



Roj: **AAP B 964/2013 - ECLI:ES:APB:2013:964A**

Id Cendoj: **08019370162013200045**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **14/11/2013**

Nº de Recurso: **794/2012**

Nº de Resolución: **277/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **AGUSTIN FERRER BARRIENDOS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL de BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSEXTA

Rollo: 794/2012 -A

**A U T O nº 277/2013**

Ilmos. Sres.

D. Agustín Ferrer Barriendos

D. Jordi Seguí Puntas

D. José Luis Valdivieso Polaino

En Barcelona, a catorce de noviembre de dos mil trece.

VISTOS ante la Sección Decimosexta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona en apelación admitida a la parte ejecutada y procedente del Juzgado de 1ª Instancia número 22 de Barcelona en los autos de juicio de ejecución número 290/2012 seguidos a instancia de Banco Santander SA, representada por el Procurador Don Jorge Solá Serra, contra Corporación Inmobiliaria 3Serres-Intrapox SL y Araceli como heredera a beneficio de inventario de D. Ezequiel , representadas por el Procurador D. Ivo Ranera Cahís.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - Se aceptan los del auto apelado de fecha 4 de mayo de 2012 dictado por el Juez de 1ª Instancia número 22 de Barcelona en el procedimiento anteriormente reseñado y cuya parte dispositiva establece: "Desestimar la oposición formulada por Corporación Inmobiliaria 3 Serres-Intrapox SL y doña Araceli , siguiendo adelante la ejecución, sin efectuar pronunciamiento sobre costas procesales".

**SEGUNDO.**- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte ejecutada, que fue admitido a trámite y al que se opuso la parte ejecutante, y remitidas las actuaciones a esta Audiencia Provincial fueron turnadas a la Sección 16ª, siguiéndose los trámites de la alzada con señalamiento de votación y fallo para el pasado día 4 de julio.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Agustín Ferrer Barriendos.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** - El problema jurídico aquí planteado deriva de la circunstancia de que un acreedor hipotecario, ante el impago del préstamo garantizado con hipoteca sobre dos inmuebles, no promueve el procedimiento de realización de bienes hipotecados o pignorados regulado en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), sino una acción ejecutiva común que dirige contra la sociedad deudora hipotecante y contra la sucesora mortis causa del **avalista** personal.



Lo que sostienen los ejecutados, tanto en su escrito de oposición a la ejecución como ahora en el recurso, es que la utilización del procedimiento ejecutivo ordinario por parte de Banco Santander contraviene la doctrina de los actos propios y es abusiva (se invocan expresamente los artículos 7 del Código civil y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), por cuanto la valoración dada a los inmuebles hipotecados en la primitiva escritura de préstamo de 31 de diciembre de 2003 fue mantenida en las sucesivas escrituras de novación otorgadas entre diciembre de 2005 y noviembre de 2010 y porque esos dos bienes inmuebles cubren con holgura la deuda actual, lo que hace innecesaria la traba sobre otros bienes de la sociedad deudora y de la **avalista**.

Dado el planteamiento de la controversia cabe indicar que son inadecuadas las consideraciones que efectúa el auto apelado acerca de la inviabilidad de la oposición de los ejecutados por su desenchaje con las causas tasadas previstas en el artículo 695 LEC; es precisamente la ejecutante quien huye de "las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados" y quien acude al procedimiento común de ejecución de título extrajudicial, cuyas vías de oposición -de fondo y procesal- son precisamente las contenidas en los artículos 557 y 559 LEC.

Ni que decir tiene que este tribunal comparte las argumentaciones del auto apelado relativas a la ausencia de pago en forma de dación afirmada por los ejecutados. Baste subrayar que no consta la aceptación expresa o tácita del banco acreedor a las diversas propuestas que formularon los deudores para la extinción de sus responsabilidades dinerarias.

**SEGUNDO.** - Suele partirse de que, en principio, nada impide al acreedor hipotecario dejar de lado el ejercicio de la acción específica de realización del bien hipotecado que le brinda el ordenamiento jurídico, por sorprendente que pueda resultar esa postura dada la posición privilegiada que ese procedimiento asigna al ejecutante, y elegir la vía ejecutiva común fundada en su mera condición de tenedor de un título extrajudicial que goza de fuerza ejecutiva por imperativo del artículo 517.2, 4º LEC.

Ahora bien, es sabido que los derechos de toda índole deben ejercitarse con arreglo a los postulados de la buena fe ( artículo 7 CC ), a cuyo efecto los tribunales deben rechazar fundadamente toda petición o incidente que se formule con manifiesto **abuso de derecho** o entrañe fraude de ley o procesal ( artículo 247.2 LEC ).

La doctrina legal (entre otras, SSTS 15 de noviembre de 2010 y 26 de mayo de 2011), en desarrollo de los límites de orden moral, teleológico y social que inspiran todo ordenamiento jurídico, considera abusivo el ejercicio de una facultad legal aparentemente normal cuando las circunstancias revelan (i) una anormalidad en su ejercicio y (ii) una voluntad de perjudicar al sujeto pasivo o una falta de interés legítimo del titular.

En definitiva, como asevera la STS de 28 de enero de 2005, tanto el fraude de ley -en este caso, en su vertiente procesal- como el **abuso de derecho**, aun distintos doctrinalmente, no persiguen más que proteger el ideal de justicia frente al texto de la norma.

**TERCERO.** - Habida cuenta que el procedimiento de realización de la garantía hipotecaria confiere una posición privilegiada al acreedor de esa clase (así lo constató la ya lejana STC 41/1981), cabe afirmar que la previsión del legislador descansa implícitamente en la idea de que dicho acreedor ejercitará de modo preferente la acción real de realización del bien y que solo de manera complementaria acudirá a la acción ejecutiva común sobre el resto del patrimonio del deudor.

Un vestigio de ello lo constituía la norma de la LEC de 1881 que establecía el imperativo de proceder en primer lugar contra los bienes dados en prenda o hipoteca ( artículo 1447). Con más intensidad aún lo evidencia la LEC de 2000 al permitir la acumulación en un mismo procedimiento hipotecario de varias acciones de esa naturaleza sobre los mismos bienes ( artículo 555.4, que deroga la prohibición de acumulación sancionada hasta entonces por el artículo 135, tercer párrafo, LH ) y, sobre todo, al incorporar normas que persiguen la más perfecta complementariedad entre la acción real hipotecaria y la ulterior acción ejecutiva común (artículos 692.1, segundo párrafo, y 579).

De hecho, esa misma idea late en la escritura de préstamo litigiosa, que destina sus cláusulas 10ª y 12ª a regular las vías de realización de los bienes en caso de incumplimiento de la prestataria, contemplando la alternativa entre el procedimiento judicial de los artículos 681 y siguientes de la LEC y el procedimiento de ejecución extrajudicial, sin hacer mención alguna a la acción ejecutiva ordinaria.

Buena prueba de la antedicha complementariedad es que la anotación registral de un segundo embargo en garantía de la deuda ya cubierta por la hipoteca no provoca más que confusión (el artículo 1447 de la LEC de 1881 no preconizaba tal segundo embargo, sino más propiamente la imperatividad de proceder en primer lugar contra los bienes hipotecados o pignorados), tanto en orden a la determinación de la concreta preferencia del acreedor anotante como respecto a su incidencia sobre la posición de terceros acreedores con derecho inscrito o anotado. Así se constata con la lectura de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado (RDGRN) de 10 de diciembre de 1997 y 26 de junio de 1999.



Por último, es de advertir que el legislador no ignora que con el tiempo el valor de los bienes gravados con hipoteca puede sufrir variaciones como consecuencia de las leyes del mercado (las disminuciones de valor debidas a dolo, culpa o voluntad del dueño tienen su respuesta a través de la acción de devastación del artículo 117 LH), siendo consciente de que una variación a la baja dificulta la satisfacción del acreedor.

En atención a ello, el mecanismo de ampliación de las hipotecas legales inscritas para el caso de insuficiencia "en cualquier tiempo" de la constituida regulado en el artículo 163 LH se trasladó de algún modo a las hipotecas voluntarias por medio del párrafo tercero del artículo 5 de la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario, que autorizaba la ampliación forzosa de la garantía hipotecaria en caso de descenso en más del 20% del valor de los bienes dados en garantía por razones de mercado o debido a otras circunstancias. Pero es muy significativo que el Decreto-Ley 1/2013, de medidas de refuerzo de la protección de los deudores hipotecarios, haya suprimido ese párrafo tercero, lo que revela que en las hipotecas voluntarias compete exclusivamente al acreedor la valoración de la suficiencia del inmueble que se le ofrece en garantía para cubrir la deuda, a cuyo efecto habrá de ponderar el riesgo previsible de un descenso de valor de la finca por circunstancias del mercado.

Con todo, el legislador atiende a esta última eventualidad por medio de la equitativa norma de distribución de riesgos contenida en el artículo 671 LEC, aplicable a la ejecución hipotecaria por remisión del artículo 691.4 LEC, conforme a la cual en caso de subasta sin postor el acreedor puede adjudicarse el bien por el 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

La reforma de la LEC operada a través del Decreto-Ley 8/2011, en un contexto macroeconómico de pérdida continuada de valor de los inmuebles y de fuerte sobreendeudamiento privado, elevó esa adjudicación, a fin de proteger a los deudores hipotecarios, a un mínimo del 60% del valor de tasación; lo mismo ha hecho el Decreto-Ley 1/2013, situando aquel mínimo en el 70% para el caso de realización forzosa de la vivienda habitual del deudor.

En este orden de cosas no es ocioso recordar que la regulación de la ejecución hipotecaria y de la ejecución común anterior a la LEC de 2000 contemplaba la posibilidad de celebrar terceras subastas sin sujeción a tipo (artículos 1506 LEC y 131, regla 12ª, LH), lo que propiciaba la posibilidad de adjudicaciones de inmuebles al acreedor por precios irrisorios. La doctrina legal descartó cualquier asomo de enriquecimiento injusto o sin causa en tales adjudicaciones ajustadas al ordenamiento procesal vigente, afirmando su inatacabilidad y la legitimidad de la reclamación ulterior por el acreedor del grueso de la deuda aún pendiente no obstante la realización de la garantía hipotecaria, por bien que el Tribunal Supremo no pudo por menos que expresar en alguna de esas ocasiones la reprobación moral que le merecía el comportamiento de quien se valía de tan inequitativa regulación legal (SSTS 8 de julio de 2003 y 29 de octubre de 2007).

**CUARTO.** - En función de cuanto se lleva expuesto es exigible al acreedor hipotecario o pignoraticio que evita la realización de los bienes ofrecidos en garantía por la vía específica de los artículos 681 y siguientes de la LEC que exponga, de modo somero pero comprensible, las razones legítimas que le impulsan a ello.

Pues no cabe olvidar que la actividad procesal de ejecución de bienes para la satisfacción del interés de un acreedor dinerario debe ser proporcionada a los fines de la ejecución, por lo que no deben embargarse bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución; además, en el embargo debe procurarse la menor onerosidad para el ejecutado (artículos 584 y 592.1 LEC).

En el presente supuesto las circunstancias que invoca de modo implícito Banco Santander para acudir a la vía de ejecución común, prescindiendo de la acción hipotecaria, son inatendibles.

Esas circunstancias no serían otras que la caída en picado del valor de los bienes de su deudora gravados con la hipoteca.

Se trata de las fincas registrales números NUM000 y NUM001, ambas radicadas en Sa Riera, Begur (Girona), valoradas de mutuo acuerdo en diciembre de 2003 a los fines del procedimiento de ejecución hipotecaria en 7.017.306 y 70.882 euros respectivamente, y que, al decir de Banco Santander, con apoyo en una valoración de Ibertasa de noviembre de 2011, en la actualidad valdrían 1.947.230 y 739.449 euros respectivamente.

Prescindiendo de que la lectura de esa nueva tasación evidencia que el descenso de los precios de los inmuebles dista de ser generalizado (al menos la finca registral número NUM001 se habría revalorizado sustancialmente en la última década, pasando de valer 70.882 euros en diciembre de 2003 a los 739.449 euros de ocho años después), lo cierto es que el informe de Ibertasa resulta escasamente creíble por cuanto dice valorar la finca registral número NUM000 únicamente en función del terreno (parcela de 10.371 m<sup>2</sup>), prescindiendo de la vivienda unifamiliar de casi tres mil metros cuadrados erigida en su interior, arguyendo a tal efecto que su deficiente estado de conservación exigiría una rehabilitación de valor incluso superior al coste de una nueva construcción.



No se justifica esa valoración parcial del inmueble: no hay razones para pensar que su realidad física haya sufrido una variación sustancial en los ocho años transcurridos desde que fuera gravada con hipoteca (al tiempo de constitución de la hipoteca se declaraba la obra nueva de ampliación de esa edificación), ni consta alteración sustancial de su calificación urbanística en ese tiempo (en la propia escritura de constitución de la hipoteca se dejó reseñado que se trataba de "una porción de terreno urbanizable destinada a uso hotelero").

Por lo demás, la deuda reclamada por todos los conceptos en este procedimiento asciende a 4.427.397,18 euros (3.405.690,14 de principal y el resto en concepto de intereses y costas), y la tasación global dada a los bienes hipotecados era de 7.088.188 euros (esa valoración del año 2003 no ha sido modificada pese a que las partes en los años sucesivos convinieron hasta seis novaciones parciales del crédito), lo que significa que en una hipotética situación de subasta de los bienes sin postor, el banco ejecutante tendría asegurada la satisfacción prácticamente íntegra de su crédito con el mero ejercicio de la facultad prevista en el artículo 671 LEC : adjudicación de los bienes hipotecados por el 60% de su valor de tasación, según la redacción vigente en la fecha de inicio de la ejecución.

Al decir de Ibertasa la supuesta pérdida de valor de la finca registral número NUM000 se habría producido a partir del año 2008, por lo que resulta más incoherente aún que el acreedor hipotecario no aprovechase alguna de las novaciones del crédito formalizadas hasta noviembre de 2010 para proponer al deudor-hipotecante una ampliación de la hipoteca a otros bienes, siendo así que Banco Santander estaba expresamente facultada para ello a tenor de lo establecido en los tres últimos párrafos de la cláusula 9ª de la primitiva escritura de préstamo (como ya se indicó, la base legal de esa facultad convencional ha desaparecido tras la entrada en vigor del Decreto-Ley 1/2013).

**QUINTO.-** En definitiva, las circunstancias concurrentes permiten afirmar que el banco acreedor ejercita de modo abusivo una facultad procesal con el único propósito de burlar la valoración convencional de los bienes hipotecados.

Su insistencia en la depreciación de los inmuebles hipotecados evidencia que persigue una tasación judicial de esos bienes "por su valor de mercado", según previene el artículo 639.3 LEC , olvidando que el artículo 637 LEC prevé el avalúo de los bienes en el seno del propio proceso ejecutivo solo para el caso de que ejecutante y ejecutado no se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, "antes o durante la ejecución". Y en el caso enjuiciado tal acuerdo existe desde el año 2003, sin que ninguna de las partes haya promovido su modificación.

Otro efecto inadmisibles de la pretensión del banco ejecutante dirigida a obtener un embargo sobre unos bienes ya hipotecados y en garantía de la misma deuda, es que en la valoración de los inmuebles para la subasta habría que deducir el importe de las cargas y derechos preferentes por imperativo del artículo 666.1 LEC ; esto es, debería descontarse el importe del gravamen hipotecario constituido en 2003.

De ello se sigue no ya que los inmuebles saldrían a subasta por un valor inicial muy inferior al que correspondería de promoverse la realización del bien en atención precisamente a ese gravamen hipotecario (uno de los rasgos distintivos de la ejecución hipotecaria es precisamente la carencia de fase de avalúo, como resulta del artículo 682.2, 1º LEC ), con grave detrimento de la posición del deudor-hipotecante y por extensión del garante, sino directamente la inviabilidad de esa vía de apremio, como determina el artículo 666.2 LEC , ya que los inmuebles tendrían un valor neto negativo (el importe de la preferente carga hipotecaria es muy superior a la tasación actual que el banco ejecutante asigna a los inmuebles hipotecados).

También es de apreciar que la entidad acreedora persigue afectar a la ejecución bienes de los deudores distintos de los gravados a fin de incrementar injustificadamente la onerosidad de la ejecución para estos.

Se trata, en resumidas cuentas, de una pretensión ejercitada con fraude procesal, por lo que debe ser rechazada, lo que implica el acogimiento de la oposición de la parte ejecutada y la consiguiente invalidación del despacho de la ejecución.

**SEXTO. -** Las costas del incidente deben quedar de cuenta de la ejecutante ( artículo 559.2 LEC ), sin que haya motivos para hacer imposición de las originadas en esta alzada ( artículo 398.2 LEC ), al tiempo que se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir por imperativo de la disposición adicional 15ª LOPJ , según redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009.

## PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Corporación Inmobiliaria 3Serres-Intrapox SL y Araceli contra el auto de fecha cuatro de mayo de 2012 pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Barcelona , en los autos de que el presente rollo dimana, revocando íntegramente dicha resolución y, en su lugar, estimando la oposición formulada por los ejecutados, se deja sin efecto la ejecución



despachada por auto de 13 de marzo de 2012, con imposición a la ejecutante de las costas del incidente en la primera instancia y sin imposición de las causadas en la presente alzada y devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del amparo constitucional.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia con testimonio de la presente resolución para su cumplimiento.

Así lo acordaron y firmaron los Ilmos. Magistrados arriba indicados, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ