



Roj: **AAP SE 94/2015 - ECLI: ES:APSE:2015:94A**

Id Cendoj: **41091370062015200037**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **6**

Fecha: **07/05/2015**

Nº de Recurso: **1506/2015**

Nº de Resolución: **105/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCA TORRECILLAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla

REFERENCIA: INCIDENTE(OT)

JUZGADO DE ORIGEN: **JUZGADO MIXTO Nº3 DE LORA DEL RIO**

ROLLO DE APELACIÓN Nº 1506/2015

JUICIO Nº 492/2014

**A U T O Nº 105**

**PRESIDENTE ILMO SR :**

D/Dª MARCOS ANTONIO BLANCO LEIRA

**MAGISTRADO ILMOS SRS :**

Dª ROSARIO MARCOS MARTIN

Dª FRANCISCA TORRECILLAS MARTINEZ

En la Ciudad de SEVILLA a siete de mayo de dos mil quince.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra Auto de fecha 17/12/14 recaída en los autos número 492/2014 seguidos en el JUZGADO MIXTO Nº 3 DE LORA DEL RIO promovidos por la entidad mercantil **NCG BANCO, SA** representado por el Procurador Sr. **PEDRO MANCHA SUAREZ**, pendientes en esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandante, siendo Ponente del recurso la Magistrada Iltma. Sra. Doña **FRANCISCA TORRECILLAS MARTINEZ**.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que seguido el juicio por sus trámites se dictó auto por el Sr. Juez del **JUZGADO MIXTO Nº3 DE LORA DEL RIO** cuyo fallo es como sigue: " *SE DENIEGA EL DESPACHO DE EJECUCIÓN SOLICITADO por el Procurador Sra. PEDRO MANCHA SUAREZ en nombre y representación de NCG BANCO, SA frente a Dª. Amelia y D, Augusto . Una vez firme esta resolución archívense los autos.*"

**SEGUNDO.-** Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de la entidad mercantil **NCG BANCO, SA** que fue admitido en ambos efectos, la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose al recurso la sustanciación que la Ley previene para los de su clase, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución, tras la deliberación y votación de este recurso.

**TERCERO.-** Que en la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.



## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** La parte actora formuló demanda de ejecución dineraria contra los demandados que tenía como presupuesto una escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre una vivienda, escritura otorgada el 8 de mayo de 2007, se aportaba primera copia expedida con carácter ejecutivo. Afirmaba en la demanda que los prestatarios habían incumplido lo pactado, por lo que la entidad bancaria demandante había dado por vencido el préstamo y practicado liquidación, resultando un saldo deudor por importe de 60.403,90 euros, de los que 46.560,07 euros correspondían a capital no vencido, 11.213,81 euros a capital impagado, 1.763,03 euros a intereses ordinarios impagados y el resto a intereses moratorios. Instaba procedimiento de ejecución ordinaria y solicitaba el embargo de bienes de los demandados, entre los que designaba la propia finca hipotecada. Esta finca era el lugar pactado en la escritura de préstamo como domicilio a efectos de notificaciones, vivienda sita en la C/ DIRECCION000 NUM000 de Cantillana y se indicaba en la escritura que era el domicilio conyugal, asimismo ese lugar se designó en la demanda como domicilio de los demandados.

El Juzgado inadmitió a trámite la demanda porque entendió que la actora debía ejercitar la acción de ejecución de la hipoteca y no la acción de ejecución ordinaria.

La parte demandada ha presentado recurso contra dicha resolución interesando la revocación de la misma, con la admisión a trámite e la demanda y despacho de ejecución conforme a lo solicitado inicialmente.

**SEGUNDO.-** La recurrente muestra su disconformidad con la resolución judicial dictada que niega la posibilidad del despacho de ejecución ordinaria. Ha de convenirse en que, como señala la prestamista, la escritura de préstamo hipotecario confiere al acreedor la posibilidad de ejercitar tres acciones, la de ejecución hipotecaria, la de ejecución ordinaria y la declarativa.

Si esto es así en el plano teórico, también lo es que tras la promulgación de la Ley 1/2013, la ejecución hipotecaria en el caso de vivienda habitual presenta una serie de especialidades que tratan de hacer frente al problema de la crisis económica y sus efectos en el mercado inmobiliario. Las especialidades tienden a facilitar el pago a los deudores e impedir que por la pura aplicación de la legislación procesal relativa a la ejecución por impago de préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual, se produzcan situaciones de desprotección o de clara indefensión. Como se indica en la exposición de motivos de la Ley indicada, las numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones lo que "exige la adopción de medidas, que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios."

Pues bien, al acudir a la vía de la ejecución ordinaria, la parte ejecutante está obviando los medios que el legislador ha considerado convenientes poner a disposición del deudor hipotecario, inspirados todos ellos en el principio favor debitoris. Así, puesto que se trata de especialidades de la ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual, no es posible enervar la acción pagando lo que se debe y rehabilitar el préstamo previsión esta contenida en el art 693 de la LEC , una vez dado por vencido el préstamo en la ejecución ordinaria el deudor no puede "ponerse al día" sino que para evitar la ejecución ha de pagar todo lo que se debe, art 570 de la LEC , que establece que la ejecución no finaliza sino con la completa satisfacción del acreedor ejecutante.

Además de esta peculiaridad, que se puso de manifiesto en la resolución recurrida, y frente a la que nada ha alegado la recurrente, la nueva legislación establece un límite a la tasación de costas; en el procedimiento de ejecución hipotecaria la tasación de costas no podrá superar el 5% del valor (ex. art. 575.1 bis de la LEC ). Sin embargo, en el procedimiento de ejecución ordinaria (como en el presente caso de ejecución de títulos no judiciales) la tasación de costas, se podrá realizar de forma provisional junto con los intereses, pudiendo alcanzar el 30% del importe principal adeudado ( art. 576 de la LEC ).

Respecto del importe de la deuda tras la subasta del inmueble hipotecado, la Ley 1/2013, en su art. 5 , ha modificado la redacción del art. 579 de la LEC , disponiendo que, si tras la adjudicación del bien hipotecado el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción de la deuda, el ejecutado quedará liberado en determinados supuestos, lo que no sucede tampoco en la ejecución ordinaria.

Por lo tanto, la Sala entiende que el ejercicio de la acción de ejecutiva ordinaria en el supuesto de vivienda habitual hipotecada, cuando lo que se pretende con la petición de embargo contenida en la demanda es dirigir la ejecución contra la finca hipotecada, constituye un fraude de ley, se utiliza la cobertura de una norma, la que permite ejercitar la acción ejecutiva ordinaria, para evitar así la aplicación de otras, las reseñadas anteriormente, por lo que es de aplicación el art 6.4 del C. Civil de manera que esta actuación no puede obtener la tutela judicial. La recurrente no puede pretender la ejecución forzosa del título por el cauce procesal elegido, porque ello supone privar al deudor de los derechos que le confiere la legislación promulgada al efecto, lo que vulnera el principio de defensa y de derecho a la igualdad ante la ley, por lo que el recurso debe ser desestimado y la resolución confirmada.



**TERCERO.-** Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como se prevé en el núm. 1 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de "NCG BANCO SA" contra el auto dictado con fecha 17 de diciembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Lora del Río en el procedimiento de ejecución nº 492/2014 del que este rollo dimana.
- 2.- Confirmamos íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponemos a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Dada la desestimación del recurso, la parte recurrente pierde el depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Y a su tiempo, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con certificación de la presente resolución y oficio para su cumplimiento.

Este auto es firme. Contra el mismo no cabe interponer recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados que constan en el encabezamiento de esta resolución. Doy fe.

D. MARCOS ANTONIO BLANCO LEIRA

Votó en Sala y no pudo firmar

( Art. 261 L.O.P.J .)

Firmando Dña. ROSARIO MARCOS MARTIN

como Presidenta accidental.

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.