

La práctica forense de la ejecución hipotecaria. Respuestas a sus principales problemas de aplicación<sup>1</sup>.

**The forensic practice of the foreclosure. Answers to the main practical problems.**

**Federico Adán Doménech**

*Profesor Agregado de Derecho Procesal.*

*Universidad Rovira i Virgili*

Federico.adan@urv.cat

Fecha de presentación: octubre, 2008. Fecha de publicación: noviembre, 2008.

### **Resumen.**

La realidad histórica en la que vivimos se encuentra, a día de hoy, castigada por una fuerte crisis económica y financiera que condiciona nuestras posibilidades económicas. Son muchas las variables financieras y laborales que objetivizan la desaceleración de la economía. La inestabilidad en el empleo, la destrucción de lugares de trabajo, la fluctuación del euribor..., no son, sin embargo, elementos ajenos al mundo jurídico, más bien todo lo contrario, incidiendo en un aumento del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias respecto de préstamos garantizados con hipoteca. Esta realidad presenta un reflejo directo en el ámbito procesal, incidencia que se plasma en un incremento de la incoación de ejecuciones hipotecarias antes nuestros órganos judiciales. En base a la actualidad de esta realidad judicial, en el presente artículo se pretende examinar alguno de los principales problemas ante los que se enfrentan los diferentes operadores jurídicos –abogados, procuradores y personal judicial- en la práctica forense diaria.

### **Abstract.**

We are currently living through a major economic and financial crisis which is affecting our economic possibilities. There are many financial and working variables which reflect the slowing down of the economy. However, job insecurity, job losses, fluctuations in the Euribor etc. are not elements that are alien to the legal world, on the contrary, they have contributed to an increase in the failure to meet financial obligations regarding mortgage-secured loans. This reality is directly reflected in the ambit of procedural law, and can be seen in the increasing number of mortgage foreclosures being brought before the courts. In the light of this legal reality, this article examines one of the principal problems faced by different legal operators –lawyers, attorneys, legal personnel – in daily forensic practice.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se incluye en el seno del Proyecto I+D número SEJ2005-08185/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

## Sumario.

- I. Regulación legal de la ejecución hipotecaria.
  - A. Antecedentes.
  - B. Regulación legal de la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000
- II. Omisión de los requisitos propios de la ejecución hipotecaria.
  - A. Tasación de la finca en la escritura de constitución de la hipoteca.
  - B. Notificación del proceso al deudor.
- III. La conversión del proceso hipotecario en una ejecución ordinaria.
  - A. Principales problemas prácticos.
  - B. Título ejecutivo apto para la ejecución ordinaria.
  - C. Prescripción de la incoación de la ejecución ordinaria.
- IV. Entrega del sobrante.
- V. Vencimiento anticipado y liberación del bien.

## Palabras clave.

Hipoteca, Ejecución, Deudor, Hipotecante no deudor, Incumplimiento, Escritura pública, Tasación, Domicilio, Liberación. Sobrante, Vencimiento anticipado.

## Keywords.

Mortgage, Mortgage foreclosure, Third Party Mortgagor, Non-fulfilment, Public Deed, Valuation, Domicile, Cancellation, Surplus, Advanced Maturity.

## I. REGULACIÓN LEGAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

### A. ANTECEDENTES.

Constituye un hecho objetivo que uno de los principales problemas de la Administración de justicia en nuestros días es la desconfianza existente en el ciudadano respecto de la misma, originada, entre otros factores, por su lentitud en la respuesta judicial. Ante esta desilusionante realidad, la respuesta procesal ha sido, en multitud de ocasiones, la más simplista de las soluciones, limitándose el legislador a crear diferentes procesos judiciales para dar cobertura a las nuevas peticiones de derecho y a las nuevas realidades jurídicas, originándose como afirma RAMOS MENDEZ, “una proliferación laberíntica de procesos en la interinidad del propio Código procesal”<sup>2</sup> a base de reformas parciales, fruto de una política legislativa parcheadora que sobrepasaba incluso el ámbito procesal, ampliándose a otros sectores jurídicos y concretándose en la creación de cauces procesales en textos normativos de carácter sustantivo, circunstancia respecto de la que no se encontraba ajena la materia hipotecaria objeto de estudio en este trabajo, y que es denunciada por el propio legislador de la vigente Ley procesal en la Exposición de Motivos al afirmar que *“esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, permite también afrontar, sin mermas de garantías, los asuntos que eran contemplados hasta hoy, en más de una docena de leyes distintas de la procesal civil común”*.

El objetivo del legislador procesal era claro, establecer una nueva tipología procesal, suprimiendo la diversidad procedimental en una doble dirección, tanto interna, en referencia a la pluralidad de procesos especiales regulados en la interinidad del texto procesal, como externa, respecto de las normas procesales consignadas y desarrolladas en diferentes textos normativos de carácter sustantivo. Filosofía anunciada en la Exposición de Motivos de la LEC, al establecer que *“lo exigible y deseable no es unificar a ultranza, sino suprimir lo que resulta innecesario y, sobre todo, poner término a una dispersión normativa a todas luces excesiva”*.

---

<sup>2</sup> La política legislativa proliferadora de procesos había sido objeto de crítica por RAMOS MENDEZ, al manifestar que “no existe una razón única que justifique la proliferación de juicios especiales: la frecuencia o complejidad de algunas cuestiones, las necesidades de una resolución rápida, las particularidades que impone un determinado objeto litigioso (...), la doctrina ha reiterado sus advertencias de que la situación es insostenible y que la mayoría de los juicios especiales no tienen razón de ser” (RAMOS MENDEZ, F.: Enjuiciamiento Civil, T. II., Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 801 y 802).

## B. REGULACIÓN LEGAL DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN LA LEY 1/2000, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

La nueva regulación de la ejecución hipotecaria es, como veremos a continuación, un ejemplo de cumplimiento de la declaración de intenciones de la Exposición de Motivos de la nueva Ley procesal por dos extremos:

En primer lugar, se evita la diversificación normativa, al incluirse en la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de todos los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, procesos que antes se regulaban en diferentes leyes sustantivas<sup>3</sup>.

En segundo lugar, se evita la diversidad de cauces procesales, al regularse *“de manera unitaria las ejecuciones de crédito con garantía real, eliminando la multiplicidad de regulaciones existente en la actualidad”*<sup>4</sup>. Con anterioridad a la nueva Ley procesal se encontraban vigentes hasta tres procedimientos judiciales sumarios, en función de la naturaleza del bien hipotecado, así existía un procedimiento en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, otro en la Ley de Hipoteca Naval, y finalmente, el ya mencionado del art. 129 de la Ley Hipotecaria. Mediante la disposición derogatoria única de la nueva LEC, en sus apartados 8 y 9 se derogan los preceptos encargados de regular la tramitación de la ejecución hipotecaria de las dos primeras leyes enunciadas. Consecuencia de esta derogación, se unifican todas las ejecuciones hipotecarias independientemente de la naturaleza del bien en cuestión, esto es, la mobiliaria, la naval y la inmobiliaria, en un único proceso que no es otro que el regulado en los art. 681 y ss de la Ley procesal.

---

<sup>3</sup> En este sentido, RODRIGUEZ OTERO sostiene que “la nueva LEC de 7 de enero 2000, unifica y ordena la regulación legal de esta materia, que hasta entonces estaba dispersa” (RODRIGUEZ OTERO, L.: Instituciones de Derecho Hipotecario, 3ª parte, 1ª ed., Edit. Difusa, Madrid, 2007, pág. 447). Algunos autores, por su parte, dudan del hecho de que la nueva normativa haya sido un éxito de simplificación procesal. En este sentido, DIAZ afirma que “personalmente no estamos convencidos de que esta unificación normativa (...) en este caso se haya traducido en una efectiva simplificación desde el punto de vista de su manejo. En relación al procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, si que era realmente un verdadero código procedimental, del que escasamente era necesario salir para acudir a la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aspectos concretos no regulados por aquél (...), sin embargo ahora tenemos que tener en cuenta: a) los artículos 129 a 135 de la Ley hipotecaria; b) el capítulo V del título IV sobre particularidades de la ejecución de bienes hipotecados (artículos 681 a 698), c) la sección 6ª del capítulo V (artículos 655 a 680) relativos a la subasta de bienes inmuebles; d) supletoriamente se declaran de aplicación las normas de la sección 5ª de ese mismo capítulo, relativa a la subasta de bienes muebles” (DIAZ, J. M.: Ejecución judicial sobre bienes hipotecados, Edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs.120 y 121).

<sup>4</sup> Al respecto vid. Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. La reducción procedimental es también puesta de manifiesto por el AAP de Guadalajara, Sección 1ª, de 12 de abril de 2002, (AC 2002\159), en el que se afirma que se mejora la legislación en este ámbito “eliminando la multiplicidad de regulaciones existentes en la actualidad”. En términos similares, se pronuncia la SAP de Granada, Sección 3ª, de 31 de mayo de 2003, (JUR 2003\234035).

Las premisas de como será la nueva regulación que la Ley procesal concede al proceso hipotecario, las encontramos anunciadas en la propia Exposición de Motivos, en la que se afirma que *"en la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (...) se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria"*. Esta declaración de intenciones, ya nos advierte de que no resultarán ser muchas, o cuanto menos, de especial trascendencia las modificaciones experimentadas en esta materia por la vigente Ley procesal.

Del estudio comparativo del articulado que la Ley hipotecaria dedicaba a la regulación del procedimiento hipotecario, y de los preceptos que la Ley procesal destina a la denominada ejecución hipotecaria, podemos realizar las siguientes afirmaciones:

En primer lugar, la regulación que contiene el texto procesal es en sus aspectos esenciales idéntica, desglosándose de forma más ordenada en diferentes artículos, en concreto en 18 preceptos (art. 681 a 698 LEC), lo que anteriormente se contenía en 7 (arts. 129 a 135 LH), pero sin que la misma sufra especiales alteraciones<sup>5</sup>, como lo demuestra el hecho de que diversos artículos de la Ley procesal consisten en una copia, a veces casi literal, de la redacción contenida en las normas de la Ley Hipotecaria. La jurisprudencia "menor" de nuestras Audiencias Provinciales, también defiende la identidad de regulaciones, como resulta patente en el AAP Cádiz, Sección 7ª, de 23 junio de 2003, en el que se afirma que *"en la actualidad, la nueva LEC, que instaura un proceso de ejecución común con la solas especialidades de las relativas a bienes hipotecados, en su Título III regula en los artículos 538 en adelante la ejecución en general que coincide en parte con el antiguo juicio ejecutivo y, en el Título IV, artículos 571 y siguientes la denominada ejecución dineraria, en contraposición a la ejecución no dineraria del Título V (artículos 699 y siguientes) y, dentro de la dineraria, en el Capítulo V se regula la especialidad de la ejecución sobre bienes inmuebles o muebles pignorados o hipotecados (artículos 681 y siguientes), que precisamente recogen las antiguas normas o procedimiento del antiguo art. 131 de la LH con matizaciones"*<sup>6</sup>, dando cumplimiento, de esta forma, a las intenciones de la propia Ley procesal, tal y como expone en su propia Exposición de Motivos al sostener que *"en este punto (refiriéndose) a la nueva regulación hipotecaria se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria"*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>En este sentido, se manifiesta BARBANCHO al sostener que "la aplicación de las nuevas normas, reproducen en lo esencial el procedimiento que se regulaba en la LH" (BARBANCHO, F. J. (AAVV): Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III, Edit. Atelier, Barcelona, 2000 pág. 3085).

<sup>6</sup> AAP Cádiz, Sección 7ª, de 23 junio de 2003, (JUR 2003\212005). Siguiendo esta línea de argumentación, se pronuncia el AAP Barcelona, Sección 14ª, de 20 julio 2004, al manifestar que el proceso "de ejecución sobre bienes hipotecados, regulado por los arts. 681 y ss. LECiv nueva, con pequeñas variantes reproducen el procedimiento judicial sumario que anteriormente regulaba el art. 131 de la LH" (AC 2004\1132). De la misma forma, vid. AAP de Almería, Sección 3ª, de 6 de julio de 2004, (AC2004\1702); y AAP Cádiz, Sección 2ª, de 4 de junio de 2003, (EDJ 2003/249055).

<sup>7</sup> Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

En segundo lugar, la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil ostenta una mayor coherencia que la regulación anterior, fundamentalmente por los dos siguientes motivos:

a.- por sustraer de un texto de carácter sustantivo normas de índole procesal, evitando con su incorporación a la LEC duplicidad de regulaciones,

b.- la incorporación del proceso hipotecario al Libro que el Código procesal dedica a la ejecución forzosa, permite una regulación más completa, acorde y coherente con instituciones de idéntica naturaleza, como lo demuestra las constantes remisiones a preceptos de la ejecución forzosa, adquiriendo la misma el carácter de normativa supletoria ante las lagunas que puedan surgir respecto de la modalidad ejecutiva hipotecaria.

Partiendo de esta normativa vigente, en el presente trabajo pretendo examinar los principales problemas que presenta la aplicación diaria en la práctica forense este procedimiento, y a los cuales se enfrentan los diferentes operadores jurídicos que intervienen ante la Administración de Justicia.

## **II. OMISIÓN DE LOS REQUISITOS PROPIOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.**

La ejecución hipotecaria se configura como un proceso de ejecución de carácter especial, debido a la propia sustantividad de sus particularidades. Característica común a todo proceso especial, ya sea bien de carácter declarativo o bien de naturaleza ejecutiva, es su delimitación objetiva. Partiendo de esta premisa, la regulación de la ejecución hipotecaria ostenta un ámbito reducido de aplicación, que se concreta en el art. 682 del texto procesal, al manifestar que las normas de este proceso sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda.

De la literalidad del precepto enunciado resulta patente el primero de los presupuestos cuya concurrencia deviene necesaria para la incoación de esta modalidad de ejecución, que no es otro que la constitución de una hipoteca sobre determinados bienes que se erija como garantía del cobro de las obligaciones contraídas por una persona resultante de una relación jurídica subyacente. Sin embargo, esta exigencia es completada por el apartado segundo del mismo precepto, delimitando en mayor medida las características propias del objeto de la ejecución hipotecaria. De esta forma, no resultará suficiente la existencia de la constitución de una hipoteca, sino que en la misma deberán cumplirse dos extremos más, esto es:

A.- La determinación en la escritura de constitución de la hipoteca del precio en que los interesados tasan la finca o bien, para que sirva de base a la posible subasta<sup>8</sup>, y

B.- La consignación en la escritura de constitución de la hipoteca, por parte del deudor, de un domicilio fijado a efectos de notificaciones y requerimientos<sup>9</sup>.

De acuerdo con esta exigencia legal, el cumplimiento de estos requisitos deviene presupuesto de admisibilidad del proceso<sup>10</sup>, y en consecuencia, de admisión de la demanda ejecutiva hipotecaria, como resulta patente en el AAP de Almería, de 6 julio de 2004, al sostener que “de acuerdo con lo dispuesto en el art. 682 de la LECiv, los requisitos que ha de reunir la demanda ejecutiva en estos casos, son los siguientes: que la ejecución se dirija exclusivamente contra los bienes hipotecados; que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan el bien, para que sirva de tipo en la subasta; que en la citada escritura conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de requerimientos y notificaciones; y que en la inscripción registral de la hipoteca el Registrador haga constar las circunstancias anteriores”<sup>11</sup>.

De esta forma, a *sensu* contrario, la sola “omisión o (...) el posible defecto en cuanto a la designación del domicilio realizada por el deudor a efectos del procedimiento judicial o

---

<sup>8</sup> Recogen, entre otras resoluciones judiciales, el carácter preceptivo del cumplimiento de este presupuesto de admisibilidad del proceso de ejecución hipotecaria: AAP de Madrid, Sección 18ª, de 6 de febrero de 2007, (Id. Cendoj: 28079370182007200029); AAP de Granada, Sección 5ª, de 7 de julio de 2006, (Id. Cendoj: 18087370052006200058); AAP de Albacete, Sección 2ª, de 3 de febrero de 2004, (Id. Cendoj: 0200337002200420015); AAP de Granada, Sección 3ª, de 11 de noviembre de 2005, (Id. Cendoj: 18087370032005200309); STC de 2 de julio de 1998, (RJ 1998\150); y SAP de Málaga, 26 de mayo de 1994, (AC 1994\941).

<sup>9</sup> Entre otras resoluciones exigen la presencia de la consignación de un domicilio en la escritura de constitución de la hipoteca: AAP de Salamanca, Sección 1ª, de 19 de junio de 2007, (Id. Cendoj 37274370012007200016); AAP de León, Sección 1ª, 24 de abril de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007200066); AAP de Madrid, Sección 14ª, de 1 de diciembre de 2005, (Id. Cendoj: 28079370142005200248); y AAP de Murcia, Sección 3ª, de 29 de junio de 2004, (Id. Cendoj: 30030370032004200079).

<sup>10</sup> AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 11 de septiembre de 2006, (Id. Cendoj: 41091370052006200216). La exigencia formal de estos presupuestos implica el cumplimiento de ambos, no de forma alternativa, pues “si sólo hubiera un presupuesto, también estaría obligado a inscribirlo, pero sería insuficiente para posibilitar la ejecución hipotecaria directa” (GUZMAN, V.: *Reflexiones entorno a la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en “La ejecución civil”, Estudios de Derecho Judicial, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, nº 53-2004, pág. 960).

<sup>11</sup> AAP de Almería, Sección 3ª, de 6 julio, (AC 2004\1702). La obligatoriedad de ambos requisitos es declarada también en: AAP de Madrid, Sección 14ª, de 1 de diciembre de 2005, (EDJ 2005/241160); AAP de La Rioja, Sección 1ª, de 10 de noviembre de 2005, (EDJ 2005/209472); AAP de Asturias, Sección 5ª, de 30 diciembre de 2004, (AC 2005\157); RDGRyN, de 13 de febrero de 2004, (RJ 2004\2125); AAP de Valencia, Sección 11ª, de 29 de diciembre de 2003, (Id. Cendoj: 46250370112003200196); y RDGRyN de 7 de febrero de 2001, (RJ 2002\2148).

extrajudicial, producirá el efecto de que no pueda utilizarse este procedimiento<sup>12</sup>, decayendo, en consecuencia, para el acreedor la posibilidad de incoar un proceso privilegiado para la tutela de su pretensión ejecutiva, realidad que, de forma similar, acontecerá ante la ausencia de tasación del bien hipotecado en la escritura pública. En base a la especial importancia de la concurrencia de estos presupuestos en la correcta constitución de la *litis*, los mismos deben ser objeto de un estudio de oficio por parte del órgano judicial.

Ante el carácter imperativo de la concurrencia de estos requisitos formales cabe preguntarse si la omisión de alguno de estos presupuestos en la escritura de constitución de la hipoteca puede ser subsanada, concediendo el juez un plazo determinado encaminado a su perfección, a efectos de que no pierda el acreedor el privilegio de la utilización de este proceso hipotecario. Frente a este interrogante existen argumentos discrepantes tanto respecto de la posible subsanación como en contra de la misma. Pasamos a continuación a examinar los argumentos que pueden ser esgrimidos en favor de la subsanabilidad de la omisión de estos extremos regulados en el art. 682.2 LEC.

A.- El principio de subsanación de los actos procesales, defendido por el propio Tribunal Constitucional al afirmar que las Leyes procesales son “un gran sistema de garantías, que no puede reducirse a un mero contenido formal. Por ello, ha de evitarse todo formalismo entorpecedor en el proceso. De ahí, que se proclame la vigencia de los principios de subsanación y conservación de los actos procesales en orden a conseguir la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de nuestra Constitución”<sup>13</sup>.

B.- Adquiere especial importancia el derecho de acción del ciudadano, que se vería vulnerado en todos aquellos supuestos en que “el órgano judicial no posibilita la subsanación de un defecto procesal subsanable, e impone un rigorismo excesivo en las exigencias formales, que vaya más allá de la finalidad a que estas responden”, tal interpretación inflexible del órgano judicial podría esgrimirse que atenta contra la libertad procedimental del ciudadano, pues se “habrá cerrado la vía al proceso o al recurso de manera incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”<sup>14</sup>.

C.- Finalmente, otro de los argumentos posibles en aras a la subsanación de los defectos formales de la escritura de constitución de la hipoteca, se concretaría en el derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho cuando el ciudadano acude al auxilio judicial, garantía reforzada por el art. 11.3 LOPJ, que obliga a los Tribunales a resolver sobre las pretensiones de las partes, que sólo podrán ser desestimadas por motivos formales cuando el

---

<sup>12</sup> RDGRyN, de 7 de febrero de 2001, (RJ 2002\148).

<sup>13</sup> STC, de 2 de octubre de 1986, (RTC 1986\114). Asimismo, defiende la doctrina del Alto Tribunal, el AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 11 de septiembre de 2006, (Id. Cendoj: 41091370052006200216).

<sup>14</sup> STC, de 19 de diciembre de 1991, (RTC 1991\247).



defecto fuese insubsanable o no se subsane por el procedimiento establecido en las leyes, por lo que, el no conceder la posibilidad de subsanar el defecto “se convierte en una sanción y en un fin que provoca la negación de la tutela judicial efectiva”<sup>15</sup>.

Frente a esta postura, de forma casi unánime, la mayoría de nuestros órganos judiciales defienden la inadmisión de la demanda hipotecaria en la que no aparezca consignada el precio de tasación de la finca y la fijación de un domicilio a efectos de requerimientos de pago en base a los siguientes motivos:

A.- Los requisitos del art. 682 LEC delimitan el ámbito de aplicación del proceso hipotecario, pues al constituirse éste en un proceso especial, no se erige como una vía judicial apta para el ejercicio de cualquier reclamación, sino que debe producirse una delimitación objetiva, función que cumple el precepto mencionado<sup>16</sup>.

B.- Los presupuestos del art. 682 LEC se configuran como elementos equilibradores de la posición de las partes en la interinidad de la ejecución. El carácter expeditivo del proceso hipotecario se compensa con un mayor grado de exigencia respecto del cumplimiento de los requisitos que deben concurrir en la escritura pública de constitución de la hipoteca, en especial el referente a la consignación del domicilio del deudor en aras a proteger su derecho de defensa. El rigor formal se erige, por tanto, como compensatorio de la limitación de las causas de oposición y suspensión existentes en este proceso<sup>17</sup>, que en cierta medida restringen el ámbito de defensa del deudor.

C.- De forma análoga a las exigencias reguladas en los arts. 403 y 552 LEC, que determinan la inadmisión de la demanda y la denegación del despacho de ejecución en aquellos supuestos en que se adolezca del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley respecto de los documentos que deben adjuntarse con la demanda, siendo en el caso del proceso hipotecario el documento que debe acompañarse a la demanda la escritura pública de constitución de la hipoteca, y siendo los requisitos que se exigen, los regulados en el art. 682 LEC<sup>18</sup>.

D.- La libertad del ciudadano, en cuanto a la elección procedimental para la protección de sus derechos e intereses legítimos, se encuentra limitada al cumplimiento de las formalidades legales reguladas para la configuración de esa concreta vía procesal, de lo contrario, se

---

<sup>15</sup> STC, de 19 de diciembre de 1991, (RTC 1991\247).

<sup>16</sup> AAP de Granada, Sección 5ª, de 7 de julio de 2006, (Id Cendoj: 18087370052006200058).

<sup>17</sup> AAP de León, Sección 1ª, de 24 de abril de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007200066); y AAP de Madrid, Sección 14ª, de 1 de diciembre de 2005, (EDJ 2005/241160).

<sup>18</sup> SAP de Madrid, Sección 12ª, de 4 de mayo de 2006, (Id Cendoj: 28079370122006100253).

supeditaría la elección procedimental a la libre discreción de las partes<sup>19</sup>, y por tanto, deben respetarse las normas de admisibilidad de este proceso, so pena de dejar vacío de contenido el texto procesal<sup>20</sup>, y en concreto su art. 682.

E.- La inadmisión de la demanda hipotecaria no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor, pues no priva al acreedor de reclamar la cantidad adeudada por otras vías procesales<sup>21</sup>. Como todos nosotros conocemos, la hipoteca se configura como un derecho de garantía de una obligación nacida de un contrato causal subyacente. Este carácter podríamos denominar de accesoriedad, conlleva que la misma no adquiera una vida autónoma sino que se encuentre sometida a una relación de causalidad con un negocio jurídico subyacente, lo que presupone la existencia de dos relaciones jurídicas con sustantividad propia, el negocio subyacente y la institución de la hipoteca, derivándose de ambas, en favor del acreedor hipotecario ante el incumplimiento del deudor, una doble acción contra su persona, la primera de ellas, una acción personal derivada del incumplimiento contractual por parte del obligado, y la segunda, la acción hipotecaria, consecuencia de la función garantista de la hipoteca.

La existencia de esta duplicidad de acciones concede al acreedor la posibilidad de incoar diferentes vías procesales, sin que de forma imperativa deba acudir a aquella en la que la LEC recoge las particularidades del proceso de ejecución hipotecaria, afirmación que es corroborada por la dicción del propio art. 681 LEC, al sostener que la *acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignoralados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo*. El término *podrá* es clarividente, la utilización de este proceso no es en caso alguno preceptiva, por lo que el titular del crédito podrá elegir entre las diferentes vías procesales que le concede el texto procesal. De forma enunciativa, podemos concluir afirmando que el acreedor dispone de cinco medios diferentes para la reclamación de su crédito, uno de carácter extrajudicial y cuatro judiciales: a) el proceso declarativo ordinario, ejercitando una pretensión declarativa de condena; b) acudir al proceso de ejecución ordinario o común, por cuanto dispone de un título ejecutivo del art. 517.2.4 de la LEC, c) acudir al proceso de ejecución especial de los arts. 681 y siguientes, y d) como novedad incoar un proceso monitorio<sup>22</sup>.

F.- La falta de cumplimiento de los requisitos del art. 682 LEC no condiciona la validez de la escritura donde aparece consignada la hipoteca, tanto a nivel contractual como procesal, pudiendo decretarse en la interinidad del proceso de ejecución ordinaria actos de naturaleza

---

<sup>19</sup> STC, de 18 de julio de 1994, (RTC 1994\221).

<sup>20</sup> AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 15 de septiembre de 2006, (Id Cendoj: 38038370042006200075).

<sup>21</sup> AAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 26 de septiembre de 2006, (Id Cendoj: 35016370042006200206).

<sup>22</sup> AAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 26 de septiembre de 2006, (AC 2006\2154); AAP de Asturias, Sección 5ª, de 30 diciembre 2005, (AC 2005\157); y AAP de Cádiz, Sección 7ª, de 23 junio 2003, (JUR 2003\212005).

ejecutiva en base a este título, por seguir ostentando fuerza ejecutiva de acuerdo con el art. 517 LEC o actuando como documento probatorio de la deuda en él consignada, para el declarativo o el monitorio<sup>23</sup>.

Una vez analizada de forma genérica la exigencia del cumplimiento de los requisitos específicos del proceso hipotecario, a continuación analizaremos los aspectos problemáticos que de forma individualizada presentan estos presupuestos.

### A. TASACIÓN DE LA FINCA EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.

Como hemos dicho, el procedimiento hipotecario se configura como un proceso especial de ejecución, la delimitación objetiva del mismo se concreta en la exigencia del cumplimiento de unos requisitos específicos, que en el caso que nos ocupa se plasma en los dos requisitos del art. 682 LEC, esto es, en la designación por parte del deudor de un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones y en la necesidad de que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta. Sin embargo, esta prematura tasación de la finca puede producir un desajuste entre la valoración económica fijada y el verdadero rédito económico que se puede obtener en la subasta en aras a la protección del acreedor ejecutante. Esta situación puede acontecer cuando la tasación se haya determinado en la escritura de constitución de hipoteca haciendo caso omiso, por desconocimiento o por omisión, de las cargas preferentes que disminuirán la apetecibilidad del bien. Ante esta situación, a nuestro entender, la solución radica en la aplicación del art. 666 LEC en la interinidad del proceso hipotecario, que permite deducir de la valoración del bien, el valor de las cargas preferentes al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución, que no es otro que la hipoteca. No obstante, la aplicación de esta norma en el proceso hipotecario no es unánimemente aceptada. Así, en contra de su aplicabilidad se argumentan básicamente los siguientes extremos:

A.- Por el hecho de constituir la determinación del valor del bien un requisito de procedimentalidad del proceso hipotecario, siendo el momento inicial de la constitución de la hipoteca, el apto para la concreción del valor de la finca, deviniendo, en consecuencia, cualquier alegación posterior respecto de su determinación "extemporánea"<sup>24</sup>, en base a la exigencia de que la referida valoración conste concretada en el momento de iniciarse la ejecución hipotecaria, por tanto, "si en el asiento de constitución de la hipoteca, no se hizo constar el valor

---

<sup>23</sup> AAP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 8 de mayo de 2007, (Id Cendoj: 13034370012007200164). En términos similares se expresa RODRIGUEZ OTERO, al sostener que "su omisión no impide la inscripción de la hipoteca, pero ésta no podrá ejecutarse por este procedimiento especial, pero sí por el ordinario" (ob. cit., págs. 454 y 455).

<sup>24</sup> SAP de La Coruña, Sección 4ª, de 24 de abril de 2006, (Id. Cendoj: 15030370042006100255).

de la vivienda, (...) no podrá ahora, acceder al Registro la valoración que los constituyentes den al bien en perjuicio de un posterior adquirente”<sup>25</sup>,

B.- Por aplicación de una norma específica para el proceso hipotecario respecto de una norma de carácter genérico para la ejecución ordinaria respecto de la valoración del tipo de la subasta, identificándose la norma específica con la exigibilidad impuesta en el art. 682 LEC de determinar el valor del bien en la escritura de constitución de la hipoteca, y la norma genérica con el art. 666 para los procesos de ejecución ordinaria, por lo que el mismo “resulta inaplicable cuando existe norma específica para la ejecución hipotecaria”<sup>26</sup>.

A nuestro entender, en cambio, si debe resultar de aplicación el art. 666 LEC en la interinidad del proceso hipotecario, existiendo incluso alguna resolución judicial que determina la nulidad de la aprobación del remate por no haberse aplicado el precepto en cuestión<sup>27</sup>. Los argumentos que sostienen las resoluciones judiciales de las Audiencias Provinciales, en defensa de esta tesis, son heterogéneas. A continuación analizaremos las posturas de mayor fundamentación.

A.- Interpretación sistemática del conjunto del articulado del texto procesal. No existe ninguna norma que declare la inaplicación del art. 666 LEC al proceso hipotecario, sino más bien todo lo contrario, pues es el propio art. 681 LEC, al regular la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca, el que establece que le resultará de aplicación a su tramitación, lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la LEC, encontrando ubicación legal en el mismo el art. 666 LEC<sup>28</sup>.

B.- Por no constituir una norma contraria a la específica del proceso hipotecario. La única causa de inaplicación de este precepto lo constituiría el hecho de que el mismo se configurase como una norma incompatible o contraria a la específica regulada en el proceso hipotecario, pero la aplicación de las directrices contenidas en el art. 666 devienen un complemento a la norma específica del proceso hipotecario. El art. 682 LEC que determina la tasación del bien en la escritura de constitución de la hipoteca equivale al art. 637 LEC para la ejecución ordinaria, en el que se regula la necesidad de valorar el bien si no se ha efectuado con anterioridad por acuerdo entre las partes, por lo que la tasación fijada en la escritura pública de constitución de la hipoteca, equivaldría al avalúo en los procesos de ejecución ordinaria, y sólo una vez efectuada esta previa valoración económica del bien, resulta de aplicación el art. 666 LEC como norma

---

<sup>25</sup> RDGRyN, de 20 de octubre de 1999, (RJ 1999\7676).

<sup>26</sup> AAP de Madrid, Sección 18ª, de 6 de febrero de 2007, (Id. Cendoj. 28079370182007200029). De la misma forma, se expresa la SAP de La Coruña, Sección 4ª, de 24 de abril de 2006, (Id. Cendoj: 15030370042006100255).

<sup>27</sup> AAP de Burgos, 27 de octubre de 2003, (Id. Cendoj: 09059370032003200110).

<sup>28</sup> AAP de Cuenca, Sección 1ª, de 27 de enero de 2005, (Id. Cendoj: 16078370012005200007).

complementaria, siendo su aplicación posterior común tanto a la tasación efectuada en la ejecución hipotecaria como para el avalúo en la ejecución ordinaria.

C.- Conocimiento real de la situación registral del bien. “Dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, el procedimiento judicial sumario de ejecución, se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales<sup>29</sup>, siendo la literalidad del Registro la que determinará en buena medida la tramitación del proceso, tanto en sus elementos personales como objetivos. No obstante, en determinadas ocasiones, la valoración del bien en la escritura de constitución de la hipoteca se ha podido realizar desconociendo o ignorando la situación registral del bien objeto de realización, circunstancia que requiere de la necesidad de modular el valor económico para que resulte apetecible en el proceso hipotecario. En este proceso, la situación registral exacta del bien se obtendrá con posterioridad a la tasación efectuada en la escritura pública, en función de los postulados del art. 688 LEC en relación con el art. 655 del mismo cuerpo legal, al preverse que el órgano judicial solicite del Registrador de la Propiedad una certificación en la que conste, entre otros contenidos, una relación completa de las cargas inscritas que lo gravan, o en su caso, si se halla libre de cargas. A mayor abundamiento, y persiguiendo el mismo objetivo que los preceptos anteriormente citados, el art. 657 LEC permite que, a petición del ejecutante, el Tribunal se dirigirá a los titulares de créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución para que informen de la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual garantía, pudiéndose, en este momento, ajustar el tipo de la subasta a la situación real del bien, modificándose el que se realizó en la escritura de constitución de la hipoteca, momento en que se puede no tener un conocimiento exacto de si esas cargas subsistirán, y por que importe concreto.

D.- En coherencia con la defensa de la prioridad registral que sostiene la Exposición de Motivos de la Ley procesal. En el punto XVII de la Exposición de Motivos, al regular la realización del bien mediante la subasta, se defiende la subsistencia de las cargas anteriores al gravamen que se ejecuta, en este caso la hipoteca, postura que comporta como consecuencia, a efectos prácticos, la necesidad de deducir de la valoración del bien, el importe de las cargas subsistentes para determinar el valor del inmueble que ha de ser subastado, a efectos de que la cantidad obtenida en la misma redunde en la ejecución pendiente, deducción que se realizará conforme a la aplicación del art. 666 LEC, no respecto del importe del avalúo que no existe en este proceso, sino del valor fijado por las partes en la escritura de constitución de la hipoteca<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> DIEZ, J.M.: ob. cit., pág. 134. Con esta publicidad registral, sigue manifestando este autor, se “permite, (...) dar a conocer el tipo de la subasta a los postores que intervengan en la misma, así como a los terceros poseedores o adquirentes, posteriores de la finca hipotecada” (ob. cit., pág. 134).

<sup>30</sup> AAP de Barcelona, Sección 1ª, de 23 de abril de 2007, (Id Cendoj: 08019370012007200080); y AAP de Valencia, Sección 11ª, de 13 de noviembre de 2002, (Id Cendoj: 46250370112002200081).

E.- Evitar perjuicios para el acreedor. "La finalidad de la norma contenida en el art. 666 de la LEC es evitar la tramitación de subastas que a la postre van a resultar desiertas, pues nadie va a querer sacar a venta pública un bien que tiene más cargas de lo que vale. La norma busca, pues, en último término ahorrar costes y trámites innecesarios al ejecutante, es decir, es una norma pensada, al menos en parte, en beneficio del ejecutante"<sup>31</sup>. De esta forma, de no deducirse estas cargas, podríamos encontrarnos ante supuestos de no celebración de la subasta por falta de interés económico quedando desiertas, debido a la amplitud de las cargas anteriores que superan o igualan el precio o dejan un diferencial muy pequeño<sup>32</sup>, "al tener que asumirse doblemente las cargas anteriores y preferentes"<sup>33</sup>. En base a ello, al subrogarse el adquirente respecto de (estas) obligaciones anteriores y preferentes<sup>34</sup>, se "produce una minusvaloración de los bienes en el momento de la adjudicación de los mismos"<sup>35</sup>.

F.- Por la remisión del art. 691 LEC, que establece que los bienes hipotecados se realizarán conforme a lo dispuesto en esta Ley para la subasta de los bienes inmuebles, englobándose el artículo 666 dentro del conjunto de preceptos que regulan la subasta de estos bienes, para dar, en definitiva, información a los futuros postores de la situación actual en ese momento concreto del bien<sup>36</sup>.

## B. NOTIFICACIÓN DEL PROCESO AL DEUDOR.

Otra de las cuestiones de especial importancia práctica en la tramitación diaria del proceso hipotecario se concreta en la notificación del proceso, y en su caso, requerimiento de pago al deudor. Actividad de especial importancia en un proceso de carácter tan expeditivo en aras a asegurar la defensa del deudor. Los problemas en este punto surgen ante la falta de coincidencia entre el domicilio incorporado a la escritura de constitución de la hipoteca y el real

---

<sup>31</sup> AAP de Lugo, Sección 1ª, de 25 de abril de 2007, (Id Cendoj: 27028370012007200040).

<sup>32</sup> AAP de Cuenca, Sección 1ª, de 27 de enero de 2005, (Id. Cendoj: 16078370012005200007). Sostiene esta postura, la SAP de Pontevedra, Sección 4ª, de 20 de noviembre de 2002, al afirmar que "el valor de tasación de la finca a todos los efectos incluida la determinación del tipo de subasta- ha de haber venido determinado -por evidentes e incuestionables razones de prudencia- por el valor líquido de la finca, o sea con el descuento del importe de la carga hipotecaria anterior o preferente -como por otra parte, ahora establece, con claridad y de forma expresa, en el proceso de ejecución ordinario, el artículo 666 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil-" (Id. Cendoj: 36038370042002100513).

<sup>33</sup> AAP de Burgos, 27 de octubre de 2003, (Id. Cendoj: 09059370032003200110).

<sup>34</sup> SAP de Pontevedra, Sección 4ª, de 20 de noviembre de 2002, (Id. Cendoj: 36038370042002100513).

<sup>35</sup> AAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, de 8 de noviembre de 2006, (Id Cendoj: 35016370032006200190).

<sup>36</sup> AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 3 de marzo de 2006, (Id Cendoj: 41091370052006200072). Respecto de la doctrina, vid. BERNABEU, I.C.: La aplicación del artículo 666 a la ejecución hipotecaria, en "Práctica de los Tribunales", Núm. 43, Noviembre 2007, pág. 66.

del deudor. Con anterioridad al análisis práctico de esta comunicación procesal, deviene necesario realizar dos matizaciones respecto de la literalidad del art. 682 LEC.

A nuestro entender, constituye un grave error la dicción del art. 682.2. LEC, en el que se exige que señale un domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos, solamente a la persona del deudor, sin efectuar referencia alguna a otras personas.

La primera de las contradicciones se concreta en la colisión con las previsiones establecidas en el art. 685 LEC, que prevé que la demanda ejecutiva deba dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor<sup>37</sup> o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados<sup>38</sup>, por lo que si se prevé la posibilidad de dirigir la demanda hipotecaria contra personas diferentes al deudor, éstas también deben poder señalar un domicilio en la escritura de constitución de la hipoteca a efectos de que les sea comunicada la demanda.

La segunda de las contradicciones, se concreta en el art. 683 LEC, pues si bien el art. 682.2.2 de la Ley procesal sólo prevé la inscripción del domicilio por parte del deudor, como ya hemos visto, el art. 683 del mismo cuerpo legal concede, según dicción de la norma, no sólo al deudor sino también al hipotecante no deudor la posibilidad de cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones<sup>39</sup>, y evidentemente únicamente lo podrán modificar si, con anterioridad, lo habían consignado en la escritura.

---

<sup>37</sup> AAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 6 mayo, AC 2002\1404. Respecto de la legitimación del hipotecante no deudor, vid. entre otras, AAP de Asturias, Sección 1ª, de 30 de noviembre de 2006, (Id. Cendoj: 33044370012006200110); AAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 6 de mayo de 2006, (Id. Cendoj: 50297370052002200044); SAP de Málaga, Sección 4ª, de 18 de enero de 2006, (Id Cendoj: 29067370042006100028); SAP de Guadalajara, Sección 1ª, de 7 de noviembre de 2005, (Id Cendoj: 19130370012005100191); y SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 5 de septiembre de 2005, (Id Cendoj: 08019370152005100203).

<sup>38</sup> La legitimación pasiva del tercer poseedor resulta acreditada en el AAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 9 enero, AC 2006\549, al defender que "según el tenor literal de dicho precepto; (art. 685) es decir, es la adquisición de los bienes hipotecados por un tercero lo que otorga la condición de tercer poseedor, condición que, por tanto, ostenta la persona que ha adquirido el bien hipotecado y ha inscrito en el Registro su adquisición, de manera que por ello la demanda debe dirigirse también frente al mismo conforme a lo dispuesto en el artículo mencionado". Mantiene esta línea de argumentación: SAP de Valencia, Sección 8ª, de 21 de febrero de 2006, (Id Cendoj: 46250370082006100202); AAP de Badajoz, Sección 2ª, de 24 de octubre de 2005, (Id. Cendoj: 06015370022005200080); AAP de Guadalajara, Sección 1ª, de 5 de diciembre de 2003, (Id Cendoj: 19130370012003200168); y AAP de Madrid, Sección 10ª, de 18 de julio de 2002, (Id. Cendoj: 28079370102002200251).

<sup>39</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 17 de febrero de 2006, (RJ 2006\4459); y el AAP de Valladolid, Sección 3ª de 23 de noviembre de 2002, (Id. Cendoj: 47186370032002200037).

En base a ello, consideramos que a pesar de la dicción del art. 682 LEC, el hipotecante no deudor también deberá consignar su domicilio en la escritura de constitución de la hipoteca<sup>40</sup>.

El principal problema que se plantea en la práctica es, como ya se ha adelantado, la falta de coincidencia del domicilio inscrito en el Registro y el real del deudor, por lo que si en base al carácter registral del proceso sólo se notificase la existencia del mismo en el que conste en el Registro, podrían plantearse situaciones en que difícilmente el deudor tendrá conocimiento de la ejecución hipotecaria.

Una interpretación literal de la LEC debería llevarnos a afirmar que la notificación se debe efectuar sólo en el domicilio que conste inscrito en el Registro<sup>41</sup>. De acuerdo con los postulados de esta tesis, el órgano judicial únicamente está obligado a notificar la existencia del proceso en el domicilio consignado en la escritura de constitución de la hipoteca e inscrito en el Registro correspondiente<sup>42</sup>, debido al carácter registral de la hipoteca que condiciona la totalidad del proceso, pues la "publicidad registral es ineludible al derecho de hipoteca (...) todo aquello que no accede al Registro, queda fuera del contenido de la hipoteca por la naturaleza constitutiva que respecto a la misma tiene la inscripción"<sup>43</sup>. Interpretación restrictiva que puede ser defendida en base a los siguientes argumentos:

A.- Por el propio propósito del deudor, que de forma voluntaria señala en la escritura de constitución de la hipoteca ese concreto domicilio, siendo consciente de que el mismo se convertirá en el domicilio apto para la recepción de las notificaciones relativas al proceso, "por lo que no estimamos necesario (por parte del demandante), cualquier otro acto de investigación del domicilio de la demandada, ya que al haberse establecido por las partes un domicilio convencional para poder llevar a cabo la ejecución judicial de la hipoteca, tal investigación no era necesaria"<sup>44</sup>.

B.- Por la posibilidad real que ostenta el deudor, en base al art. 683 LEC, de modificar el domicilio inicialmente consignado en la escritura de constitución de la hipoteca, en caso de que el mismo no coincidiese con el real por cualquier circunstancia, por lo que el mismo no deviene

---

<sup>40</sup> RDGRyN, de 5 septiembre de 1998, (RJ 1998\6596).

<sup>41</sup> AAP de Cartagena, Sección 5ª, 6 de febrero de 2007, (Id. Cendoj: 30016370052007200014); AAP de Madrid, Sección 12ª, de 4 de abril de 2006, (Id. Cendoj: 28079370122006100199); SAP de Madrid, Sección 20ª, de 28 de marzo de 2006, (Id. Cendoj: 28079370202006100122); STS, Sección 1ª, de 16 de marzo de 2007, (Id Cendoj: 28079110012007100328); AAP de Murcia, Sección 3ª, de 29 de junio de 2004, (Id. Cendoj: 30030370032004200079); STS, Sala de lo civil, de 9 de julio de 2002, (Id Cendoj: 28079110002002101062); y STS, Sala de lo civil, de 13 de noviembre de 2001, (Id Cendoj: 28079110002001100979).

<sup>42</sup> AAP de Cartagena, Sección 5ª, 6 de febrero de 2007, (Id. Cendoj: 30016370052007200014).

<sup>43</sup> SAP de Girona, Sección 2ª, de 14 de julio de 2003, (Id. Cendoj: 17079370022003100200).

<sup>44</sup> SAP de Madrid, Sección 11ª, de 3 de abril de 2007, (Id. Cendoj: 28079370112007100334).



inmovible, posibilidad pensada a efectos de que el deudor tenga un efectivo conocimiento del proceso, en consecuencia debe ser éste, el que asuma “las consecuencias de su desidia e inactividad”<sup>45</sup>.

C.- Por no causar un perjuicio al acreedor de buena fe, que ante el desconocimiento de la no coincidencia del domicilio registral y real, se vería abocado a un periplo en búsqueda del domicilio actual del deudor, dilatándose el derecho a su tutela judicial efectiva, por ello “es el deudor y no el acreedor ejecutante quien ha de disponer lo necesario para el éxito de las notificaciones que deban hacerse en el domicilio designado para ello, y quien por tanto, debe asumir las consecuencias de que la notificación, seriamente intentada en tal domicilio, no haya podido practicarse por causas no imputables al ejecutante”<sup>46</sup>, independientemente del motivo concreto: subrogación de la hipoteca<sup>47</sup>, transmisión del bien<sup>48</sup>, simple cambio de domicilio<sup>49</sup>...

D.- De imponer al acreedor la carga de buscar el domicilio del deudor que no notifica el cambio, supondría “dejarse al arbitrio de los deudores hipotecarios el desarrollo del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuyo interés puede ser obstaculizar en lo posible el desarrollo del procedimiento”<sup>50</sup>.

E.- Asimismo, si fuese preciso notificar la demanda en un domicilio diferente al registral, carece de sentido que se exija como un presupuesto de admisibilidad del proceso hipotecario la consignación de un domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, pues se estaría dejando vacío de contenido el mismo por incumplimiento<sup>51</sup>.

Todas estas circunstancias han llevado a que determinadas sentencias del TC y del TS no exijan al acreedor requerir de pago en el domicilio real del deudor. Así, incluso alguna resolución del Tribunal Supremo, exime al acreedor conocedor del domicilio real del deudor de la solicitud de requerirle en el mismo, considerando correcta la notificación en el domicilio consignado en la

---

<sup>45</sup> SAP de Granada, Sección 4ª, de 18 de junio de 2004, (AC 2004\1358). En términos similares, se expresan la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 17 de febrero de 2006, (RJ 2006\4459); SAP Valencia, Sección. 7ª, de 18 de marzo de 2005, (EDJ 2005/46491); SAP de Granada, Sección 4ª, de 18 de junio de 2004, (AC 2004\1358); AAP Valladolid, Sección 3ª, de 23 de noviembre de 2002, (EDJ 2002/67291); y STS, Sala de lo civil, de 11 de octubre de 1996, (RJ 1996\7559).

<sup>46</sup> AAP de Barcelona, Sección 11ª, de 24 de enero de 2007, (RJ 2007\255092); SAP de Madrid, Sección 12ª, de 12 de marzo de 2004, (Id. Cendoj: 28079370122004100151); y AAP de Valladolid, Sección 3ª de 23 de noviembre de 2002 (Id. Cendoj: 47186370032002200037).

<sup>47</sup> AAP de Valladolid, Sección 3ª de 23 de noviembre de 2002, (Id. Cendoj: 47186370032002200037).

<sup>48</sup> AAP de Murcia, Sección 3ª, de 29 de junio de 2004, (Id. Cendoj: 30030370032004200079).

<sup>49</sup> AAP de Sevilla, Sección 5, de 22 de julio de 2003, (Id. Cendoj: 41091370052003200020).

<sup>50</sup> SAP de Madrid, Sección 12ª, de 12 de marzo de 2004, (Id. Cendoj: 28079370122004100151).

<sup>51</sup> AAP de Valladolid, Sección 3ª de 23 de noviembre de 2002, (Id. Cendoj: 47186370032002200037).

escritura, recayendo sobre el deudor la obligación de modificarlo, más y cuando, se encuentra en una situación de impago, pues de no exigírsele este comportamiento, podría actuar de mala fe en contra del acreedor, alegando con posterioridad una situación de indefensión<sup>52</sup>.

Sin embargo, constituye una realidad patente que la práctica diaria y la teoría discrepan en multitud ocasiones. Así, en base a la importancia de la notificación en este proceso y con el objetivo de evitar la indefensión del deudor, algunas resoluciones judiciales flexibilizan la literalidad del precepto, exigiendo un *plus* de diligencia tanto al órgano judicial como al acreedor que considero innecesario en búsqueda del domicilio del deudor<sup>53</sup>. Como punto de partida sostenemos que esta diligencia no sería exigible conforme a la Ley, y que supone una sobreprotección del deudor poco diligente.

Respecto del demandante, el centro de la polémica se concreta en determinar si el acreedor conoce o no el domicilio real del deudor. Si lo conoce debe manifestarlo al órgano judicial para que la notificación se produzca en ese domicilio, pues cualquier actuación contraria a facilitar la notificación sería una actuación de mala fe, que podría ser denunciada por el deudor en base a la infracción de dos preceptos: el art. 11.1 LOPJ, que exige en todo procedimiento el respeto a las normas de buena fe procesal, y el art. 118 CE, que impone a todo ciudadano la obligación de colaborar con la administración de justicia, actuación que colocaría al demandado en una situación de indefensión que podría concluir en una solicitud de nulidad de actuaciones en base a las directrices del art. 240 LOPJ<sup>54</sup>. A tal efecto, de acuerdo con el art. 155.2 LEC, el demandante deberá señalar en la demanda los diferentes domicilios que conozca del deudor, señalando una prelación en cuanto al orden de utilización, señalándose en primer lugar, el inscrito en el Registro, y sucesivamente los que se desprendan del padrón municipal o de otros registros de entidades o asociaciones.

Para el supuesto contrario, esto es, en aquellos casos en que el demandante desconozca cualquier domicilio apto para la notificación al demandado, deberá manifestarlo al órgano judicial,

---

<sup>52</sup> Al respecto vid. STS Sala de lo civil, Sección 1ª, de 17 de febrero de 2006, (Id Cendoj: 28079110012006100164).

<sup>53</sup> Mantiene esta misma postura, BERNABEU al considerar que no es necesaria la investigación de nuevos domicilios del deudor. Así, afirma este autor, que "partiendo de estas especialidades que prevé la Ley (1.- conformidad acreedor para cambio domicilio y 2.- consignación domicilio escritura pública), podríamos concluir que no es necesario proceder a la averiguación de domicilio cuando requerido el deudor en el domicilio facilitado por él no ha podido ser localizado, siendo suficiente practicar el requerimiento mediante edictos, (...) tampoco puede hablarse que la no averiguación de domicilio pueda producir indefensión a la parte, ya que si no es localizado en el domicilio por el designado en la escritura pública de constitución de la hipoteca, es porque ha procedido a cambiar el domicilio sin seguir los trámites previstos en el artículo 683, por lo que él mismo es el que se ha colocado en situación de indefensión"(BERNABEU, I.C.: Domicilio del deudor en la ejecución hipotecaria, en "Práctica de los Tribunales", nº 38, mayo, 2007, págs. 59 y 60).

<sup>54</sup> SAP de Pontevedra, Sección 4ª, de 7 de abril de 1998, (AC 1998\4657); y SAP de Asturias, Sección 5ª, de 19 de noviembre de 1996, (AC 1996\2183).

de acuerdo con las directrices del art. 156 LEC, recayendo a partir de este momento la responsabilidad de la práctica de los diferentes medios de localización del domicilio del deudor en el personal judicial, pues el mismo se convierte en garante del derecho fundamental del art. 24 CE<sup>55</sup>.

Finalmente, es el propio deudor quien puede subsanar los defectos de notificación o desconocimiento del domicilio, pues “si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, (...) la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento”<sup>56</sup>. Cualquier actuación contraria supondría obrar de forma fraudulenta en perjuicio del acreedor.

### III. LA CONVERSIÓN DEL PROCESO HIPOTECARIO EN UNA EJECUCIÓN ORDINARIA.

#### A. PRINCIPALES PROBLEMAS PRÁCTICOS.

El acreedor hipotecario ostenta un amplio abanico de vías procesales para la realización de su crédito, siendo una de ellas la ejecución ordinaria en base a la escritura pública, título ejecutivo reconocido en el art. 517 LEC. Sin embargo, la nueva normativa procesal aplicable al proceso hipotecario convierte esta posibilidad en una vía procesal de utilización residual para todos aquellos supuestos en que la escritura pública de constitución de la hipoteca cumpla los requisitos exigidos por el Código procesal para la incoación de la ejecución hipotecaria. Tal realidad es consecuencia de la regulación del art. 579 en la LEC. Constituye una realidad que en determinadas ocasiones el rédito económico obtenido con la realización del bien hipotecado, no deviene suficiente para cubrir el total del montante del crédito del acreedor. Ante esta insatisfactoria ejecución hipotecaria, la Ley procesal no deja indefenso al *creditor*, sino que el art. 579 LEC, de forma novedosa, permite que el ejecutante pueda pedir el embargo por la cantidad que falte, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución<sup>57</sup>.

Así, si con la anterior regulación el acreedor podía preferir la utilización de la ejecución ordinaria respecto de la hipotecaria, en vistas a que la hipoteca no sería suficiente para cubrir la totalidad de lo adeudado, con la nueva regulación tal opción pierde virtualidad práctica, al permitirse en la

---

<sup>55</sup> AAP de Toledo, de 14 de noviembre de 1992, (AC 1992\1586).

<sup>56</sup> STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 2 de febrero de 2007, (Id Cendoj: 28079110012007100087).

<sup>57</sup> AAP de Barcelona, Sección 11ª, de 11 de enero de 2006, (EDJ 2006/9494). La posibilidad de proseguir la ejecución por las normas de la ejecución ordinaria, es puesta de manifiesto por: AAP de Barcelona, Sección 11ª, de 11 de enero de 2006, (EDJ 2006/9494); AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 16 de marzo de 2004, (EDJ 2004/15190); AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 19 de abril de 2004, (EDJ 2004/42655); AAP de Madrid, Sección 21ª, de 14 de septiembre de 2004, (EDJ 2004/166275); AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 25 de junio de 2006, (EDJ 2004/91305); y AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 19 de septiembre de 2004, (EDJ 2004/263922).

interinidad del proceso hipotecario conseguir la plena satisfacción de su crédito, en base a dos diferentes acciones, la ejecutiva hipotecaria con la limitación de la ejecución al bien objeto de garantía, y la acción ejecutiva ordinaria dirigiéndose la misma frente a la totalidad de la masa patrimonial del deudor, en base a las previsiones del art. 1911 del Código civil, que establece la responsabilidad del deudor con la totalidad de sus bienes presentes y futuros, independientemente de que los mismos se encuentren o no hipotecados<sup>58</sup>, configurándose su regulación como “un nuevo privilegio para el acreedor hipotecario”<sup>59</sup>. No obstante, la novedad de la regulación de esta institución procesal conlleva la necesidad de solucionar diferentes problemas prácticos que han surgido respecto de su aplicación.

El punto de partida es que “el acreedor tiene dos títulos ejecutivos perfectamente compatibles entre sí e instrumentados en un único documento”<sup>60</sup>. El primero de ellos, del que deriva la acción hipotecaria se concreta en la escritura de constitución de la hipoteca siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el art. 682 LEC, y el segundo de ellos, del que deriva la acción ejecutiva personal, la escritura pública reconocida en el art. 517 LEC, por lo que “una vez extinguida la hipoteca, no por ello se extingue automáticamente la obligación principal garantizada con la misma hasta su completo pago”<sup>61</sup>. En consecuencia, en base a la dicción del art. 579 LEC, en el mismo procedimiento hipotecario se puede subsumir una ejecución ordinaria por la cantidad restante adeudada y no satisfecha<sup>62</sup>.

En primer lugar, la posibilidad de continuar el proceso hipotecario por los cauces de la ejecución ordinaria constituye una mera facultad. El término podrá es clarividente, potestativo del acreedor, pues en todo caso tiene otras alternativas<sup>63</sup>, pudiendo de nuevo el acreedor optar por acudir a

---

<sup>58</sup> AAP de Barcelona, Sección 11ª, de 11 de julio de 2006, (Id Cendoj: 08019370112006200267).

<sup>59</sup> AAP de Madrid, Sección 19ª, de 14 de marzo de 2007, (Id Cendoj: 28079370192007200090). Respecto de esta transformación del proceso hipotecario, FAJARDO sostiene que “la LECiv quiere subrayar la conveniencia de acudir al proceso hipotecario otorgando al ejecutante hipotecario nuevas facultades para el cobro más allá de la cobertura de su derecho real que refuerzan más aún la ya fuerte posición del acreedor” (FAJARDO, F. (AAVV): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Edit. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 508).

<sup>60</sup> AAP de Granada, Sección 4ª, de 29 de marzo de 2004, (Id Cendoj: 18087370042004200044). En el mismo sentido se expresan: AAP de Madrid, Sección 25ª, de 5 de julio de 2007, (Id Cendoj: 28079370252007200125); AAP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 8 de mayo de 2007, (Id Cendoj: 13034370012007200164); AAP de Barcelona, Sección 16ª, de 25 de enero de 2007, (Id Cendoj: 08019370162007200050); AAP de Barcelona, Sección 11ª, de 11 de enero de 2006, (Id Cendoj: 08019370112006200010); y AAP de Granada, Sección 4ª, de 29 de marzo de 2004, (Id Cendoj: 18087370042004200044).

<sup>61</sup> AAP de Granada, Sección 4ª, de 22 de diciembre de 2004, (Id Cendoj: 18087370042003200187).

<sup>62</sup> SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, de 24 de mayo de 2006, (Id Cendoj: 35016370052006100200).

<sup>63</sup> AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 19 de abril de 2004, (Id Cendoj: 41091370052004200073).

los cauces del proceso declarativo e incluso del juicio monitorio al encontrar cabida la escritura de constitución de la hipoteca en los documentos regulados en el art. 812.2.1º LEC<sup>64</sup>.

En segundo lugar, debe ponerse de manifiesto la imposibilidad de proseguir la ejecución ordinaria contra la persona del hipotecante no deudor. En aquellos procesos en que la condición de deudor e hipotecante no deudor no coincida en la misma persona, el acreedor hipotecario no puede pretender dirigir la ejecución ordinaria contra la persona del hipotecante no deudor, por ser su responsabilidad limitada al bien sujeto de la traba, por ello, sólo responderá con sus bienes presentes y futuros el deudor<sup>65</sup>.

En tercer lugar, con la prosecución de la ejecución ordinaria se produce una ampliación objetiva y subjetiva del proceso. En cuanto a la ampliación objetiva con la demanda hipotecaria sólo se configuraba como *petitum* la reclamación de la deuda garantizada con la hipoteca, a través de la realización del bien hipotecado, con la ejecución ordinaria se pretenderá el cobro total de lo adeudado mediante la realización de cualquier bien del deudor, haya sido o no objeto de traba<sup>66</sup>. Respecto de la ampliación subjetiva es preciso realizar dos matizaciones. Primero: De acuerdo con los postulados del art. 685 LEC la demanda hipotecaria debía dirigirse de forma obligatoria frente al deudor, y en su caso, frente al hipotecante no deudor y tercer poseedor<sup>67</sup>, configurándose el hipotecante no deudor como un fiador real acorde a la naturaleza real que se ejercita<sup>68</sup>, pero de forma genérica, a pesar de que algunos órganos judiciales lo permiten, no debían ser demandados en el proceso hipotecario los fiadores o avalistas que responden respecto de la deuda pero no de la hipoteca, pues su responsabilidad es personal y no real<sup>69</sup>. Tal circunstancia varía radicalmente con la entrada en vigor del art. 579 LEC, pues al permitirse la reclamación de la totalidad de lo adeudado, si esta deuda se encuentra avalada por otra persona, al no existir la delimitación real del proceso, si pueden ser demandados el avalista y fiador en el escrito que prosiga la ejecución ordinaria, de acuerdo con lo establecido en el art. 538.2 LEC, al sostenerse que podrá despacharse ejecución contra los avalistas.

De acuerdo con esta tesis, de permitir la prosecución de la ejecución a través de los cauces de la ejecución ordinaria en la interinidad del proceso hipotecario, alguna resolución judicial ha planteado la posibilidad de "que la demanda de ejecución formulada conforme al art. 685 LEC

---

<sup>64</sup> AAP de Granada, Sección 4ª, de 29 de marzo de 2004, (Id Cendoj: 18087370042004200044).

<sup>65</sup> SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 30 de enero de 2007, (Id Cendoj: 08019370132007100075).

<sup>66</sup> AAP de Lleida, Sección 2ª, de 19 de junio de 2007, (Id Cendoj: 25120370022007200104).

<sup>67</sup> AAP de Valencia, Sección 7ª, de 13 de marzo de 2002, (Id. Cendoj: 46250370072002200220).

<sup>68</sup> AAP de Madrid, Sección 21ª, de 12 de diciembre de 2006, (Id. Cendoj: 28079370212006200525).

<sup>69</sup> AAP de las Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, de 22 de febrero de 2007, (Id. Cendoj: 35016370052007200018).

puede serlo por la cantidad total en que consista la deuda, y que si el importe obtenido con la subasta del bien hipotecado no cubre esa cuantía total, el procedimiento de ejecución hipotecaria se convierte en ejecución común (...). En estos casos, el embargo decretado conforme al art. 579 LEC estaría cubierto por el despacho de ejecución decretado en el proceso de ejecución de la garantía real<sup>70</sup>.

Por nuestra parte, discrepamos de esta hipótesis, pues la formulación inicial de la demanda hipotecaria debe respetar las peculiaridades propias de este proceso, que en su primera fase sólo admite la realización del bien hipotecado, independientemente de la acción personal que asista al *creditor* para la reclamación de la totalidad de la deuda, que únicamente se permite incoar una vez finalizado el proceso hipotecario, y en base a su infructuoso resultado, cualquier solicitud en la demanda inicial que excediese de la realización del bien hipotecado devendría improcedente, desvirtuando los estrechos márgenes de conocimiento de esta especial vía ejecutiva. Por tanto, inicialmente deben respetarse las normas del proceso de ejecución hipotecaria, y sólo cuando se produzca la insatisfacción del acreedor, iniciar la ordinaria señalando lo bienes, y siguiendo su tramitación, en base la literalidad del art. 579 LEC, conforme a las reglas del proceso ordinario de ejecución

En cuarto lugar, el siguiente problema que se plantea radica en determinar si el uso efectivo del acreedor de tal facultad comporta la modificación de la competencia inicial, pues la dicción del art. 579 LEC establece que la posterior tramitación se realizará conforme a las normas de la ejecución ordinaria, y ésta tiene unos criterios atributivos de competencia dispares a la ejecución hipotecaria, por lo que deviene preciso determinar si la tramitación de la ampliación de la ejecución se llevará a cabo ante el mismo juzgado que ha conocido de la ejecución hipotecaria o ante uno diferente.

Se plantea aquí un problema de diferentes reglas de atribución de competencia. En el proceso de ejecución hipotecaria ostentará la competencia para conocer del proceso, el Juzgado de primera instancia del lugar donde se encuentre la finca hipotecada, por el contrario, en el proceso de ejecución ordinaria, la competencia vendrá determinada a elección del demandante entre diferentes fueros alternativos, en concreto, el lugar de cumplimiento de la obligación, el lugar donde se encuentren bienes susceptibles de embargo, y finalmente, los fueros generales del domicilio del demandado. De forma unánime, nuestros órganos judiciales se han pronunciado a favor de continuar la ejecución ordinaria ante el mismo Juzgado que conoce del proceso hipotecario por los siguientes motivos:

A.- En base al art. 411 LEC regulador de la *prorrogatio iurisdictionis*, al establecer que una vez iniciado el proceso, la modificaciones que se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la

---

<sup>70</sup> AAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 26 de septiembre de 2006, (Id Cendoj: 35016370042006200206).

situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia<sup>71</sup>.

B.- De acuerdo con el artículo 61 LEC, originándose una norma de competencia funcional por conexión, así la mayoría de las resoluciones judiciales configuran la prosecución del proceso de acuerdo con las normas de la ejecución ordinaria, como el nacimiento de una especie de incidente en la interinidad del proceso hipotecario, modificándose como ya hemos dicho su objeto, por lo que de acuerdo con esta norma 61 del texto procesal, el Tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias<sup>72</sup>.

C.- Por razones de economía procesal, subsumiéndose la ejecución ordinaria dentro de los autos de la ejecución hipotecaria ya existente<sup>73</sup>, sin necesidad de un nuevo reparto, regulándose por tanto “dos procesos diferentes pero unificados”<sup>74</sup>. Sin embargo, la práctica forense acredita que en determinados casos se le concede un nuevo número al rollo que podría obedecer a simples cuestiones estadísticas.

En quinto lugar, aceptada de forma mayoritaria la posibilidad de proseguir en la interinidad del proceso hipotecario la ejecución ordinaria, surge el interrogante de si la conversión del proceso hipotecario se realiza de forma automática o si la misma resta condicionada a la solicitud del acreedor interesado, siendo postura unánime esta segunda opción respetándose el carácter rogatorio del proceso ejecutivo. No obstante, en este punto la LEC guarda absoluto silencio respecto de cuál debe ser la forma del escrito en el que se solicita que principie la ejecución ordinaria, una vez más la práctica diaria supera la previsión legal y los órganos judiciales no exigen la presentación de demanda ejecutiva alguna, siendo suficiente un simple escrito solicitando que se siga la ejecución por los trámites de la ejecución ordinaria, indicando los bienes a embargar, o en su caso, las medidas de localización que se requieren del órgano judicial<sup>75</sup>. A pesar de que ésta constituye una práctica comúnmente aceptada por nuestros órganos judiciales, a mi parecer el contenido del escrito resultará ciertamente diferente en

---

<sup>71</sup> AAP de Madrid, Sección 9ª, de 13 de junio de 2003, (Id Cendoj: 28079370092003200151). Sostienen esta misma postura: el AAP de Ciudad Real, Sección 2ª, de 15 de marzo de 2006, (JUR 2006\231724); AAP de Almería, Sección 2ª, de 1 de julio de 2005, (JUR 2006\31084); AAP de Madrid, Sección 21ª, de 14 de septiembre de 2004, (AC 2004\1921); y AAP de Córdoba, Sección 3ª, de 17 de diciembre de 2002, (JUR 2003\34282).

<sup>72</sup> AAP de Sevilla, Sección 8ª, de 2 de junio de 2005, (Id Cendoj: 41091370082005100229).

<sup>73</sup> AAP de Lleida, Sección 2ª, de 19 de juny de 2007, (Id Cendoj: 25120370022007200104); AAP de Cádiz, Sección 2ª, de 27 de abril de 2007, (Id Cendoj: 11012370022007200012); y AAP de Huelva, Sección 2ª, de 10 de septiembre de 2004, (Id Cendoj: 21041370022004200179).

<sup>74</sup> AAP de Lleida, Sección 2ª, de 19 de juny de 2007, (Id Cendoj: 25120370022007200104).

<sup>75</sup> AAP de Madrid, Sección 19ª, de 14 de marzo de 2007, (Id Cendoj: 28079370192007200090); AAP de Ciudad Real, Sección 2ª, de 7 de marzo de 2006, (Id Cendoj: 13034370022006200131); y AAP de Madrid, Sección 21ª, de 27 de abril de 2004, (Id Cendoj: 28079370212004200137).

función de las alteraciones iniciales del proceso, pues es evidente que el escrito en que se solicite demandar a nuevas personas, caso del fiador o avalista, presenta una mayor complejidad que aquel en que sólo se limite el acreedor a solicitar la prosecución de la ejecución.

En sexto lugar, según la dicción del art. 579 LEC solicitada por el acreedor la prosecución de la ejecución, la misma se tramitará conforme a las normas de la ejecución ordinaria, consecuencia de ello, es que el deudor “podrá hacer uso de los medios de oposición, que regula la ley con carácter común a toda ejecución ordinaria, en cuanto no coincidan con los que para la hipotecaria prevé el artículo 695 de la Ley procesal”<sup>76</sup>. De lo contrario, se le causaría al demandado indefensión, pues se le privaría de la posibilidad de defenderse ante una nueva reclamación frente a la que, debido a la limitación del proceso hipotecario y por no resultar el objeto del mismo, no se ha realizado ninguna actividad cognoscitiva ni de contradicción.

## B. TÍTULO EJECUTIVO APTO PARA LA EJECUCIÓN ORDINARIA.

Finalmente, quizás el punto de mayor complejidad respecto de la transformación de la ejecución hipotecaria en ejecución ordinaria radica en determinar que documento se erige como presupuesto de esta última ejecución, sin que exista en las resoluciones de nuestros órganos judiciales una postura unánime, existiendo dos posturas diferentes.

Alguna resolución se ha decantado por afirmar que el título ejecutivo que permite la incoación de la ejecución ordinaria sería el auto de aprobación de remate en el que se deduce con claridad que lo obtenido con la realización del bien hipotecado resulta insuficiente para cubrir lo adeudado<sup>77</sup>. El carácter ejecutivo de esta resolución judicial le vendría concedido por el número 9 del art. 517 de la Ley procesal, que según determinadas resoluciones judiciales no regula los títulos ejecutivos en forma de *numerus clausus* sino de forma abierta<sup>78</sup>. A nuestro entender, esta primera opción debe ser rechazada, adquiriendo virtualidad práctica una segunda alternativa, consistente en afirmar que el título ejecutivo no es sino la escritura pública de constitución de la hipoteca, pues como hemos manifestado, contiene dos acciones, la hipotecaria derivada del art. 682 y la personal derivada de la propia escritura sin los requisitos específicos del proceso hipotecario, por lo que, no cubierta la totalidad de la deuda con la acción hipotecaria, adquiere plena virtualidad la acción ejecutiva personal, adquiriendo fuerza ejecutiva la escritura de acuerdo con el apartado cuarto del art. 517 LEC<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> AAP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 30 de septiembre de 2004, (Id Cendoj: 13034370012004200253).

<sup>77</sup> AAP de Toledo, Sección 2ª, de 23 de febrero de 2007, (Id Cendoj: 45168370022007200064).

<sup>78</sup> AAP de Cádiz, Sección 5ª, de 16 de octubre de 2006, (Id Cendoj: 11012370052006200127).

<sup>79</sup> AAP de Madrid, Sección 25ª, de 5 de julio de 2007, (Id Cendoj: 28079370252007200125).



### C. PRESCRIPCIÓN DE LA INCOACIÓN DE LA EJECUCIÓN ORDINARIA.

El segundo de los problemas que se plantea respecto del nuevo título ejecutivo, radica en determinar el plazo de prescripción que ostenta el acreedor para su utilización, término que será diferente en función de que documento defendamos como título ejecutivo. Así, de considerarse el auto de aprobación de remate el título ejecutivo, el plazo de prescripción aplicable sería el de cinco años regulado en el art. 518 de la LEC para las resoluciones judiciales<sup>80</sup>.

En cambio, de defender como hacemos, que el título ejecutivo que justifica la ejecución ordinaria es la propia escritura pública de constitución de la hipoteca, se pueden defender dos posiciones distintas que parten de un posicionamiento común, al ejercitarse una acción ejecutiva personal el plazo de prescripción será el de 15 años regulado en el art. 1964 CC. Sin embargo, una primera tesis considera que este plazo comenzará a correr desde el vencimiento de la obligación<sup>81</sup>, pero que se paralizaría por el ejercicio judicial de la acción hipotecaria, de acuerdo con las normas contenidas en el art. 1973 CC, retomándose en el momento en que finaliza el proceso hipotecario con una satisfacción incompleta para el acreedor.

Una segunda línea de argumentación, a la que nos sumamos, se concreta en afirmar que el plazo de prescripción se inicia una vez finaliza el proceso hipotecario *strictu sensu*, y se determina la cantidad restante adeudada, pues hasta que la acción "hipotecaria no termine con el remate, "se desconoce inicialmente la cuantía del remanente (...) cantidades, que únicamente se pueden reclamar desde que son líquidas y exigibles"<sup>82</sup>, por lo que, será a partir del momento en que se determine la cantidad exigible mediante una actividad liquidatoria, cuando comenzará a contar el plazo de 15 años<sup>83</sup>.

### IV. ENTREGA DEL SOBRENTE.

El art. 692 LEC regula dos supuestos claramente diferenciados respecto de la entrega del sobrante. Así, una vez satisfecho el crédito del acreedor cubierto con la garantía hipotecaria y los titulares de derechos posteriores, de no coincidir la persona del deudor con la del hipotecante no deudor, existiendo remanente el mismo se entregará al propietario del bien realizado, por el contrario, si coinciden en una misma persona la figura del deudor y del hipotecante no deudor, establece esta norma que la cantidad remanente se concederá al acreedor, con el objeto de satisfacer el crédito adeudado no cubierto por la garantía hipotecaria sin necesidad de acudir a

---

<sup>80</sup> AAP Sevilla, Sección 2ª, de 26 de julio de 2005, (Id Cendoj: 41091370022005200167).

<sup>81</sup> SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 30 de enero de 2007, (Id Cendoj: 08019370132007100075).

<sup>82</sup> AAP de Barcelona, Sección 11ª, de 11 de enero de 2006, (Id Cendoj: 08019370112006200010).

<sup>83</sup> AAP de Barcelona, Sección 11ª, de 11 de enero de 2006, (Id Cendoj: 08019370112006200010).

otro proceso posterior<sup>84</sup>, cuestión que había sido objeto de controversia en la anterior regulación procesal, como resulta patente en el AAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, de 10 de diciembre de 2003, al afirmarse que “ya con anterioridad a la nueva Ley, en los supuestos en los que no existían acreedores posteriores, si bien era discutible, en el caso de que el remate superara las cantidades máximas previstas en la escritura de hipoteca para intereses y costas se pudiera entregar el sobrante al acreedor hipotecario sin necesidad de que éste incoara otro proceso de ejecución ordinaria, existía jurisprudencia a favor de permitir la solución consistente, en ausencia de acreedores posteriores o una vez satisfechos los créditos de éstos, en pagar al acreedor hipotecario el total de intereses y costas causados con cargo al precio de remate de ser éste suficiente, y esto es lo que ha venido a permitir el pfo. 2 del apartado 1 del artículo 692 LEC”<sup>85</sup>.

Esta novedosa posibilidad no se encuentra exenta de problemas prácticos que a continuación paso a detallar, afirmando de forma previa que la inclusión de esta previsión en el art. 692 LEC desvirtúa en cierto modo la naturaleza del proceso hipotecario, por lo que podrían incluso existir ciertos argumentos contrarios a su aplicación como a continuación expondré.

A.- La distribución del sobrante regulada en el art. 692 LEC desvirtúa la delimitación objetiva del proceso hipotecario, pues “al ser la hipoteca un derecho sujeto a tipicidad legal (...) pretender dar cobertura hipotecaria a una responsabilidad que exceda al “*corpus*” de la hipoteca, supondría alterar el contenido del documento sujeto a inscripción, y desnaturalizar la esencia de la garantía hipotecaria inscrita en el Registro de la Propiedad”<sup>86</sup>.

B.- Vulneración de los derechos de defensa del deudor, pues el proceso hipotecario ostenta naturaleza sumaria, limitándose el conocimiento del proceso al bien hipotecado, por tanto, los motivos de oposición de los que puede hacer uso el deudor son los aptos para la oposición a la ejecución hipotecaria, en concreto dos, así al satisfacerse la totalidad de la deuda incluso la que exceda de la garantía hipotecaria se le limita la defensa al deudor, pues esta parte de la deuda, de no existir esta nueva regla de reparto del sobrante, sería reclamada a través de un proceso declarativo, monitorio o de ejecución ordinaria, siendo en todas estas vías procesales, la regulación de los motivos de oposición más amplia.

C.- Asimismo, la posibilidad de cobrar mediante el sobrante la totalidad del crédito por parte del acreedor, nos lleva a preguntarnos si en la demanda que inicia el proceso hipotecario puede pedirse la ejecución por la cantidad total adeudada y no sólo por la cubierta por la garantía

---

<sup>84</sup> SAP de Granada, Sección 4ª, de 9 de febrero de 2004, (Id Cendoj: 18087370042004100055).

<sup>85</sup> AAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, de 10 de diciembre de 2003, (Id Cendoj: 35016370032003200048).

<sup>86</sup> SAP de La Coruña, Sección 4ª, de 24 de abril de 2006, (Id Cendoj: 15030370042006100255).

hipotecaria<sup>87</sup>. A nuestro entender, de acuerdo con la delimitación objetiva del proceso no debería acumularse la ejecución de la deuda garantizada por la hipoteca con la ejecución ordinaria derivada de la suma no garantizada, acumulación que asimismo resultaría prohibida por el apartado cuarto del art. 555 LEC que únicamente permite la acumulación de la ejecución hipotecaria con otra ejecución de igual naturaleza.

Frente a estos argumentos que nos podrían hacer dudar, respecto del acierto de esta previsión en el art. 692 LEC, existen otras razones que sustentan la tesis contraria.

A.- No se produce vulneración alguna de la delimitación objetiva del proceso, pues si bien es cierto que el art. 682 LEC establece que las normas de este capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija contra bienes hipotecados, y el art. 130 LH manifiesta que el procedimiento de ejecución directa contra bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca, y en base a sus extremos inscritos, el artículo 692 no prevé la ejecución de ningún otro bien que no sea el hipotecado, pues en esta norma no se regula más que el destino del sobrante derivado de la realización del bien hipotecado y que exceda de la garantía, por lo que no se produce ampliación alguna del objeto del proceso.

B.- Por razones de economía procesal, al ser innecesaria la incoación de un nuevo proceso judicial<sup>88</sup>.

C.- En cumplimiento del art. 570 LEC, que permite la realización de cualquier actividad ejecutiva dirigida a la completa satisfacción del ejecutante, siendo la entrega de la cantidad remanente, el resultado de una acción ejecutiva dirigida contra el patrimonio del deudor.

D.- Inexistencia de perjuicios respecto de la persona del deudor que resulta obligado al cumplimiento de lo adeudado se encuentre o no garantizado por la hipoteca, ni a terceros, pues en todo caso, la entrega del sobrante será previo pago del acreedor cubierto por la garantía hipotecaria y de los titulares de derechos posteriores<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> AAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 26 de septiembre de 2006, (Id Cendoj: 35016370042006200206). Defiende esta postura OLIVER, manifestando que “debemos resaltar que, fruto de la regulación unitaria de la ejecución que se proclama en la EM, tal crédito no es, o mejor dicho no es sólo, el crédito hipotecario o prendado, sino el que resulte del deber de entregar la cantidad amparada por el título ejecutivo, y que resulte conexo con la deuda garantizada, aunque exceda del límite de la cobertura hipotecaria, crédito que constituye el objeto de la ejecución” (OLIVER, C. (AAVV): *El proceso civil*, Vol. VII, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 5633).

<sup>88</sup> SAP de Granada, Sección 4ª, de 9 de febrero de 2004, (Id Cendoj: 18087370042004100055).

<sup>89</sup> AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 19 de noviembre de 2004, (Id Cendoj: 41091370052004200203). El carácter jerárquico de las reglas atributivas del sobrante, es puesto de manifiesto por el AAP de Huelva, Sección 3ª, de 30 de abril de 2003, al sostener que “la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil deja meridianamente claro el destino del precio de remate: al actor se satisfará en primer lugar el principal, intereses y costas, sin que lo entregado por cada uno de

E.- No se produce vulneración de los derechos de defensa del deudor. La efectiva limitación de los motivos de oposición resulta de inmediato subsanada por el propio articulado que la LEC dedica al proceso hipotecario, en concreto en su art. 698, que permite al deudor formular cualquier reclamación relativa a la nulidad, certeza, extinción o cuantía de la deuda en un juicio posterior, pudiendo en este caso alegarse en esta vía procesal cualquier motivo contrario al cobro de la deuda no garantizada por la hipoteca, asegurándose el deudor, de esta forma, su derecho de defensa, eliminando las dudas respecto de su indefensión, como tiene declarado el propio Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones judiciales, al afirmar que “precisamente por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este TC ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24 CE”<sup>90</sup>.

## V. VENCIMIENTO ANTICIPADO Y LIBERACIÓN DEL BIEN.

En el art. 693 LEC se regula la institución del vencimiento anticipado, esto es, el pacto mediante el cual el impago de uno de los plazos tiene como consecuencia la reclamación total de la deuda asumida, independientemente de que no hayan sido vencidos los siguientes plazos<sup>91</sup>. Como

---

estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria”; en segundo lugar, serán satisfechos, los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado”, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca”, en tercer lugar, si el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor y no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra, se pagará la totalidad de lo que se deba al ejecutante; finalmente, si existiere remanente se entregará al propietario del bien” (Id Cendoj: 21041370022003200128).

AAP de Madrid, Sección 14ª, de 2 de febrero de 2006, en el que se afirma que “si existen titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca y ajenos al cumplimiento de la obligación garantizada, el reparto del precio de remate deba efectuarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por tanto, tenga entonces relevancia el límite de cobertura hipotecaria y la no inclusión dentro de ésta de los intereses moratorios por no estar garantizados” (Id Cendoj: 28079370142006200024). AAP de Barcelona, Sección 16ª, de 2 de mayo de 2005, (Id Cendoj: 08019370162005200064).

<sup>90</sup> STC de 17 de enero de 1991, (RTC 8/1991). Sostienen esta misma tesis: AAP de Barcelona, Sección 19ª, de 24 de abril de 2007, (Id Cendoj: 08019370192007200029); AAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 14 de febrero de 2007, (Id Cendoj: 35016370042007200038); AAP de Barcelona, Sección 1ª, de 25 de octubre de 2006, (Id Cendoj: 08019370012006200274); SAP de La Coruña, Sección 4ª, de 6 de abril de 2005, (Id Cendoj: 15030370042005100327); AAP de Lleida, Sección 2ª, de 28 de febrero de 2005, (EDJ 2005/101284); SAP Palencia, Sección 1ª, de 10 de junio 2005, (EDJ 2005/249535); AAP de Murcia, Sección 5ª, de 18 de marzo de 2004, (Id Cendoj: 30030370052004200072); y AAP de Almería, Sección 3ª, de 6 de julio 2004, (EDJ 2004/127223).

<sup>91</sup> AAP de Barcelona, Sección 19ª, de 23 de abril de 2004, (EDJ 2004/35106). Tal posibilidad de reclamación anticipada del crédito, es reconocida por la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 4 de noviembre de 2005, al afirmar

punto de partida es preciso indicar en este punto, que si bien existe alguna resolución del TS que dudaba de la validez de este tipo de cláusulas contractuales a tenor de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de la legislación sobre Defensa y Protección de los Consumidores, el legislador procesal se decanta por su efectividad, dándole cobertura legal en el art. 693, por tanto se considerará válida siempre y cuando se cumplan dos requisitos<sup>92</sup>: Primero.- Que la cláusula de vencimiento anticipado sea conocida y aceptada, rigiendo en este caso el "principio de autonomía de la voluntad (1.255 del Código Civil)"<sup>93</sup>, y segundo.- que conste inscrita en el Registro de la Propiedad<sup>94</sup>, pues "la cláusula de vencimiento anticipado puede obviamente considerarse abusiva, a tenor de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y de la legislación sobre Defensa y Protección de los Consumidores, si no es conocida por el prestatario o se imponen en ella condiciones sumamente gravosas que exceden de la facultad resolutoria por incumplimiento contractual, pero cuando se infiere que tal cláusula es conocida y aceptada expresamente debe conceptuarse como una cláusula válida y eficaz *inter partes* en virtud del principio de autonomía de la voluntad (1.255 del Código Civil)"<sup>95</sup>.

Este mismo artículo 693 LEC regula la posibilidad, en los supuestos en que se haga efectivo el vencimiento anticipado, de liberar el bien con carácter previo a la subasta, actividad cuyos rasgos definidores serán diferentes en función de si el bien es o no vivienda familiar del deudor. Así, para los casos en que no lo sea, la posibilidad real de liberar el bien dependerá exclusivamente de que el acreedor ofrezca al deudor tal posibilidad, en el caso contrario, esto es,

---

que "a todo ello hay que añadir la posibilidad que la actual LEC concede al acreedor hipotecario, la posibilidad de instar ejecución por la totalidad del crédito, incluidos los plazos aún pendientes de vencimiento, en caso de impago de alguna de las cuotas ya vencidas, siempre que dicho convenio conste inscrito en el Registro (art. 693 -2 LEC), lo que en cierto modo, viene a suponer un reconocimiento legal a las cláusulas de vencimiento anticipado" (Id Cendoj: 36038370012005100302). De la misma forma se expresan: SAP de Valencia, Sección 7ª, de 30 de octubre de 2002, (Id Cendoj: 46250370072002100335); SAP de Pontevedra, Sección 3ª, de 29 de octubre de 2002, (Id Cendoj: 36038370032002100429); SAP de Cádiz, Sección 7ª, de 15 de mayo de 2002, (Id Cendoj: 11012370072002100328); SAP de Valencia, Sección 6ª, de 10 de noviembre de 2001, (Id Cendoj: 46250370062001100665); AAP de Madrid, Sección 0, de 30 de mayo de 2001, (Id Cendoj: 28079370002001200119); y AAP de Madrid, Sección 0, de 24 de febrero de 2001, (Id Cendoj: 28079370002001200273).

<sup>92</sup> La validez de los vencimientos anticipados, a efectos de ser reclamados en el proceso, es puesta de manifiesto por: AAP de Barcelona, Sección 19ª, de 23 de abril de 2004, (EDJ 2004/35106); AAP de Barcelona, Sección 19ª, de 25 de febrero de 2004, (EDJ 2004/13560); SAP de Madrid, Sección 13ª, de 12 de noviembre de 2002, (EDJ 2002/65282); AAP de Toledo, Sección 1ª, de 5 de diciembre de 2000, (JUR 2001\69998); AAP de Toledo, Sección 1ª, de 13 de octubre de 2000, (AC 2000\2533); AAP de Madrid, Sección 18ª, de 2 de julio de 2001, (JUR 2001\252188); y AAP de Córdoba, Sección 3ª, de 4 de abril de 2000, (AC 2000\1086).

<sup>93</sup> SAP de Tarragona, Sección 3ª, de 18 de octubre de 2002, (Id Cendoj: 43148370032002100007).

<sup>94</sup> SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 4 de noviembre de 2005, (Id Cendoj: 36038370012005100302); SAP de Madrid, Sección 0, de 11 de noviembre de 2002, (Id Cendoj: 28079370002002100225); SAP de Pontevedra, Sección 3ª, de 29 de octubre de 2002, (Id Cendoj: 36038370032002100429); y SAP de Madrid, Sección 13ª, de 12 de marzo de 2002, (Id Cendoj: 28079370132002100006).

<sup>95</sup> SAP de Tarragona, Sección 3ª, de 18 de octubre de 2002, (Id Cendoj: 43148370032002100007).

para los supuestos en que el bien hipotecado sea la vivienda familiar, la facultad de liberar el bien recaerá de forma exclusiva en el deudor, independientemente de su ofrecimiento por parte del acreedor. No obstante, la regulación de esta última opción, presenta ciertas lagunas legales que condicionan su aplicación práctica, y que a continuación pasamos a analizar.

A.- Limitación de las personas aptas para solicitar la liberación del bien: De la literalidad del apartado tercero del art. 693 LEC se desprende que en caso de vivienda familiar la única persona legitimada para solicitar el alzamiento del bien es el deudor, previsión que de interpretarse de forma estricta resulta injusta e incoherente con el proceso hipotecario. Así, este extremo no presentará problemas cuando la persona del deudor y el hipotecante sean el mismo, pero para los supuestos de disconformidad entre la persona del deudor y el hipotecante no deudor, también se le debería conceder al propietario del bien hipotecado la posibilidad de liberar su bien, pues considero discriminatorio que ante el incumplimiento del deudor de sus obligaciones cuando el bien a realizar sea el suyo pueda subsanarlo, y en cambio, cuando sea del hipotecante no deudor, éste vea imposibilitada esta facultad, asumiendo una carga especialmente gravosa, como es la subasta del bien, por un cumplimiento ajeno.

Asimismo, la posibilidad de conceder la facultad de liberar el bien al hipotecante no deudor encuentra una mayor coherencia con el conjunto del articulado que la Ley procesal dedica a la ejecución hipotecaria, en el que se equipara en cuanto a la actividad procesal la mayoría de ocasiones al deudor y al hipotecante no deudor. Sirva como ejemplo el art. 685 LEC que establece como sujetos pasivos de la demanda hipotecaria tanto al deudor como al hipotecante no deudor, el art. 683 que de forma expresa, al regular la facultad de modificar el domicilio inicialmente inscrito en la escritura de constitución de la hipoteca, menciona al deudor y al hipotecante no deudor, el art. 686 por su parte, regula la realización del requerimiento de pago al deudor y al hipotecante no deudor, e incluso cuando de forma expresa el Código procesal no ha hecho referencia alguna a la figura del hipotecante no deudor, la jurisprudencia ha completado tal laguna legal, el ejemplo más claro lo tenemos en el art. 682, que si bien sólo hace referencia a que el deudor señale en la escritura pública el domicilio a efectos de notificaciones, jurisprudencialmente se permite también al hipotecante no deudor señalar el suyo. La equiparación del deudor y el hipotecante no deudor no se restringe a la Ley procesal, sino a otro texto normativo como la Ley hipotecaria, así el art. 132 de la LH establece que en la constancia registral donde figuren las personas que han sido objeto de requerimiento de pago y demandadas se inscribirá el nombre tanto del hipotecante no deudor como del deudor.

Es posible manifestar que ante la omisión del hipotecante no deudor en este párrafo del art. 693 LEC podría encontrar cobertura en el siguiente, en el que se regula la posibilidad de que el pago lo realice una tercera persona diferente al deudor. No obstante, soy contrario a esta opción, pues para que el pago del tercero produzca los efectos liberatorios, el mismo se encuentra condicionado al consentimiento del acreedor, circunstancia que no acontece con el deudor, por lo que no considero injusto el diferente tratamiento procesal que se concede a ambos sujetos.

B.- Cantidad a consignar: La cantidad que debe consignar el deudor a efectos de liberar el bien, no debe consistir en lo total de lo adeudado como consecuencia del vencimiento total, sino que se limitará a las siguientes cantidades: a.- las sumas adeudadas tanto en concepto de principal como de intereses debidos en el momento de presentar la demanda<sup>96</sup>, b.- las cantidades que venzan durante la tramitación del proceso<sup>97</sup>, de modo que en la misma demanda deberá indicarse, de acuerdo con el art. 578 LEC, la ampliación de la ejecución, tanto respecto de la cantidad de principal como de los intereses renumeratorios ligados al principal y los de mora que se vayan produciendo durante la tramitación del proceso, c.- no deberán consignarse “los intereses de demora correspondientes al importe de principal vencido anticipadamente a consecuencia del impago de aquéllos”<sup>98</sup>. La Ley omite cualquier referencia a las costas procesales. A pesar de ello, es evidente que el deudor debe abonarlas de forma análoga a la regulación contenida en el art. 583 LEC, que prevé el pago ante el requerimiento, pues con esta consignación se produce el mismo efecto, el pago de lo adeudado y la finalización del proceso, “ya que en definitiva, y aunque pueda salvar en última instancia el crédito, él (deudor) es quién ha motivado esos gastos”<sup>99</sup>. Decisión ésta, que también resulta coherente con el art. 670.7 LEC en sede de ejecución ordinaria, en el que se afirma que en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, podrá el deudor liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas, por lo que en ambos casos la consignación y el pago tienen los mismos efectos de liberar el bien de la realización forzosa siendo las mismas las cargas económicas que asume el deudor. Sin embargo, a efectos de liquidar las costas judiciales, las mismas “deben tomarse en relación con el período comprendido a las cuotas que motivaron la ejecución, ya que sobre éstas son las que se produce la rehabilitación del préstamo”<sup>100</sup> .

C.- Se plantea la duda de si el acreedor debe señalar en la demanda la posibilidad del deudor de liberar el bien. Para solucionar esta duda debe diferenciarse los dos supuestos de liberación del bien que se regulan en el art. 693 LEC. En el primer supuesto, esto es, cuando no es vivienda familiar, la liberación del bien se condiciona al ofrecimiento del acreedor, por lo que si éste realmente quiere ofrecer tal facultad deberá indicarlo en la demanda para que el deudor sea consciente, conformándose con el pago de lo realmente adeudado, rehabilitando, en consecuencia, el préstamo por la cantidad todavía no vencida. Si por el contrario, el acreedor no

---

<sup>96</sup> AAP de León, Sección 1ª, de 24 de abril de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007200066); AAP de Barcelona, Sección 12ª, de 16 de marzo de 2006, (Id Cendoj: 08019370122006200053); SAP de Alicante, Sección 6ª, de 13 de enero de 2003, (Id Cendoj: 03014370062003100005); y SAP de Tarragona, Sección 3ª, de 30 de noviembre de 2005, (Id Cendoj: 43148370032005100311).

<sup>97</sup> AAP de León, Sección 1ª, de 24 de abril de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007200066).

<sup>98</sup> AAP de Barcelona, Sección 12ª, de 16 de marzo de 2003, (Id Cendoj: 08019370122006200053).

<sup>99</sup> SAP de Alacant, Sección 6ª, de 13 de enero de 2003, (Id Cendoj: 03014370062003100005).

<sup>100</sup> SAP de Alacant, Sección 6ª, de 13 de enero de 2003, (Id Cendoj: 03014370062003100005).

quiere ofrecer tal posibilidad, y pretende el cobro de la totalidad de la deuda en base a la cláusula de vencimiento anticipado, no se encuentra obligado por precepto alguno a expresar este extremo en la demanda hipotecaria. El término podrá que utiliza el art. 693 LEC es clarividente dando la opción de elección al acreedor. En el segundo de los supuestos, esto es, cuando es vivienda familiar el bien a subastar, varía el protagonismo respecto de quién tiene la facultad de solicitar la liberación del bien, recayendo en este caso en la persona del deudor<sup>101</sup>, pero no varía en absoluto lo que hemos manifestado anteriormente respecto de la actitud del acreedor, por lo que, sólo consignará en la demanda hipotecaria la posibilidad que tiene el deudor de liberar el bien, si realmente el acreedor renuncia a la totalidad de lo adeudado en aras a cobrar lo debido en el momento de la presentación de la demanda.

D.- En conexión con el extremo anteriormente analizado, otro de los interrogantes que surgen es si en el auto en que se decreta el requerimiento de pago debe el órgano judicial prever al deudor de la posibilidad que ostenta de liberar el bien. Si bien existen resoluciones judiciales que sostienen la necesidad de realizarlo a efectos de proteger al deudor, declarándose en algún caso incluso la nulidad de actuaciones ante su ausencia<sup>102</sup>, a nuestro entender no resulta necesaria tal previsión por los siguientes motivos:

Primero.- La posibilidad de liberar el bien no es una práctica obligatoria del proceso sino potestativa, tanto cuando depende de la voluntad del acreedor como cuando depende del deudor, por lo que no es un trámite esencial y de debido cumplimiento de la ejecución hipotecaria

Segundo.- No existe ninguna norma específica que exija que deba incluirse la previsión de la liberación en el contenido del auto en que se requiere de pago, a diferencia de otras vías procesales, como los procesos arrendaticios, en los que el art 440.3 LEC, si prevé la necesidad de que el órgano judicial señale en la citación para la vista, la posibilidad que tienen los demandados de enervar la acción, en cambio, la norma genérica para los procesos de ejecución, el art. 553 LEC, al regular el contenido del requerimiento de pago no hace mención alguna a esta posibilidad.

Tercero.- El requerimiento de pago no constituye una etapa del proceso obligatoria, pudiéndose en ocasiones prescindir de su realización, si ha existido con anterioridad a la presentación de la demanda un requerimiento extrajudicial, por lo que en estos procesos tal previsión no podría llevarse a cabo<sup>103</sup>. A mayor abundamiento, el requerimiento de pago no se dirige exclusivamente

---

<sup>101</sup> SAP de Tarragona, Sección 3ª, de 30 de noviembre de 2005, (Id Cendoj: 43148370032005100311); AAP de Barcelona, Sección 12ª, de 27 de abril de 2004, (Id Cendoj: 08019370122004200099); SAP de Alicante, Sección 6ª, de 13 de enero de 2003, (Id Cendoj: 03014370062003100005).

<sup>102</sup> SAP de Tarragona, Sección 3ª, de 30 de noviembre de 2005, (Id. Cendoj: 43148370032005100311).

<sup>103</sup> AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 7 de febrero de 2005, (EDJ 2005/22333) y AAP de Zamora, de 26



contra el deudor, sino que también pueden ser sujetos pasivos del mismo el hipotecante no deudor, o el tercer poseedor<sup>104</sup>.

Cuarto.- En determinadas ocasiones, en que no se especifique en la demanda o en la escritura de constitución de la hipoteca o de cambio de domicilio posterior, el órgano judicial en el momento de decretar el auto despachando ejecución y el requerimiento de pago, puede desconocer si la vivienda objeto de hipoteca constituye realmente la vivienda familiar del deudor, pues lo que debe constar inscrito en el Registro es el pacto de vencimiento anticipado, no si es la finca vivienda familiar, por lo que ante este desconocimiento, difícilmente el órgano judicial podrá señalar en la resolución judicial tal posibilidad. El deber de determinar si es vivienda familiar supondría una carga para el órgano judicial no prevista en la Ley.

Quinto.- No se vulnera ningún derecho del deudor ni se le disminuye su protección, pues al ser en este proceso la intervención de abogado y procurador obligatoria, estos profesionales son los que le deberán asesorarle e informarle respecto de su facultad liberatoria<sup>105</sup>.

E.-Para el supuesto de que el deudor haga efectiva la liberación del bien consignando lo adeudado, puede ser que el ejecutante discrepe del hecho de que este bien constituya realmente su vivienda familiar. La LEC omite cualquier referencia respecto del momento procesal en que el acreedor puede manifestar su disconformidad respecto de esta liberación. A pesar de tal omisión, si bien es cierto que para la liberación del bien en caso de vivienda familiar no es preciso el consentimiento del acreedor, no consideramos que deba imposibilitarse al acreedor la facultad de oponerse en base a razones fundadas a la liberación, pues podrían producirse actuaciones fraudulentas del deudor encaminadas a la rehabilitación del préstamo, afirmando que el bien a realizar constituye su vivienda familiar cuando en realidad no lo es.

La tramitación procesal una vez efectuada la consignación no es unánime entre nuestros Tribunales. Así, en la práctica diaria de los órganos judiciales pueden acontecer varias situaciones, en primer lugar, que una vez efectuada la consignación, debido a las especiales consecuencias procesales y extraprocesales de ésta respecto del acreedor, le sea notificada la misma, en este supuesto, el acreedor debe poder formular un escrito oponiéndose a la misma, manifestando que el bien no es vivienda familiar del deudor de acuerdo con el art. 392 LEC, en

---

de marzo de 2001, (JUR 2001\154759).

<sup>104</sup> AAP de Madrid, Sección 12ª, de 29 de abril de 2002, (JUR 2002\269059); AAP de Madrid, Sección 21ª, de 13 de febrero de 2001, (JUR 2001\158426); y SAP de Zamora, Sección única, de 7 de abril de 2000, (AC 2000\933).

<sup>105</sup> Respecto a la intervención de estos profesionales del derecho en la ejecución hipotecaria, MONTERO AROCA sostiene que "el art. 550.1 alude por tanto sólo al poder otorgado a procurador y con ello está corroborando, por si era necesario en especial, que en el proceso de ejecución se exige la intervención de abogado y procurador. La norma general es la del art. 539.1 la que exige que el ejecutante y ejecutado estén dirigidos por letrado y representados por procurador siempre que se trate de la ejecución de títulos no judiciales" (MONTERO AROCA, J.: *Las ejecuciones hipotecarias*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 547).

segundo lugar, que realizada la consignación, conforme al art. 693.3 LEC, se dicte un auto practicando la liquidación de las costas, ante la notificación de este escrito, de igual forma que en el supuesto anterior, el acreedor puede oponerse a la liberación, y finalmente, que se le notifique al acreedor la providencia por la que el proceso se da por finalizado, pudiendo formular frente a la misma un recurso de reposición. Por tanto, en función de la práctica que adopten nuestros Tribunales, el acreedor puede tener un conocimiento diferente de la intención del deudor de consignar la cantidad adeudada, y en función de cómo se le notifique, diferente será la forma de impugnación. Impugnada la consignación, sobre el deudor recaerá la carga de la prueba de demostrar que realmente el bien objeto de subasta es su vivienda familiar, a través del certificado de empadronamiento o documentos análogos, abriéndose en la interinidad del proceso hipotecario una cuestión incidental, que al no tener una regulación específica deberá acomodarse a las normas genéricas reguladas en los arts. 393 y ss LEC.

F.- El legislador procesal ha limitado la facultad liberatoria de la vivienda familiar a una sola vez cada cinco años. De esta forma, la reincidencia del deudor en el incumplimiento de sus obligaciones no podrá ser de nuevo indultada, permitiéndosele de nuevo la liberación del bien consignando la cantidad adeudada, actuación que comportaría la carga del acreedor de interponer sucesivas demandas cada vez que el deudor no afrontase el pago de un plazo vencido. No obstante, en algunos casos se ha producido una práctica viciada de esta facultad liberatoria del deudor en el proceso de ejecución hipotecaria. En la práctica forense de algunos Juzgados, en determinadas ocasiones, especialmente cuando el acreedor es una entidad bancaria, éstas llegan a acuerdos con sus clientes para el pago de lo adeudado, efectuándose el cobro de forma extraprocesal, incorporando el acuerdo con posterioridad al proceso judicial en cuestión, debiendo el órgano judicial poner fin al proceso liberando el bien en base a una satisfacción extraprocesal o bien porque el acreedor desiste del proceso. Al ser un acuerdo que se adopta fuera de la interinidad del proceso y no consignarse las cantidades correspondientes en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado correspondiente, este acuerdo extraprocesal, según determinadas resoluciones judiciales, no encuentra acomodo legal en lo previsto en el art. 693.3.LEC, resultando expedita la posibilidad de liberar el bien ante un nuevo procedimiento por impago, al no haberse agotado esta posibilidad en la interinidad del proceso.

A nuestro entender, ésta debe considerarse una práctica errónea, pues tanto se trate de un desistimiento regulado en el art. 20 LEC, como de una satisfacción extraprocesal prevista en el art. 22 del texto procesal, tales circunstancias deben ponerse en conocimiento del órgano judicial, y éste dictará un auto en el que de por finalizado el proceso, por lo tanto, aunque el acuerdo de satisfacción sea extraprocesal, para que surta efectos en el mismo debe ser convalidado por un auto dictado por el órgano judicial, en base a ello, es evidente que tal liberación es aceptada en la interinidad del proceso, y en consecuencia, debe ser considerada

agotada la posibilidad de liberar el bien<sup>106</sup>. A mayor abundamiento, la satisfacción extraprocésal tampoco producirá efectos registrales hasta el momento en que se convalide por el órgano judicial en la interinidad del proceso, pues de acuerdo con el art. 688.2 LEC, al solicitarse por el órgano judicial al Registrador de la Propiedad mandamiento judicial respecto de la certificación de dominio y cargas, el Registrador inscribirá en el Registro, mediante nota marginal, la constancia de la existencia de un proceso judicial sobre ese concreto bien que sólo podrá ser eliminada por mandamiento judicial, por lo que cualquier acuerdo de liberación únicamente producirá efectos cuando sea aceptado por el órgano judicial, de esta forma, en definitiva todos los acuerdos para adquirir eficacia deben ser aceptados en la interinidad del proceso.

## VI. BIBLIOGRAFÍA.

BARBANCHO, F. J. (AAVV): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Edit. Atelier, Barcelona, 2000.

BERNABEU, I.C.: *La aplicación del artículo 666 a la ejecución hipotecaria*, en "Práctica de los Tribunales", Núm. 43, Noviembre 2007.

BERNABEU, I.C.: *Domicilio del deudor en la ejecución hipotecaria*, en "Práctica de los Tribunales", nº 38, mayo, 2007, págs. 59 a 61.

DIAZ, J. M.: *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, Edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

FAJARDO, F. (AAVV): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Edit. Aranzadi, Navarra, 2001.

GUZMAN, V.: *Reflexiones entorno a la ejecución hipotecaria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en "La ejecución civil", Estudios de Derecho Judicial, Edit. Consejo General del Poder Judicial, nº 53-2004, Madrid, págs 937 a 1015.

MONTERO AROCA, J.: *Las ejecuciones hipotecarias*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

---

<sup>106</sup> En este sentido, el AAP de León, Sección 1ª, de 24 de abril de 2007, (Id Cendoj: 24089370012007200066), considera agotada la posibilidad de liberar el bien, incluso en supuestos en que no ha sido todavía iniciada la vía hipotecaria *strictu sensu*, en concreto, sostiene que en aquellos casos en que una vez notificado el saldo deudor, a efectos de preparar la futura demanda hipotecaria, el deudor paga la deuda, según los razonamientos de esta resolución judicial, este pago debe prescribir la posibilidad de volver a liberar el bien, pues la notificación de la liquidación comporta el inicio de una ejecución hipotecaria.

OLIVER, C. (AAVV): *El proceso civil*, Vol. VII, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

RAMOS MENDEZ, F.: *Enjuiciamiento Civil*, T. II., Edit. Bosch, Barcelona, 1997.

RODRIGUEZ OTERO, L.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 3ª parte, 1ª ed., Edit. Difusa, Madrid, 2007.