



Roj: **AAP B 975/2013 - ECLI:ES:APB:2013:975A**

Id Cendoj: **08019370162013200056**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **12/12/2013**

Nº de Recurso: **287/2013**

Nº de Resolución: **316/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JORDI SEGUI PUNTAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL de BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSEXTA

Rollo: 287/2013 -B

A U T O nº 316/2013

Ilmos. Sres.

D. Agustín Ferrer Barriendos

D. Jordi Seguí Puntas

D^a. Inmaculada Zapata Camacho

En Barcelona, a doce de diciembre de dos mil trece.

VISTOS ante la Sección Decimosexta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona en apelación admitida a la parte ejecutante y procedente del Juzgado de 1^a Instancia número 29 de Barcelona en los autos de juicio de ejecución número 1205/2012 seguidos a instancia de Banco Mare Nostrum SA, representada por el Procurador Don Alfredo Martínez Sánchez, contra Sumicables SL y otros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Se aceptan los del auto apelado de fecha 9 de enero de 2013 dictado por la Juez de 1^a Instancia número 29 de Barcelona en el procedimiento anteriormente reseñado y cuya parte dispositiva establece: "Acuerdo desestimar el recurso de reposición interpuesto, con imposición de costas al ejecutante".

SEGUNDO. - Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte ejecutante, que fue admitido a trámite y remitidas las actuaciones a esta Audiencia Provincial fueron turnadas a la Sección 16^a, siguiéndose los trámites de la alzada con señalamiento de votación y fallo para el pasado día 10 de octubre.

No habiéndose conformado el Magistrado Don Agustín Ferrer Barriendos con la decisión de la Sala en el momento de la votación, anunció su intención de formular el correspondiente voto particular.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jordi Seguí Puntas.

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 un inmueble, 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 mercantil deudora y las personas físicas fiadoras.



El auto del Juzgado inadmite a trámite la demanda ejecutiva de Banco Mare Nostrum, sucesora universal de Caixa d'Estalvis del Penedès, por entender que cuando la ejecución se dirige exclusivamente contra bienes hipotecados, debe seguirse inexorablemente el procedimiento especial de **ejecución hipotecaria** y no el común de ejecución para la satisfacción de deudas dinerarias.

Dado el planteamiento de la controversia cabe indicar que son inadecuadas las consideraciones que efectúa el auto apelado, con cita de diversas resoluciones procesales de esta Audiencia, acerca de la inviabilidad de acumular una acción ejecutiva común a una acción hipotecaria, dado que la lectura del escrito inicial de Banco Mare Nostrum evidencia que únicamente ejercita la acción personal contra la deudora y contra los **fiadores**, con expresa exclusión de la acción de realización del inmueble hipotecado.

Lo que de verdad está en juego en el supuesto enjuiciado es el análisis de la legitimidad de la opción procesal de Banco Mare Nostrum.

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 si bien proclama que Caixa Penedès "podrá reclamar el préstamo [...] mediante el ejercicio de cualesquiera de las acciones judiciales que le competan", a continuación destina sus cláusulas 8 y 8 bis a regular la "acción hipotecaria" y la "ejecución extrajudicial de la hipoteca", entendidas como vías alternativas y especiales de realización de los bienes en caso de incumplimiento de la prestataria, en principio preferibles a la acción ejecutiva ordinaria.

Buena prueba de la antedicha complementariedad es que la anotación registral de un segundo embargo -como el que aquí se reclama- 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 Banco Mare Nostrum no expone razón alguna que le haya impulsado a acudir a la vía de ejecución común, limitándose a subrayar que "el hecho de que el título sea un préstamo hipotecario no obliga al actor a utilizar en exclusiva el procedimiento hipotecario", lo cual desde la perspectiva que nos ocupa es una justificación manifiestamente insuficiente.

La única explicación plausible debe conectarse con la notoria caída del valor de los bienes inmuebles a partir de la crisis financiera global del año 2008, de lo cual es un indicio el hecho de que las partes convinieran en la escritura de préstamo de noviembre de 2009 que tasaban la finca hipotecada "a los solos efectos de la subasta, no de reconocimiento como precio de mercado", en 451.302 euros.

El inmueble hipotecado es la finca registral número 11.142 y se trata de la vivienda de los propios **fiadores** sita en la calle Viladomat 109, 1º 1ª, de Barcelona.

Por lo demás, la deuda reclamada en este procedimiento ascendía en octubre de 2012 a 71.723,27 euros, de modo que, aun presumiendo que las cargas hipotecarias preferentes (hipoteca de octubre de 2004 por un máximo de 280.000 € e hipoteca de septiembre de 2008 en garantía de otros 95.200 €) se corresponden con otras tantas deudas vigentes en toda su plenitud, nada hace presumir la insuficiencia de la vivienda hipotecada para cubrir el crédito del banco aquí ejecutante, máxime cuando no consta el menor intento por parte de este último por acordar con la sociedad prestataria una ampliación de la hipoteca a otros bienes o la constitución de garantías adicionales, siendo así que Banco Mare Nostrum estaba expresamente facultada para ello a tenor de lo establecido en la estipulación 18 de la escritura de préstamo.



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 del bien hipotecado a los efectos de la subasta y, con ello, la operatividad del artículo 671 LEC .

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

De ello se sigue no ya que los inmuebles saldrían a subasta por un valor inicial muy inferior al que correspondería de promoverse la realización del bien en atención precisamente a la tercera hipoteca (uno de los rasgos distintivos de la **ejecución hipotecaria** es precisamente la carencia de fase de avalúo, como resulta del artículo 682.2, 1º LEC), con grave detrimento de la posición del deudor y por extensión del hipotecante, sino directamente la inviabilidad de esa vía de apremio, como determina el artículo 666.2 LEC , ya que los inmuebles tendrían un valor neto negativo (el importe de las preferentes cargas hipotecarias prácticamente agota el valor asignado en la tasación de noviembre de 2009).

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

Se trata, en resumidas cuentas, de una pretensión ejercitada con fraude procesal, por lo que debe ser rechazada, lo que implica la ratificación de su inadmisión limine litis.

SEXTO.- Las costas del recurso, si las hubiere, deben imponerse a la apelante (artículo 398.1 LEC), al tiempo que se acuerda la pérdida 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: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Banco Mare Nostrum SA contra el auto de fecha nueve de noviembre de 2012 pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia número 29 de Barcelona , en los autos de que el presente rollo dimana, confirmando íntegramente dicha resolución, con imposición a la ejecutante de las costas causadas en la presente alzada y pérdida 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.

Voto Particular que formula el Presidente del Tribunal

D. Agustín Ferrer Barriendos

Por disentir de mis compañeros de Tribunal respecto del contenido jurídico y fallo de la sentencia que antecede, pronunciada en el recurso de apelación nº 287/2013, formulo el presente voto particular entendiendo con mi mayor consideración que sus fundamentos de derecho y parte dispositiva deberían ser del sentido que a continuación hago constar:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La aguda crisis económica sobrevenida a raíz de la llamada "explosión de la burbuja inmobiliaria", hizo intervenir al legislador repartiendo, en alguna medida, las consecuencias de la crisis de forma que el sistema financiero no fuera ajeno a las lamentables consecuencias sociales producidas por la situación económica. Ello se ha traducido, ante la constatada minusvaloración de los inmuebles y ante la previsible retracción del mercado, en la elevación de los mínimos de valor en la adjudicación en las subastas desiertas.

Al intentar la entidad de crédito acudir a la ejecución ordinaria en lugar de la hipotecaria no sólo se acude al aseguramiento y, en su caso, apremio de bienes distintos de la garantía hipotecaria sino que también, respecto de ésta, se esquivo el tipo de subasta que sería el propio de la **ejecución hipotecaria** (el pactado con aquiescencia de la entidad financiera y probablemente muy superior a precio de mercado actual) y poder sacar



a subasta el mismo bien hipotecado con tipo de subasta que considera más ventajoso que, a su vez y dadas las circunstancias del mercado, puede determinar la adjudicación al ejecutante por un valor bastante inferior al que procedería de utilizar la **ejecución hipotecaria**.

La cuestión que plantea el Juzgado y sobre el que se pronuncia el voto mayoritario de este tribunal, parte de una consideración del carácter fraudulento de acudir a la ejecución ordinaria alterando así el tipo de subasta y, en definitiva, el valor efectivo de la probable adjudicación al ejecutante en caso de quedar desierta la subasta y, provocando por otro lado, un problema complicado de valoración, por la existencia de carga hipotecaria.

Dicho esto, una primera reflexión es que, reuniendo el título todos los requisitos necesarios para despachar ejecución no veo motivo alguno para no hacerlo contra la sociedad deudora.

No comparto que el principio de buena fe obligue necesariamente a proceder contra los bienes hipotecados antes que cualquier otro del deudor principal u obligados solidarios. Al contrario, considero que la buena fe tal como ha sido apreciada secularmente en caso de fianza, sugiere que el acreedor debe dirigirse contra los bienes del deudor antes que proceder contra los **fiadores**; esto históricamente se concretó en el "beneficio de excusión" que es regla legal general salvo pacto expreso de solidaridad. La circunstancia de establecerse en interés del deudor principal un derecho de excusión efectivo, me parece es la "prueba del nueve" de que el no es adecuado el argumento principal utilizado en el voto mayoritario.

Aunque no es el caso, creo que tampoco lo sería en situación inversa (bien hipotecado propiedad del deudor principal) pues ello implicaría afirmar ineficaz el carácter solidario de la fianza en concurrencia con garantía hipotecaria, considerando poco menos que de **orden** público un inexistente carácter irrenunciable del derecho de excusión del **fiador** en tales casos.

SEGUNDO. - En relación al despacho de ejecución contra los **fiadores** solidarios, (garantes hipotecarios de la sociedad codemandada), ocurre algo semejante al concurrir todos los requisitos necesarios para despachar ejecución.

El art. 592 de la actual vigente establece un criterio pragmático facilidad de enajenación y menor onerosidad para el ejecutado. Y desde luego no comparto que la buena fe imponga ejecutar de forma necesariamente preferente la vivienda de los garantes.

El ejercicio de la acción personal de fianza no me parece pueda calificarse de improcedente pues se dan todas las circunstancias necesarias para su reclamación y no considero pueda calificarse de abusivo en este caso, pues la vivienda puesta en garantía hipotecaria tiene cargas preferentes (una primera hipoteca de 280.000 euros y una segunda de 95.000) que, junto con la cantidad reclamada, vacían razonablemente el contenido de valor del inmueble incluso refiriéndolo al de tasación para ejecución de la última hipoteca, valoración efectuada en la fase alcista de la burbuja inmobiliaria.

El problema, el único problema en mi opinión por lo expuesto al principio, es el de la repercusión del cauce procesal si se pretende, como es probable, el apremio de la vivienda dada en garantía hipotecaria. En este punto conviene recordar que la estipulación 8ª de la escritura autoriza la ejecución de "cualquiera de las acciones judiciales". No que el acreedor pueda optar por el procedimiento hipotecario judicial o extrajudicial (al que se refiere la cláusula 8ª bis) sino que puede utilizar cualquiera de las acciones judiciales. El voto mayoritario desactiva directamente tal facultad considerándola "a línime litis" ineficaz, cuando menos a efectos prácticos; ineficacia además apreciada de oficio en relación a un contrato no sujeto a normativa de consumidores pues estamos hablando de la fianza del administrador de una sociedad (y su esposa) con patrimonio propio a favor de su empresa.

Decía al principio que el legislador ha intervenido en la actual crisis pretendiendo repartir en alguna forma sus consecuencias. Esto tiene particular trascendencia en las valoraciones de las fincas en cuyo escaso realismo ha existido una cierta responsabilidad compartida entre entidades financieras y sus clientes y que, a su vez, determina el tipo de subasta y eventual adjudicación a ejecutante. Creo que la reforma legal ha querido incidir precisamente en este punto y por ello debería mantenerse como de derecho necesario la incidencia del valor convencional del inmueble a efecto de la subasta, limitando las consecuencias que se derivan de utilización de uno u otro cauce procesal de los autorizados en la escritura y en la ley. Pero no considero que el alcance de la intervención legislativa determine declarar ilícito (implícitamente) el pacto de garantía personal solidaria en créditos hipotecarios, obligando a proceder necesariamente primero contra los bienes hipotecados y una vez hecha excusión de tales bienes, continuar la ejecución contra los **fiadores** personales sólo por la diferencia. Ni considerar ilícita la utilización, per se, de otro cauce procesal autorizado entre las partes particularmente si no estamos en derecho de consumidores. No considero adecuado por vía jurisdiccional y bajo argumento de la buena fe, de contenido cuestionable, hacer decir al legislador lo que no ha dicho.



Se alude finalmente al problema operativo en relación al embargo que se solicita y consiguiente valoración a efecto de subasta o adjudicación. La acumulación de acción personal e hipotecaria debe conllevar una característica forma de efectuar y dar publicidad a este embargo en la forma sugerida en la RDGRN de 10 de diciembre de 1996 sin que ello constituya imposibilidad.

Considero por todo lo expuesto que, procede admitir el recurso y la demanda de ejecución tanto contra la sociedad deudora, como contra los **fiadores** solidarios (acción personal) sin perjuicio de sujetar el procedimiento de apremio del inmueble dado en garantía hipotecaria al tipo pactado para subasta en la escritura de hipoteca.

Sin imposición de costas del recurso y con devolución del depósito.

Éste es mi voto particular que firmo el mismo día de la fecha del Auto que lo precede.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ