



Roj: **AAP M 525/2016** - ECLI: **ES:APM:2016:525A**

Id Cendoj: **28079370122016200020**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **06/06/2016**

Nº de Recurso: **519/2015**

Nº de Resolución: **139/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE LUIS DIAZ ROLDAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933837

37007750

**N.I.G.:** 28.148.00.2-2013/0008395

**Recurso de Apelación 519/2015**

**O. Judicial Origen:**Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Torrejón de Ardoz

**Autos de Ejecución de Títulos No Judiciales 1274/2013**

**DEMANDANTE/APELADO:** IBERCAJA BANCO, S.A.U.

**PROCURADOR:** D. VALENTÍN GANUZA FERREO

**DEMANDADO/APELANTE:** D. Benedicto y Dª Angelica

**PROCURADOR:** D. JACOBO GARCÍA GARCÍA

**A U T O N° 139 DE 2016**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN**

**D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA**

**Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO**

En MADRID, a seis de junio de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, integrada por los Sres. Magistrados indicados al margen, los Autos de **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE TÍTULOS NO JUDICIALESnúm.1.274/2013** , procedentes del JDO. DE 1ª INSTANCIA nº 3 de TORREJÓN DE ARDOZ, a los que ha correspondido el **Rollo núm.519/2015** , en los que aparece como parte apelante **DON Benedicto y DOÑA Angelica** , representados por el procurador DON JACOBO GARCÍA GARCÍA, y como apelada **IBERCAJA BANCO S.A.U.** , representada por el procurador DON VALENTÍN GANUZA FERRERO Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **DON JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN** , que expresa el parecer de La Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** .- Que con fecha 15 de abril de 2015, se dictó Auto en primera instancia, en cuya parte dispositiva se señalaba: "Se declara procedente seguir adelante con la ejecución despachada por auto de fecha 2 de diciembre de 2014. Con imposición de costas a la parte ejecutada."

**SEGUNDO**.- Notificado el anterior Auto a las partes, por la representación de la parte ejecutada, don Benedicto y doña Angelica , se presentó escrito solicitando se tuviese por preparado en tiempo y forma la apelación, que fue admitido, y del que se dio traslado a las demás partes para que en el plazo de 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

**TERCERO** .- Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la celebración de la votación y fallo el día 16 de marzo de 2016, por providencia de fecha de 28 marzo de 2016, se dio traslado a las partes litigantes por 5 días para que manifestaran sobre el posible carácter fraudulento o abusivo de la utilización para la reclamación judicial del procedimiento de ejecución ordinario y no el procedimiento de ejecución hipotecaria, al recaer la hipoteca constituida sobre la vivienda habitual, pudiendo verse excluido los ejecutados, sin razón aparente de los beneficios establecido por el legislador para el procedimiento de ejecución hipotecaria, una vez presentada las correspondientes alegaciones quedaron los autos para resolución.

**CUARTO** - En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos de derecho ni la parte dispositiva del Auto apelado, que se sustituyen por los de esta resolución.

**PRIMERO** .- Por la representación procesal de don Benedicto y doña Angelica se interpone recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrejón de Ardoz, de fecha 15 de abril de 2015 , que desestima la oposición formulado a la ejecución despachada.

Muestra la parte recurrente su disconformidad con el Auto apelado, alega la condición abusiva de la estipulación octava de la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha 22 de noviembre de 2006, en el particular referido al modo de ejercitar las acciones judiciales que se deriven del contrato que en ella se documenta.

Peticiona finalmente la estimación del recurso de apelación interpuesto, la revocación del Auto de instancia y el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecario instado.

## SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS .

En un examen de los autos resultan acreditados los siguientes hechos relevantes para resolver la cuestión litigiosa planteada:

1) Con fecha de fecha 22 de noviembre de 2006, se otorgó escritura pública de préstamo hipotecario, ante el Notario don Fernando González Garrido, entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, en su condición de prestamista, y don Benedicto y doña Angelica , como prestatarios, por un importe de 106.000 €, estableciéndose como garantía hipotecaria la vivienda unifamiliar, sita en Fuente El Saz de Jarama de Madrid, inscrita en el Registro de la Propiedad de Algete, tomo NUM000 , libro NUM001 , folio NUM002 , finca NUM003 .

2) Por escritura pública de fecha 24 de noviembre de 2008, otorgada por las mismas partes anteriormente referidas, ante Notario, don Fernando González Garrido, se procedió a la novación del préstamo hipotecario, por el que se modificaba del régimen de amortización inicialmente pactado, quedando subsistentes las restantes cláusulas del préstamo hipotecario al que anteriormente se ha hecho mención.

3) Ante el incumplimiento de los prestatarios de las obligación de pago de las cuotas pactadas en la escritura pública de novación de préstamo hipotecario, desde el vencimiento de fecha 31 mayo 2013, se procedió por la entidad ejecutante a declarar el vencimiento anticipado del préstamo, procediéndose a su liquidación, resultando un capital pendiente de 92,081.68 €, 537,27 €, en concepto de intereses ordinarios y 63,62 €, en concepto de intereses de demora.

4) El inmueble hipotecado, vivienda habitual de los ejecutados, está gravado con una hipoteca constituida en favor de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, en garantía de la devolución de un préstamo de 159.628,81 €, ante Notario don Fernando González Garrido, más otras cantidades para intereses ordinarios, intereses de demora y para costas y gastos de ejecución, según resulta de la escritura pública de fecha 5



de marzo 1999, en la que se subrogó la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza Aragón y La Rioja (Ibercaja), mediante escritura pública de fecha 7 de marzo de 2006.

Asimismo, dicho inmueble se encuentra gravado con una hipoteca constituida en favor de Ibercaja, en garantía de devolución de un préstamo de 138.223 €, más otras cantidades para intereses ordinarios, de demora, costas y gastos, según consta de la escritura pública de 7 de marzo de 2006, otorgada ante Notario don Fernando González Garrido.

Finalmente, dicho inmueble está también gravado con otra hipoteca en favor de Ibercaja en garantía de la devolución del préstamo de 30.000 €, más otras cantidades para intereses ordinarios, intereses de demora y para costas y gastos de ejecución, según consta en escritura pública de fecha 15 de febrero de 2007, otorgada ante la Notaría doña Mari Cruz García Arrollo.

5) Por la entidad bancaria se procedió en fecha 24 de noviembre de 2014 a instar demanda ejecutiva de títulos no judiciales, consistente en la escritura pública notarial de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 22 de noviembre de 2006, novado por escritura pública de fecha 24 de noviembre de 2008.

6) La disposición octava de escritura de préstamo hipotecario de fecha 22 de noviembre de 2006, relativa al ejercicio de las acciones judiciales para la reclamación de la deuda del préstamo hipotecario concedido dispone:

*"La Caja se reserva el derecho de ejercitar las acciones judiciales que se deriven del presente contrato, a su elección, en cualquiera de los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, tanto de naturaleza personal como hipotecaria. Incluso en caso de ejecución, y dado que por la naturaleza de este contrato la deuda generada se considera líquida y exigible desde su origen bastará que a la demanda se acompañe los documentos a los que hace referencia el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes a efectos de seguir acción ejecutiva, bien sea la ordinaria o especial sobre bienes hipotecados (...)"*.

7) En fecha 2 de diciembre de 2014 se dictó por el juzgado de instancia Auto de fecha 2 de diciembre de 2014, acordando despachar orden general de ejecución en favor de Ibercaja Banco SAU frente a don Benedicto y doña Angelica , por importe de 92.718,57 € en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos más otros 27.815 € en concepto de intereses y costas.

### **TERCERO.- POSICIONES DE LAS DISTINTAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ACUDIR A LA EJECUCIÓN COMÚN DE UN PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA CONSTITUIDO SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL.**

Respecto al derecho del acreedor entre elegir para satisfacer su crédito en los préstamos con garantía hipotecaria, el procedimiento especial hipotecario o el procedimiento ordinario común, la mayoría de las Audiencias se inclinan por considerar que existe una posibilidad de elección para el acreedor que le permite optar por uno u otro procedimiento.

Esta postura es mantenida, entre otras, por las siguientes Audiencias Provinciales:

- **Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14ª, Auto de 2 de diciembre de 2015 , declara**

*"Muy en especial no concurre fraude de ley en aquellos supuestos que, conforme a las normas vigentes, facultan al "acreedor" (en este supuesto), para optar entre un procedimiento u otro, conforme al título ejecutivo, en que se ampara la deuda ( art. 517.4 de la LEC ), aunque exista un "procedimiento especial privilegiado" para los préstamos hipotecarios".*

- **Audiencia Provincial de Madrid, sección 14ª, Auto de fecha 30 de julio de 2013 , declara:**

*"el acreedor dispone de dos títulos ejecutivos: la escritura pública que documenta el derecho de crédito - préstamo- y la escritura pública que constituye la hipoteca, siempre que la misma esté inscrita en el Registro de la Propiedad; el hecho de que ambos negocios jurídicos aparezcan en una sola escritura pública, de préstamo hipotecario, no supone la existencia de un solo título ejecutivo; el acreedor dispone, vencido el préstamo, del título ejecutivo constitutivo de la hipoteca con el que puede ejercitar la acción real hipotecaria contra el bien o los bienes hipotecados, en cuyo caso se estará a las particularidades que, en orden a la ejecución sobre bienes hipotecados, se recogen en el capítulo V, artículos 681 y siguientes, de la Ley de Enjuiciamiento civil , y del título ejecutivo con el que puede instar la acción personal por la vía de la ejecución ordinaria respecto de todos los bienes del deudor".*

- **Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, Auto de fecha 25 de febrero de 2014 , declara:**

*"la doctrina del Tribunal Constitucional ha denominado derecho a la elección de procedimiento, al que nos hemos referido en otras ocasiones [por todas, AAP, Civil sección 6 del 04 de noviembre de 2003, AAP, Civil sección 6 del*



15 de noviembre de 2011, SAP, Civil sección 6 del 03 de junio de 2009 y SAP, Civil sección 6 del 27 de febrero de 2012, diciendo que una constante jurisprudencia de dicho Tribunal, de la que son muestra, entre otras muchas, las SSTC 90 y 92/1985, de 22 y 24 julio; 41/1986, de 2 abril ; 2/1987, de 14 enero ; 43 , 125 y 197/1988, de 16 marzo , 24 junio y 24 octubre; 160 y 241/1991, de 18 julio y 16 diciembre; 20/1993, de 18 enero ; 178/1996, de 12 noviembre ; 160/1998, de 14 de julio , ha venido diciendo que, «... el mandato contenido en el artículo 24.1 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que el interesado estima conveniente para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, aunque solo sea porque no puede decirse que sean los mismos los efectos y consecuencias jurídicas que ofrecen los distintos tipos de procesos previstos en nuestro ordenamiento para la defensa de derechos e intereses. Por ello, siempre que la vía elegida sea procesalmente correcta conforme a las normas legales vigentes, habrá de estimarse que la indebida privación o denegación de la misma equivale a una privación o denegación de la tutela judicial efectiva, en contra de lo dispuesto en dicho precepto constitucional» ese derecho a la elección del proceso no ha sido derogado por las reformas introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Es más, las ventajas que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a favor del deudor hipotecario no se limitan al marco procesal estricto del procedimiento dirigido contra bienes hipotecados del artículo 579 en relación con los artículos 681 y siguientes de la LEC , sino que son de aplicación a otros procesos en los que se ejecute un inmueble hipotecado, y también a la propia relación jurídica material del préstamo hipotecario, y en todo caso, siguiendo el mandato de los artículos 3 y 6.4 del Código Civil , de acuerdo con el espíritu de la referida Ley 1/2013, y de la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, respecto a la interpretación de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, el Juzgado debe impedir cualquier conducta ejecutada en fraude de ley o que conculque la buena fe procesal ( artículo 247 LEC ), y garantizar, incluso de oficio, que la ejecución sobre el bien hipotecado se realiza de forma que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada.

En sentido contrario se muestra la **Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6ª, Auto de fecha 7 de mayo de 2015**, declara

"P ues 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 está 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".

#### **CUARTO.-EXISTENCIA DE FRAUDE DE LEY AL UTILIZARSE EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE TÍTULOS NO JUDICIALES PARA LA RECLAMACIÓN DE UN PRÉSTAMO GARANTIZADO CON HIPOTECA SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL.**

Para resolver la controversia planteada debe tenerse en cuenta como punto de partida que el artículo 7 del Código Civil contiene el expreso reconocimiento de algunos principios generales, como el de la buena fe, el de la prohibición del abuso del derecho y el de la sanción del fraude de ley". La Jurisprudencia posterior a la reforma



de 1.974 del Código Civil (LEG 1889, 27), ha conformado un cuerpo doctrinal al exigir para su apreciación la concurrencia de determinados requisitos. Unos, de "carácter objetivo" y el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho ( SSTS de 28 de Enero de 2.005 , 7 de Junio de 2.011 , y las más antiguas de 5 de Abril de 1.986 y 9 de Febrero y 25 de Junio de 1.983 y otros, de " "carácter subjetivo" la intención de perjudicar o la falta de finalidad.

Por otra parte, el artículo 3.1 del Código Civil determina como uno de los elementos interpretativo de las normas **"la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas"** , a nadie se le puede escapar la incidencia social y económica en que se incursa nuestra sociedad debido a la grave crisis económica mundial que nos afecta, a cuya paliación en el ámbito que aquí nos ocupa, no resultó extraña el Legislador, sobre este extremo resulta sumamente relevante la introducción que realiza el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos, en la que se hace constar:

*"España atraviesa una profunda crisis económica desde hace cuatro años, durante los cuales se han adoptado medidas encaminadas a la protección del deudor hipotecario que, no obstante, se han mostrado en ocasiones insuficientes para paliar los efectos más duros que sobre los deudores sin recursos continúan recayendo. Resulta dramática la realidad en la que se encuentran inmersas muchas familias que, como consecuencia de su situación de desempleo o de ausencia de actividad económica, prolongada en el tiempo, han dejado de poder atender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los préstamos o créditos hipotecarios concertados para la adquisición de su vivienda.*

*Tal circunstancia y la consiguiente puesta en marcha de los procesos de ejecución hipotecaria están determinando que un segmento de la población quede privado de su vivienda, y se enfrente a muy serios problemas para su sustento en condiciones dignas. El Gobierno considera, por ello, que no puede demorarse más tiempo la adopción de medidas que permitan aportar soluciones a esta situación socioeconómica en consonancia con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47 de la Constitución española , que ha de guiar la actuación.*

*A tal fin, se establecen en este real decreto-ley diversos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real. Estas medidas se implementan, no obstante, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario. La mayoría de las medidas serán de aplicación a quienes se encuentren situados en el denominado umbral de exclusión. En este sentido, se ha determinado que los beneficiarios sean personas que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia. Este umbral es sensible igualmente a la situación económica de los demás miembros de la unidad familiar, así como de los titulares de las garantías personales o reales que, en su caso, existiesen. Se adoptan también cautelas para impedir que pueda producirse un acogimiento fraudulento o abusivo a las medidas propuestas.*

*El modelo de protección diseñado gira en torno a la elaboración de un código de buenas prácticas al que, voluntariamente, podrán adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y cuyo seguimiento por aquellas será supervisado por una comisión de control integrada por representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Asociación Hipotecaria Española.*

*Con la aplicación de las medidas contenidas en el citado Código, que figura como Anexo a este real decreto-ley, se facilita y promueve la implicación del sector financiero español en el esfuerzo requerido para aliviar la difícil situación económica y social de muchas familias.*

*El citado Código incluye tres fases de actuación. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización. En segundo lugar, de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda. Y, finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante de un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.*

*Asimismo, se moderan los tipos de interés moratorios aplicables a los contratos de crédito o préstamo hipotecario. Esta reducción pretende disminuir la carga financiera generada en casos de incumplimiento por impago de los deudores protegidos.*



De otra parte, se incorporan al colectivo de beneficiarios de las ayudas a inquilinos previstas en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2011, las personas que hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento como consecuencia de procesos de ejecución hipotecaria, así como las que suscriban contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de las medidas contenidas en el citado Código de Buenas Prácticas.

Las medidas anteriores se complementan con otras modificaciones legales de índole procesal y fiscal. En materia procesal se procede a simplificar y aclarar el procedimiento de ejecución extrajudicial previendo una subasta única y un importe mínimo de adjudicación y remitiendo a un posterior desarrollo reglamentario la regulación de la venta extrajudicial, posibilitando, entre otras medidas, la subasta on line. En materia fiscal, las escrituras públicas de formalización de las novaciones contractuales que se produzcan al amparo del Código de Buenas Prácticas quedarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados.

La adopción de las medidas contempladas en este real decreto-ley resulta imprescindible al objeto de proteger a un colectivo social en situación de extraordinaria vulnerabilidad en el contexto económico generado por la crisis. Los efectos del desempleo sobre las familias españolas y su situación social han producido un deterioro, sobre el que la intervención pública no puede demorarse más. Es por ello por lo que la adopción de tales medidas exige acudir al procedimiento del real decreto-ley, cumpliéndose los requisitos del artículo 86 de la Constitución Española en cuanto a su extraordinaria y urgente necesidad".

En esta norma establece el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, prevé, en determinadas circunstancias, como medida sustitutiva de ejecución hipotecaria la dación en pago, como que el deudor, en el momento de pedir la dación en pago, pueda permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación.

Como complemento del anterior norma se dicta **la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social.**

Norma que persigue la finalidad de proteger al deudor hipotecario, en especial cuando se trate de vivienda habitual. Así su introducción se indica lo siguiente:

*"La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios.*

*Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual.*

*El esfuerzo colectivo que están llevando a cabo los ciudadanos de nuestro país con el fin de superar de manera conjunta la situación de dificultad que atravesamos, requiere que, del mismo modo y desde todos los sectores, se continúen adoptando medidas para garantizar que ningún ciudadano es conducido a una situación de exclusión social.*

*Con este fin, es necesario profundizar en las líneas que se han ido desarrollando en los últimos tiempos, para perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores que, a causa de tales circunstancias excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección.*

A estos efectos se aprueba esta Ley, que consta de cuatro capítulos.

El primero de ellos prevé la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, la Ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas.

La suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad. En efecto, para que un deudor hipotecario se encuentre en este ámbito de aplicación será necesario el cumplimiento de dos tipos de requisitos. De un lado, los colectivos sociales que van a poder acogerse son las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro con discapacidad o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se



encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o, finalmente, las víctimas de violencia de género.

Asimismo, en las familias que se acojan a esta suspensión, los ingresos no podrán superar el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Este límite se eleva respecto de unidades familiares en las que algún miembro sea persona con discapacidad o dependiente o que conviva con personas con discapacidad o dependientes. Además, es necesario que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.

La alteración significativa de sus circunstancias económicas se mide en función de la variación de la carga hipotecaria sobre la renta sufrida en los últimos cuatro años. Finalmente, la inclusión en el ámbito de aplicación pasa por el cumplimiento de otros requisitos, entre los que se pueden destacar que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por ciento de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, o que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

La trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este período de tiempo, los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este período, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual.

Para estos deudores especialmente vulnerables se prevé además que la deuda que no haya podido ser cubierta con la vivienda habitual no devengue más interés de demora que el resultante de sumar a los intereses remuneratorios un dos por cien sobre la deuda pendiente

El Capítulo II introduce mejoras en el mercado hipotecario a través de la modificación de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946; la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario; y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Especialmente relevante es el hecho de que, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se limitarán los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero. Además, se prohíbe expresamente la capitalización de estos intereses y se establece que, en caso de que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés. Adicionalmente se fortalece en la Ley Hipotecaria el régimen de venta extrajudicial de bienes hipotecados. Por otro lado, se refuerza la independencia de las sociedades de tasación respecto de las entidades de crédito.

En la venta extrajudicial se introduce la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

El Capítulo III recoge diferentes modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución. En particular, como medida de gran relevancia, se establece la posibilidad de que si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual aún quedara deuda por pagar, durante el procedimiento de ejecución dineraria posterior se podrá condonar parte del pago de la deuda remanente, siempre que se cumpla con ciertas obligaciones de pago. Además, se permite que el deudor participe de la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada. Por otro lado, se facilita el acceso de postores a las subastas y se rebajan los requisitos que se imponen a los licitadores, de modo que, por ejemplo, se disminuye el aval necesario para pujar del 20 al 5 por cien del valor de tasación de los bienes. Asimismo se duplica, en idéntico sentido, el plazo de tiempo para que el rematante de una subasta consigne el precio de la adjudicación.

Se introducen determinadas mejoras en el procedimiento de subasta, estableciéndose que el valor de tasación a efectos de la misma no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el



préstamo. Anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta. Además, en caso de que la subasta concluyera sin postor alguno, se incrementan los porcentajes de adjudicación del bien. En concreto, se elevaría del 60 por cien hasta un máximo del 70 por cien, siempre para los supuestos de vivienda habitual (...)

Por último, el Capítulo IV modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, tanto en lo que afecta al ámbito de aplicación, como en lo relativo a las características de las medidas que pueden ser adoptadas".

### **Fundamento por el que se aprecia la existencia de un fraude de Ley**

Partiendo de todo lo expuesto anteriormente, esta Sala considera que la utilización por la entidad ejecutante del procedimiento de ejecución ordinario constituye un fraude de ley, cuyo única finalidad es privar al ejecutado de los beneficios legales de protección que le concede la normativa al constituir objeto de la hipoteca sobre su vivienda habitual, lo que sustentamos en las siguientes razones:

1) La regulación del procedimiento hipotecario concede una posición privilegiada al acreedor, de manera, que la previsión del Legislador, es que dicho acreedor ejercerá de manera preferente la acción real de realización del bien, acudiendo de forma subsidiaria a la ejecución común sobre el resto del patrimonio del deudor cuando la ejecución de dicho bien no sea suficiente para la satisfacción de la deuda contraída, como claramente se desprende de la redacción dada al artículo 579 de la LEC, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ya citada, que permite la complementariedad entre la acción real hipotecaria y la acción ejecutiva.

2) Esta idea de ejercicio preferente por el acreedor hipotecario de la acción real, sobre el ejercicio de la ejecución común explica que los beneficios introducidos en favor del deudor hipotecario en los casos de realización de la vivienda habitual, se han llevado a cabo mediante modificaciones del procedimiento de ejecución hipotecario regulado en los artículos 681 y ss. y no en el procedimiento de la ejecución común. Sin que por otra parte, la entidad ejecutante razone las razones de la utilización de la ejecución común.

3) La utilización de la ejecución común priva al deudor hipotecario, en caso de realización de la vivienda habitual, de las garantías previstas por el Legislador, con las que ha tratado de paliar el impacto social de la crisis, posibilitando en la medida de lo posible evitar la pérdida de la vivienda habitual o que su venta se haga en las mejores condiciones económicas para satisfacer la deuda.

4) Esta ventaja que otorga al deudor hipotecario es reconocida por la **STS de fecha 18 de febrero de 2016**, destaca los beneficios para el deudor del procedimiento hipotecario, declarando: *"De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que **contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados**".*

(Se refiere la sentencia a la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC, al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Aún más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo art. 693 LEC, éste no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario).

5) Igualmente, mediante la vía de ejecución común se ha privado al deudor hipotecario, en el supuesto que fuera de aplicación, de los beneficios otorgados en el Anexo del Real Decreto-Ley 6/2012, ya citado. Así como del límite a la tasación de costas, que en el procedimiento de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual la tasación de costas no podrá superar el 5% del valor de la cantidad que se reclame.

Por todo ello, esta Sala estima, como ya ha resuelto en Auto dictado en el Rollo de Apelación nº 501/2015, que el ejercicio por la entidad ejecutante del procedimiento de ejecución común, eludiendo el procedimiento de ejecución hipotecario para la realización de la vivienda habitual hipotecada, constituye un fraude de Ley, prohibido en el artículo 6.4 del Código Civil, prohibido por el Ordenamiento Jurídico, lo que invalida el despacho de ejecución dictado.





En consecuencia, se rechazan los motivos opuestos.

**QUINTO.**- Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación formulado, revocándose la resolución apelada, y con estimación del incidente de oposición formulado al despacho de ejecución acordado por Auto de fecha 2 de diciembre de 2015 , acordándose dejar sin efecto dicha resolución, acordándose el levantamiento de los embargos acordados en su virtud, y el sobreseimiento del procedimiento hipotecario.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 561.1ª y 2., procede la imposición de las costas devengadas en la instancia a la parte ejecutante.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC no se hace expresa imposición de costas habida cuenta de las serias dudas de derecho existentes sobre la cuestión litigiosa como acreditan las distintas posiciones de las Audiencias Provinciales, expuestas al respecto en esta resolución.

Vistos los preceptos legales citados y demás generales de pertinente aplicación.

#### PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA: ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Benedicto y doña Angelica contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrejón de Ardoz, de fecha de 15 de abril de 2015 , y, en consecuencia, **REVOCAMOS** la expresada resolución, y con estimación del incidente de oposición formulado al despacho de ejecución acordado por Auto de fecha 2 de diciembre de 2015 , acordándose dejar sin efecto dicha resolución, acordándose el levantamiento de los embargos acordados en su virtud, y el sobreseimiento del procedimiento hipotecario.

Se imponen a la parte ejecutante las costas devengadas en la instancia. No se hace imposición de las costas devengadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Cumplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , advirtiendo a las partes que contra esta **resolución no cabe recurso alguno**.

Remítase testimonio de esta resolución al juzgado de procedencia, con devolución de los autos en su caso, interesándose acuse de recibo.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo acordamos, mandamos y firmamos.