

La hipoteca y el procedimiento de ejecución ordinaria

Aránzazu Barandiarán
Counsel de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN
E INMOBILIARIO

I. Introducción	104
II. La alternatividad de las acciones ejercitables por el acreedor como punto de partida	105
III. Particularidades procesales a tener en consideración	107
1. La demanda frente a terceros	107
2. La notificación a terceros	108
3. El embargo del bien hipotecado	108
4. La tasación o avalúo del bien hipotecado	109
IV. Conclusiones	110

Índice/



Resumen: Este artículo analiza la ejecución de la hipoteca por la vía del procedimiento de ejecución ordinario como alternativa a la vía especial hipotecaria, sus particularidades procesales y las ventajas e inconvenientes que la misma pueda presentar en la medida en que, en especial, se recurra a dicho mecanismo como una alternativa para poder realizar bienes de terceros (fiadores o avalistas) u obtener una nueva tasación del inmueble hipotecado.

Abstract: This article analyses mortgage foreclosure through the ordinary foreclosure procedure as an alternative to the special mortgage procedure, its specific procedural features and the advantages and disadvantages that it may present insofar as, in particular, this mechanism is used as an alternative to be able to realise third party assets (guarantors or cosigners) or obtain a new valuation of the mortgaged property.



Palabras clave: Procedimiento ordinario de ejecución, ejecución hipotecaria, hipoteca, avalúo, embargo, fiador o avalista.

Keywords: Ordinary foreclosure proceedings, foreclosure, mortgage, appraisal, seizure, guarantor or cosigner.

La hipoteca y el procedimiento de ejecución ordinaria

I. Introducción

El ámbito procesal de la ejecución de los préstamos hipotecarios ha experimentado durante los últimos años una constante evolución, como consecuencia de distintos cambios normativos y jurisprudenciales, y que nos conduce necesariamente hacia una mayor especialización y refinamiento jurídico en la adopción de las estrategias de recuperación de deuda.

Por ello, frente a una gestión procesal estándar se impone el recurso a vías jurídicas más especializadas y que permitan proteger de forma eficaz los intereses de los acreedores que, sin desconocer el incremento de la protección que se otorga a consumidores y usuarios en situación de vulnerabilidad, deben poder permitir acceder de forma eficaz a la ejecución de los bienes o derechos otorgados en garantía.

En este contexto, el recurso al procedimiento de ejecución ordinaria de la hipoteca ha adquirido una notable relevancia como alternativa que permitiría sortear algunos de los obstáculos a los que viene enfrentándose la ejecución del préstamo hipotecario a través del procedimiento especial hipotecario.

La suspensión acordada en su día, por unidad de criterio, de la tramitación de las ejecuciones hipotecarias a la espera de la Sentencia TJUE sobre las cláusulas de vencimiento anticipado, empujó a muchas entidades de crédito a iniciar procedimientos declarativos ordinarios a la espera de una previsible resolución sobre la posible abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, iniciando a continuación procedimientos de ejecución ordinaria de las sentencias dictadas en dichos procedimientos.

Por otro lado, la caída significativa en la valoración de los inmuebles tasados durante los años de burbuja inmobiliaria y sobreendeudamiento implica tener que atenerse a un valor de adjudicación que, en muchos casos, ni se corresponde con el valor real del inmueble ni cubrirá previsiblemente el importe del crédito garantizado con la hipoteca, lo que hace desaconsejable el recurso a esta vía.

En otros supuestos (no infrecuentes en determinadas operaciones de *project finance* de inmuebles), simplemente se renuncia a realizar la tasación ECO a la que se refiere el artículo 682 LEC, por lo que necesariamente debe recurrirse en caso de ejecución al procedimiento de ejecución ordinaria.

En definitiva, las razones o motivos con base en los cuales se recurre a la vía de la ejecución ordinaria en lugar de al procedimiento de ejecución hipotecaria pueden

ser muy variados, pero lo cierto es que si la misma es una vía que permite mejorar las perspectivas de recuperación del acreedor respecto del procedimiento especial hipotecario es una cuestión que plantea más problemas de los que a simple vista se aprecian.

II. La alternatividad de las acciones ejercitables por el acreedor como punto de partida

Ante el incumplimiento del deudor, partiendo de que se aplique la responsabilidad patrimonial universal del deudor *ex* artículo 1.911 del Código Civil y se hayan otorgado garantías personales o reales, la ley concede al acreedor la facultad de acudir a distintos tipos de procedimiento para la satisfacción de su crédito en función de que se cumplan los requisitos establecidos para cada uno de ellos.

El procedimiento de juicio ordinario, a través del cual se puede solicitar se declare el incumplimiento y el vencimiento de la obligación del deudor, pasando a continuación a ejecutar frente a la totalidad de su patrimonio o únicamente los bienes dados en garantía de sus obligaciones (de forma simultánea o no); el procedimiento de ejecución de la garantía real hipotecaria o prendaria; el procedimiento de ejecución ordinaria; o, en el caso de haberse pactado expresamente, el procedimiento de ejecución extrajudicial.

Es bastante frecuente que las propias escrituras de préstamo hipotecario contemplan, en un primer lugar, la facultad de la entidad prestamista de reclamar a través de cualesquiera acciones judiciales que le correspondan, pero las mismas suelen regular en exclusiva de forma específica, a continuación, la acción hipotecaria, entendida como vía, en principio, preferible a la acción ejecutiva ordinaria.

¿No tendría sentido alegar, en ese caso, que la constitución de la hipoteca genera una expectativa legítima de que la misma será ejecutada a través del procedimiento especial previsto en el artículo 682 LEC y siguientes?

En este sentido, son ya varias resoluciones judiciales que han apuntado a dicha posibilidad en los supuestos en los que la hipoteca objeto de una ejecución ordinaria es la vivienda habitual del deudor, considerando que la entidad prestamista debe optar preferentemente por la vía de la ejecución hipotecaria¹ puesto que, de lo contrario, se priva al ejecutado de los mecanismos específicos de protección a los que sí podría recurrir en el marco de dicho procedimiento.

Partiendo de que no hay razón legal para considerar que tal doctrina deba limitarse a la residencia habitual del deudor o a supuestos específicos de consumidores o usuarios, lo cierto es que los derechos o prerrogativas del deudor en esos casos se han visto especialmente reforzadas en el marco del procedimiento de ejecución especial, por lo que es posible sostener con mayor fuerza la existencia de un abuso de derecho en el supuesto de optarse por la vía ordinaria de ejecución.

1 Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de mayo de 2015 (LA LEY 245121/2015), Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Autos núm. 138/2016, y 139/16, de 6 de junio y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 19 de mayo de 2020 (LA LEY 73583/2020) en algunos otros casos, ha extendido dicha consideración a otros supuestos en los que era objeto de ejecución la vivienda titularidad del administrador-fiduciario de la sociedad prestataria o una segunda residencia. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de nov. 2013 (LA LEY 271789/2013) y Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de dic, 2013 (LA LEY 271789/2013)

Ahora bien, en los restantes supuestos, para construir la noción de un “abuso de derecho de opción” procesal y poder ir más allá de la mera afirmación de que la parte ejecutante ha hecho uso de un mecanismo amparado en Derecho para la ejecución de su derecho de crédito, será necesario acreditar qué circunstancias concretas hacen cuestionable el recurso a esa opción procesal prevista, en principio, en la norma.

Así, partimos de que toda obligación contractual libremente pactada tiene como límites la moral, las leyes y el orden público (artículo 1255 del Código Civil) y cualquier actuación procesal debe ajustarse a las reglas de la buena fe (artículo 247.1 LEC y 7.2 del Código Civil) debiendo rechazar los tribunales cualquier petición que se formule con manifiesto abuso de derecho o que entrañe un fraude de ley o procesal.

Por tanto, es preciso determinar cómo el recurso al procedimiento ordinario persigue el fin de incrementar injustificadamente la onerosidad de la ejecución para el deudor².

Sin embargo, dicho planteamiento (o cualquier otro que se sostenga sobre la voluntad de la entidad prestamista de evitar el valor de tasación pactado a efectos de ejecución), de conformidad con alguna resolución judicial ya dictada, pasa por anticipar que el resultado de la subasta será necesariamente el de la adjudicación del inmueble hipotecado y, por tanto, basar la existencia de un supuesto fraude de ley en un perjuicio que no se ha materializado en la fase de oposición a la ejecución³.

2 Compartimos la reflexión realizada por CARRASCO PERERA, A.F., (*Capítulo III. Eficacia general de las normas jurídicas. Comentario de los arts 6 y 7*, en Comentarios al Código Civil, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 141-180), al señalar que: “Muchísimas veces los tribunales desestiman la excepción de abuso mediante la aplicación de una sedicente regla: no hay abuso de derecho, porque no abusa del derecho quien se limita a ejercitar las prerrogativas que le concede la norma. Es evidente que esta sedicente regla es una perogrullada sin sentido, pues es una pura descripción tautológica. Si fuera cierta, nunca habría abuso. (...) Para dar un sentido aparente a esta afirmación hay que convertirla en esta otra: como regla, no abusa de su derecho quien lo ejercita, y el que pretende la aplicación del art. 7 CC ha de probar la concurrencia de especiales circunstancias concurrentes que hacen reprochable la conducta objetivamente adecuada a la norma.”

3 Auto nº 149/2020 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de noviembre de 2020, “Que la entidad ejecutante trata a través de un procedimiento de ejecución ordinario evitar el valor de tasación fijado por la propia entidad”. Parece ser un juicio de intenciones, dando por supuesto que el único bien realizable es la finca gravada con la hipoteca, lo que no parece ser el caso. En todo caso, la hipoteca subsistirá en tanto no se ejecute.[...] Aun ejecutándose a través del procedimiento especial de ejecución la adjudicación del bien hipotecado al ejecutante no es sino una facultad – “podrá”- prevista en el art. 671 de la LEC. Si no se produce, la hipoteca se cancelará, pero subsistirá la acción fundada en la responsabilidad personal y, por tanto, podrá de nuevo gravarse el bien –que era el que en primer lugar debía embargarse con arreglo a lo pactado-, tasarse con arreglo a su valor de mercado, art. 639 LEC, y ejecutarse mediante subasta.”

III. Particularidades procesales a tener en consideración

1. La demanda frente a terceros

La parte ejecutante formula a través de su demanda de ejecución ordinaria dos pretensiones principales que se ejercitan de forma acumulada: una hipotecaria, cuyo título ejecutivo es la escritura en la que se ha constituido la hipoteca a favor del deudor (artículo 517.2.4º LEC), y una personal, cuyo título ejecutivo es el contrato de préstamo (artículo 517.2 LEC), en la medida en que se solicite el embargo de otros bienes del deudor y de la finca hipotecada en la parte de su valor que exceda de la cuantía asegurada con la hipoteca⁴.

En el supuesto de que el bien hipotecado pertenezca a un tercero, se ejercitará frente al mismo la pretensión hipotecaria (salvo que se desampare el bien, en cuyo caso la ejecución se seguirá sólo frente al deudor) con el límite de los importes cubiertos por la responsabilidad hipotecaria, por lo que se entenderán con el mismo las diligencias relativas al embargo y subasta del bien hipotecado (127 LH). La pretensión personal se ejercerá frente al deudor, frente a todos sus bienes y por la totalidad de la deuda.

Si concurren, además, fiadores solidarios o avalistas, existirá la acumulación de una tercera acción personal frente al mismo⁵, frente a todos sus bienes y con los límites impuestos, en su caso, por la fianza o aval constituidos.

4 El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid nº 2252/13, Sección 14.ª, de fecha 30/07/13, señala que: "El acreedor dispone de dos títulos ejecutivos: la escritura pública que documenta el derecho de 13/06/2018 11 / 39 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, arts. 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. En definitiva, el acreedor con garantía hipotecaria puede optar por ejercitar la acción real contra el bien hipotecado, la personal declarativa o la ejecutiva frente a los obligados por el préstamo escriturado (en este caso, deudor y fiadores solidarios)."

5 En los supuestos en los que se haya pactado la previa renuncia al beneficio de excusión, división y orden que, en todo caso, suelen ser prácticamente estándar en las fianzas o avales de los préstamos hipotecarios.

2. La notificación a terceros

Una vez se ha acordado el despacho de ejecución, y salvo en aquellos supuestos en los que se acompañe a la demanda un acta notarial de previo requerimiento de pago (artículo 581 LEC), el Juzgado requerirá el pago a la parte ejecutada para que pague o formule oposición, tras lo cual, y en el supuesto de que no se verifique ninguna de las anteriores opciones, se practicarán los embargos solicitados.

Ahora bien, si se pretende la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca y anteriores a la anotación de embargo, es necesario que los titulares tengan conocimiento del procedimiento de ejecución así como de que la misma afecta a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos, a los efectos de preservar la debida transparencia respecto de la posición jurídica que los mismos ocuparán en el procedimiento y su intervención en el avalúo y otras actuaciones procesales que les afecten (artículo 659.2 LEC).

Asimismo, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 659.3 LEC, de forma que dichos titulares de cargas hipotecarias tendrán la facultad, con anterioridad a la aprobación del remate, de abonar el importe reclamado en concepto de principal, intereses y costas, dentro de los límites de responsabilidad hipotecaria inscritos en el Registro de la Propiedad, subrogándose hasta dicho importe en los derechos del acreedor ejecutante.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria⁶.

3. El embargo del bien hipotecado

El criterio general seguido por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública es el de avalar el principio de alternatividad de vías de ejecución (artículos 126 y 127 LH), poniendo de manifiesto⁷ una de las particularidades más reseñadas en cuanto al uso de la vía de ejecución ordinaria de la hipoteca: la necesidad de solicitar el embargo del bien hipotecado.

Tal embargo se considera necesario para convertir un derecho real de garantía en una "afección real" que adscribe dicho bien al procedimiento de ejecución y la exigencia del mismo se mantiene, pese a la reforma, en el artículo 127.6 LH⁸.

Por otro lado, señala dicha Dirección, es imprescindible a los efectos de poder expedir una certificación de cargas, hacer constar dicha circunstancia al margen de dicha anotación preventiva (artículo 656) y también al margen de la hipoteca, con arreglo al artículo 659 LEC, a los efectos de que quede debidamente reflejada la necesaria conexión que existe entre el embargo acordado y la hipoteca. El

6 Resolución de 29 de noviembre de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2020, A-2020-254).

7 Entre otras, cabe destacar por su claridad la Resolución de 23 de mayo de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 12 de junio de 2018).

8 García Vila, J.A., "La ejecución parcial del préstamo hipotecario", *Notarios y Registradores* 02/07/2019.

9 El Grupo de Trabajo Conjunto de Letrados de la Administración de Justicia y Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana compartió dicha duda en su publicación "Alternativas en orden a la ejecución de la garantía hipotecaria. Problemas prácticos y dudas jurídicas", *Diario La Ley* nº 9217, Sección Tribuna, 13 de junio de 2018 Ed. Wolters Kluwer.

Registrador realizará la necesaria notificación a los titulares de cargas posteriores a la hipoteca, a los que habrá que comunicar, como se ha señalado anteriormente, que se ha iniciado un procedimiento de ejecución y en el mismo se está haciendo valer la hipoteca preferente a sus derechos.

En el correspondiente edicto y anuncio de subasta se hará constar asimismo que se está ejecutando la correspondiente hipoteca, a fin de que los eventuales postores no descuenten de sus pujas el importe de las cargas intermedias, al estar éstas destinadas a ser canceladas.

4. La tasación o avalúo del bien hipotecado

Asimismo, es reseñable que una de las circunstancias que, generalmente, se da por aceptada en el marco del procedimiento de ejecución es que debe procederse a realizar una nueva tasación del bien, que servirá de tipo para la subasta a realizar.

Sin embargo, cabría cuestionarse al respecto⁹, si en los supuestos en los que las partes pactaron un tipo de subasta a efectos de ejecución en la escritura de préstamo hipotecario (normalmente coincidente con el valor de tasación que sirvió para conceder el mismo), no será necesario atenerse al mismo por tener la consideración de "acuerdo" en los términos de lo dispuesto en el artículo 637 LEC, que señala que una nueva valoración será necesaria en aquellos supuestos en los ejecutantes y ejecutado no se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución¹⁰.

En este supuesto, no será necesario practicar ninguna liquidación de cargas conforme al artículo 666 LEC, lo que ha sido puesto de manifiesto en distintas resoluciones judiciales como uno de los obstáculos que determinarían la inviabilidad de la ejecución de la hipoteca a través del procedimiento ordinario, pero representa sin duda un inconveniente grave en aquellos casos en los que se haya acudido a dicho procedimiento porque el *Loan to Value* sea bajo, dado que implicaría atenerse al valor de tasación del préstamo.

Asimismo, el deudor perdería en ese caso la garantía de una tasación mínima a efectos de subasta que le ampara en el procedimiento de ejecución hipotecaria y que, en el caso del artículo 682.2.1ª LEC, no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Finalmente, cabe preguntarse si, siendo necesaria una nueva valoración judicial conforme dispone el artículo 637 y siguientes de la LEC, con deducción de las cargas previas y preferentes en la forma indicada por el artículo 666 LEC, el propio importe de las cargas hipotecarias tendría que deducirse de la nueva valoración para obtener el tipo de subasta (dando lugar a un valor neto negativo en los supuestos en los que el valor del bien hipotecado se ha reducido drásticamente)¹¹.

10 Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 4548/17 de 29 de junio de 2017 señala: "En el presente supuesto la parte recurrente interpuso demanda de ejecución de título no judicial respecto a préstamo hipotecario, solicitando embargo, entre otros, de la finca ofrecida en garantía hipotecaria. [...] La parte ejecutante optó por no acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria e instar la ejecución por la vía de la ejecución de título no judicial, y solicitó la tasación de la finca, lo que así fue acordado nombrándose perito judicial que tasó la finca en 75.578'64 euros. No obstante, no se tuvo presente que el art. 637 LEC dispone que "Si los bienes embargados no fueren de aquéllos a que se refieren los arts. 634 y 635, se procederá a su avalúo, a no ser que ejecutante y ejecutado se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución". Al acordarse la tasación por perito judicial se obvió que las partes ya se habían puesto de acuerdo sobre el valor del bien previamente a la ejecución, fijándose en la escritura de préstamo hipotecario un valor de tasación que debía respetarse para el supuesto de la ejecución, tanto judicial como extrajudicial."

11 Auto nº 277/2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de noviembre 2013 (LA LEY 271778/2013). 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 art. 682.2, 1.º 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 art. 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)."

Ahora bien, y con relación a este último extremo, parece cuanto menos cuestionable que al valor del bien a subastar haya de restársele el de la propia carga que fundamenta la ejecución, dado que si admitimos que la hipoteca puede ejecutarse por vías alternativas y el embargo que se ordena asegura que el rango de la misma se mantiene respecto de otras cargas posteriores que hayan podido ser anotadas sobre el bien, necesariamente debe excluirse la posibilidad de tal deducción.

IV. Conclusiones

El procedimiento ordinario de ejecución viene perfilándose, en los últimos tiempos, como una alternativa atractiva para la realización de las hipotecas respecto del procedimiento especial previsto en la LEC, especialmente en aquellos supuestos en los que permita incrementar las posibilidades de recuperación por la existencia de solvencias adicionales o exista un valor de tasación en la escritura de préstamo alejado de la realidad del mercado.

Es cierto que cabe inferir del procedimiento de ejecución ordinaria, la ventaja de la posibilidad de dirigirse frente a otros bienes del deudor con las limitaciones impuestas en el artículo 592.1 LEC¹², así como los del fiador o avalista del préstamo, si existieren, dentro de un único procedimiento y manteniendo, respecto de la hipoteca otorgada en garantía, el mismo rango de privilegio respecto de posibles cargas posteriores sobre el activo.

Asimismo, y en materia de costas, la entidad prestamista (salvo en supuestos de ejecución de la vivienda habitual) no se verá tampoco limitada por la posibilidad recuperar únicamente el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda.

Pero más allá de un hipotético incremento de las posibilidades de recuperación, el argumento clave de la posibilidad (o necesidad) de una nueva valoración o tasación del bien inmueble hipotecado como elemento verdaderamente diferenciador del procedimiento especial hipotecario sería cuestionable si, conforme al artículo 637 LEC, el deudor mantiene que ya hubo acuerdo entre las partes al suscribirse el préstamo hipotecario en caso de ejecución.

Habrà que estar al tenor literal del referido préstamo respecto de si dicha valoración se pactó únicamente para los supuestos del recurso a la vía especial hipotecaria y, en todo caso, a un mayor desarrollo jurisprudencial respecto de la necesidad o no de una nueva tasación, pero dicha cuestión es, sin duda, uno de los puntos clave para optar por la vía ordinaria como un procedimiento eficaz de recuperación para el acreedor.

12 El Letrado de la Administración de Justicia tendrá que tener en cuenta, en todo caso, a la hora de acordar el embargo de los bienes del ejecutado, (i) la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado, así como (ii) el criterio de suficiencia del artículo 584 LEC, de forma que, en caso de si se estimara que con el embargo del bien hipotecado se podrá hacer frente a la deuda, el resto de su patrimonio deberá quedar libre.