

Alternativas en orden a la ejecución de la garantía hipotecaria: problemas prácticos y dudas jurídicas

Jaime FONT DE MORA RULLÁN

Pedro MOYA DONATE

Vicente MIÑANA LLORENS

Letrados de la Administración de Justicia de la Comunidad Valenciana

Alejandro BAÑON GONZÁLEZ

Alicia M.^a DE LA RÚA NAVARRO

Begoña LONGAS PASTOR

Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana

Diario La Ley, Nº 9217, Sección Tribuna, 13 de Junio de 2018, Editorial Wolters Kluwer

LA LEY 5298/2018

Grupo de Trabajo conjunto de Letrados de la Administración de Justicia y Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana (Proyecto galardonado en los VIII Premios a la Calidad de la Justicia del CGPJ en la modalidad de Justicia más accesible).

I. Introducción: la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado como detonante del fenómeno de huida del procedimiento especial de ejecución hipotecaria

De entre todas las vicisitudes y turbulencias que ha experimentado en los últimos tiempos el procedimiento especial de ejecución hipotecaria regulado en el Capítulo V del Título IV del Libro III, arts. 681 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que han sido numerosas (intereses moratorios y ordinarios, moratoria legal para los lanzamientos, etc.), es innegable que la de mayor calado, alcance e importancia ha sido la relativa a la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado por su carácter abusivo.

Y es que dicha cláusula negocial, en cuya virtud en los contratos de larga duración ante el impago de alguna de las cuotas u obligaciones contraídas se puede dar por vencido todo el préstamo anticipadamente perdiendo con ello el deudor el beneficio del plazo, ha constituido tradicionalmente el fundamento y soporte esencial de la propia ejecución hipotecaria, pues permitía al acreedor instar la realización de la garantía hipotecaria, la exacción por la vía de apremio del bien o bienes hipotecados, ante el incumplimiento parcial del deudor. Es cierto que la propia ley procesal prevé la posibilidad de una reclamación parcial limitada a la deuda efectivamente vencida (cífrase el art. 693.1 de la LEC), pero la realidad en nuestro panorama judicial ha sido siempre que ante el impago de alguna de las cuotas del préstamo hipotecario las entidades de crédito acudían al procedimiento privilegiado y singular para intentar el cobro de la total deuda con la realización del bien hipotecado. Sobre todo, porque se trata de la vía más rápida y ágil para recuperar la cantidad prestada al accionar contra un bien previamente tasado como garantía para cubrir esa deuda a través de un

procedimiento especial con importantes singularidades en su tramitación.

El problema que se ha planteado con toda su crudeza ante los Tribunales patrios ha sido que, al declararse la nulidad de esa cláusula, por estimarla abusiva, se ha impedido de facto al acreedor acudir al procedimiento especial de ejecución hipotecaria para poder realizar su derecho. Y es que, si bien en un principio esa interpretación fue minoritaria, en la actualidad ha pasado a ser la posición mayoritaria en la denominada jurisprudencia «menor» de las Audiencias Provinciales.

La cuestión esencial, por tanto, estriba en saber cómo y por qué se ha llegado a esta situación, en tanto paso previo a entrar en el análisis detallado de las alternativas que le caben al acreedor para realizar la hipoteca al no poder acudir ya al procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

Tradicionalmente nuestro Tribunal Supremo había reconocido la validez de las cláusulas que permitían el vencimiento anticipado del contrato de préstamo por incumplimiento del deudor, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista (sentencias 506/2008, de 4 de junio —ECLI:ES:TS:2008:2599—; o 792/2009, de 16 de diciembre —ECLI:ES:TS:2009:8466—). Por lo tanto, se trataba de una cláusula usual en todo tipo de contratos, dentro de la contratación masiva o de adhesión, e indefectiblemente en los préstamos hipotecarios por su larga duración.

El origen de esta controversia la encontramos una vez más en la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que ante las cuestiones prejudiciales formuladas por los Tribunales españoles, ha venido a establecer que el redactado tipo que se utilizaba en la cláusula sobre vencimiento anticipado de casi todas las escrituras de préstamos hipotecarios, y que facultaba a tener por vencido el préstamo ante el incumplimiento de cualquiera de las cuotas o, incluso de una de parte de ella (bastaba el impago de los intereses o del capital), podía ser considerada nula a la luz de la citada Directiva, y lo que es más importante, esa nulidad debía conllevar la expulsión de la cláusula en cuestión del contrato, haciéndola inaplicable, como resulta del art. 6 y concordantes de la citada Directiva.

Concretamente fue la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), dictada en el famoso «caso Aziz», la primera que cuestionó este tipo de cláusulas, pues, sin hacer un pronunciamiento expreso, indicó que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva *per se*, podía considerarse abusiva en atención a las circunstancias del caso, que debía apreciar el juez nacional. En este sentido, señala en el apartado 73 que: «En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

Este criterio fue confirmado por el posterior auto del TJUE de 8 de julio del 2015 (asunto C-90/14), que reiteró que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas a las que se les aplique la Directiva 93/13 debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración. Y finalmente por la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14) que

ha vuelto a insistir en esa interpretación protectora del consumidor destacando que: «71 Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del art. 6.1 Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible...»

Pero sin duda, el aspecto o punto más polémico de esa jurisprudencia europea, tal como ha sido recogida e interpretada por los Tribunales nacionales, es el alcance que se ha dado a los efectos de esa nulidad, otorgándole un carácter objetivo e inmanente a su propia redacción, produciéndose por la mera presencia e inclusión de la cláusula en el contrato con independencia del uso concreto que pudiera hacerse de la misma por el acreedor y aunque ese uso respete los plazos que actualmente recoge el art. 693.3 de la LEC, porque el hecho de existir en el contrato una cláusula redactada en tales términos podría tener en abstracto un efecto objetivamente perjudicial e intimidatorio para el consumidor, colocándolo en situación de desigualdad y desequilibrio frente al acreedor, que es precisamente lo que pretende evitar la normativa europea.

En este punto es donde se está planteando realmente la verdadera batalla jurídica e interpretativa entre el Tribunal Supremo y el TJUE pues desde ambas instancias se reconoce que la cláusula en cuestión, con su redactado clásico (la habitual cláusula 6 bis de tantos préstamos hipotecarios), puede ser abusiva, pero el primero realizó una interpretación «flexible» o integradora de los efectos de la nulidad de la cláusula que no impedía acudir a la ejecución hipotecaria en determinados supuestos excepcionales. Concretamente en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre —ECLI:ES:TS:2015: 5618—, y 79/2016, de 18 de febrero —ECLI:ES:TS:2016:626—, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor. En definitiva, esta interpretación del Alto Tribunal pretendía salvar la validez del procedimiento de ejecución hipotecaria ante los casos de incumplimiento grave por parte del deudor en el entendimiento de que en estos supuestos obligar al acreedor a acudir a un procedimiento declarativo para reclamar su crédito podía llegar a ser contraproducente incluso para el propio deudor.

Frente a ello, algunas Audiencias Provinciales (destacando en este sentido las de Valencia y Pontevedra), apoyándose en la preeminencia del derecho europeo que reconoce expresamente el art. 4 bis de la LOPJ, han seguido manteniendo la tesis del TJUE, basada en el art. 6 de la Directiva del 93, de que la nulidad radical de la cláusula conlleva su expulsión definitiva e inaplicación en todo caso con el consiguiente archivo y sobreseimiento de las ejecuciones hipotecarias instadas con fundamento y aplicación de la cláusula nula, tesis que se está haciendo extensiva incluso a otros tipos de contratos como pólizas mercantiles o incluso en reclamaciones planteadas a través de procedimientos monitorios. Si bien sí que es cierto que ese efecto tan radical se ha ido acotando, matizando y delimitando por las Audiencias Provinciales para circunscribirlo a las ejecuciones frente a consumidores, e incluso en algunos casos cuando la ejecución se inste frente a la vivienda habitual, no en el resto de supuestos.

Un resumen de la evolución de la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia sobre esta cuestión se puede encontrar, por ejemplo, en el Auto n.º 1098/16 de 4 de julio de 2016 de la Sección

9.ª, Ponente MARTÍNEZ CARRIÓN, cuando señala al respecto que: «CUARTO.-Este Tribunal, para resolver la cuestión, seguía, junto a los anteriores criterios, el establecido en la Jornada celebrada el 7 de mayo de 2013 sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, con asistencia, entre otros de todos los magistrados de la Sala Civil del Tribunal Supremo, que se pronunciaron sobre los criterios para valorar el carácter abusivo de una cláusula contractual y las consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva, y con relación al "vencimiento anticipado" propusieron la siguiente conclusión: "En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el art. 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula". Y por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad, con relación a las cláusulas de vencimiento anticipado que se consideren nulas por abusivas: "En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, la declaración de nulidad determinará la aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia de resolución contractual (arts. 1124 y 1129 CC), sin que proceda despachar ejecución".

Ahora bien, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria/Fernando Quintano Ujeta, EU:C:2015:397), caso BBVA, antes citado, al concluir que "la circunstancia de que tal cláusula —de vencimiento anticipado— no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión", llevaron a esta Sección a modificar el criterio (a partir de las siguientes resoluciones: AAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 14 de julio de 2015, Pte: Caruana Font de Mora, y los AAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 14 de julio de 2015, Pte: Andrés Cuenca, Autos números 500/15 en Rollo n.º 324/15 y núm. 501/15 en Rollo n.º 343/15), de forma que lo relevante para considerar si la cláusula es o no abusiva no podrá ser el comportamiento seguido por el empresario o profesional (aquí, el prestamista) al aplicar la cláusula en cuestión, sino si la cláusula, en sí misma considerada, puede ser considerada abusiva, en cuyo caso procede declararla nula sin posibilidad de moderarla».

Para tratar de solventar definitivamente la situación creada, generadora de una desconcertante inseguridad jurídica y que en cierta medida supone una «rebelión» de los Tribunales inferiores frente a su sentencia de 2015 del TS, amparándose en la preeminencia del TJUE, es por lo que el propio TS se ha visto abocado a tener que elevar una cuestión prejudicial al TJUE mediante Auto de 8 de febrero de 2017, planteándole precisamente el alcance que debe tener esa nulidad y si es posible salvar sus efectos más radicales mediante la interpretación flexible e integradora que ha postulado el Alto Tribunal, atendiendo a la aplicación que de la cláusula se ha hecho en el caso concreto, y para evitar mayores perjuicios al propio deudor-consumidor.

En cualquier caso, a la espera de que se resuelva definitivamente dicha cuestión, que tiene paralizadas la mayor parte de los recursos interpuestos en sede de ejecución hipotecaria con fundamento en dicha cláusula, lo cierto es que los acreedores han empezado a acudir masivamente a otras vías alternativas para tratar de hacer valer la garantía hipotecaria, de manera que lo que hasta ahora era la excepción, ha pasado hoy en día a convertirse en la regla general. Ocurriendo además que en el probable caso de que el TJUE rechace definitivamente la interpretación «flexible» postulada por el TS, esas vías alternativas pasarán a consolidarse como principales frente al procedimiento especial de ejecución hipotecaria del Capítulo V, que quedaría así como un procedimiento residual al que acudir cuando la parte demandada no tenga la condición de consumidor y no se ejecute su vivienda habitual. O bien se aplicará ya a las nuevas hipotecas que se constituyan con la cláusula adaptada a la reforma de la normativa hipotecaria que se está impulsando por el Gobierno en estos

momentos.

El problema radica en que la ejecución a través de esas vías alternativas no cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con una regulación legal clara y homogénea, sobre todo en la LEC, siendo de gran relevancia los problemas interpretativos que se están suscitando y que tendrán que ir aclarándose definitivamente a nivel jurisprudencial y registral. No obstante, hasta que se produzca una reforma legal que arroje luz sobre el tema o se consoliden esos criterios hermenéuticos ofrecidos a nivel jurisprudencial y registral, es evidente que urge dar respuesta por los operadores jurídicos afectados porque el sistema no puede detenerse y los asuntos se siguen presentando ante los Tribunales.

II. Análisis de las alternativas existentes: principales aspectos controvertidos

Expuesto el panorama que presenta actualmente el procedimiento especial de ejecución hipotecaria y que hace inviable acudir al mismo para la mayor parte de los préstamos hipotecarios al afectar éstos a consumidores (y vivienda habitual) procede entrar en el análisis de las alternativas con que cuenta el acreedor hipotecario para realizar su crédito, que serían las siguientes:

1. Ejecución hipotecaria sin aplicar la cláusula de vencimiento anticipado reclamando únicamente las cantidades vencidas y no satisfechas

A) Supuesto

La primera opción que le cabe al acreedor sería seguir acudiendo al procedimiento especial de ejecución hipotecaria del Capítulo V de la LEC, arts. 681 y siguientes, pero sin aplicar la cláusula de vencimiento anticipado, esto es, sin declarar vencida la deuda y reclamando únicamente las cuotas efectivamente impagadas hasta el momento de la práctica de la liquidación fehaciente de deuda prevista en el art. 573 de la LEC.

En principio este supuesto no tendría que dar lugar a la nulidad del procedimiento, porque si bien es cierto que el préstamo hipotecario sigue conteniendo entre su articulado la cláusula de vencimiento anticipado abstractamente viciada de nulidad, lo cierto es que no se habría procedido a su aplicación en el caso concreto, por lo que el procedimiento no se vería afectado por dicha cláusula y sería válido, como expresamente ha venido a reconocer la jurisprudencia. En este sentido puede citarse a manera de ejemplo el Auto n.º 618/17 de 15 de mayo de 2017 de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, Roj: AAP V 1599/2017 - ECLI:ES:APV:2017:1599.ª, Ponente: Salvador Urbino MARTÍNEZ CARRION cuando señala que:

«La declaración de nulidad de una cláusula abusiva, en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, no conlleva necesariamente la nulidad del contrato. Así resulta de lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al disponer que, si bien las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, el contrato sigue siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Y lo mismo resulta del art. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con el epígrafe "Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato", al establecer que "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

Lo que no puede hacer el tribunal es integrar la cláusula declarada abusiva mediante la modificación de su contenido (por todas, STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C 618/10, Banco Español de Crédito, S.A.); pero aquí no se ha hecho eso. Además, según la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-397/11, "el Juez que declare la existencia de una cláusula abusiva deberá cerciorarse de si el

contrato puede subsistir sin esa cláusula y deberá aplicar todas las reglas internas dirigidas a evitar que el consumidor quede vinculado por la misma". Y aquí, suprimida la cláusula de vencimiento anticipado, el contrato de préstamo subsiste y se mantienen las demás obligaciones que del mismo resultan.

... Nada impide al acreedor reclamar las cuotas vencidas e impagadas. Se mantiene el plazo para las cuotas por vencer (al no poder hacer uso de la cláusula de vencimiento anticipado declarada nula), y puede el acreedor reclamar el pago de las obligaciones vencidas y no cumplidas. Así resulta de las normas generales del Código Civil, y en concreto del art. 1125 CC según el cual las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue; obviamente, las cuotas vencidas del préstamo son exigibles desde el día previsto para el vencimiento de cada una de ellas, no así las cuotas que aún no han vencido (ex art. 1127, CC). Y de forma específica, cuando se trata de obligación garantizada con hipoteca, establece el art. 693.1, LEC que "1. Lo dispuesto en este Capítulo (que establece particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignoralos) será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún 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"».

B) Consideraciones sobre su utilización

Este supuesto fue oportunamente analizado en la obra de este mismo grupo de trabajo conjunto de Letrados de la Administración de Justicia y Registradores de la Comunidad Valenciana «LA ADJUDICACIÓN HIPOTECARIA Y SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL», Editorial Tirant Lo Blanch, mayo de 2017, páginas 27 y 28 al señalar lo siguiente: «La reclamación en la demanda puede referirse únicamente al impago de alguno de los plazos que integran la obligación. En este caso será necesario que esa facultad de reclamación por impagos parciales conste así estipulada en la propia escritura y que el pacto haya sido inscrito en el Registro, extremo que deberá comprobarse al despachar la ejecución.

También será posible ampliar dicha demanda a vencimientos posteriores a medida que vayan produciéndose, si bien en tal caso se considera que no sería de aplicación el vencimiento automático del art. 578.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que deberá aplicarse el apartado primero de dicho artículo, de manera que cada nueva ampliación que pida la ejecutante deberá ir acompañada de una nueva liquidación de la nueva deuda vencida conforme al art. 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (notarial), debiendo requerir de pago nuevamente al ejecutado por ese importe ampliado, quien podrá formular oposición independiente frente a esa nueva reclamación.

Finalmente, será de aplicación la previsión del art. 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando señala que "si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuera necesario enajenar el bien hipotecado, y aún 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". Añadiendo el art. 127 de la Ley Hipotecaria que "si el comprador no quisiere 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".

En cualquier caso, sobre esta posibilidad el Auto n.º 27/16 de 19 de enero de 2016 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona ha señalado que, "aunque viable, tropieza con la razón de ser de la institución, que atiende a la venta del bien como fórmula de pago de la deuda en su totalidad"

añadiendo que "lógicamente, si el principal pendiente de pago es elevado y se mantiene la carga hipotecaria, las posibilidades reales de adjudicación van a ser escasas o nulas y probablemente obligarán al acreedor a cesiones no previstas, degradando su posición"».

Por su parte, sobre esta alternativa señala el Auto 92/11 de 18-11-2011 de la Audiencia Provincial de Huelva (número de recurso 273/11, Ponente MÉNDEZ BURGUILLO), lo siguiente:

«El párrafo 1 del art. 693 reproduce casi literalmente el antiguo art. 135 LH, referido a un supuesto de hecho algo ajeno a la realidad contractual de hoy, pero que es necesario reconstruir si se quiere entender el precepto.

La regulación del antiguo juicio sumario hipotecario (y por tanto también la del actual procedimiento de ejecución de bienes hipotecados o pignorados, que sigue a aquélla literalmente en muchas ocasiones) está pensada principalmente para un supuesto de hecho en el que la hipoteca garantiza la devolución de un préstamo cuyo pago debe realizarse aplazado en el tiempo, pero de una sola vez, es decir, con un vencimiento único, llegado el cual, si el deudor no paga, el acreedor tiene derecho a ejecutar la garantía.

Pero lo normal en la contratación de hoy es que el préstamo o crédito tenga un vencimiento periódico y que el deudor deba pagar mensual o trimestralmente cuotas de amortización en las que se incluye parte del principal y los intereses correspondientes. En estos casos, si el deudor deja de pagar una cuota no vence todo el préstamo o todo el crédito, sino sólo la parte correspondiente a la cuota impagada. Aunque en teoría ni siquiera podría ejecutarse la garantía porque la obligación todavía no es exigible íntegramente, es admisible hacerlo si hubo pacto inscrito en tal sentido. Pero sólo son exigibles las deudas vencidas (art. 1125.I CC), y la única obligación vencida es la de la cuota impagada; por lo tanto, con el dinero obtenido en la subasta se satisfará al acreedor únicamente en la cuantía de esa cuota, y la cancelación de la hipoteca ejecutada se circunscribirá únicamente a ella, sin afectar al resto de la hipoteca que garantiza los plazos de la obligación que quedan por cumplir. Esto significa que el rematante adquiere un bien gravado y se subroga en el resto de la hipoteca ejecutada (al igual que ocurre siempre si se trata de una hipoteca de renta, art. 157.III LH).

Naturalmente, es muy posible que el rematante prefiera que no subsista la hipoteca, y para ese caso el art. 127.II LH, que sigue vigente, le permite solicitar que del dinero pagado en la subasta se parte la cantidad correspondiente al importe e intereses de la deuda "para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes".

Este régimen es muy poco funcional: los gastos de la ejecución resultan desproporcionados para que el ejecutante pueda cobrarse únicamente la cuota impagada, las posibilidades de que el deudor actúe de mala fe retrasando el pago y pagando in extremis son inevitables. Esto hace que la reclamación limitada de parte del capital sea muy poco utilizada. Su regulación ha sido recogida por el art. 693.1 LEC, como si fuera el supuesto más habitual, pero su ámbito es casi irrelevante, porque sólo se aplica a falta de pacto de vencimiento anticipado inscrito, y hoy prácticamente todas las hipotecas lo contienen.»

En definitiva, esta alternativa, aunque jurídicamente viable, presenta serios inconvenientes prácticos que dan lugar a que su utilización en la práctica se antoje sumamente residual. Y entre dichos problemas prácticos destaca la concreción de dónde debería consignarse el importe del crédito no vencido y sus intereses por parte del adjudicatario de la finca y quién tendría que hacer los pagos periódicos que prevé el art. 127 de la LH, suscitándose la duda de si tendría que ser en sede judicial o en la propia entidad de crédito ejecutante

El primer caso, consignación en la cuenta judicial del procedimiento en cuestión, parece la interpretación más ajustada al tenor literal del art. 127 de la LH, dado que éste prevé la desaparición de la garantía hipotecaria al quedar sustituida por la garantía que supone el depósito del importe que queda por satisfacer, con los intereses que le correspondan, depósito con el que se pagará al

acreedor al vencimiento de cada uno de los plazos pendientes, y que implica, por tanto, que en cada uno de ellos, alguien distinto al propio acreedor hará entrega a éste de las cantidades procedentes depositadas. Sin embargo, esta interpretación no se ve respaldada por la legislación procesal, que no prevé la posibilidad de mantener abierto el procedimiento para realizar esos pagos periódicos, que carecerían así de todo respaldo procesal, e incluso se ve contradicha por el art. 570 de la LEC, desde el momento en que con la adjudicación del bien y pago de las cantidades reclamadas, el procedimiento en principio debería finalizar al haberse alcanzado la completa satisfacción del crédito del acreedor ejecutante como dispone el citado precepto.

Y el segundo supuesto, que se ingrese en una cuenta de la propia entidad ejecutante, ofrece serias dudas porque no existirían mecanismos para controlar y verificar que el pago se realice en la forma que estipula el precepto legal, esto es, «al vencimiento de los pagos pendientes». Además de que este segundo caso —esto es, que el depósito se haga en la propia acreedora— no parece coherente con el tenor literal del art. 127 de la LH como se ha comentado, porque supondría el pago a la acreedora de todo el importe que queda por satisfacer, junto con sus intereses, de una sola vez y no al vencimiento de cada uno de los plazos pendientes, incluso aunque se articulara alguna forma específica de disposición de las cantidades.

Finalmente, no puede dejar de destacarse la práctica imposibilidad (o al menos gran dificultad) de encontrar un adjudicatario en estos casos. Si se trata del acreedor por falta de postores, la tesis actual de la Dirección General de los Registros y del Notariado que interpreta que si lo debido y reclamado se encuentra por debajo del 70% del valor de tasación (lo que probablemente ocurrirá en estos casos al reclamarse únicamente la parte de deuda vencida y no satisfecha) se deberá adjudicar por todo lo debido pero con el mínimo del 60% de dicho valor, implicaría la adjudicación en estos casos por el 60% del valor de tasación, y la consiguiente consignación por parte del acreedor adjudicatario del exceso respecto a la cantidad reclamada efectivamente vencida y no satisfecha, subsistiendo el resto de préstamo pendiente no vencido cuyas probabilidades de cobro serán escasas. Y en cuanto a los posibles postores, para que pudieran estar interesados tendrían que admitirse posturas por importes pequeños, que cubran sólo lo reclamado, atendiendo a la deuda pendiente que asumen (1) .

2. Ejecución ordinaria o de título no judicial, pero reclamando únicamente la parte de la deuda vencida y no satisfecha

A) Supuesto

Otra opción que se puede plantear el acreedor pasa por acudir a la denominada ejecución ordinaria o de título no judicial (ETNJ) con fundamento en la propia escritura notarial de préstamo hipotecario al tratarse de uno de los títulos que lleva aparejada ejecución conforme a lo previsto en el art. 517 de la LEC.

En realidad esta forma alternativa de realizar la garantía hipotecaria sí que se venía utilizando en algunas ocasiones por las entidades crediticias, incluso mucho antes de haberse suscitado el problema esencial de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, porque supone una fórmula para poder atacar desde el inicio otros bienes y activos integrantes del patrimonio del deudor por la responsabilidad universal adquirida por el mismo al suscribir el préstamo con fundamento en el art. 1911 del Código Civil, lo que podía ser aconsejable en aquellos supuestos en que se sabía de antemano que con la sola realización del bien hipotecado difícilmente se podría cubrir la deuda reclamada. Ello ha dado lugar a que sobre este supuesto sí que exista doctrina jurisprudencia y registral, aunque ello no evita que persistan importantes dudas interpretativas.

a) Tesis contrarias a permitir realizar la finca hipotecada en la ejecución ordinaria (postura minoritaria)

De hecho, existe una determinada línea jurisprudencial que se oponía a la posibilidad de poder realizar el bien hipotecado en la ejecución ordinaria con fundamento en dos argumentos esenciales. Primero, en la posible vulneración de la buena fe procesal consagrada en el art. 247 de la LEC al considerar que en caso de permitir que el bien hipotecado se realizara aplicando las normas del procedimiento de ejecución ordinaria (636 y siguientes) supondría una alteración sustancial del precio del bien hipotecado en perjuicio del deudor, ya que en la práctica, con el avalúo del bien en la forma estipulada por el art. 666 de la LEC se obtendría un valor inferior al pactado convencionalmente en la escritura de constitución de hipoteca, uno de cuyos requisitos legales *sine qua non* es precisamente la necesidad de fijar el precio de tasación del bien para el caso de subasta (682 LEC).

Según esta tesis, el acreedor, manteniendo su derecho a optar por uno u otro cauce procesal, debería sujetarse a las particularidades de cada tipo de ejecución, y en caso de optar por ir directamente a la ejecución ordinaria sin haber impetrado antes la ejecución hipotecaria, perdería la oportunidad de realizar la finca hipotecada en ese mismo procedimiento debiendo conformarse con la posible realización del resto de bienes o activos que integren el patrimonio del deudor. En el bien entendido que no se excluye o prohíbe tal posibilidad de realización del bien hipotecado, sino únicamente que se puede llevar a cabo en la ejecución ordinaria por los efectos perturbadores que ello tendría, de manera que para poder accionar contra dicho bien el acreedor debería desistir de esa ejecución ordinaria y con fundamento en el mismo título (escritura) instar un nuevo procedimiento, en este caso una ejecución hipotecaria, y en éste conseguir la realización del bien hipotecado y consiguiente pago de la cantidad que reste con su producto.

En segundo lugar, se afirma que la posibilidad de realizar el bien hipotecado siguiendo las normas de la ejecución ordinaria puede colisionar precisamente con la regulación prevista para el avalúo del bien, pues si se aplica estrictamente la previsión del art. 666 la LEC para poder sacar el bien a subasta habría que *deducir la propia carga hipotecaria*, pudiendo ello dar lugar a una valoración negativa que impediría sacar el bien a subasta en aplicación del párrafo segundo del citado precepto.

Esta postura negativa se expresa de forma rotunda y con gran claridad en el Auto de la Sección 16.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona 975/13, de 12 de diciembre de 2013 (Recurso 287/2013, Resolución 316/2013, ponente Jordi SEGUÍ PUNTAS, Id. Cendoj: 08019370162013200056) cuando señala lo siguiente:

«QUINTO.- En definitiva, las circunstancias concurrentes permiten afirmar que el banco acreedor ejercita de modo abusivo una facultad procesal con el único propósito de **deburlar la valoración convencional del bien hipotecado** los efectos de la subasta y, con ello, la operatividad del art. 671 LEC.

Un efecto inadmisibles de la pretensión del banco ejecutante dirigida a obtener un embargo sobre unos bienes ya hipotecados y en garantía de la misma deuda, es que en la valoración de los inmuebles para la subasta habría que deducir el importe de las cargas y derechos preferentes por imperativo del art. 666.1 LEC, lo que incluye no solo las cargas hipotecarias de octubre de 2004 y septiembre de 2008 (375.200 # solo por principal) sino también el importe del gravamen hipotecario constituido en septiembre de 2009 (70.000 #), ya que el banco ejecutante persigue la realización de la vivienda de la calle Viladomat en atención al embargo ejecutivo que aquí pretende que se constituya sobre ella no a una de las cargas hipotecarias a que se halla sujeta.

*De ello se sigue no ya que los inmuebles saldrían a subasta por un valor inicial muy inferior al que correspondería de promoverse la realización del bien en atención precisamente a la tercera hipoteca (uno de los rasgos distintivos de la ejecución hipotecaria es precisamente la carencia de fase de avalúo, como resulta del art. 682.2, 1.º LEC), con grave detrimento de la posición del deudor y por extensión del hipotecante, **sino directamente la inviabilidad de esa vía de apremio, como***

determina el art. 666.2 LEC, ya que los inmuebles tendrían un valor neto negativo (el importe de las preferentes cargas hipotecarias prácticamente agota el valor asignado en la tasación de noviembre de 2009).

También es de apreciar que la entidad acreedora persigue afectar a la ejecución bienes de los deudores distintos del gravado a fin de incrementar injustificadamente la onerosidad de la ejecución para estos. Se trata, en resumidas cuentas, de una pretensión ejercitada con fraude procesal, por lo que debe ser rechazada, lo que implica la ratificación de su inadmisión limine litis.»

En el mismo sentido, puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 975/13, Sección 16.ª, de fecha 12/12/13.

También a nivel doctrinal hay alguna opinión contraria destacando la de Joaquín Delgado Ramos, en comentario a la R. 6-9-2017 en <http://regispro.es> considera que no es posible ejecutar una hipoteca por la vía del procedimiento ejecutivo ordinario, al interpretar conjuntamente los arts. 579 y 681 LEC, y 129 y 130 LH. Para él es un «error conceptual muy generalizado: seguir sosteniendo que, tras la vigente LEC, la hipoteca, esto es, la acción hipotecaria, puede ejercitarse en un procedimiento ejecutivo ordinario.

«¿De verdad cabe sostener que la acción hipotecaria puede ejecutarse en un procedimiento ejecutivo ordinario?

En esta resolución, al margen del tema concreto del ínfimo o nulo valor del bien hipotecado, se vuelve a poner de manifiesto un error conceptual muy generalizado: seguir sosteniendo que, tras la vigente LEC, la hipoteca, esto es, la acción hipotecaria, puede ejercitarse en un procedimiento ejecutivo ordinario.

Esa afirmación podría ser ajustada a derecho antes de la actual LEC, pero dejó de serlo con la nueva LEC, y sin embargo, la inercia del pensamiento jurídico tradicional sigue anclada en aquella vieja idea, cuando la verdad es que la acción hipotecaria, definida en los arts. 1876 del Código Civil y 104 de la Ley hipotecaria, como la que se ejercita directamente sobre el bien hipotecado cualquiera que sea su poseedor, (la otra es la acción personal contra el deudor) sólo es posible ejercitarla, desde la nueva LEC, a través del procedimiento especial de ejecución directa, como claramente ordenan tanto el art. 579 como el 681 de la LEC, a los que el art. 129 de la LH añade, como única alternativa para el ejercicio de la acción hipotecaria, el de la venta extrajudicial ante notario. (baste leer, con la mente limpia y sin ataduras con la legislación anterior derogada, la redacción literal de esos tres preceptos, que son clarísimos).

Por todo ello, hablar de ejecutar la hipoteca (o la acción hipotecaria) en un procedimiento ejecutivo ordinario es un contrasentido, no está permitido en la LEC ni en la LH, y no estaría sujeto al límite del art. 130 LH: realmente en tal caso, se trataría de una ejecución "ordinaria" (y no de una ejecución "hipotecaria"), que sólo podría dirigirse contra el deudor al amparo de todo lo contenido en la escritura pública como título ejecutivo, y no sólo de "aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo", y tal ejecución ordinaria no puede dirigirse contra el propietario de la finca que no fuera deudor. Es decir, sería una ejecución que sólo tendría efectos inter partes y no frente a terceros, salvo a partir del momento en que se ordenara y practicara la correspondiente anotación de embargo sobre el inmueble y con la prioridad y rango registral que le otorgue esa anotación.

Por tanto, no estaríamos ante el ejercicio de la acción hipotecaria, que es la que deriva del derecho real de hipoteca, y es siempre una acción real, y sujeta al principio de inscripción constitutiva, sino que estaríamos ante una acción personal para exigir el cumplimiento y satisfacción de un derecho crédito personal del acreedor contra el deudor. Y ocurre que los derechos personales, aunque consten documentados en un título que lleve aparejada ejecución, no son inscribibles en el Registro de la Propiedad, (art. 1 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento).

En conclusión:

—No cabe afirmar, pues sería un contrasentido, que es posible inscribir un derecho de hipoteca sin cumplir lo requisitos necesarios para posibilitar el ejercicio de la acción hipotecaria (que es la que se ejerce directamente contra los bienes hipotecados, y sólo a través de la de ejecución judicial directa o de la venta extrajudicial).

— Y no cabe afirmar que la hipoteca, como tal, es decir, la acción hipotecaria, puede ejercitarse por el procedimiento ejecutivo ordinario, pues ello vulneraría claramente los arts. 579, 681 de la LEC y el art. 129 de la LH, además de servir como vía para eludir el art. 130 LH que plasma en principio esencial de inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca.»

b) Tesis favorables (Postura mayoritaria)

Frente a la postura anterior, puede citarse de nuevo el Auto n.º 618/17 de 15 de mayo de 2017 de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, Roj: AAP V 1599/2017 - ECLI:ES:APV:2017:1599A, Ponente: Salvador Urbino, MARTÍNEZ CARRION cuando señala que:

«Como quiera que el contrato se documenta en escritura pública, las posibilidades que la ley concede al acreedor hipotecario para reclamar la deuda vencida son varias y no se limitan al procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Así lo expuso la STS de 25 de enero de 2006, Pte: Salas Carceller: "siempre en referencia al momento en que se desarrollaron los hechos objeto del presente proceso, el acreedor hipotecario contaba con una serie de opciones procesales entre las que podía elegir, en atención a las circunstancias del caso concreto y en orden a la mejor obtención de su derecho, cuales eran: a) El proceso declarativo ordinario que corresponda conforme a la cuantía de su reclamación, mediante el ejercicio de una pretensión declarativa de condena; opción que no será la normal pues supondría renunciar al medio más rápido que supone el acudir a las vías ejecutivas, dado que cuenta con un título ejecutivo extrajudicial; b) El juicio ejecutivo común u ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues disponía de un título ejecutivo —escritura pública— comprendido en el número 1.º del art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) El llamado procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, siempre que concurrieran los presupuestos exigidos por el art. 130 de la misma; y 4.º) En un aspecto puramente teórico, el procedimiento ejecutivo extrajudicial regulado en el art. 129, II, de la Ley Hipotecaria y en los arts. 234 a 236 del Reglamento, cuya inconstitucionalidad sobrevenida ha sido declarada por esta Sala desde su sentencia de 4 de mayo de 1998. Como señala la doctrina, aun cuando resulta usual que en las escrituras de préstamo hipotecario las partes convengan expresamente que el acreedor pueda usar cualquiera de estos caminos procesales, es lo cierto que tales estipulaciones resultan superfluas, salvo para el hipotético caso del citado procedimiento ejecutivo extrajudicial, ya que la determinación de los posibles caminos procesales a seguir —siempre, claro está, que se cumplan los presupuestos necesarios para ello en cada caso— responde a una fijación legal previa y no depende de la voluntad de las partes ya que se trata de materia no disponible para ellas".

Teniendo en cuenta que esta Sentencia se refiere a la legislación anterior a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que en ella se afirma sigue siendo con las adaptaciones pertinentes (p.ej., el juicio ejecutivo es hoy la ejecución ordinaria de título no judicial, y el procedimiento del art. 131, LH es hoy el procedimiento especial de ejecución hipotecaria).

En el caso presente, el acreedor prestamista cuenta con un título ejecutivo, primera copia de una escritura pública (cfr. art. 517.2.4.ª, LEC), y con base al mismo ha reclamado al deudor por uno de los procedimientos previstos legalmente.»

Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 2252/13, Sección 14.ª, de fecha 30/07/13 señala que:

«El acreedor dispone de dos títulos ejecutivos: la escritura pública que documenta el derecho de

crédito —préstamo— y la escritura pública que constituye la hipoteca, siempre que la misma esté inscrita en el Registro de la Propiedad; el hecho de que ambos negocios jurídicos aparezcan en una sola escritura pública, de préstamo hipotecario, no supone la existencia de un solo título ejecutivo; el acreedor dispone, vencido el préstamo, del título ejecutivo constitutivo de la hipoteca con el que puede ejercitar la acción real hipotecaria contra el bien o los bienes hipotecados, en cuyo caso se estará a las particularidades que, en orden a la ejecución sobre bienes hipotecados, se recogen en el capítulo V, arts. 681 y siguientes, de la Ley de Enjuiciamiento civil, y del título ejecutivo con el que puede instar la acción personal por la vía de la ejecución ordinaria respecto de todos los bienes del deudor. En definitiva, el acreedor con garantía hipotecaria puede optar por ejercitar la acción real contra el bien hipotecado, la personal declarativa o la ejecutiva frente a los obligados por el préstamo escriturado (en este caso, deudor y fiadores solidarios).»

Es decir, según esta tesis, la posibilidad de acudir a la ejecución ordinaria es una opción legítima del acreedor porque para ello le faculta la propia escritura.

La posibilidad de utilizar el procedimiento ejecutivo ordinario para la ejecución de una hipoteca es admitido, a modo de *obiter dicta* en diversas resoluciones de la DGRN: en su FD 11, por la R. 18-2-2014 (BOE 28-3); en su FD 3, por la R. 25-2-2014 (BOE 2-4); en su FD 3, por la R. 17-7-2015 (BOE 24-9); en su FD 2 por la R. 14-12-2015 (BOE 30-12); en su FD 5 por la R. 20-6-2016 (BOE 21-7); en su FD 2 por la R. 1-2-2017 (BOE 22-2); y en su FD 4 por la R. 6-9-2017, BOE 28-9). Fuente: Fichero Inmobiliario Registral. Constancio Villaplana.

Pero admitiendo esa posibilidad a nivel teórico, se mantiene las dudas sobre cómo y en qué condiciones se realizaría el bien hipotecado en tal caso.

B) Consideraciones sobre su utilización

a) De nuevo el problema de la eventual nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado

Ahora bien, en la actualidad la posibilidad de acudir a esta alternativa también se ha visto sumamente limitada y restringida porque tampoco podría aplicarse la cláusula de vencimiento anticipado, ya que ello supondría aplicar una cláusula abusiva y, por ende, nula, que conllevaría el archivo del propio procedimiento al constituir su fundamento o soporte, circunstancia apreciable de oficio por el propio Tribunal al amparo del art. 552 de la LEC o bien por vía de oposición a la ejecución formulada por el demandado.

En este sentido puede citarse a manera de ejemplo el Auto n.º 79/17 de 31-7-2017 de la Audiencia Provincial de León, Recurso 201/17, ponente Antonio MUÑIZ DIEZ, que lo razona de la siguiente forma:

«La cuestión realmente controvertida en este momento es la decisión sobre las consecuencias de esta declaración de abusividad en los supuestos de procedimientos de ejecución de una póliza de préstamo personal para consumidores, como el que nos ocupa. El Tribunal Supremo, en estos casos, ha mantenido un régimen de ineficacia de la cláusula de vencimiento anticipado declarada nula que no tiene incidencia en el sobreseimiento del procedimiento de ejecución de la garantía hipotecaria. Esta es la decisión jurisprudencial que se encuentra en cuestión por el propio Tribunal Supremo que ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE. En estos supuestos de Ejecuciones Hipotecarias este Tribunal ha decidido paralizar y suspender el procedimiento, en espera de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siguiendo el criterio del propio TS. Pero la conclusión en este caso, una vez declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, ha de ser diferente pues no se dan en este caso los beneficios o ventajas que la regulación del proceso especial de ejecución hipotecaria contempla, cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual del deudor consumidor, para proteger la conservación de dicha vivienda, o por lo menos, que su enajenación sea menos gravosa para el deudor, que no se contienen en la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en el juicio declarativo, que son las razones que, según expone el Auto de 8 de febrero de 2017, han llevado al

Tribunal Supremo a plantear la petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Si es abusiva una cláusula de vencimiento anticipado, no se puede fundar en ella la posibilidad de vencer la totalidad del préstamo y entonces deberá analizarse si procede entender admisible el vencimiento anticipado declarado unilateralmente por el prestamista por incumplimiento grave y esencial de las obligaciones del contrato cuando no se contemple tal potestad resolutoria en el contrato. La respuesta a tal cuestión necesariamente ha de ser negativa: el prestamista no puede dar por vencido unilateralmente un contrato de préstamo si no está pactada, a su favor, la potestad de resolución unilateral del contrato; debe solicitar la resolución judicial para dar por vencido anticipadamente el contrato, como así se prevé en el art. 1124 del Código Civil. La potestad de resolver unilateralmente un contrato sólo es admisible en virtud de pacto, que no existe en este caso al haber sido declarada abusiva la cláusula que la contemplaba en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas; sin que la mera invocación del incumplimiento, aunque sea grave y esencial, otorgue la potestad de resolución unilateral por parte del prestamista.

En consecuencia, hemos de confirmar la decisión de declarar la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en la estipulación décimo tercera de la póliza y en su virtud el sobreseimiento provisional y archivo de la ejecución. Sin perjuicio de que la parte pueda instar la resolución anticipada del contrato en el juicio declarativo correspondiente.»

Por lo tanto, la única posibilidad que cabe en la actualidad para acudir a estos supuestos sería reclamar únicamente las cantidades efectivamente vencidas y no satisfechas, con sucesivas ampliaciones de la ejecución por las nuevas cuotas que fuesen venciendo y no resulten abonadas. Siendo que respecto a esta forma de actuar puede predicarse lo mismo que se indicaba en el apartado anterior sobre los requisitos que debe cumplir esa eventual ampliación de la ejecución, que requerirá de la presentación de una nueva liquidación fehaciente de la deuda en la forma prevista en el art. 573 de la LEC y notificación al deudor para que pueda oponerse a cada ampliación concreta por las causas legalmente previstas (556 y siguientes de la LEC)

Ahora bien, quedando limitada en dichos términos la posibilidad de acudir a este procedimiento para lograr el cobro de la deuda, y dejando a un lado la tesis minoritaria contraria a la realización del bien hipotecado en una ejecución ordinaria, subsiste el problema de cómo se realizaría la garantía hipotecaria en este caso para lograr ese pago en el supuesto de que el demandado carezca de bienes de más fácil realización.

b) Necesidad o no de acordar el embargo

No cabe duda de que una de las principales cuestiones que se plantea en este supuesto es si resulta o no necesario acordar el embargo para poder realizar el bien hipotecado en la ejecución ordinaria, existiendo varias posturas al respecto.

a') Primera postura: considerar improcedente en todo caso el embargo

El primer problema que puede suscitarse es si sería admisible que el procedimiento se dirija en todo caso frente al bien hipotecado aplicando los preceptos generales de la LEC y concretamente el juego combinado de dos preceptos: el art. 592 cuando establece la prelación del embargo, señalando como principio general de que los bienes se realizarán «procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado». Y el art. 584 al tratar la suficiencia del embargo cuando señala que «no se embargarán bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución, salvo que en el patrimonio del ejecutado sólo existieren bienes de valor superior a esos conceptos y la afección de dichos bienes resultare necesaria a los fines de la ejecución».

La aplicación conjunta de estos preceptos puede conllevar que en el caso concreto se llegue a

denegar el apremio frente al bien o bienes hipotecados cuando haya otros activos en el patrimonio del deudor, de más fácil realización, con los que satisfacer el crédito reclamado.

b') Segunda postura: considerar innecesario el embargo

Otra postura pasa por **considerar innecesario el embargo el bien hipotecado en la ejecución ordinaria** derivada de la misma escritura de constitución de hipoteca. Así se expresa el Auto 195/2007 de 5 de noviembre de 2007 de la Sección 1.ª Audiencia Provincial de Valladolid (recurso 418/2007, Ponente ALONSO-MAÑERO PARDA, José Ramón) cuando razona de la siguiente manera:

«SEGUNDO.- El recurso de apelación que se interpone por la entidad bancaria apelante debe ser estimado por esta Sala. De las actuaciones se constata que la entidad actora-apelante en su demanda ejecutiva ejercita la acción personal que le asiste para exigir el crédito garantizado con hipoteca derivado de la escritura pública de préstamo hipotecario obrante en los autos, y que dicha acción se ejercita por la entidad actora excluyendo voluntariamente el procedimiento especial de ejecución hipotecaria regulado en los arts. 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, posibilidad ésta autorizada por el texto legal procesal, en atención a que la ejecución se dirige no solo contra el bien hipotecado sino contra todos los bienes de los deudores.

*La cuestión está en que el Juez de Instancia entiende que los preceptos reguladores del procedimiento especial diseñado en los arts. 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil **no son de aplicación** cuando el procedimiento utilizado es, como aquí acontece, el común u ordinario previsto en el mismo texto legal. Sin embargo, debe señalarse que si bien el procedimiento especial al que se hace mención solo es aplicable, tal y como indica el art. 682.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda, nada impide que cuando además del bien gravado con la prenda o hipoteca se persigan otros bienes por el cauce del procedimiento común, **le sean de aplicación en la medida de lo posible a esta ejecución las normas recogidas en el capítulo destinado al procedimiento especial, siempre y cuando dicha ejecución se siga respecto de los bienes hipotecados.** Así acontece en lo relativo a la emisión de la certificación de dominio y cargas que solicita la entidad ejecutante y no autoriza el Juez de Instancia con fundamento en que el precepto solo rige en el procedimiento especial, cuando lo cierto es que ningún óbice procesal impide que en la persecución de los bienes hipotecados, como aquí acontece, aún por la vía del procedimiento de ejecución ordinario o común, pueda reclamarse del Registro de la Propiedad la certificación del art. 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no es sino la del art. 656 del mismo texto legal referida al procedimiento de apremio.*

*La controversia que subyace en este recurso es la relativa **así es necesaria la afección por medio de embargo del bien sujeto a ejecución ordinaria o común cuando éste está ya hipotecado y el crédito garantizado con dicha hipoteca** es el que se ejecuta. El Juez de Instancia así lo entiende, y de dicha convicción resulta su negativa a reclamar la certificación de dominio y cargas de un bien que no ha sido embargado a resultados del procedimiento. Esta Sala por el contrario se inclina en el sentido expuesto por numerosa doctrina que **entiende innecesario y a menudo perturbador el embargo de la finca ya hipotecada y afecta a determinadas responsabilidades, pues ante la existencia de la afección que la hipoteca publica "erga omnes", no añade ninguna garantía más el embargo, ni su anotación preventiva, sino que al contrario, si se traba el embargo y del mandamiento de anotación no se desprende claramente que se está ejecutando un crédito hipotecario podrían producirse importantes disfunciones cuando se dicta el auto de adjudicación y se pretenden cancelar la hipoteca finalmente ejecutada y todas las cargas posteriores.**»*

En esta misma línea la Audiencia Provincial de Madrid, en el auto de la sección 21.ª de 28 de abril de 1998 establece que:

«...tratándose del bien especialmente hipotecado, no procede su embargo y consiguiente anotación en el Registro de la Propiedad, **debiendo procederse directamente a la vía de apremio con la oportuna expedición al Registro de la Propiedad de un mandamiento para que libre y remita al Juzgado la certificación de cargas y gravámenes..**El Registrador hará constar, **por nota al margen** de la correspondiente inscripción de hipoteca, que ha expedido la certificación de cargas por nota al margen de la correspondiente inscripción de hipoteca.»

Según esta postura el embargo del bien previamente hipotecado no añadiría nada a la hipoteca que se ejecuta, salvo confusión. Y ello porque la protección al acreedor hipotecario ya se deriva, *erga omnes*, de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, no añadiendo ninguna protección nueva o adicional un eventual embargo. Más bien al contrario, el embargo, de permitirlo las normas registrales, constituiría una nueva inscripción sobre la finca que, en el caso de no existir cargas posteriores a la hipoteca, no añadiría nada, pero, en el caso de existir acreedores posteriores a la hipoteca, pero anteriores al embargo, crearía confusión y conflicto en relación a la preferencia de dichos acreedores (2) .

Ahora bien, aun admitiendo que no sea necesario acordar formalmente el embargo, no cabe duda de que la expedición del mandamiento, la certificación registral y su nota marginal sí permitirán dar a conocer al Juzgado, a través de la certificación que se le remite, la existencia o inexistencia de titulares inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca y adaptar el procedimiento a tal situación registral. Y, por otro lado, dar a conocer a terceros que accedan al registro el estado de ejecución judicial de la hipoteca.

Por lo tanto, se llega a la conclusión de que considerar innecesario el embargo no significa que sea innecesaria en todo caso la constancia registral de la ejecución de la hipoteca inscrita, sino todo lo contrario, pues resulta absolutamente necesaria, a cuyo efecto deberá hacerse constar así expresamente en el mandamiento expedido al Registro y en la nota marginal que se extienda.

c') Tercera postura: considerar necesario el embargo en todo caso

Finalmente está la postura que entiende que sí sería necesario acordar en todo caso el embargo, aunque se esté realizando la hipoteca. Sobre esta posibilidad se ha pronunciado expresamente la DGRN en su Resolución de la DGRN de 14 de diciembre de 2015 (3) en los siguientes términos:

«4. Siguiéndose el procedimiento de ejecución ordinaria y no el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados (arts. 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) son indudables las diferencias existentes entre ambos. Baste señalar al respecto, que mientras en el procedimiento de ejecución ordinaria deben cumplirse trámites tan esenciales como el del embargo (cfr. arts. 584 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la valoración de los bienes embargados (cfr. art. 637 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados, como se deduce del art. 579 por su remisión a los arts. 681 y siguientes, dichos trámites no son precisos.

Respecto a la **necesidad de practicar embargo** cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el art. 127 de la Ley Hipotecaria cuando en relación a los terceros poseedores se establece que «cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes...». Este mismo criterio ha sido defendido por esta Dirección General en Resoluciones de 10 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999.

Como resulta de la Resolución de 10 de diciembre de 1997 si entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria **resultan cargas intermedias** su cancelación devendría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo

afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos.

Para evitar estos efectos tan distorsionadores, como dijera la misma Resolución, **resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización.** Así lo consideró igualmente la Resolución de 23 de julio de 1999 que afirmó la necesidad de **hacer constar por nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo por la que publicaba la ejecución por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario.** Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta que **esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango** en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria.

5. En el supuesto que da lugar al presente expediente, el actor, ante el impago por la parte deudora de la obligación garantizada, decide ejercitar su acción personal por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario y perseguir otros bienes para resarcirse de la deuda. Ante su insuficiencia, ejercita su acción real contra el bien hipotecado dentro del mismo procedimiento ordinario a lo que accede el Juzgado ordenando al registrador la expedición de la certificación prevista en el art. 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil advirtiéndolo de forma expresa en el mandamiento que se está ejecutando la hipoteca inscrita a cuyo margen debe hacer constar la expedición de la certificación.

A la luz de las consideraciones anteriores el recurso debe ser desestimado pues como ha quedado suficientemente motivado, ejercitada la acción de ejecución de la hipoteca inscrita por la vía del procedimiento ejecutivo ordinario debe exigirse, para poder extender la nota marginal prevista en el art. 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la previa anotación de embargo sobre el bien ejecutado. Así lo impone el art. 143 del Reglamento Hipotecario, cuando determina que "...no procederá la extensión de esta nota si antes no se ha hecho la anotación preventiva del embargo correspondiente".»

De esta resolución (4) se pueden sacar dos conclusiones esenciales:

- 1.º En la ejecución ordinaria será necesario en todo caso acordar el embargo ejecutivo del bien hipotecado, si bien en el mandamiento deberá hacerse constar expresamente que se está ejecutando la hipoteca, lo que deberá tener el oportuno reflejo en la nota marginal que debe extender el Registrador al expedir el certificado de dominio y cargas del art. 656 de la LEC.
- 2.º Al adjudicar la finca, el ejecutante sólo tendrá prioridad por las cantidades fijadas como responsabilidad hipotecaria, por el resto, se anteponen las cargas intermedias, por ejemplo, otros embargos que se hayan practicado hasta el nuevo embargo decretado en la ejecución ordinaria.

Esta doctrina de la DGRN es acogida en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 470/17, Sección 14.ª, de fecha 27/01/17:

En la línea de esta Resolución se encuentra la postura que defiende la **necesidad de embargar en todo caso** el bien hipotecado si se quiere realizar en una ejecución ordinaria, pues precisamente para poder acometer su realización debe constar anotado tal embargo, constituyendo esta anotación —y no la inscripción de hipoteca— el fundamento o base para enajenación forzosa del inmueble. Pues, en definitiva, no deja de estarse en una ejecución ordinaria a la que no son de aplicación directa las especialidades del Capítulo V, porque de lo contrario se produciría una confusión entre ambos tipos de ejecuciones.

Y es que esta postura parte de considerar que si el acreedor ha optado por la ejecución ordinaria debe sujetarse en todo caso a las normas previstas y establecidas para este tipo de procedimientos, de manera que incluso podría perder la prioridad registral frente a los acreedores posteriores a la hipoteca, pero anteriores a la anotación de embargo del bien practicado a su instancia. Este punto de

vista es consecuente con la idea de entender que no cabe la posibilidad de acumular la acción ejecutiva hipotecaria y la ordinaria, y que cada tipo de procedimiento se ha de regir estrictamente por su propia normativa. Si el acreedor que goza a su favor de la hipoteca pretende realizar el bien en la ejecución ordinaria debe asumir los riesgos que entraña su decisión. Si no, siempre puede desistir de la ejecución ordinaria y acudir directamente a la ejecución hipotecaria para ejecutar dicha garantía real que tiene inscrita en el Registro de la Propiedad a su favor. Pero la LEC no ampara que se puedan mezclar ambos tipos de procedimientos, a diferencia de lo que sucedía con su predecesora de 1881 (pues como indica el Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 30 de diciembre de 2011: *La LEC anterior a la vigente permitía ejercitar en el juicio ejecutivo la acción personal y la hipotecaria, como resultaba del art 1.447 al establecer el embargo sobre bienes hipotecados (así también resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 3-2-1.992, 10-12-1997, 26-7-1999 que expresamente indican que es posible la acumulación, si bien con particularidades a efectos de publicidad sobre la ejecución forzosa del bien hipotecado).*

En este sentido, como describe la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1.ª) número 25/2002 de 21 enero:

«La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 1997, citada por el propio recurrente, sentó interesante doctrina al respecto al decir, resumidamente, que **para que los terceros que en principio no se deberían ver afectados por el embargo y su posterior ejecución —esto es, los anotantes intermedios entre la inscripción de la hipoteca y la anotación del embargo que se ejecuta—, vean cancelada su anotación tras la venta o adjudicación del inmueble, es preciso que desde el principio del procedimiento ejecutivo se advierta que se está haciendo valer la garantía hipotecaria preferente**, es decir, el ejercicio simultáneo de ambas acciones real y personal, a fin de que esos **acreedores anotantes puedan ser convenientemente instruidos de sus derechos y conozcan la verdadera preferencia del crédito del actor sobre el bien a ejecutar** y, consiguientemente, las responsabilidades que seguirán pesando sobre el inmueble, lo que es igualmente importante que se haga público en los momentos pertinentes de la ejecución, pues de otro modo **los postores pueden ser inducidos a error sobre el verdadero valor del inmueble y sobre las responsabilidades que habrán de subsistir** con el consiguiente perjuicio incluso del ejecutado, que vería disminuido el precio del remate por el descuento por los postores de créditos como subsistentes aunque en abstracto deberían ser cancelados, pero que de serlo producirían tales distorsiones en el precio. Por todo ello, la Dirección General entendió que **para la cancelación de las anotaciones de embargo posteriores a la hipoteca pero anteriores al embargo ejecutado es preciso acreditar que el afectado y titular de esa anotación supo desde el inicio de la ejecución que en ésta se estaba haciendo valer la hipoteca preferente a sus derechos y que por tanto comportaría la extinción de su anotación, y que de los autos y de la publicidad de la subasta resulte claramente que se estaba ejecutando la hipoteca**. En definitiva, que no basta constatar que en el juicio ejecutivo se ha seguido la vía de apremio contra el bien hipotecado, sino que es preciso que conste y sea público que tal vía se siguió, además, como realización del derecho real de garantía y haciendo valer la preferencia propia de dicha hipoteca y no simplemente la que derivaría del embargo.»

En definitiva, con la vigente normativa no queda claro si es necesario o no acordar el embargo, pero sí parece indudable que en todo caso en el mandamiento dirigido al Registro deberá hacerse constar que se está ejecutando la garantía hipotecaria, de lo que quedará constancia en la nota marginal al expedirse el certificado de dominio y cargas (5) .

c) El problema del avalúo del bien

Otra duda relevante que se plantea en estos supuestos es la relativa al avalúo del bien y la fijación del tipo para subasta, y concretamente si ese valor será el que se pactó en la propia escritura de

hipoteca de conformidad con lo dispuesto en el art. 682 de la LEC, o si habrá que aplicar las normas generales de la ejecución, procediendo a realizar una valoración del bien por un perito judicial conforme dispone el art. 637 y siguientes de la LEC, con deducción de las cargas previas y preferentes en la forma indicada por el art. 666 de la LEC.

Sobre esta cuestión puede citarse el Auto n.º 465/16 de 2 de noviembre de 2016 de la sección 1.ª de la AP de Almería, Ponente: Juan Antonio LOZANO LÓPEZ, cuando señala:

«En este sentido, el Tribunal Supremo ha entendido que la hipoteca confiere al acreedor, de manera directa, un poder de realización sobre los bienes hipotecados para la satisfacción del crédito que garantizaban, cualquiera que sea el poseedor de los mismos, y establecen también el efecto "erga omnes" que tiene la hipoteca, pues quien fuera el poseedor de ellos queda sujeto al "ius distrahendi" del acreedor, o eficacia ejecutiva sobre las fincas matrices, y en ello se asienta la legitimidad de su adquisición por el acreedor. Dicho procedimiento es 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 (STS 154/2001, de 26 febrero, y las que en ella se citan). Dentro de dicho criterio de certeza se encuentra la liquidación paccionada del bien, mediante la asignación particular de un valor a la finca, y sin necesidad de acudir a la peritación del bien dentro del procedimiento. De seguirse el procedimiento común por falta del presupuesto, la valoración se efectuará intraprocesalmente mediante la utilización del incidente previsto en los arts. 637, 638. 639 y 666 LEC. Por tanto, el requisito tiene previamente un desenvolvimiento registral antes que procesal.»

Ahora bien, como se indicó más arriba, la aplicación de las normas propias de la ejecución ordinaria en ese supuesto puede generar una serie de distorsiones si se aplican de manera literal, ya que, por ejemplo, podría obtenerse un valor negativo del bien si se considera como carga la propia hipoteca inscrita y ésta es superior al nuevo valor obtenido con la pericial practicada. Y, por otro lado, ello podría chocar con la buena fe procesal al obtenerse un valor del bien muy inferior al que se pactó entre acreedor y deudor en la propia escritura. Para intentar solucionar esta situación pueden adoptarse o seguirse dos posturas:

a') Primera postura: estar directamente al valor pactado en al escritura

Esta postura parte de que el propio art. 637 de la LEC señala que «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», por lo que se estima que lo más práctico en estos supuestos es utilizar el precio pactado o convenido en la propia escritura conforme al 682 de la LEC, entendiéndolo como «acuerdo» sobre el valor del bien alcanzado en su momento. Con ello se resuelven de raíz los problemas antes indicados al no ser necesario practicar la liquidación de cargas del art. 666 de la LEC.

b') Segunda postura: estar al valor pactado en la escritura, pero confiriendo previo traslado al ejecutado, aunque no esté personado

Según esta interpretación para poder estar al precio pactado en la escritura sería necesario conferir un traslado previo al demandado, aunque no esté personado, a fin y efecto de que se ratifique en dicho valor en el seno de la nueva ejecución ordinaria, lo que parece aconsejable porque no es descartable que el mismo pudiera mostrar su oposición expresa, lo que exigiría, entonces sí, la práctica del avalúo del bien por un perito judicial.

Es decir, que no podría «presumirse» su conformidad por el hecho de haber aceptado la valoración en la escritura de ejecución hipotecaria, sino que sería necesario que en el procedimiento concreto de ejecución ordinaria constara expresamente esa anuencia, dados los importantes efectos que de la misma se derivan para el deudor. Trámite que, por lo demás, podría verificarse con la propia

notificación del despacho de la ejecución, suministrando en tal momento una información clara a la parte demandada sobre dicho extremo.

Sobre esta cuestión puede consultarse el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 4548/17, Sección 17.^a de fecha 29/06/17:

*«En el presente supuesto la parte recurrente interpuso demanda de ejecución de título no judicial respecto a préstamo hipotecario, solicitando embargo, entre otros, de la finca ofrecida en garantía hipotecaria. **En la certificación del Registro de la Propiedad consta que dicha finca estaba gravada con hipoteca derivada del mismo préstamo hipotecario objeto de la ejecución instada,** habiendo sido tasada la finca por importe de 314.619'75 euros.*

Mediante diligencia de ordenación de 26 de junio de 2014 se acordó hacer efectivo el embargo sobre la referida finca, lo que así fue anotado en el Registro de la Propiedad. La parte ejecutante solicitó que se designase perito tasador para el avalúo de la finca embargada.

El 18 de mayo de 2015 se emitió informe pericial de tasación de la finca que fue valorada en 75.578'64 euros.

El 26 de noviembre de 2015 la parte ejecutante interesó la subasta de la finca embargada, y mediante diligencia de ordenación de 21 de abril de 2016 se acordó requerir a la sociedad ejecutante para que manifestase si subsistía el crédito por el que se había inscrito la hipoteca sobre la finca. Frente a la diligencia de ordenación se interpuso recurso de reposición alegando que no se trataba de una carga diferente ni preferente a la reclamada en la ejecución, sino que se trataba del mismo crédito.

*El 3 de junio de 2016 **se dictó decreto por el que se desestimó el recurso de reposición por cuanto el ejecutante había optado por la ejecución ordinaria para reclamar su crédito, y no había solicitado que al practicar la anotación de embargo se advirtiese que el crédito que lo motivaba era el garantizado con la hipoteca inscrita.*** Además, la finca hipotecada se había tasado en 314.619'75 euros para el supuesto de ejecución, y al haber solicitado la parte tasación pericial al amparo del art. 666 LEC se fijó un importe de 75.578'64 euros, por lo que no cabía pretender que el art. 666 LEC se aplicase parcialmente. El 8 de junio de 2016 **la parte ejecutante interesó que se librase mandamiento al Registro de la Propiedad para hacer constar que el crédito que motivaba el procedimiento de ejecución era el garantizado con la hipoteca. El escrito no fue proveído al acordarse por decreto de 30 de junio de 2016 la suspensión de la ejecución,** siendo dicho decreto el que fue objeto del recurso de revisión. Por tanto, **es cierto que el bien inmueble embargado en la ejecución es un bien que fue hipotecado para garantizar el mismo crédito que es objeto de ejecución.**

En la escritura de préstamo hipotecario la finca fue tasada por las partes por importe de 314.619'75 euros para el supuesto de ejecución, tanto judicial como extrajudicial.

La parte ejecutante optó por no acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria e instar la ejecución por la vía de la ejecución de título no judicial, y solicitó la tasación de la finca, lo que así fue acordado nombrándose perito judicial que tasó la finca en 75.578'64 euros. No obstante, no se tuvo presente que el art. 637 LEC dispone que "Si los bienes embargados no fueren de aquéllos a que se refieren los arts. 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".

Al acordarse la tasación por perito judicial se obvió que las partes ya se habían puesto de acuerdo sobre el valor del bien previamente a la ejecución, fijándose en la escritura de préstamo hipotecario un valor de tasación que debía respetarse para el supuesto de la ejecución, tanto judicial como extrajudicial.

El error en que se incurrió no pudo ser denunciado por la parte ejecutada, que es a la que

efectivamente se causaba indefensión al alterarse el valor de tasación, dado que la misma no se había personado en el procedimiento.

*No cabe en esta alzada pronunciarse sobre la posible nulidad de la diligencia de ordenación de 6 de marzo de 2015 por la que se acuerda la designación de perito para el avalúo de la finca, por cuanto así lo impide el art. 227.2, segundo párrafo LEC, sin perjuicio de que **el órgano judicial de instancia pueda conforme se prevé en el primer párrafo del art. 227.2 LEC declarar la nulidad de la designación de perito, acordando que deba estarse al valor de tasación fijado en la escritura de préstamo hipotecario.***

*Dicho esto y por lo que se refiere al objeto del recurso de apelación resulta que si bien el art. 666 LEC establece que los bienes saldrán a subasta por el valor resultante de deducir de su avalúo las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiese despachado ejecución, lo cierto es que **en el presente supuesto la ejecución de título no judicial se sigue por la misma carga que consta inscrita en el Registro de la Propiedad, esto es, la deuda derivada de la constitución de préstamo garantizado por hipoteca, por lo que no puede compartirse el criterio del órgano judicial respecto a que al valor del bien a subastar haya de restar el mismo gravamen que es el que motiva la ejecución, puesto que si pese haberse constituido préstamo garantizado con hipoteca se permite al acreedor acudir bien a la ejecución hipotecaria, bien a la ejecución de título no judicial, no puede frustrarse esta segunda cuando se trate de realizar el bien inmueble que fue a su vez objeto de hipoteca restando de su valor de tasación la carga inscrita en el Registro de la Propiedad referida al mismo préstamo hipotecario.***»

En definitiva, este es otro punto que queda abierto con la vigente normativa, por lo que puede dar lugar a prácticas diversas por los Tribunales.

3. Juicio declarativo y posterior ejecución de título judicial

A) Supuesto

La otra gran alternativa con que cuenta el acreedor hipotecario para poder realizar la hipoteca y lograr el cobro de su deuda pasa por acudir al procedimiento declarativo que corresponda por razón de la cuantía, incluso el monitorio, en reclamación de las cuotas vencidas y no satisfechas

Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 5581/17, Sección 14.^a, de fecha 26/07/17 señala que:

*«Nada impide al acreedor, sin perjuicio de eventual oposición de los deudores, acudir al juicio monitorio sustentando la reclamación en un escritura de préstamo hipotecario, pues permitiendo la Ley la creación unilateral de documentos utilizados habitualmente en el tráfico para fundamentar la acción reclamatoria del acreedor, igualmente, se debe admitir una escritura pública que documenta un préstamo hipotecario basando la reclamación en el **impago de cuotas hipotecarias vencidas y no satisfechas**, documentadas con los extractos bancarios adjuntados con la reclamación.»*

En realidad, esta vía, que era absolutamente excepcional y casi de laboratorio antes del problema suscitado con la cláusula de vencimiento anticipado, ha pasado a ser hoy en día la alternativa principal a la que están acudiendo las entidades bancarias para lograr el cobro íntegro de los préstamos concedidos interesando se declare vencida anticipadamente la obligación de devolución de la suma prestada, pero no con fundamento en la «cláusula de vencimiento anticipado» incluida en la escritura de préstamo hipotecario, sino por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1129 Código Civil respecto a la pérdida del plazo y art. 1.124 del Código Civil respecto al incumplimiento de las obligaciones.

La aplicación de dichos preceptos a este tipo de supuestos ha sido recordada por la STS 23 de diciembre de 2015 al tratar de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado pactada en las

escrituras de préstamo hipotecario con consumidores. Recuerda el Pleno del TS que:

«... En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento.»

Y en el Auto de 8 de febrero de 2017 elevando la cuestión prejudicial al TJUE el Alto Tribunal ha recordado que:

«8. Pese a las ventajas que el proceso ejecutivo especial otorga al deudor, los bancos siguen acudiendo masivamente a él antes que optar por el proceso declarativo, porque es más rápido y les libera de tener que provisionar el crédito fallido durante un largo tiempo. Pero los perjuicios que para los bancos supone acudir al declarativo no se traducen en ventajas de un valor equivalente para el consumidor que es deudor en ese caso concreto, y además encarece el crédito, con perjuicio para los consumidores en general.

9. Es más, en el ordenamiento jurídico español, el derecho de hipoteca no atribuye a su titular únicamente la facultad de promover la enajenación forzosa del bien hipotecado a través de un procedimiento especial de ejecución, sino que le atribuye también un derecho de preferencia sobre el mismo bien (arts. 1923 y 1927 del Código Civil) y un derecho de ejecución separada en caso de concurso (insolvencia judicialmente declarada) del deudor. Es decir, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario, sino que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 del Código Civil).»

En definitiva, esta forma de proceder, que ya está siendo ampliamente utilizada por las entidades de crédito, supone dar un rodeo para obtener el resultado, ya que la reclamación se articula en dos pasos, uno inicial en el proceso declarativo para obtener la sentencia de condena, y otro ulterior ejecutando dicho pronunciamiento jurisprudencial.

En esta línea favorable a poder acudir al declarativo pueden citarse las siguientes resoluciones:

a) Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1.ª de fecha 15/06/17, que señala lo siguiente:

«Argumentamos ya in extenso en nuestro Auto de Pleno de 30 de octubre de 2015 las diversas posibilidades que se abrían para deducir los efectos de esta declaración de nulidad en el marco de la ejecución hipotecaria, justificando el sobreseimiento del proceso de ejecución con los siguientes argumentos:

1.º La inclusión de la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria parte de la idea de que el vencimiento anticipado del crédito lleva aparejado el de la hipoteca que garantiza el mismo. De ahí que el art. 693.1 LEC exija que el pacto de vencimiento anticipado se haga constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente, ya que afecta de forma inmediata a la garantía real: cuando se rescinda la operación, el consumidor pasa a adeudar la totalidad del principal pendiente y el prestamista podrá cobrarse la deuda a través de la garantía real, normalmente la finca hipotecada.

Dicho de otra manera, la cláusula de vencimiento anticipado no opera igual en una ejecución ordinaria que en una ejecución hipotecaria, ya que en esta última se actúa la garantía misma. Es verdad que también puede ejecutarse la hipoteca únicamente por las cuotas vencidas, pero no es ése el sentido primigenio de la hipoteca.

2.º En esta línea, cabe destacar que, así como el art. 561.1.3.ª LEC prevé que, cuando se aprecie

el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte "determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas", omitiendo cualquier mención a que constituyan o no fundamento de la ejecución, sin embargo, en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, el art. 695.1.4.ª LEC habla de cláusula contractual que "constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible", y el apartado 3.º del mismo precepto ordena que, en caso de estimarse la oposición por apreciar el carácter abusivo de una cláusula, "se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva".

El hecho de que no se mencione en el art. 561.1. 3.ª y sí en el art. 695.1. 4.ª y 3 párrafo 2.º, apunta a que, en el procedimiento ejecución hipotecaria, la cláusula de vencimiento anticipado sí constituye el fundamento de la ejecución. Obsérvese que, junto con la cláusula que recoge el pacto de liquidación, es la única que podría afectar directamente a la procedencia del a ejecución.

3.º La hipoteca se define como un derecho real de garantía, por el que uno o más bienes quedan afectos al cumplimiento de una determinada obligación; es un derecho de realización de valor, que autoriza al acreedor que no ha cobrado al vencimiento a embargar y vender el inmueble para pagarse con el precio obtenido.

Por su parte, la acción hipotecaria puede ejercitarse, directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V, o mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado (art. 129.1 LH).

En el primer caso, el procedimiento parte de una tasación preexistente y de la inmediata convocatoria de subasta, que tiene por objeto de la venta y adjudicación del bien, para con su importe hacer frente a la deuda garantizada.

Aunque legalmente está prevista la ejecución solo por la parte impagada de la deuda, el presupuesto de partida del procedimiento especial es la reclamación del todo, lo que explica la inclusión de la cláusula de vencimiento anticipado en las escrituras de préstamo como práctica bancaria inveterada.

La reclamación de parte de la deuda a través de este cauce, aunque viable, tropieza con la razón de ser de la institución, que atiende a la venta del bien como fórmula de pago de la deuda en su totalidad.

4.º Desde el punto de vista práctico, no parece factible una sucesión de procedimientos de ejecución hipotecaria para el cobro de las cantidades que van venciendo, y, en todo caso, el postor que participe deberá ofrecer una suma que supere el 50 por ciento del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, ya que, en otro caso, el Secretario judicial puede no aprobar el remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor (cfr. arts. 670 y 671 LEC).

Lógicamente, si el principal pendiente de pago es elevado y se mantiene la carga hipotecaria, las posibilidades reales de adjudicación van a ser escasas o nulas y probablemente obligarán al acreedor a cesiones no previstas, degradando su posición.

5.º En el ámbito estrictamente procesal, el proceso de ejecución hipotecaria exige una pretensión, como afirmación de un interés jurídico frente a otro, al que se pretende imponer el cumplimiento de la obligación que se hubiera despachado la ejecución. La causa o razón de esta pretensión

consiste en los presupuestos fácticos de la norma jurídica cuya actuación es impetrada para obtener los efectos jurídicos postulados. En el caso de autos, la entidad ejecutante invocó como fundamento de pretensión no solo la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y el impago de cinco cuotas mensuales, sino que, de conformidad con la cláusula de vencimiento anticipado, había declarado vencido el préstamo y procedido al cierre, reclamando el saldo deudor que arrojaba.

La cláusula de vencimiento anticipado, en relación con el impago y el cierre de la cuenta, aparecen como elementos sobre los que se articula la pretensión concreta y que configuran la causa de pedir, por lo que, si la citada estipulación se anula y expulsa del contrato, varía la causa de pedir. No se trata de que el tribunal conceda menos de lo que se pide, sino que se da algo distinto, incurriendo en un vicio de incongruencia "extra petita".

En estas condiciones, aun reconociendo que estamos ante una cuestión discutida y llena de matices, la Sala considera que la ponderada valoración crítica de los razonamientos expuestos conduce a estimar que, al menos en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la cláusula de vencimiento anticipado forma parte de la causa de pedir y constituye presupuesto, y, en consecuencia, fundamento de la ejecución, a modo de condición de procedibilidad impropia, por lo que la declaración de nulidad determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria y, lógicamente, el sobreseimiento de la ejecución instada al amparo de la cláusula que se declara nula.

Decisión de sobreseer que no impide un ulterior procedimiento de ejecución ordinaria, al existir un título que lleva aparejada fuerza ejecutiva (art. 517.2.5.º LEC), como tampoco obsta al proceso declarativo que pudiera instarse en reclamación de las cantidades vencidas o, en su caso, del total importe del préstamo al socaire de los arts. 1124 y 1129 CC, en cuyo caso la sentencia estimatoria podría ejecutarse manteniendo la preferencia derivada del derecho real de hipoteca, el cual lógicamente sigue subsistente.

Profundizando en este último punto, cumple resaltar que el hecho de que la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado determine el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria en absoluto afecta al derecho de hipoteca, que se mantiene. La doctrina es unánime al insistir en que "la hipoteca es y derecho real que tiene por regla general relación con los créditos, pero también puede vivir completamente alejado de ellos" (Jerónimo González) o en que "la hipoteca es siempre causal, sin que será su causa la existencia de un crédito asegurable, sino únicamente el ánimo solvendi. Con esta concepción, cuando el crédito asegurado es pagado al titular de la hipoteca, la extinción "ipso iure" del derecho real no se produce por un fenómeno de accesoriedad, sino por la desaparición de su única y necesaria causa. En las demás causas de extinción del crédito (prescripción, concurso, etc.) que no son de pago, queda intacta la hipoteca, precisamente por subsistir su causa: asegurar el pago" (Chamorro).

De ahí que el acreedor tenga abierta la puerta de la ejecución ordinaria o el proceso declarativo que corresponda, con la preferencia derivada de la hipoteca inscrita.»

b) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 1167/17 Sección 4.ª, de fecha 10/02/17 que razona lo siguiente:

«En el presente litigio, la anulación de la cláusula del contrato, relativa al vencimiento anticipado, no puede acarrear consecuencias negativas para los consumidores, antes al contrario, al desaparecer la cláusula, desaparece la facultad que se reservaba la entidad bancaria de dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, para el caso de impago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización.

Y si la posible reclamación, al menos en vía ejecutiva, queda circunscrita a las cantidades

efectivamente adeudadas, no hay duda de que la expulsión de la cláusula es beneficiosa para los consumidores y debe tenerse por no puesta, sin posibilidad alguna de integrar el contrato.

Finalmente, en cuanto a la aplicación del art. 695.1.4.ª de la L.E.C., en el caso de autos, la entidad ejecutante invocó como fundamento de pretensión no sólo la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y el impago de varias cuotas mensuales, sino que, de conformidad con la cláusula de vencimiento anticipado, había declarado vencido el préstamo y procedido al cierre, reclamando el saldo deudor que arrojaba (hecho quinto de la demanda).

De manera que, la cláusula de vencimiento anticipado, en relación con el impago y el cierre de la cuenta, aparecen como elementos sobre los que se articula la pretensión concreta y configuran la causa de pedir, por lo que, si la citada estipulación se anula y expulsa del contrato, varía la causa de pedir.

Dispone el art. 695.3, párrafo segundo, de la LEC:

"De estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva".

La consecuencia es el sobreseimiento de la ejecución, ya que la misma se fundamenta en una cláusula que se ha declarado nula, conforme el art. 695.1.4.ª y 695.3 párrafo segundo de la L.E.C., sin perjuicio que la entidad bancaria pueda instar la resolución del contrato por incumplimiento y reclamar las cuotas impagadas en un juicio declarativo pero no en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Por todo lo expuesto, procede el sobreseimiento de la ejecución, al venir ésta fundada en la cláusula reguladora del vencimiento anticipado, Cláusula Sexta bis, CAUSAS DE RESOLUCIÓN, a los folios 50 vuelto y 51, que ha sido declarada nula, de conformidad con lo establecido en el art. 695.1.4.ª, en relación con el art. 695.3 párrafo segundo, ambos de la L.E.C., con la consiguiente desestimación del recurso de apelación.

En definitiva, se estima que la cláusula de vencimiento anticipado es una cláusula que constituye fundamento de la ejecución y, por tanto, su nulidad comporta el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, con independencia de que el acreedor pueda acudir a un procedimiento de ejecución ordinaria en reclamación de las cuotas vencidas, al amparo de la escritura de préstamo hipotecario, o a un proceso declarativo ordinario en reclamación del total capital prestado, con la preferencia, por supuesto, derivada de la hipoteca inscrita.»

B) Consideraciones sobre su utilización

Sin perjuicio de analizar el anexo correspondiente la prosperabilidad de este tipo de reclamaciones planteadas a través del procedimiento declarativo para lograr el vencimiento anticipado de la deuda, interesa ahora centrarse en las cuestiones prácticas que se pueden suscitar en la posterior ejecución de título judicial, porque en este caso también es evidente que no existe una normativa clara que respalde este tipo de ejecuciones. Los principales puntos a analizar son los siguientes:

a) Título ejecutivo y normativa aplicable

En este caso vendrá constituido por la sentencia, que será la que determine las líneas maestras de la ejecución posterior, pero el problema se plantea porque el contenido del fallo de esas sentencias no va a ser uniforme, sino que estará determinado en buena medida por los propios pedimentos de la demanda conforme al clásico principio dispositivo que rige en nuestro ordenamiento jurídico y el deber de congruencia de la resolución dictada (218 LEC).

En concreto se está constatando en la práctica que no todos los demandantes están formulando la

demanda de la misma forma ni en los mismos términos, y en ocasiones se limitan a interesar que se dé por vencido el crédito, mientras que en otros casos sí que se interesa expresamente que por el Juez se declare de aplicación en la posterior ejecución las normas especiales del Capítulo V, arts. 681 y siguientes de la LEC.

Pues bien, ante ello se considera que no será necesaria esa declaración expresa de aplicabilidad a la ejecución de las normas del Capítulo V, sino que ello es una consecuencia automática de la propia ejecución de la garantía hipotecaria a través del declarativo. Así lo ha entendido la jurisprudencia, y concretamente la Audiencia Provincial de Valencia, Auto n.º 1098/16 de 4 de julio de 2016 de la Sección 9.ª, Ponente MARTÍNEZ CARRIÓN, cuando ha señalado que:

«...esas "especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes LEC", pueden mantenerse mediante una interpretación extensiva de las normas procesales de forma que se apliquen siempre y cuando en un proceso de ejecución, aun de ejecución ordinaria, se trabe o embargue la vivienda particular del deudor, incluso cuando la ejecución ordinaria se lleva a cabo con base a un título judicial como es la sentencia firme de condena dineraria.»

Ahora bien, lo que sí puede ocurrir es que la sentencia entre en concreciones o precisiones adicionales y específicas sobre aspectos concretos de la ulterior ejecución, como por ejemplo sobre la necesidad o no de acordar el embargo, normas o pautas para la valoración del bien, posibilidad de realizar otros bienes, etc, que deberán tenerse necesariamente en cuenta al tramitarse dicha ejecución, y sin perjuicio de que esas previsiones jurisdiccionales puedan llegar a colisionar con los criterios registrales, en cuyo caso la cuestión deberá resolverse a través de los cauces legalmente previstos.

b) Causas de oposición

Respecto a las causas de oposición a la ejecución de título judicial despachada, no parecen existir mayores dudas acerca de que se aplicarán las generales de los arts. 556 y siguientes de la LEC, y no las especiales propias de la ejecución hipotecaria del art. 695 de la LEC, que debieron hacerse valer en su caso en el propio proceso declarativo.

Lo contrario supondría admitir la posibilidad de reproducir las mismas cuestiones, especialmente por lo que atañe a las posibles cláusulas abusivas, cuya abusividad y eventual nulidad debe quedar definitivamente resuelta en la fase declarativa.

c) Posibilidad de rehabilitar el crédito hipotecario conforme al artículo 693.3 LEC

Se plantea la duda de si el deudor podrá rehabilitar el crédito hipotecario mediante el pago de las cuotas vencidas, intereses y costas devengadas hasta el momento de realizar el pago, incluso contra la voluntad del acreedor cuando se trate de vivienda habitual.

A este respecto, en principio parece que, salvo que excepcionalmente la sentencia lo reconozca o declare expresamente, no será posible ejercitar ese beneficio legal del art. 693.3 LEC en la ejecución de título judicial, dado que está exclusivamente previsto en sede ejecución hipotecaria. Este es uno de los ejemplos palmarios de que el cercenar la posibilidad de acudir al procedimiento especial de ejecución hipotecaria puede conllevar a largo plazo evidentes perjuicios al deudor-consumidor, que no podrá detener la ejecución despachada contra su vivienda habitual si no abona la deuda en su totalidad.

Así lo ha entendido también el propio TS en su Auto 271/17, Sala 1.ª, de fecha 8/02/17 al señalar que:

«Las especialidades previstas a favor del deudor hipotecario consumidor cuando la ejecución tiene lugar por el proceso especial de ejecución hipotecaria no resultan aplicables en el juicio declarativo, ni en la ejecución ordinaria (no hipotecaria) subsiguiente a una sentencia de condena recaída en dicho

proceso declarativo.

De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente y en todos los casos que la decisión de proseguir la ejecución hipotecaria sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución hipotecaria para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato.»

Siempre queda abierta, lógicamente, la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo extrajudicial y soliciten su homologación al amparo del art. 19 de la LEC, pero esa es una cuestión distinta y que puede darse en todo tipo de procesos conforme al principio dispositivo general que rige en nuestro ordenamiento.

En cualquier caso, en el supuesto de admitirse este pago rehabilitador, se genera la duda de si para ello habría que abonar también las costas del previo procedimiento declarativo. En la línea de lo expuesto de que esta posibilidad queda a la voluntad del acreedor, se concluye que será el propio acreedor quien determine la cantidad a abonar para conceder ese beneficio al deudor. Porque, en definitiva, la liberación del bien será extrajudicial, no judicial como sucede con la previsión del 693.3 LEC.

d) Necesidad de embargo del bien y contenido del mandamiento

Más dudas plantea la cuestión de si será necesario o no decretar el embargo del bien para poder iniciar los trámites para su realización tras dictarse el Auto con la Orden General de Ejecución, lo que será competencia directa del Letrado de la Administración de Justicia conforme dispone el art. 551 de la LEC.

Sobre este particular, aparte de que habrá que estar en todo caso a lo que pueda establecer la sentencia al respecto, la cuestión se plantea en términos muy similares a los que se analizaron al tratar de la ejecución ordinaria, siendo las principales tesis existentes al respecto dos: una que interpreta que ese embargo será necesario en todo caso y otra más restrictiva que entiende que el embargo será superfluo, bastando que se libre o expida mandamiento al Registro para obtener el certificado de dominio y cargas y que se haga constar en la nota marginal que se está ejecutando la garantía hipotecaria.

En cualquier caso, sí que será esencial que en el mandamiento expedido al Registro de la Propiedad se haga constar que en el seno de esa ejecución de título judicial se está ejecutando la garantía hipotecaria, y que al expedir el certificado de dominio y cargas se haga constar tal circunstancia en la nota marginal a extender, ya que esa información puede ser de crucial importancia tanto para los acreedores con cargas ya inscritas como para los que accedan al Registro con posterioridad.

Pero siendo así, se plantea la duda de qué sucederá en el supuesto de que no se haya procedido de esa forma y se presente el decreto de adjudicación en el Registro para su inscripción, resultando del mismo que se ha realizado la hipoteca, porque se reclama su cancelación, pero no se hizo constar así al expedir el oportuno mandamiento. En este caso parece que la cuestión deberá resolverse en función de las circunstancias concretas del caso atendiendo sobre todo a la existencia de acreedores intermedios que puedan resultar perjudicados, porque ello constituiría ya de por sí un obstáculo procedente del propio Registro que impediría la inscripción. Defecto que parece de difícil subsanación por la afectación de los derechos de terceros ajenos al procedimiento.

e) Tipo del bien y avalúo para la subasta

También en este punto se reproduce la polémica planteada para los supuestos de la ejecución ordinaria, ya que en la LEC no hay norma expresa que resuelva la situación para la ejecución de título judicial.

En principio deberían de resultar de aplicación las normas generales para ese tipo de ejecución, es decir los arts. 637 y 666 LEC y concordantes, pero por los mismos argumentos que se señalaban respecto a la ejecución ordinaria, puede entenderse que la tasación contenida en la propia escritura pública de hipoteca a los efectos del art. 682 de la LEC resulta un valor «pactado» o consensuado a los efectos de lo dispuesto en el art. 637 de la LEC, lo que dispensaría de la necesidad de practicar un nuevo avalúo pericial del bien y tener que deducir las cargas previas y preferentes.

Ahora bien, a diferencia del caso de la ejecución ordinaria, en este tipo de ejecución la cuestión puede venir ya dada o determinada por la propia sentencia ejecutada, pues si en la misma se ha incluido en el fallo un pronunciamiento expreso declarando de aplicación las normas del Capítulo V, arts. 681 y siguientes, no cabe duda de que habrá que estar en todo caso al tipo pactado en la propia escritura de hipoteca.

f) Cargas intermedias y prelación

Un aspecto que puede ser sumamente controvertido en este caso es de la prioridad de que va a gozar el acreedor en este supuesto, se practique o no embargo, respecto a los acreedores posteriores a la hipoteca que tengan inscrito su derecho en el Registro.

A este respecto, una posible solución es que el acreedor goce de la misma prioridad que la hipoteca, anteponiéndose a los acreedores posteriores inscritos, al entender que se está realizando la propia hipoteca. Pero en todo caso, aplicando analógicamente los razonamientos expuestos en la Resolución de la DGRN de 14 de diciembre de 2015, esa prioridad lo será hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria, de manera que en lo que exceda resultarán de aplicación las normas generales de los arts. 672 y 692 LEC.

El problema puede suscitarse sobre todo en los casos en que no se hayan declarado de expresa aplicación las previsiones del Capítulo V y se entienda que la prioridad del acreedor es la propia de la anotación preventiva que cause su embargo, por lo que se le antepondrían todas las cargas previas inscritas. Pero esta tesis parece que será infrecuente y, sobre todo, que desde el punto de vista registral no sería lógico que se pusieran inconvenientes a declarar esa preferencia cuando ya se ha hecho así con la propia ejecución ordinaria.

g) Continuación de la ejecución tras la realización del bien hipotecado y posición de los fiadores

Finalmente, un problema adicional que puede darse en las ejecuciones de título judicial de este tipo de sentencias pasa por determinar si el acreedor podrá atacar simultáneamente tanto la finca hipotecada como el resto de patrimonio del deudor al amparo de su responsabilidad personal ilimitada contraída en la escritura de préstamo otorgada en su día.

A este respecto en alguna sentencia de instancia (por ejemplo, ponente Emma SANCHO GIMENO, Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Torrent) se ha planteado ya una tesis restrictiva que limita la ejecución en un primer momento al bien hipotecado, y una vez realizado, si aún quedara pendiente de pago parte de la deuda, ello habilite a perseguir los restantes bienes que integren el patrimonio del deudor, asimilando así este tipo de ejecuciones a las previsiones del art. 579 de la LEC, incluidas las especialidades de su apartado segundo para la protección de la vivienda habitual. El fundamento de esta interpretación estaría en que, tratándose de la ejecución de la garantía hipotecaria, además con las especialidades del Capítulo V, no debería irrogarse al deudor-consumidor un perjuicio mayor del que podría derivarse del procedimiento especial de ejecución hipotecaria ni conceder al acreedor un privilegio que no tendría en aquél supuesto.

En definitiva, según esta tesis «al igual que es un contrasentido... que la acreedora no pudiera ejecutar judicialmente una hipoteca válidamente constituida, sería otro contrasentido, ahora en perjuicio de los condenados por esta sentencia, que suponiéndose en su beneficio y protección las antedichas razones que habrían impedido a la actora acceder directamente a un procedimiento de

ejecución hipotecaria para el cobro de la deuda, se volviera ahora en perjuicio de los mismos, el no poder aprovecharse de las específicas ventajas, que una ejecución hipotecaria les hubiera podido reportar».

Otra duda importante es qué pasa con los fiadores condenados solidariamente, y si desde un inicio se podrá atacar o no sus bienes, o tan sólo tras la realización del bien hipotecado. Siguiendo el razonamiento antes expuestos por Sancho Gimeno, «tampoco podría solicitar ejecución, contra condenados por la presente sentencia que, aun detentando legitimación pasiva para ser ejecutados virtud a tal título judicial de condena solidaria pecuniaria —(art. 542.3 de la LEC)—, no detenten sin embargo legitimación pasiva para ser ejecutados —(art. 685.1 LEC), en una ejecución hipotecaria, tal sería el caso paradigmático de *los fiadores no hipotecantes.... sino sólo llegado el caso de que se diera el supuesto específicamente previsto en el art. 579 de la LEC*— ("ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados") esto es, sólo cuando, y si, el producto de la previa realización forzosa del bien hipotecado, no ha alcanzado para cubrir, la deuda objeto de ejecución».

Pero lo cierto es que parece que salvo que la propia sentencia ejecutada así lo prevea y declare específicamente, lo cual parece complejo en virtud del principio de congruencia que debe imperar en el ámbito civil (artículo LEC), lo normal será que no contengan previsiones al respecto, de manera que el acreedor ejecutante no tendría restricción ni limitación alguna para dirigirse frente al conjunto del patrimonio del deudor.

4. Procedimiento especial de ejecución hipotecaria con fundamento en la previa sentencia declarando vencida la deuda

A la vista de los problemas y serias dudas jurídicas que suscitan las alternativas hasta ahora apuntadas, cabe plantearse si no sería posible una última alternativa, que pasaría por acudir de nuevo al procedimiento especial de ejecución hipotecaria del Capítulo V, arts. 681 y siguientes, pero en este caso reclamando la totalidad de la cantidad declarada vencida con fundamento precisamente en la sentencia de condena obtenida en el previo procedimiento declarativo.

La principal ventaja de esta opción radica en que resultarían de aplicación todas las previsiones y especialidades de la citada normativa sin restricción alguna y en los términos en que ha venido siendo perfilada tradicionalmente por la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN, sin que el procedimiento quede sujeto a la eventual interpretación del órgano judicial encargado de la ejecución.

Siendo lo esencial en este caso que no se estaría aplicando la cláusula de vencimiento anticipado potencialmente viciada de nulidad, sino la sentencia judicial que ha declarado vencida la deuda por incumplimiento grave del deudor-consumidor. Y tal como ya se ha expuesto, aunque la escritura contenga esa cláusula, hay jurisprudencia más que consolidada que establece que si la cláusula abusiva no se aplica, el procedimiento es plenamente válido porque tiene como fundamento el préstamo concedido en escritura pública.

En definitiva, se trataría de volver al punto de partida para sortear los efectos de la jurisprudencia del TJUE, que parece que ya no tiene marcha atrás salvo que dé la razón al TS en la cuestión prejudicial planteada, lo que parece bastante improbable a la vista de sus previos pronunciamientos, pero aplicando una normativa mucho más clara y específica que contribuirá a resolver muchos de los problemas que pueden plantearse en esa subsiguiente ejecución y que han sido analizados a lo largo de este artículo.

5. Ejecución extrajudicial ante el notario

A) Consideración general sobre su naturaleza y legalidad: control de cláusulas abusivas

Otra opción de la que dispone el acreedor hipotecario para ejecutar su título es acudir al

procedimiento extrajudicial ante Notario, regulado en el art. 129 de la Ley Hipotecaria, que señala: «La acción hipotecaria podrá ejercitarse... b) mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.»

Según resolución de 18 de septiembre de 2013, la llamada ejecución extrajudicial ante notario no es propiamente un proceso, sino una venta extrajudicial, similar a la derivada de la prenda prevista en el art. 1872 del Código Civil, si bien basada en un pacto expreso al efecto en la escritura de constitución de la garantía.

Este carácter no jurisdiccional resultaría claramente del párrafo segundo del art. 129 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Criterio que ha confirmado la reforma del citado artículo llevada a cabo por Ley 1/2013, de 14 de mayo, al distinguir claramente la ejecución directa sobre los bienes hipotecados de la venta extrajudicial ante notario de la finca hipotecada, que se rige por otras normas contempladas en el citado art. 129 de la Ley Hipotecaria y por las normas previstas al respecto en el Reglamento Hipotecario. Así, por ejemplo, nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que además de las causas de oposición taxativamente señaladas en la Ley, se puedan alegar —incluso apreciar de oficio por el juez— determinadas causas de nulidad del título (cfr. artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción dada por Ley 1/2013, de 14 de mayo, con relación a las cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la ejecución o hubieran determinado la cantidad exigible). Posibilidad que no tiene el notario ante quien se lleva a cabo la venta extrajudicial de la finca hipotecada como ha confirmado la reforma legal (cfr. art. 129.2 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la citada Ley 1/2013).

El Centro Directivo ha puesto de manifiesto en determinados casos las consecuencias de que no se equiparen las dos clases de ejercicio de la acción hipotecaria, la ejecución directa y la venta extrajudicial ante notario. Así, en cuanto a la forma de practicar el requerimiento de pago, se ha afirmado la imposibilidad de aplicar la normativa general y la necesaria aplicación de la normativa reguladora de la venta extrajudicial ante notario (cfr. resolución de 9 de mayo de 2013).

También se ha sostenido la imposibilidad de expedición de certificación de cargas en la venta extrajudicial, a instancia de quien aún no figura como titular registral de la hipoteca, por impedirlo el principio de tracto sucesivo (cfr. resolución de 19 de marzo y 8 de julio de 2013) a diferencia de lo que ocurre con la ejecución directa sobre bienes hipotecados en el ámbito judicial que es un verdadero proceso y donde rigen las normas propias de la sustitución procesal que es un concepto distinto de la cesión del crédito hipotecario (cfr. resolución de 5 de julio de 2013). La venta extrajudicial ante notario en cuanto ejecución de un pacto voluntario *inter partes*, tiene naturaleza bien distinta a la del procedimiento de ejecución judicial, y no le son aplicables las normas de sucesión procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. resolución de 8 de julio de 2013).

También la resolución de 19 de marzo de 2013, al poner de manifiesto las especialidades de la venta extrajudicial ante notario, señala que «teniendo en cuenta por tanto la importancia de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, el carácter constitutivo que la inscripción tiene en relación a la hipoteca y sus modificaciones (cfr. arts. 145 y 149 de la Ley Hipotecaria) y el carácter esencialmente registral del procedimiento de ejecución hipotecaria, la defensa del deudor y las especiales características de la realización extrajudicial de hipoteca, en la que la escritura de venta final ha de otorgarse por el mandatario designado en la escritura de constitución —generalmente el acreedor— y a falta de éste por el deudor titular de la finca, debe concluirse la imposibilidad de expedirse certificación de cargas a instancia de quien no figura aún como titular registral de la hipoteca».

Sin perjuicio de lo señalado, el análisis en profundidad de esta vía ejecutiva excede del objeto de

este artículo, pero sí que es importante destacar que la normativa que lo regula ha sido objeto de diversas reformas para tratar de solucionar el problema de legalidad que tradicionalmente se le ha achacado, con varias sentencias del Tribunal Supremo sobre el particular, desde la de 4 de mayo de 1999 hasta la de 25 de mayo de 2009 (6) .

La última de dichas reformas tuvo lugar por la Ley 19/2015 que añadió al artículo un nuevo apartado, el f, del siguiente tenor literal: «f) Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento del deudor, del acreedor y en su caso, del avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la venta o que hubiera determinado la cantidad exigible, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor».

En cualquier caso, pese a esta última reforma dirigida al control de las cláusulas abusivas, se siguen planteando serias dudas sobre las posibilidades que caben respecto al control del resultado de este procedimiento tanto de cara a la inscripción del título constituido en el Registro de la Propiedad, por lo que atañe al control que pueda hacerse por el Registrador de dichas cláusulas, como en la fase posterior de ejecución ante los Juzgados, únicos habilitados para acordar el lanzamiento forzoso o desahucio de los ocupantes.

Se trata en ambos casos de cuestiones abiertas, que habrá que analizar partiendo del caso concreto, pero sí que procede hacerse eco de una reciente sentencia del TJUE que, yendo en cierta medida en la línea contraria de sus anteriores resoluciones, ha venido a constreñir la capacidad de actuación de los jueces en dicho ámbito. Se trata de la **Sentencia Supranacional n.º C-598/15, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2017 (Ponente: LEVITS, núm. Cendoj: 62015CJ0598)**, que ante la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de Jerez de la Frontera ha venido a establecer que el Juez no puede entrar a pronunciarse sobre las posibles cláusulas abusivas del contrato una vez se está ya en la fase de ejecución.

Concretamente en el caso analizado en la sentencia la entidad bancaria, tras obtener la propiedad del inmueble después de sustanciarse la ejecución extrajudicial, interpuso un juicio verbal para interesar el lanzamiento de la parte demandada y la consiguiente entrega de la posesión del inmueble. Ante ello el juez español decidió elevar una petición de decisión prejudicial al TJUE *al albergar dudas acerca de la compatibilidad de la directiva europea con el hecho de que el juez que conoce de una demanda instada por el titular de un derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad con el fin de hacer efectivo ese derecho, no puede declarar de oficio ni a instancia de parte el **carácter abusivo** de una cláusula incluida en el contrato de préstamo garantizado por la hipoteca que se ejecuta.*

Ante lo que el TJUE responde negando esa posibilidad de control judicial concretamente en los pronunciamientos esenciales de dicha resolución:

48. En cualquier caso, cabe señalar, en primer lugar, que si bien la finalidad de la Directiva 93/13 consiste en garantizar la protección que concede a los consumidores, hasta el punto de imponer al juez nacional el deber de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, es preciso no obstante destacar que no pueden invocarse

eficazmente las disposiciones de la misma cuando no exista ningún indicio de la posible presencia de una cláusula potencialmente abusiva en el contrato de préstamo hipotecario que ha sido objeto de un procedimiento extrajudicial de ejecución.

49. En segundo lugar, como señaló el Abogado General en el punto 70 de sus conclusiones, y sin perjuicio de la comprobación que deba hacer el órgano jurisdiccional remitente, la Sra. Sánchez López tenía la posibilidad, durante la tramitación del procedimiento extrajudicial de venta del bien, de formular oposición o solicitar la suspensión en atención a la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario, instando como medida cautelar la suspensión de la venta del inmueble del que era propietaria. Pues bien, es en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria donde el juez que conocía del asunto habría podido proceder, en su caso de oficio, al examen del posible carácter abusivo de cláusulas incluidas en el contrato de préstamo hipotecario.

*50. Del conjunto de las anteriores consideraciones resulta **que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no resultan de aplicación en un procedimiento como el que es objeto del litigio principal**, iniciado por quien obtuvo la adjudicación de un bien inmueble en un proceso de ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria constituida sobre ese bien por un consumidor en beneficio de un acreedor profesional y que persigue la protección de los derechos reales legalmente adquiridos por el adjudicatario, en la medida en que, por una parte, ese procedimiento es independiente de la relación jurídica que une al acreedor profesional y al consumidor y, por otra parte, la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el bien inmueble ha sido vendido y los derechos reales sobre el mismo han sido transmitidos sin que el consumidor haya hecho uso de los recursos legales previstos en este contexto.*

En definitiva, esta sentencia del TJUE podría suponer el espaldarazo definitivo a la legalidad de este tipo de procedimientos para realizar la garantía hipotecaria, al tiempo que supone un importante límite para el control de las posibles cláusulas abusivas por parte de los Tribunales si no se reacciona oportunamente por el consumidor en el seno del procedimiento extrajudicial.

B) Consideraciones sobre su utilización

No obstante, más allá de dicha cuestión, este procedimiento extrajudicial como alternativa al procedimiento judicial especial de ejecución hipotecaria no está exento de problemas e inconvenientes para la entidad ejecutante. Sin entrar en su estudio en profundidad, como ya se ha indicado anteriormente, sí resulta interesante destacar al menos alguno de ellos.

Por un lado, debe tenerse en cuenta la previsión de que el Notario deberá poner en conocimiento del deudor, del acreedor y en su caso, del avalista e hipotecante no deudor, si considera que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, a los efectos de que puedan plantear ante el Juez competente el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales, en cuyo caso y si así se lo acreditan, el Notario suspenderá la venta extrajudicial. Atendiendo a la posición que mayoritariamente están manteniendo las Audiencias Provinciales acerca del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado y su consiguiente nulidad, parece que la advertencia notarial acerca de su consideración de la citada cláusula como posiblemente abusiva deberá producirse frecuentemente, lo que llevará a que en muchos casos se plantee judicialmente su nulidad por parte del deudor. Esto tiene como consecuencia la suspensión del procedimiento extrajudicial, y su terminación sin más si finalmente se declara tal nulidad por carácter abusivo. Así, la venta extrajudicial se ve afectada igualmente por esta cuestión, de la misma manera que lo está el procedimiento judicial especial de ejecución hipotecaria, y difícilmente podrá considerarse realmente una alternativa.

También debe tenerse en cuenta que, como se señala en resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo de 2014, tras la Ley 1/2013 la validez del pacto requiere

inexcusablemente que se haga constar que la posibilidad de acudir a este procedimiento de ejecución extrajudicial sólo existirá en caso de impago del capital o intereses, sin que sea admisible al efecto una referencia genérica a la posibilidad de acudir a este procedimiento «conforme a los trámites establecidos en la legislación hipotecaria vigente».

Por otra parte, uno de los problemas a los que más se están enfrentando en este tipo de procedimiento se refiere a las notificaciones y requerimientos de pago a realizar al deudor e hipotecante, debido a las dificultades que se están encontrando los Notarios en la práctica para llevarlas a cabo. Y es que el art. 236.c del RH regula con precisión la forma y lugar de realización de dicho requerimiento de pago para entenderlo válidamente efectuado, siendo bastante limitados los supuestos admisibles, además del realizado personalmente, y en todo caso, mucho más limitados que los existentes en el ámbito judicial (7) . Este trámite se ha de cumplir de forma estricta, ya que el propio precepto establece las consecuencias de la imposibilidad de realizar el requerimiento de pago en la forma concreta prevista, consecuencia que en definitiva consiste en la finalización de este procedimiento sin que pueda seguirse la ejecución a través del mismo, de tal manera que «si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda».

6. Recapitulación sobre las alternativas

En definitiva, sobreseída la Ejecución Hipotecaria al declararse la nulidad, por razón de abusividad, de la cláusula de vencimiento anticipado, podrá la parte ejecutante titular del derecho de hipoteca:

- Acudir a la ejecución ordinaria en reclamación de las cuotas vencidas e impagadas, siendo título la escritura pública de préstamo exart. 517 LEC, e interesar ampliación de la ejecución por las sucesivas cuotas que vayan venciendo y resulten impagadas, exart. 578 LEC.
- Acudir al proceso declarativo que corresponda por razón de la cuantía en reclamación del total capital prestado exart. 1124 CC

En ambos casos, con la preferencia derivada de la hipoteca inscrita

Por otra parte, dictada sentencia que declare el vencimiento anticipado del crédito y condena al deudor al importe reclamado del préstamo en el declarativo, el acreedor podrá interponer:

- Demanda de ejecución de título judicial en reclamación de lo acordado en el pronunciamiento de condena contenido en la sentencia (siendo título la propia sentencia)
- Demanda de ejecución ordinaria (siendo título la escritura pública de préstamo exart. 517 LEC)
- Demanda de ejecución hipotecaria (siendo título la garantía real constituida en la escritura pública de préstamo hipotecario debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad)

Salvo que en el fallo de la sentencia se determine expresamente el procedimiento a seguir, si así se interesa en el suplico de la demandada.

Y, además, teniendo en cuenta que, de pretender la parte la tramitación de ejecución de título judicial, los fiadores deberán de haber sido parte pasiva en el previo declarativo para que la sentencia que declara el vencimiento anticipado del crédito les afecte. En otro caso, sólo se les podría reclamar las cuotas vencidas e impagadas. Y lo mismo en el caso de que, previa sentencia, la parte ejecutante quiera optar por proseguir una ejecución ordinaria.

Este problema no se da en caso de pretender trámites de la ejecución hipotecaria, al no ser parte los fiadores no reales, sin perjuicio de que se les notifique la demanda de ejecución hipotecaria a los efectos del art. 579 LEC.

III. Conclusiones

1.^a La problemática derivada de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por su abusividad, a la espera del pronunciamiento definitivo del TJUE, amenaza con dar lugar a que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria pase a ser un procedimiento casi residual al que tan sólo se podrá acudir cuando el prestatario no sea consumidor o, en su caso, no se trate de su vivienda habitual, sin perjuicio de las nuevas escrituras ya adaptadas a la reforma del art. 693.3 de la LEC.

2.^a Tanto la opción de la reclamación parcial a través del procedimiento de ejecución hipotecaria como de ejecución ordinaria presentan serios inconvenientes prácticos que dificultan su tramitación. El principal es la necesidad de plantear sucesivas ampliaciones de la ejecución por cada nuevo vencimiento, lo que exigirá el cumplimiento de todos los requisitos formales (578 LEC).

3.^a El proceso de declarativo, concretamente el juicio ordinario, parece la vía idónea para reclamar la deuda en tales supuestos, pero la ejecución ulterior no deja de plantear importantes dudas prácticas (necesidad de embargo, avalúo del bien, etc.) al carecer de una regulación expresa, lo que dará lugar a que deba estarse en todo caso al tenor literal de la propia sentencia.

4.^o Como última alternativa se propone volver a la ejecución hipotecaria, pero en este caso aduciendo como fundamento no la polémica cláusula, sino la propia sentencia de condena declarando vencido el préstamo, lo que garantizaría la viabilidad de la ejecución, permitiendo así la aplicación de las normas generales del Capítulo V, art. 681 y siguientes de la LEC.

IV. Anexos

1. Primeras sentencias favorables a la realización del bien hipotecado en procedimientos declarativos

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a, de 13 de diciembre de 2016, que a su vez acogía los de la sentencia también de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11.^a de 27 de julio de 2015, se pronuncia sobre la posibilidad de apreciar la resolución contractual, en sede de un contrato de préstamo (por aplicación del art. 1124 CC) por incumplimiento de su obligación de pago por el prestatario, con el consiguiente efecto jurídico (devolución recíproca de las prestaciones) de pérdida del beneficio de pago aplazado (lo que también incardinaría con lo dispuesto en el art. 1129 del CC) y consiguiente vencimiento del resto de capital a que se extendía la cantidad prestada pendiente de devolución; así como, sobre el requisito que tiene que concurrir, «incumplimiento grave y esencial», en la forma en que lo viene interpretando la jurisprudencia, en orden a cuáles son los requisitos o características que ha de reunir para poder reputarse tal, y que lo serán objeto de carga de la prueba de la parte accionante que pretende la resolución contractual —art. 217.1 de la LEC—, siendo carga de la parte prestataria/demandada por incumplidora, demostrar lo contrario —art. 217.2 de la LEC—, debidamente acreditado, para la prosperabilidad de dicha acción y sus postulados y antedichos efectos jurídicos, señalando lo siguiente:

«El ejercicio de esta modalidad de acción de resolución contractual en sede de préstamo ha sido admitida por la Sentencia de 27 de julio de 2015 de la Sección 11.^a de esta Audiencia Provincial (ROJ: SAP V 3204/2015 - ECLI:ES:APV:2015:3204): "Ciertamente es que la doctrina ha venido entendiendo tradicionalmente, aunque no unánimemente que el contrato de préstamo es un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa, y unilateral porque genera obligaciones solo para el prestatario, pero la realidad social del momento, en que la protección al consumidor se aplica a ultranza en su exigencia, no puede llevar consigo que un contrato de préstamo pactado para muchos años, sin cláusula expresa de resolución, pueda ser incumplido reiteradamente por el prestatario sin que se dé oportunidad al prestamista de resolverlo por vía del art. 1.124 CC, al venir referido este precepto solo a las obligaciones recíprocas, pues ello nos llevaría, de un lado, a que el prestatario pudiera cumplir el contrato a su arbitrio con infracción del art. 1258 del CC, y, de otro, a que el prestamista sufriera tal

desequilibrio contractual que solo podría obviarse bien cayendo en el olvido el contrato de préstamo, con las nefastas consecuencias socio-económicas que ello comportaría, bien mediante cláusulas aberrantes de vencimiento anticipado, que lo permitan por el mero impago de cualquier cuota de amortización de capital o de intereses, o por el simple incumplimiento de cualquier nimia obligación pactada que en la actualidad se están declarando ineficaces por resultar abusivas en las relaciones entre un profesional y un consumidor al producirse igualmente un desequilibrio entre los contratantes, lo cual tampoco debe ser amparado en derecho.

Así pues la Sala entiende que la realidad social del momento a que se refiere el art. 3.1 CC y a la que últimamente ha acudido el Tribunal Supremo con frecuencia para adecuar la doctrina tradicional a las nuevas exigencias que impone la realidad social contemporánea, nos lleva a interpretar el contrato de préstamo, integrándolo en la normativa del C.C, de una parte, como un contrato que si bien jurisprudencialmente se ha configurado como real, no deja de ser por ello consensual, como así alguna que otra sentencia del Tribunal Supremo lo ha admitido; y, de otra parte, como un contrato bilateral que genera obligaciones recíprocas y al que es plenamente aplicable el art. 1124 CC. Y esto por las siguientes consideraciones: en primer lugar, porque no hay precepto genérico en el CC que diga que los contratos se perfeccionan con la entrega de la cosa objeto del negocio jurídico, pero si lo hay que sienta que los contratos se perfeccionan con el consentimiento (art. 1258 CC), con lo que, en principio, todo contrato es consensual; en segundo término, porque es difícil imaginar que una persona haga un préstamo de una cosa no fungible (comodato) o de dinero u otra cosa fungible (préstamo o mutuo), sin que previamente haya consentido el prestamista dicha entrega, de ahí que el art. 1258 del CC disponga que 'los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso, y a la ley' y el art. 1254 del CC establezca que 'el contrato existe desde que uno o varias personas consiente en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio'; en tercer lugar, porque en el campo específico del contrato de préstamo tampoco hay precepto que expresamente establezca que dicho contrato se perfecciona con la mera entrega de la cosa; en cuarto lugar, porque a entender de esta Sección el contrato de préstamo se perfecciona con el consentimiento, se consuma con la entrega de la cosa prestada (momentos que pueden o no coincidir en el tiempo) y se extingue cuando se cumple con la devolución de lo que fue objeto de préstamo, con o sin intereses; y finalmente, porque si el contrato unilateral es el que origina obligaciones para una de las partes sin que la otra asuma obligación alguna, y el contrato bilateral, sinalagmático o recíproco es el que genera obligaciones para ambas partes contratantes, la Sección se inclina por considerar que el préstamo es bilateral porque genera obligaciones recíprocas, cual si de un 'do ut des' se tratara: la del prestamista, entregar la cosa o dinero objeto del préstamo; y la del prestatario devolver lo prestado con o sin intereses. Así, ambas obligaciones recíprocas están previstas en el art. 1740 Pfo. 1.º del CC cuando dice que 'por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato o dinero, u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo'. Ciertamente es que el art. 1753, relativo al simple préstamo o mutuo dice que 'el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere en propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad', y que de dicho tenor se ha inferido su carácter real y unilateral, pero la Sala entiende que dicho precepto, refiriéndose en su literalidad a la consumación del préstamo y no a su perfección, no implica la existencia de una obligación unilateral, sino que, precisamente, presupone la bilateralidad, pues frente a la obligación de devolver lo prestado, se halla la previa entrega de la propiedad de lo entregado por parte del prestamista. De ahí que pueda hablarse de obligaciones recíprocas en el préstamo (entregar y devolver) y que sea aplicable al mismo lo dispuesto en el art. 1124 del C.C.

Si a lo dicho se une que por vía del art. 1255 del CC y del consentimiento contractual cualquier

persona puede obligarse a prestar a otra algo y ésta tener por ello la facultad de exigirlo o, en caso de incumplimiento, de reclamarle daños y perjuicios si los hubiera sufrido, claro es que el contrato de préstamo no puede configurarse exclusiva y auténticamente como un contrato de naturaleza real y unilateral, sino más bien como un negocio consensual y bilateral. Por eso el consentimiento para prestar dinero o cosa mueble fungible es necesario e indispensable en el contrato de que se trata, pues de no serlo se podría estar ante una donación verbal de cosa mueble que se perfeccionaría con la entrega de la casa donada (art. 632 CC). Así, de la misma forma que para entender que ha habido donación se requiere la entrega de la cosa, el 'animus donandi' y la aceptación, para considerar que ha habido un préstamo se requiere también no solo la entrega de algo, sino también el 'animus commodi', deviniendo en ambos contratos indispensables el elemento consensual. De ahí que la determinación de la calificación jurídica del contrato celebrado en cada caso no dependa exclusivamente de la entrega de la cosa, sino del elemento consensual que lo defina, ya que en caso de duda habrá de estarse a este último, que es el que determinaría verdaderamente la naturaleza jurídica del contrato celebrado, sea donación, préstamo, depósito ...".

Por otro lado, con semejantes razones, el Tribunal Supremo también ha admitido la interposición de juicios declarativos en reclamación del impago de los préstamos hipotecarios (SSTS de 23 de diciembre de 2015, 18 de febrero de 2016).

Como último argumento, la decisión del juez a quo da lugar a que una entidad bancaria que concede un préstamo hipotecario no tenga cauce legal para la reclamación del préstamo a pesar del incumplimiento grave y esencial de los prestatarios. Así, por los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia le estaría vedada la ejecución hipotecaria ex art. 129 LH por sustentarse en una cláusula abusiva y, si aplicáramos esos mismos argumentos en el juicio declarativo como hace la sentencia recurrida, también le estaría impedido este cauce procesal.

No es viable que un prestamista no pueda reclamar por ningún cauce legal el impago de los prestatarios, aunque tengan la condición de consumidores, a pesar de haber cumplido íntegramente su obligación de entrega del capital, que es lo determinaría el planteamiento del juez "a quo".»

«La naturaleza, características y requisitos de la acción de resolución prevista en el art. 1124 CC está minuciosamente descrita en la Sentencia de la Sección 11.ª de esta Audiencia ya citada: "Entendiéndose, por tanto, de aplicación el art. 1124 del CC al contrato de préstamo de que se trata, para resolver sobre la acción resolutoria ejercitada, la Sala ha de partir, como premisa jurídica, del examen de los requisitos que han de concurrir para el éxito de la acción resolutoria que contempla el art. 1.124 del C.C. Y estos son, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sección los siguientes: 1./ que entre partes medien obligaciones recíprocas, como esencia de un negocio jurídico bilateral; 2./ que dichas obligaciones recíprocas sean exigibles; 3./ que el que reclame la resolución haya cumplido lo que a él le incumbía, como requisito legitimador para plantear la resolución contractual, ya que no está legitimado para instar dicha acción el contratante que incumple sus obligaciones (S.s. T.S. 20-2-50, 16-11-56, 16-5-59, 5-2-63, 2-11-65, 5-5-70, 27-12-71, 26-4-76, 28-2-80, 9-7-81, 10-11-81, 27-3-82, 9-7-87, 24-3-88, 17-5-88, 15-6-88, 17-6-88, 31-1-92, 8-7-93, 29-4-94, 9-5-94, 29-3-95, 22-11-95...); y 4./ que la parte a la que se demande de resolución haya incumplido la prestación a la que contractualmente se hubiera comprometido. Pero este incumplimiento ha de reunir una serie de características para que pueda desembocar en la resolución contractual; a saber: a) que el incumplimiento sea propio del contratante a quien se le imputa; b) que el incumplimiento sea culpable, de modo que a quien se le achaque no ejecute la prestación debida por causas que le sean imputables como dependientes de su voluntad; y c) que el incumplimiento sea verdadero, es decir, no es suficiente que el supuesto incumplidor no ejecute voluntariamente la prestación a la que se obligó, sino que, además, se precisa que se trate de una infracción relevante, esencial, grave y de tal importancia en la economía y esencia del contrato que justifique la resolución, como así se desprende de reiterada jurisprudencia (S.s. T.S. 25-11-83, 19-4-89, 10-11-90, 21-2-91,

30-4-94, 26-9-94, 23-2-95, 2-10-95, 7-3-95, 17-11-95, 26-1-96, 10-12-96, 10-5-00, 20-7-00, 11-3-02, 11-4-03, 13-5-04, 5-4-06, 31-1-08, 14-3-08, 12-6-08, entre otras muchas), de modo que ya no se precisa, como antes se exigía, un incumplimiento deliberadamente rebelde o una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento (S.s. 28-2-80, 23-9-86, 21-3-94, 18-11-94...), sino que basta una conducta voluntaria, injustificada y obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (S.s. T.S. 19-1-84, 20-10-84, 26-1-88, 2-6-89, 13-10-89, 21-10-89, 14-2-90, 21-7-90, 7-6-91, 5-9-91, 3-12-91, 18-12-91, 8-5-92, 1-6-92, 4-6-92, 19-10-93, 2-7-94, 26-9-94...), o que frustre las expectativas legítimas de los contratantes (S.s. T.S. 18-11-83, 2-7-92, 24-2-93, 10-3-93, 22-3-93, 25-2-94, 2-10-95, 25-1-96, 7-5-03, 18-10-04, 3-3-05, 20-9-06, 31-1-08...) o el fin normal del contrato (S.s. T.S. 11-2-91, 31-3-92, 2-6-92, 28-9-92, 27-1-93, 5-10-95, 15-10-02, 22-5-03, 13-5-04, 3-2-06, 11-10-06, 27-9-07, 12-6-08...).

Ahora bien, no ha confundirse el incumplimiento tal como se ha expuesto con el simple retraso temporal en el cumplimiento de la prestación, porque en este último supuesto normalmente no hay base para que opere el art. 1.124 del C.C.: de un lado, porque si el retraso es justificado sólo existiría una prestación demorada; y de otro, porque aún siendo el retraso injustificado, si va seguido del cumplimiento o de la posibilidad cierta y segura de poder cumplir, tampoco podría hablarse de incumplimiento resolutorio, pues sólo se pueden encuadrar en el art. 1.124 del CC el retraso injustificado que frustre el fin práctico perseguido por el negocio, y el retraso duradero y persistente que por tal circunstancia revele una patente voluntad incumplidora, deducida de una prolongada inactividad o pasividad en el cumplimiento de la prestación comprometida.

QUINTO.- Sentado lo anterior, y proyectada tal doctrina a la resolución de un contrato de préstamo por falta de pago de las cuotas correspondientes a intereses pactados por parte del prestatario, se ha de reseñar complementariamente a lo dicho, que es reiterada jurisprudencia al respecto, análogamente a lo establecido para la compraventa, la siguiente: a) que la resolución puede hacerse extrajudicialmente, a reserva de que, si hubiese oposición de la contraparte, sean los Tribunales quienes sancionen su procedencia (Ss. T.S. 14-6-88, 28-2-89, 4-4-90, 20-10-94....), y ello aunque el contrato contenga cláusula resolutoria (Ss. T.S. 28-3-96, 15-11-99); b) que la gravedad del incumplimiento ha de relacionarse con la equidad y la buena fe (Ss. T.S. 15-7-85, 28-2-86, 25-1-91....), ya que una drástica resolución contractual sería contraria a la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las normas (S. T.S. 15-7-85), a más de que ha de tenerse presente el principio general de conservación del negocio (S. T.S. 25-2-78), que se traduce en el mantenimiento de éste por respeto a la voluntad contractual (Ss. T. S. 11-6-69, 4-3-75 ...); c) que se requiere una voluntad constante y reiterada por parte del prestatario o comprador de incumplir su obligación de pagar el precio, ello de forma prolongada y duradera, que frustre el fin económico del contrato y las legítimas expectativas del vendedor o prestamista (Ss. T.S. 9-10-87, 12-5-88, 14-6-88, 2-6-89, 5-6-89, 20-12-89, 20-6-90, 21-7-90, 25-1-91, 11-2-91, 11-3-91, 15-2-92, 16-5-92, 16-6-92 2-7-92, 16-7-92, 28-9-92, 10-10-94, 5-12-95, 30-7-97, 24-10-98, 26-7-01); d) que ya no se requiere una voluntad deliberadamente rebelde de no pagar, que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento, sino un proceder obstativo que frustre el fin contractual (Ss. T.S. 2-6-89, 5-6-89, 21-7-90, 11-2-91, 11-6-91, 31-3-92, 2-6-92); e) que para resolver el contrato no basta el impago de pequeñas cantidades, sino que se requiere que se adeude una suma importante con relación al total precio del inmueble vendido (Ss. T.S. 2-2-84, 2-5-84, 14-3-03); y f) que el arts. 1124 del C.C. exige un incumplimiento esencial consecuente con una voluntad obstativa al cumplimiento, injustificada, continua e inequívoca, sin que ello se de en el mero retraso en el cumplimiento (Ss. T.S. 7-2-84, 21-2-90, 25-1-91, 3-9-92, 15-6-95 ...).

En el presente caso, conforme al art. 1740 CC, "Por el contrato de préstamos, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de

la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo", añadiendo el art. 1753 CC "El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedores otro tanto de la misma especie y calidad".

Resulta que la parte prestamista cumple con la entrega del dinero o cosa fungible, que constituye la esencia del contrato —de ahí que exista discusión doctrinal sobre la naturaleza real o consensual del préstamo— y la obligación principal del prestatario consiste en la devolución del importe de dinero prestado (con o sin intereses, art. 1740.3 CC) o la cosa fungible de la misma especie y calidad prestado.»

V. Bibliografía de interés

- MONTERO AROCA, Juan, *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, editorial Tirant Lo Blanch, 2012.
- MORENO TRAPIELLA, Prudencio C., *Ejecución hipotecaria: jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*, Wolters Kluwers LA LEY, 2017.
- **PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José, *Cláusulas abusivas, vencimiento anticipado e incertidumbre judicial*, <http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Clausulas-abusivas-vencimiento-anticipado-incertidumbre-judicial> 11_1074430003.html**
- JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, Luis, *La acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados*, en INDRET, www.indret.com
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, «Lo que oculta el debate sobre las cláusulas abusivas en la hipoteca: el producto insuficiente del artículo 579 LEC», *Diario LA LEY*, n.º 8315, Sección Tribuna, 21 de Mayo de 2014, Editorial LA LEY.
- ACHÓN BRUÑEN, María José, *Soluciones a problemas prácticos en las enajenaciones forzosas de bienes embargados e hipotecados*, LA LEY, 2014.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, *La hipoteca y su ejecución (opciones y alternativas procesales)*, editorial Fe d'Errates, 2016.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, Marta, «De la naturaleza del procedimiento extrajudicial hipotecario, de algunas de sus consecuencias y del lanzamiento», en *Noticias Jurídicas*, 17/10/2012.
- LÓPEZ CORONADO, Pablo Antonio, Abogado, «El procedimiento declarativo ordinario. Nueva vía para declarar el vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario», en *Noticias Jurídicas* 13/10/2017.
- AÑÓN CALVETE, Juan, Abogado, «Ejecución de hipoteca en procedimiento declarativo (Comentario a la RDGRN de 1 de febrero de 2017)», en *Noticias Jurídicas* 29/09/2017.

- (1) En este sentido Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1.ª de fecha 15/06/17 señala: 4.º Desde el punto de vista práctico, no parece factible una sucesión de procedimientos de ejecución hipotecaria para el cobro de las cantidades que van venciendo, y, en todo caso, el postor que participe deberá ofrecer una suma que supere el 50 por ciento del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, ya que, en otro caso, el Secretario judicial puede no aprobar el remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor (cfr. arts. 670 y 671 LEC). **Lógicamente, si el principal pendiente de pago es elevado y se mantiene la carga hipotecaria, las posibilidades reales de adjudicación van a ser escasas o nulas y probablemente obligarán al acreedor a cesiones no previstas, degradando su posición.**
- (2) En esta misma línea puede citarse la Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1986. Sala Primera. Ponente: Sr. PÉREZ GIMENO. Si bien con base en la anterior redacción del artículo 143.2 del Reglamento Hipotecario y la del artículo 1453 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, se accedía a que pudieran cancelarse, con la enajenación judicial, las cargas

posteriores, aunque no hubiera anotación preventiva de embargo, si constaba la nota de haberse expedido la certificación de cargas en el Registro. Para el Tribunal Supremo, *la falta, pues, de anotación ni priva de efectos al embargo ni impide la prosecución de la vía de apremio contra el inmueble embargado hasta la venta en pública subasta o la adjudicación al acreedor, y buena prueba de ello es que al no regir en nuestro ordenamiento el principio de inscripción constitutiva, es decir, al no ser la inscripción registral requisito indispensable para la constitución o transmisión de los derechos reales inmobiliarios, existen infinidad de fincas que no han tenido acceso al Registro y que, sin duda alguna, pueden ser objeto de embargo.*

- (3) También puede consultarse, por su particularidad, la Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2017 (BOE 22-2), que cita la de 14 de noviembre de 2015 (y las de 1 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999 a las que la misma se refería). Tras remitirse anteriormente al registro un mandamiento que fue cumplimentado con arreglo al artículo 656 LEC, referido a la anotación de embargo practicada en su día, se vuelve a enviar un tiempo después, porque había cargas intermedias, pero con una adición en la que se hace constar expresamente que se expida la «certificación del artículo 688 LEC para que se haga constar por nota al margen de la inscripción de hipoteca y se notifique a los acreedores intermedios». Para la DG el nuevo mandamiento puede despacharse, debiendo entenderse que «sustituye al primitivo a efectos de su fecha y de su contenido en orden a la expedición de una nueva certificación, esta vez conforme al artículo 688 LEC».
- (4) Se reitera el criterio de la RDGRN de 14 de noviembre de 2015 en la sesión de 25 de enero de 2017 del Seminario del Decanato de Madrid (Boletín del Colegio de Registradores, Año LII, núm. 39, 3.ª Época, de marzo de 2017). Interesa el modo en que el juzgado de la consulta afrontaba la cuestión. Se trataba de un mandamiento judicial en autos de ejecución de títulos no judiciales a instancia de una entidad crediticia, a fin de que se expidiera certificación acreditativa de la titularidad y cargas de los bienes embargados. Sobre la finca estaba inscrita sólo la hipoteca a favor de dicha entidad, pero no constaba anotado el embargo con ese número de autos. Se calificó negativamente pidiendo aclaración en base a los artículos 143 RH y 656 LEC. Se devolvió luego el título con un mandamiento de adición en el que literalmente se dice: «que no es necesario añadir una anotación a la referida finca al estar ésta hipotecada, tal y como consta en el decreto de fecha 11 de noviembre de 2016». Se inserta también el referido decreto en cuya parte dispositiva «se decreta la anotación preventiva del embargo causado sobre la finca..., no siendo necesario añadir una anotación en la referida finca al estar hipotecada en garantía de deuda, sino expedir mandamiento al Registro para que remita al Juzgado certificación de cargas y gravámenes, haciendo constar que por nota al margen de la correspondiente inscripción de hipoteca que ha expedido dicha certificación de cargas». Se resuelve el caso, sin embargo, remitiendo a la resolución de 2015.
- (5) Sobre esta cuestión, en el libro «ACTUALIZACIÓN DEL MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS PROCESALES. LA OFICINA JUDICIAL Y LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES; ESPECIAL REFERENCIA AL DECRETO DE ADJUDICACIÓN». PROTOCOLO DE COLABORACIÓN ENTRE EL TSJ DE MURCIA Y EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD», se indica lo siguiente: «Será necesario cuando la ejecución se dirija, además, contra otros bienes del deudor no hipotecados o en el caso de reclamar una cantidad superior a la garantizada por la hipoteca, si hay tercer poseedor... Para estos supuestos, a fin de lograr la coordinación entre procedimiento y registro y evitar supuestos de desvinculación entre ambos, es aconsejable la práctica de la anotación del embargo decretado... Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la Ley Hipotecaria, cuando en relación a los terceros poseedores se establece que "cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes..."»(Resoluciones de 10 de diciembre de 1997, 23 de julio de 1999 y 14 diciembre 2015).
- (6) Sobre esta cuestión puede verse el artículo *La legalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución de la hipoteca* de ROSALES, Francisco. Hoy por hoy, como señala MICÓ GINER, Javier, (en su libro *Hipotecasy Venta Extrajudicial de Inmuebles Hipotecados*, Ed. Tirant lo Blanch 2017), al margen de polémicas doctrinales correspondientes a la legislación anterior, parece pacífica la constitucionalidad de la venta extrajudicial y su posible aplicación en todos aquellos casos en que el pacto conste en la escritura de constitución de hipoteca y figure inscrito en el Registro de la Propiedad, figurando así dicho pacto bajo la salvaguarda de los Tribunales. No obstante, desde un punto de vista pragmático, en los tiempos actuales en los que se cuestiona absolutamente cualquier aspecto de los medios legales empleados por el acreedor para el ejercicio del *ius distrahendi* y la recuperación de las cantidades prestadas, no es imprevisible que su constitucionalidad pudiera ser de nuevo cuestionada. La mera posibilidad de oposición mermaría la efectividad de esta institución, por lo que el citado autor recomienda su utilización como sustitutivo de la dación en pago imposible por la existencia de cargas posteriores, donde la impugnación por deudores o hipotecantes sea inexistente dados los acuerdos previos, valorando con prudencia su utilización en situaciones netamente contenciosas.
- (7) Art. 236.c RH: «1. Si de la certificación registral no resultan obstáculos a la realización hipotecaria solicitada, el Notario

practicará un requerimiento de pago al deudor indicándole la causa y fecha del vencimiento del crédito y la cantidad reclamada por cada concepto y advirtiéndole que de no pagar en el término de diez días se procederá a la ejecución de los bienes hipotecados siendo de su cargo los gastos que ello ocasione. 2. El requerimiento tendrá lugar en el domicilio que, a efectos de aquél, resulte del Registro y se practicará por el Notario, bien personalmente, si se encontrase en él el deudor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallasen en el mismo y, si no se encontrase nadie en él, al portero o a uno de los vecinos más próximos. 3. Si el Notario no fuera competente por razón del lugar practicará el requerimiento por medio de otro Notario que sea territorialmente competente. 4. Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda».