicable, como alega la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona antes citada, sino que como bien señala la DGRN tienen otras implicaciones de largo alcance que afectan de pleno al hipotecante no deudor, como son, por ejemplo, la posibilidad de acogerse a la moratoria legal en el lanzamiento si incurre en los supuestos de especial vulnerabilidad que tipifica la normativa. Por todo ello, y desde una interpretación teleológica y finalista de la reforma operada por la Ley 1/2013, que pretendía proteger al consumidor sin excepción, lo más razonable es concluir que el hipotecante no deudor también debe quedar protegido por el estatuto especial de la vivienda habitual.

VI

Conclusiones

De lo expuesto hasta el presente momento pueden obtenerse las siguientes conclusiones sobre la problemática que se plantea en la determinación del carácter o condición de la vivienda habitual del inmueble titularidad del demandado:

1ª.) COMPETENCIA: como regla general corresponderá al Letrado de la Administración de Justicia pronunciarse sobre tal extremo siempre y cuando no exista un previo pronunciamiento jurisdiccional sobre el particular, en cuyo caso deberá estarse necesariamente al mismo.

2ª.) MOMENTO: resulta aconsejable que el pronunciamiento sobre la naturaleza del inmueble se realice en el decreto de convocatoria de la subasta judicial electrónica (644 LEC) pues en ese momento ya se dispondrá de la información fáctica necesaria para ello y se trata de una información de gran interés y trascendencia para los postores interesados en participar en la subasta. Pero en caso de no ser así, se estima que el momento preclusivo para ello es el dictado del propio decreto de adjudicación ya que, de no incluir dicha mención, pueden plantearse problemas a la hora de inscribir del título en el Registro de la Propiedad.

3ª.) PRUEBA: La condición de la vivienda habitual no es fija e inmutable, sino cambiante en el tiempo, debiendo atender a su situación real y efectiva en el momento de tramitarse la ejecución. Habrá que partir de la presunción legal *iuris tantum* de lo que se disponga sobre el particular en la escritura sobre el particular (21.3 LH) pero en tanto presunción iuris tantum admite prueba en contrario, correspondiendo la carga de la prueba a la parte que intente desvirtuar dicho extremo debiendo aplicar el principio general de facilitad probatoria. Para resolver en caso de controversia habrá que estar a los indicios que resulten del propio procedimiento y a los medios de prueba que se aporten (299 LEC) siendo de especial relevancia a tales efectos la documental.

4º.) PROTECCIÓN AL HIPOTECANTE NO DEUDOR: se considera que el hipotecante no deudor debe gozar de la misma protección que el deudor si es propietario de la vivienda habitual enajenada.

En definitiva, desde año 2011, pero sobre desde la importante reforma de 2013, la cuestión de la naturaleza del bien inmueble objeto de apremio ha pasado a un primer plano procesal al ser determinante para el resultado de toda ejecución en que se realicen inmuebles, lo que requiere y exige que ese dato quede determinado en el procedimiento sin ningún género de dudas, siendo esencial a tales efectos el papel que tiene encomendado el Letrado de la Administración de Justicia en tanto responsable de ejecución y cuidador del procedimiento.

VII

Bibliografía de interés

1. *"La adjudicación hipotecaria y su inscripción registral. Deconstruyendo el decreto de adjudicación y el mandamiento para la expedición de certificación."* Por Font de Mora Rullán, J., Miñana Llorens, V., Moya Donate, P., Bañón González, A., González Amieva, F.,

Longás Pastor, B. Tirant lo Blanch. Monografías. Valencia. 2017. 411 pp.

2. *"Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas abusivas",* por Moreno Trapiella, Prudencio C. Editorial WOLTERS LUWER. LA LEY. Las Rozas (Madrid) 2.017, 330 páginas.

3. *"Estatuto jurídico de la vivienda habitual. Especialidades procedimientales en la ejecución sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013"* por Moreno Trapiella, Pruedencio. Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de Justicia. Diario La Ley, n.º 8475, Sección Doctrina, 6 de Febrero de 2015. Ref. D-47, Editorial La ley. 558/15 .

4. *"Comentario crítico de las modificaciones introducidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 19/2015, de 13 de julio"* por ACHÓN BRUÑÉN, María José. Doctora en Derecho Procesal Diario La Ley, Nº 8619, Sección Tribuna, 6 de Octubre de 2015, Ref. D-363, Editorial LA LEY.

5. "*La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos."* Por ACHÓN BRUÑÉN, María José. Doctora en Derecho Procesal. Diario La Ley, Nº 8181, Sección Doctrina, 30 Oct. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY,

6. "*Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos»,* por ACHÓN BURÑEN, María José. Diario LA LEY, Núm. 8087, 21 de mayo de 2013.

7. "*Los garantes en el procedimiento ejecutivo hipotecario: posición de los sujetos y cuestiones más destacadas."* Castillo Martínez, Carolina del Carmen. Magistrado titular del Juzgado de instancia n.o 4 de Castellón Doctora en Derecho Profesora Titular de Derecho Civil (excedente) Profesora Asociada de Derecho Civil Universitat de Valéncia Actualidad Civil, Nº 3, Marzo 2018, Editorial Wolters Kluwer

8. "*La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Primera parte: la constitución de la hipoteca".* Por Juan María Díaz Fraile, Registrador de la Propiedad Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Catedrático de Derecho Civil (acreditado). Artículo cerrado el 28 de marzo de 2014 en la web notariosyRegistradores.com

9. "*La constancia del carácter de habitual o no de la vivienda que se hipoteca estudio del nuevo artículo 21-3 de la ley hipotecaria reformado por la ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*" . Ángel Valero Fernández-Reyes Registrador de la Propiedad. Disponible en internet.

[1] En realidad, dicha distinción se hizo para mitigar la reforma que poco antes se había introducido en el artículo 671 de la LEC por el *Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio* que estableció que para que el acreedor pudiera adjudicarse los bienes en las subastas desiertas debía hacerlo por el 60% de su valor de tasación o la cantidad debida por todos los conceptos, cualquiera que fuera la naturaleza del bien. Con la reforma de la Ley 37/2011 se volvió a permitir

que, en caso de que el bien no fuese vivienda habitual, la adjudicación se pudiera solicitar por el 50% del valor tasación, beneficiando así a los ejecutantes.
Como señala Moreno Trapiella, Prudencio C. en *el "Estatuto Jurídico...",* nota final 3ª, el único precedente antes de 2011 se encontraba en el artículo 693 de la LEC, señalando que *"Como recuerda la RDGRN de 19 de diciembre de 2013, fundamento 6.º: «El especial régimen establecido cuando la finca hipotecada constituye la vivienda habitual, tiene como precedente el párrafo segundo del número tres del art. 693 LEC que ya desde su entrada en vigor el 8 de enero de 2001 permitió al deudor, si el bien hipotecado fuese la «vivienda familiar», liberar el bien mediante la consignación de las cantidades debidas aún sin consentimiento del acreedor."*

[2] Como reza su exposición de motivos: *"La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios... Con este fin, es necesario profundizar en las líneas que se han ido desarrollando en los últimos tiempos, para perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores que, a causa de tales circunstancias excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección."*

[3] En palabras de Moreno Trapiella, Prudencio C. con dicha reforma *"el legislador ha terminado por dar carta de naturaleza y sustantividad propia a la ejecución afectante a la vivienda habitual del deudor, en definitiva el legislador ha configurado un subproceso dentro del proceso general de ejecución.",* en su artículo *"Estatuto Jurídico...",* página 21.

[4] Vid. Achón Bruñen, María José, "*La liberación del bien hipotecado..."* obra citada en la bibliografía.

[5] Para un estudio crítico de esta cuestión puede verse el trabajo: 16º *"Sobre la doctrina progresiva de la DGRN en materia de adjudicación en protección del deudor y la necesidad de una reforma legal para su consolidación definitiva"* por Font de Mora Rullán, J; Moya Donate, P, Miñana Llorens, V, Longas Pastor, B, Bañon González, A y De la Rúa Navarro, A, en Diario La Ley. Nº 9142, Sección Doctrina, 19 de febrero de 2018. Por el Grupo de Trabajo conjunto de Letrados de la Administración de Justicia y Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana. Publicado también en el Boletín del Colegio de Registradores de España. 23 páginas

[6] Sobre esta cuestión puede verse el libro "La adjudicación hipotecaria y su inscripción registral..." citada en la bibliografía, ficha 17 del decreto de adjudicación, páginas 273 y siguientes.

[7] En su artículo "*Estatuto Jurídico...",* citado en la bibliografía, página 4.

[8] En el artículo *"La liberación del bien hipotecado..."* citado en la bibliografía, página 7. Dicha autora propone de lege ferenda lo siguiente: "A nuestro juicio, resultaría conveniente que se previera la sustanciación de un incidente similar al contemplado en el art. 675.3 LEC (previsto para dilucidar si los terceros ocupantes del inmueble tienen derecho a permanecer en el mismo tras la subasta), debiendo ser el Juez quien, tras la audiencia de ambas partes, decida si el

inmueble merece dicho calificativo, en función de los documentos aportados (certificado de empadronamiento, recibos de agua, gas electricidad, teléfono...) e incluso declaraciones testificales de vecinos o del portero del inmueble. El Juez deberá ponderar todas las pruebas aportadas, pues ninguna de estas por sí misma considerada resulta determinante; tampoco el hecho de que el deudor haya fijado el domicilio para recibir las notificaciones en otro lugar puede ser decisivo"

[9] En el artículo "Estatuto Jurídico..." citado en la bibliografía, página 21.

[10] Para Moreno Trapiella, Prudencio C. en su Ibiro sobre la "Ejecución hipotecaria...", incluso con carácter previo a la admisión de la demanda "debería requerirse al ejecutante para que manifieste si el inmueble objeto de la ejecución constituye la vivienda habitual del ejecutado. Para las ejecuciones hipotecarias, por tanto, es requisito de admisibilidad la determinación del carácter de la vivienda, por lo debe requerirse al demandante para que subsane su demanda si no consta esa circunstancia", página 199, citando al efecto las conclusiones de la Jornada sobre el Curso-Taller de Aspectos Prácticos de la Ejecución Civil celebrado en el CEJ.

[11] En la obra "La adjudicación hipotecaria y su inscripción registral", citada en la bibliografía, se opina lo siguiente sobre dicha cuestión, página 167: "si el decreto no dijera nada, el registrador puede basarse en los datos inscritos. Si de ellos, de forma clara, resulta que la vivienda tiene el carácter de habitual y el porcentaje de adjudicación no es congruente con ello, podrá el registrador exigir del juzgado que se complete el decreto con el dato concreto relativo a que la vivienda no el carácter de habitual que resulta del Registro."

[12] Para una aproximación y análisis de este artículo puede verse el artículo de Ángel Valero citado en la bibliografía.

[13] En el artículo "Comentario crítico..." citado en la bibliografía, página 8.

[14] En su artículo "Los garantes..." citada en la bibliografía, página 3. En este interesante y fundamentado artículo se realiza una detallada exposición de la última tendencia jurisprudencial que se inclina por otorgar la condición de consumidor a los no deudores, con cita de la STC 75/2017, de 19 de junio, lo que podría constituir un argumento adicional y decisivo para ampliar la protección de la vivienda habitual al hipotecante no deudor.