

1.7. Concursal Civil

ADJUDICACIÓN EN PAGO Y RECLAMACIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE EL CRÉDITO POR EL QUE SE EJECUTÓ Y EL VALOR DE LA ADJUDICACIÓN. COMENTARIO AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA, SECCIÓN 2.ª, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Ayudante Doctora

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. HISTORIA DEL CASO: RECLAMACIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE EL CRÉDITO POR EL QUE SE EJECUTÓ Y EL VALOR DE LA ADJUDICACIÓN, TRAS UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—II. ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES CONTRARIOS A LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 2.ª).—III. REFUTACIÓN DE LOS ANTERIORES ARGUMENTOS Y RAZONES JURÍDICAS QUE PERMITEN MANTENER LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 2.ª): 1. ABUSO DE DERECHO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y TASACIÓN INICIAL. 2. LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL EN LA CONTRATACIÓN. 3. LA APLICACIÓN EQUITATIVA DE LAS NORMAS: EL ARTÍCULO 3.2 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. HISTORIA DEL CASO: RECLAMACIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE EL CRÉDITO POR EL QUE SE EJECUTÓ Y EL VALOR DE LA ADJUDICACIÓN, TRAS UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA (1)

El discutido Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, de gran actualidad en el contexto presente de sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores, tiene su origen en la apelación planteada contra el Auto de 13 de noviembre de 2009 (AC 2010/2235), dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 2 de Estella. Este Auto (que denegaba la continuación del procedimiento de ejecución sobre otros bienes del deudor hipotecario, solicitada por el acreedor hipotecario, Banco BBVA, al amparo del art. 579 LEC) tenía la siguiente fundamentación:

Por Auto de fecha 24 de septiembre de 2009 se acordó, en el seno de un procedimiento especial de ejecución hipotecaria (2), la adjudicación al acreedor

(1) Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación de la UCM, «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Catedrático Emérito Dr. D. Joaquín José RAMS ALBESA.

(2) De acuerdo con los artículos 129 LH y artículos 579, 681.1 y 682.1 LEC, la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca podrá ejercitarse directa y exclusivamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro Tercero de la LEC («De la ejecución dineraria»), con las especialidades

ejecutante de la finca hipotecada por una cantidad algo superior al 50 por 100 del valor de tasación (concretamente por 42.895 €). En escrito de fecha 16 de octubre de 2009, el BBVA solicitó la continuación de la ejecución sobre otros bienes del deudor hipotecario al amparo del artículo 579 LEC (y de los arts. 1911 del CC y 105 LH). El Juzgado deniega tal solicitud por entender que aunque la redacción literal del precepto no parecería ofrecer dudas interpretativas, *ello no quiere decir que pueda ser siempre y en todo caso aplicable, ya que la ejecución no debe atender a criterios puramente formales y rigoristas, sino simplemente a dar satisfacción (material) al acreedor*. En el presente caso se da la especialidad de que la adjudicación no se produce a favor de un tercero, en cuyo caso el ejecutante recibiría solo el valor de la adjudicación o aprobación de remate, sino a favor del propio ejecutante, el cual, si bien, *nominalmente* paga por el bien una cantidad algo superior al 50 por 100 del valor de tasación, *en su patrimonio no entra con tal valor sino el real del mercado que, atendiendo a la valoración de la finca a efectos de subasta acordada en la escritura de crédito hipotecario es de 75.900 €, es decir, el valor de mercado del bien hipotecado y subastado supera la cantidad reclamada por principal (unos 71.000 €)*. Por ello entiende el Juzgado que la petición de continuación de la ejecución no es procedente, dado que la parte ejecutante ha logrado la satisfacción de su crédito mediante la adjudicación del bien, por lo que la pretensión se muestra abusiva para el presente caso concreto, y no solo por los principios que inspiran el procedimiento de ejecución hipotecaria, sino por los principales del artículo 11 LOPJ, que proscriben el atender cualquier petición que suponga un manifiesto abuso de derecho. Como el ejecutante se extralimita en su petición, la ley debe privarle de protección al suponer aquella un perjuicio para el ejecutado. Por todo ello, concluye el Auto, solamente sería procedente seguir la ejecución por la cantidad que se apruebe en la oportuna tasación de costas y liquidación de intereses que se practique (3).

Planteado recurso de apelación por el BBVA frente a los deudores hipotecarios, don Narciso y doña Flor, la Audiencia Provincial de Navarra, en Auto de 17 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

La Audiencia confirma el Auto recurrido y acepta los Fundamentos de Derecho del mismo, salvo en lo que se opongan a los de la resolución que ella emite. La Audiencia destaca que el préstamo con garantía hipotecaria sobre una finca se concedió por importe de 59.350 €, *ampliado el 26 de marzo de 2007, en 11.865,39 €, ascendiendo en total a unos 71.000 € y que el acreedor hipotecario había solicitado, tras la adjudicación del bien, que se prosiguiera la ejecución por importe de 28.129,52 € de principal y 8.438,86 € calculados para intereses, costas y gastos*. Indica que la parte recurrente apoya su recurso básicamente en dos argumentos: que el ejercicio de su petición no constituye un abuso de derecho y que el bien ejecutado en subasta no es suficiente para cubrir la deuda reclamada porque la finca en sí tiene actualmente un valor real inferior a la deuda reclamada, pues se ha depreciado como consecuencia de la crisis económica. A

que se establecen en su Capítulo V («De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados»), pero siempre y cuando se cumplan las exigencias y requisitos del artículo 682.2 LEC.

(3) MARTÍN PASTOR cita como precedente de esta solución el AJPII, núm. 2 de Valdepeñas, núm. 112/2005, de 30 de septiembre, revocado por el AAP de Ciudad Real, Sección 2.ª, núm. 43/2006, de 7 de marzo. Con idénticos fundamentos de derecho se ha dictado el Auto de 4 de febrero de 2011 del Juzgado de Primera Instancia, núm. 44 de Barcelona (AC 2011/42).

estas alegaciones responde la Audiencia que desde el punto de vista *formal y de estricto ejercicio del derecho*, no estaríamos ante un abuso de derecho, dado que en definitiva la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita [Fundamento de Derecho 4.º a)]. En cuanto al segundo argumento indica que la afirmación de la parte recurrente debe *contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria, singularmente por lo que supone un acto propio del banco, el cual, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca, y a los efectos de su valor en subasta, fijó la cantidad de 75.900 €, cantidad superior al principal del préstamo*. Ello hace que sean atendibles las razones de la juzgadora de instancia, que entiende que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada y algo más, pues fue meramente circunstancial el que en la subasta, al haber quedado desierta, tan solo se adjudicase el banco el bien por 42.895 €. Además, *la argumentación del recurrente vendría apoyada en una eventual nueva tasación que aportó con el escrito de recurso, siendo desestimada su aportación por Auto de la Sala de fecha 6 de septiembre de 2010, Auto firme, pues no fue recurrido, por lo que no consta en las actuaciones otro valor de tasación de la finca que el que consta en la escritura de préstamo* [Fundamento de Derecho 4.º b)].

Finalmente, la Audiencia señala que teniendo presente que de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, las normas se interpretarán *según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas*, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, es obligado indicar que si bien la petición del recurrente no constituye un abuso de derecho, resulta moralmente rechazable su alegación, cuando el préstamo *no se hubiera concedido si la finca no hubiera tenido un valor suficiente para garantizarlo, dicho valor fue fijado por la entidad bancaria, o cuando menos aceptado, y la pérdida de valor que se alega es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero. Teniendo presente que si bien no cabe atribuir directa y especialmente dicha crisis al BBVA, este forma parte del sistema financiero causante de tal crisis* [Fundamento de Derecho 4.º c)].

Frente a esta resolución, el BBVA interpuso incidente de nulidad de actuaciones, solicitando la estimación del mismo y que se acordase revocar dicha resolución *por ser contrario al artículo 24.1 CE*, dictando nuevo Auto por el que se estimase el recurso de apelación del BBVA.

El incidente de nulidad de actuaciones se encuentra regulado en los artículos 241.1 LOPJ y 228.1 LEC (4).

El incidentante denuncia lesión del derecho a la tutela judicial efectiva al incurrir el Auto de 17 de diciembre de 2010, en su opinión, en una extravagante motivación, calificable de irrazonable y arbitraria. Una motivación fundada en Derecho hubiera debido conducir a la estimación del recurso de apelación, pues la lógica consecuencia de la declaración de la inexistencia de abuso de derecho debería haber sido la estimación del recurso de apelación, ya que la pretensión

(4) Artículo 241 LOPJ: 1. «No se admitirán, con carácter general, incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (términos reiterados por el art. 228.1 LEC)...» (en nuestro caso el Auto que resolvió la apelación era firme, no cabiendo recurso contra el mismo).

de la entidad bancaria estaba amparada expresamente y sin duda ninguna en el artículo 579 LEC. La Audiencia desestima este primer conjunto de alegaciones. Indica que el incidente de nulidad de actuaciones *no es un recurso extraordinario, que permita entrar en el fondo sustancial de la cuestión litigiosa, sino solamente denunciar la vulneración de un derecho fundamental*, con el efecto en caso de ser estimado, de reponer las actuaciones al estado anterior al defecto que haya originado la vulneración. *En consecuencia, no procede revisar la fundamentación jurídica por la que la Sala resuelve el recurso de apelación*. Si procederá examinar si la Sala ha incurrido en defectos procesales, susceptibles de infringir el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, tales como falta de motivación, o motivación irracional o arbitraria. Es evidente que el Auto, cuya nulidad se solicita, da argumentos jurídicos, basados en los datos fácticos de la causa, para desestimar el recurso. Cuestión distinta es que su solución sea contraria a los intereses de la parte incidentante. *No hay que olvidar que, conforme a reiterada jurisprudencia del TC, la tutela judicial efectiva se otorga y garantiza por los Tribunales, tanto si se dicta un pronunciamiento a favor como en contra de la pretensión deducida. Debe, pues, rechazarse el punto de partida de la parte incidentante de que la única respuesta válida en Derecho es la que acogiera su pretensión* (5). *El derecho a la tutela judicial efectiva debe predicarse de ambas partes litigantes, y no solo del BBVA. En consecuencia, el Auto estaba motivado*. En cuanto a si la motivación es extravagante, admite la Audiencia de que quizá hoy por hoy la solución dada no es mayoritaria, y en tal sentido pudiera considerarse extravagante, esto es, fuera del común modo de obrar, pero ni irrazonable ni arbitraria, pues de hecho, tras dictarse dicho Auto, se han dictado por otros órganos judiciales resoluciones en el mismo sentido apoyadas en nuevos argumentos jurídicos e incluso un Juzgado de Sabadell ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad (6), habiendo

(5) El Auto de Navarra pudo declarar al mismo tiempo que no existía abuso de derecho y desestimar el recurso de apelación sobre la base de otros argumentos, porque probablemente tuvo presente la existencia de dos posibles interpretaciones del artículo 579 LEC, a las que haremos alusión después. Una de ellas es la que late en la resolución de la Magistrado-Juez de Estella y la otra, la que defiende el acreedor hipotecario.

(6) Auto de 30 de septiembre de 2010, Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de Sabadell: Una señora mayor, que percibe una pensión baja, tiene pérdida de audición y un nivel cultural bajo, compra a una inmobiliaria una vivienda por un precio de 310.500 euros. Para el pago de la misma debía proceder a la venta de su vivienda actual, lo que no se logró en la fecha convenida con el comprador debido a dificultades en la operación, motivadas por la situación del mercado inmobiliario. La inmobiliaria planteó entonces la posibilidad de que la anciana pidiera un crédito por 157.000 euros con la garantía de la vivienda que pretendía vender, devolviendo el crédito un año después. Dados los ingresos de la anciana, tanto la inmobiliaria como la entidad bancaria podían prever que no se realizaría el pago si no lograba vender la vivienda, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un solo pago en el plazo de un solo año. La entidad bancaria no solo concertó esta operación, en la que la concesión de la hipoteca se sujetaba a la condición de que se vendiera la vivienda, lo cual no dependía únicamente de la propietaria, sino de otros factores como la situación del mercado inmobiliario o la facilidad de acceso al crédito, sino que al mismo tiempo concedió a la ejecutada un crédito de 179.000 euros con la garantía de la vivienda que compra.

Al amparo de la cláusula de amortización, la entidad bancaria exige el reintegro en pago único del capital prestado más los intereses, instando ejecución hipotecaria. La ejecutada se opuso a la ejecución alegando pluspetición y nulidad por existencia de cláusulas abusivas, por entender que las condiciones y plazos en que se concedieron ambos créditos serían abusivos y temerarios, así como que si bien suscribió la escritura de préstamo, no conocía ni comprendía el alcance del contrato.

abierto la resolución un intenso debate doctrinal. *La solución dada se ajustaba a los datos obrantes en la causa. Que dicho inmueble valiera en realidad menos es una cuestión que por falta de diligencia del propio banco, quedó sin acreditación.*

El Juzgado, teniendo presente que de la interpretación literal y sistemática de los artículos 695, 698 y 579 de la LEC debía desestimar la oposición por no haberse alegado un motivo legalmente tasado y teniendo dudas acerca de la constitucionalidad de tales preceptos por afectar a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (art. 24 CE), al principio de igualdad procesal (derivado del art. 14 CE), al derecho a la vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y a la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (art. 9.3 CE), planteó una cuestión de inconstitucionalidad, por depender de la validez de tales normas el sentido del fallo (hay que tener en cuenta que el planteamiento de esta cuestión es lo que permite a los órganos judiciales conciliar la doble obligación de actuar sometidos a la ley y a la Constitución).

El ámbito de la cuestión planteada se circunscribe a la imposibilidad de examinar en sede de oposición a la ejecución hipotecaria, las circunstancias en que se haya producido el incumplimiento, así como posibles nulidades motivadas por vicios del consentimiento relativas a las circunstancias en que se suscribió la obligación garantizada o la hipoteca o el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, así, de las cláusulas relativa a los supuestos y efectos del vencimiento anticipado.

El Juzgado argumenta que como las limitaciones de oposición en la ejecución hipotecaria se refieren a los motivos de oposición de fondo (art. 695 LEC), resultan de aplicación los motivos de oposición procesales generales para la ejecución de título no judicial (art. 681 LEC). Sobre la base, pues, del artículo 559.1.3.º LEC (nulidad del despacho de la ejecución *por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución*), *puede discutirse si la deuda no ha nacido o se ha extinguido por una causa recogida expresamente en el título; si no ha concurrido un presupuesto expresamente previsto en el título para el nacimiento o exigibilidad de la garantía real*. Ello puede ser examinado también de oficio por el Tribunal para denegar el despacho de la ejecución en el ámbito de los presupuestos y requisitos procesales (art. 551). Ahora bien, es indiscutible que un presupuesto fundamental para disponer el despacho de la ejecución es el incumplimiento por el deudor de su obligación de pago, presupuesto que no está definido por la normativa procesal sino que se remite implícitamente a lo pactado entre las partes. Teniendo presente el artículo 1258 del Código Civil y la realidad de que las escrituras de venta y de préstamo hipotecario no son efectivamente negociados por las partes sino en su mayor medida predispuestos por la entidad prestadora del dinero (lo que puede explicar los habituales desequilibrios y abusos que recogen, como se desprende de la STS de 16 de diciembre de 2009), hay que plantear la eventual aplicación de la normativa de protección de consumidores en la interpretación de ciertas cláusulas. Por ello no es tan evidente que la noción de incumplimiento de la obligación de pago, como presupuesto para el despacho de la ejecución hipotecaria, quede suficientemente integrada, en términos de garantías constitucionales, por la mera alegación escrita por el acreedor hipotecario, de un mero dato carente de cualquier referencia a circunstancias fácticas concurrentes, relativo a la inexistencia o insuficiencia del pago de una cuota hipotecaria. *Parece, por el contrario, que podría tener alguna relevancia, en cuanto a la ponderación de la procedencia del despacho o de la continuación de la ejecución, el examen de tales circunstancias, a los efectos de apreciar la realidad misma de un incumplimiento imputable al deudor hipotecario, con efectos de resolución anticipada de la deuda hipotecaria, o para valorar, en su caso, la posible concurrencia de un vicio en el consentimiento al tiempo de suscribir la obligación o la posible nulidad de una cláusula pactada, dado su eventual carácter abusivo*. Dada la accesoriedad entre hipoteca y crédito, la crisis o los defectos jurídicos originarios de la relación obligacional se erigen como presupuesto o condicionantes, respectivamente, para la viabilidad y exigibilidad de la hipoteca, de modo que las cuestiones de fondo de la relación obligacional se transmutan en cuestiones procesales de la hipoteca, que podrían ser examinadas por el Tribunal o alegadas por el ejecutado como motivo de oposición.

Por otro lado, la Sala de apelación puede examinar la cuestión litigiosa y confirmar o no la resolución recurrida, por los propios fundamentos jurídicos dados por el órgano a quo, o por otros, siempre que no se altere la causa de pedir o suponga incurrir en incongruencia (art. 218 LEC).

El problema que plantea la actual regulación es que el Tribunal no dispone de la información necesaria para ponderar si ha concurrido o no un incumplimiento sustancial o si en la suscripción se produjo algún vicio del consentimiento invalidante, por lo que se ve impelido a despachar la ejecución sobre la base de las alegaciones del ejecutante. Y aunque el ejecutado podría plantear, en una interpretación favorable a su posición, estas cuestiones como motivos procesales, de acuerdo con el artículo 559 LEC se prevé para la resolución de la oposición por motivos procesales un mero traslado, excluyendo la celebración de vista, impidiéndose la práctica de medios de prueba que serían necesarios para que el tribunal pudiera formarse un juicio sobre las circunstancias reales extradocumentales, coetáneas o posteriores a la suscripción de la escritura, que pudieran determinar, en esta hipótesis, que el título no lleva aparejada ejecución. *Por lo que se aprecia una posible vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. No parece, por otro lado, que la remisión a un declarativo ordinario posterior evite la referida indefensión porque su objeto sería el propio del anterior proceso de ejecución.*

Cabría alegar, señala el Juzgado, que no se limitan las posibilidades de contradicción sino su efecto suspensivo sobre la realización del valor. Pero a ello hay que responder que el legislador no podía limitar de modo absoluto las reclamaciones que con ocasión de la ejecución hipotecaria pudiera instar el deudor. *Pero el problema es que desplaza gran parte de las mismas a otro proceso declarativo futuro, cuando algunas de ellas constituyen un presupuesto esencial del despacho de la ejecución hipotecaria, que, paradójicamente, no podrá ser examinado en la misma.*

Es cierto que el legislador prevé que podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el declarativo con retención de todo o parte de lo que deba entregarse al acreedor por el procedimiento ejecutivo. Pero esta tutela legal, no suspende el proceso de ejecución. Por ello, aunque prosperara el juicio declarativo, si ya se ha procedido a la expulsión del ejecutado de su vivienda, difícilmente podrá obtenerse una restitución a la situación real anterior. En cualquier caso, las posibilidades reales de que un deudor hipotecario ejecutado decida acudir a un declarativo ulterior son tan escasas, entre otros motivos, por la situación personal y económica por la que estará pasando, que en última instancia no generan una tutela sustancial o efectiva. Por otro lado, la retención no es una garantía automática sino que depende del criterio del tribunal y si el solicitante no tuviere solvencia notoria y suficiente, lo que dadas las circunstancias es bastante probable que suceda, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de los perjuicios, lo que es casi seguro que no podrá asumir el deudor hipotecario.

Si a los preceptos analizados se une el artículo 579 LEC, es posible captar la probable inconstitucionalidad del sistema de oposición hipotecaria y de continuación de la misma en caso de insuficiencia del producto obtenido con la venta del inmueble.

«Se trata de una concatenación de un proceso de ejecución hipotecaria, dirigido exclusivamente contra el bien gravado, y de uno de ejecución dineraria ordinario, dirigido contra la globalidad del patrimonio del deudor hipotecario. En el primero se maximiza las alternativas procesales de la parte ejecutante y prácticamente se eliminan las del ejecutado, lo que se traducirá en la exclusión del examen de cualquier cuestión de fondo. En este punto debemos recordar que la naturaleza propia del proceso de ejecución hipotecaria, que es la que justifica la limitación extraordinaria de las alternativas procesales y materiales de los ejecutados, deriva del hecho de basarse y perseguir exclusivamente el bien específicamente hipotecado. Este precepto parece consolidar normativamente una especie de continuidad aséptica entre ambos tipos de procesos de ejecución, de tan dispares presupuestos y efectos. En efecto, a la vista de los parcos términos del artículo 579 y de su tenor literal (la ejecución «proseguirá»), parece que no va a otorgarse al ejecutado un nuevo trámite de oposición (según el régimen ordinario de ejecución de títulos no judiciales), puesto que el mismo se

Un segundo grupo de argumentos de la parte incidentante se refieren a la arbitrariedad, irracionalidad y error patente de la resolución impugnada en cuanto a la fundamentación contenida en el apartado c) del Fundamento Jurídico 4.º. A esta alegación responde la Audiencia que las consideraciones que se vertieron en tal apartado fueron una reflexión o llamada de atención sobre la problemática que plantean las ejecuciones hipotecarias, especialmente en un momento de crisis como la actual, pero que no constituyen la razón jurídica (*ratio decidendi*) que llevara a la desestimación del recurso. Dicha razón jurídica se contiene en los apartados a) y b) del Fundamento Jurídico 4.º, reiterada en el penúltimo párrafo del apartado c) de dicho Fundamento: *«A la razón expuesta de la falta de acreditación del valor real de la finca, en cuanto a que sea inferior a la que fue fijada en su momento, cabe añadir que la adjudicación de la finca materialmente al banco, habida cuenta la tasación que en su día se aceptó por el banco ejecutante determina que consideremos ajustada a derecho la resolución de la Magistrada-Jueza de Primera*

le da al notificarle el auto despachando la ejecución, auto que parece que no debe adoptarse en este caso. Ello no obstante, efectuando una interpretación sistemática, así como constitucional, de sus posibles implicaciones en materia de indefensión, debemos suponer que, de darse esta eventualidad procesal (la del art. 579), cuando se disponga acordar la continuación de la ejecución por el importe que quede por cubrir, la previsión legislativa «con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución» deberá entenderse que incluye una nueva oportunidad de oposición por parte del ejecutado (ya no hipotecario, sino ordinario), según el sistema general de motivos de oposición fijado para la ejecución ordinaria de títulos ejecutivos no judiciales. En caso de no admitirse esta interpretación (postura que constituye la práctica forense mayoritaria), la conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario frente al acreedor hipotecario adquiriría unas dimensiones absolutamente inadmisibles en el seno de un Estado constitucional, democrático, social y de derecho (art. 1 CE)».

Concluye el Auto señalando que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha sido reconocido por el TC como un derecho de configuración legal, por lo que es el legislador quien, en atención a la naturaleza del objeto que tenga cada uno de los procesos que cree, podrá establecer el tipo de procedimiento y las limitaciones de cognición que considere oportunas. Ahora bien, esto no excluye la concurrencia de límites al legislar, puesto que de lo contrario la virtualidad jurídico-constitucional del derecho desaparecería. Estos límites pueden remitirse, según la propia doctrina del TC, a la prohibición de establecer obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente. Es precisamente en este punto donde procede analizar si, a pesar de la naturaleza de este derecho, los extraordinariamente limitados límites previstos por el legislador para las posibilidades de alegación del ejecutado permiten tachar a los preceptos analizados de inconstitucionales, por integrar obstáculos o trabas arbitrarios, al ser desproporcionados en atención a la naturaleza del proceso especial de ejecución para el que se han establecido. La ponderación conjunta de los preceptos 695, 698 y 579 de la LEC nos llevan a una conclusión posiblemente positiva. Observemos igualmente la relación entre la eventual desproporción de los límites procesales establecidos por el legislador y la posible conculcación del principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, previsto en el artículo 9.3 CE, *puesto que el tribunal deberá seguir adelante con la subasta de la vivienda sin siquiera examinar unos hechos potencialmente relevantes alegados por el ejecutado.*

La consideración conjunta y concatenada de la limitación de la tutela judicial y su efecto sobre la disposición de la vivienda (sin que el deudor pueda efectuar las alegaciones a que se ha hecho referencia), lleva a plantear las dudas de inconstitucionalidad, en el sentido de que un régimen legal procesal respetuoso con la CE debería prever un régimen de oposición más amplio, al menos cuando el bien contra el que se dirige la ejecución hipotecaria constituya vivienda efectiva y actual del ejecutado hipotecario.

Instancia, y ello a los efectos de entender que con su adjudicación el principal y algo más ha sido cubierto con dicho bien, de manera que tan solo con respecto a las costas y liquidación de intereses restantes deberá continuar la ejecución, en cuanto que es lo que establece el Auto recurrido que no ha sido objeto de impugnación». «Con todo —indica la Sala— las referencias al artículo 3 del Código Civil y a otros principios de derecho: doctrina de la interdicción del enriquecimiento sin causa, principio rebus sic stantibus, e incluso doctrina del abuso de derecho, entendida jurisprudencial y doctrinalmente como la consideración de ser ilícito el ejercicio de los derechos, aunque estén reconocidos formalmente, cuando sea abusivo, aun cuando no analizados por la Sala, ciertamente no pueden desconocerse pues la resolución de los litigios ha de contemplarse desde la unidad del ordenamiento jurídico».

La Sala concluye que no ha declarado derogada ninguna norma legal vigente. No ha hecho más que aplicar el Derecho vigente, con arreglo a la prueba practicada y a la valoración e interpretación que encomienda a los Tribunales el artículo 3 del Código Civil y el artículo 5 LOPJ.

El último motivo alegado por el incidentante es la infracción del artículo 24.1 CE en su vertiente de *derecho a la ejecución de lo resuelto y respeto a la intangibilidad de las resoluciones judiciales*. Con ello se hace referencia al Auto de adjudicación del bien hipotecado al BBVA por la cantidad de 42.895 €. La Audiencia rechaza el motivo porque dicho Auto no fue objeto de apelación por lo que la Sala *no se pronuncia sobre el mismo expresamente. La cuestión debatida y valorada por la Juzgadora a quo y la Sala es el alcance del artículo 579 LEC y si el producto obtenido de la subasta del bien es suficiente o no para cubrir el crédito reclamado*.

Por todas las razones expuestas, concluye la Audiencia, procede desestimar el incidente de nulidad de actuaciones, lo que hace por AAP de Navarra (Sección 2.ª) de 16 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/113699).

Vistas las resoluciones objeto de nuestro estudio, vamos a exponer cuáles sean los argumentos existentes en el ámbito de la Jurisprudencia contrarios a las mismas, para proceder después a su refutación y a la exposición de los argumentos jurídicos que, a nuestro juicio, permiten sostener la solución adoptada por la Sección 2.ª de la AP de Navarra, argumentos, muchos de ellos, que no fueron señalados expresamente por aquella sino, simplemente apuntados en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones.

II. ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES CONTRARIOS A LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 2.ª)

Discrepa radicalmente de la postura adoptada por la Sección 2.ª de la AP de Navarra, el Auto de la misma AP de Navarra, pero de la Sección 3.ª, de 28 de enero de 2011 (*AC* 2011/40). Tiene su origen en una apelación frente a otro Auto de 9 de diciembre de 2009 del Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Estella, que tras una adjudicación al acreedor hipotecario BBVA, de la vivienda unifamiliar hipotecada (con la facultad de ceder el remate a tercero, lo que hace a una entidad de su mismo grupo) por una suma superior al 50 por 100 del valor de tasación, deniega la solicitud de proseguir la ejecución por la diferencia entre la suma por la que se despachó la ejecución y el montante de la adjudicación, indicando que solo procedería continuar la ejecución por las cantidades que en su día resulten ser superiores al valor de tasación del inmueble, una vez sumados principal reclamado más intereses y costas que se tasen y aprueben.

La AP de Navarra (Sección 3.^a) estima la apelación planteada por el BBVA, alegando que el supuesto planteado tenía perfecto encaje en el supuesto de hecho del artículo 579 LEC, en coherencia con el artículo 1911 del Código Civil, *«sin que corresponda al Juez asumir funciones reservadas al legislador, sino aplicar la ley al caso concreto. Máxime cuando actuaciones como la llevada a cabo por la Juez a quo en su resolución afectan al principio de seguridad jurídica en cuanto alteran el marco normativo existente cuando la operación se realizó y las bases sobre las que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria, con importantes repercusiones de orden práctico que, como decimos, son ajenas a las previsiones legales...»*.

Si bien el Auto apelado sostiene que en el patrimonio de la entidad ejecutante no entra el importe de la adjudicación, o sea 137.350 €, sino el valor real de mercado del inmueble (dado que la cesionaria es una entidad del mismo Grupo), que atendiendo a la valoración acordada en la escritura de crédito hipotecario es de 203.000 €, la Audiencia no comparte tal razonamiento ni que el valor de mercado del bien hipotecado sea superior a la cantidad reclamada por principal, pues *«una vivienda tasada con un concreto valor en el año 2006 pudo disminuir su valor real en el año 2010, como consecuencia de las circunstancias económicas existentes, en suma, pues, el valor de tasación de un inmueble en un momento determinado puede o no coincidir con su valor real de mercado, que no es sino la cantidad de dinero que en un momento preciso se esté dispuesto por alguien a pagar por él»*. Igualmente, frente a la consideración de la Juzgadora de Instancia de que la pretensión de la entidad ejecutante se muestra abusiva alega que no solo las normas aplicables sino una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo impedirían resolver a la Juez a quo como lo hizo. Se trata de la línea marcada por la STS de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006/720), que niega en casos como el presente la existencia de un enriquecimiento sin causa o de un abuso de derecho, línea seguida también por las SSTs de 8 de mayo de 1996 (RJ 1996/3782), 8 de julio de 2003 (RJ 2003/4334), 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7733), 24 de mayo de 2007 (RJ 2007/3438), 2 de julio de 2007 (RJ 2007/3788) y 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5570), todas ellas citadas por el Auto en cuestión.

En dicha línea jurisprudencial, que expondremos a continuación sobre la base de las STS de 8 de julio de 2003, 16 de febrero de 2006 y 25 de septiembre de 2008, la cuestión debatida es si el prestamista, que tiene como garantía de su restitución una hipoteca, puede ejercitar la acción declarativa contra el prestatario, después de haber ejecutado aquella por los trámites legales (antiguo art. 131 LH) y no haber obtenido pago completo del crédito por el que ejecutó, al haberse adjudicado el bien hipotecado en tercera subasta (sin sujeción a tipo) por un importe inferior al que fueron tasadas por las partes en la escritura de constitución de hipoteca (7). *Interesa destacar que tanto en el caso de la STS de 25 de septiembre de 2008 como en el que dio lugar a la STS de 8 de julio de 2003, la AP respectiva estimó el recurso planteado por los deudores, frente a las sentencias de instancia que les condenaban a pagar la diferencia entre el crédito reclamado y el valor de adjudicación de la finca hipotecada. En el caso de la STS de 25 de septiembre de 2008, la SAP de Gerona, Sección 1.^a, de 12 de marzo de 2002, había argumentado que habría que estar al valor de tasación que se les dio a las fincas*

(7) En el caso de la STS de 16 de febrero de 2006 advierte el Alto Tribunal que la rebaja en el precio de remate puede estar en relación con el hecho de que el crédito fue concedido para la construcción del inmueble hipotecado, cuyas previsiones no necesariamente realizadas pudieron influir en el valor asignado en la escritura de préstamo.

hipotecadas a efectos de la subasta en la escritura de constitución de hipoteca, y ello para determinar el valor en que el acreedor hipotecario se adjudicó las fincas, y no al importe del remate, ya que el ejecutante no puede ir contra sus propios actos. Igualmente, que el actor se había extralimitado en el ejercicio de su derecho, que la escritura de hipoteca contenía una cláusula desproporcionada en los términos que el artículo 10 bis de la LGDCU contempla, cual es exigir a los deudores responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, a pesar de haber garantizado con hipoteca sobre dos fincas el buen fin del crédito que el Banco actor les concedió.

En el caso de la STS de 8 de julio de 2003, la SAP de Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 4 de septiembre de 1997, había estimado que el Banco, al haberse adjudicado la finca de autos por un precio notablemente inferior a su valor real había obtenido un enriquecimiento que carecía de causa que lo justificase. Ello prueba que la cuestión que estudiamos ya era controvertida desde hace tiempo, aunque la Jurisprudencia del TS fuera unidireccional en el sentido que exponemos a continuación.

Señala el Alto Tribunal, en STS de 8 de julio de 2003, en relación con la alegación del enriquecimiento sin causa que «ha de recordarse... que la doctrina del enriquecimiento injusto debe ser aplicada con extraordinaria cautela, ya que, de otro modo, es decir, si todas las atribuciones patrimoniales debiesen ser sometidas a revisión, se generaría una inseguridad realmente perturbadora e inconveniente para el tráfico jurídico.

Por ello, según reiteradamente ha declarado esta Sala, no cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos (STS de 26 de junio de 2002, *RJ* 2002/5499) o existe una expresa disposición legal que lo autoriza (STS de 31 de julio de 2002, *RJ* 2002/8436), debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concorra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (STS de 18 de febrero de 2003, *RJ* 2003/1049).

Tal causa o razón jurídica ha de entenderse que ha concurrido en el caso que nos ocupa por cuanto ... la señora Olga voluntariamente se subrogó en la situación del vendedor de la finca que adquiría, asumiendo libremente las condiciones establecidas con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario al enajenante, entre las que se encontraba la de que el acreedor, en caso de impago de las cuotas de amortización establecidas, podría reclamar el saldo existente a su favor acudiendo a un procedimiento judicial sumario.

Más tarde, y ya en curso este procedimiento (que había sido declarado ajustado a la CE en SSTC de 18 de diciembre de 1981 (*RTC* 1981/41) y 17 de mayo de 1985 (*RTC* 1985/64), la demandada se aquietó a la exigua y prácticamente irrelevante oferta que en tercera subasta realizó el Banco amparándose en un marco legal hoy afortunadamente corregido, a sabiendas de las perjudiciales consecuencias que de ello iban a derivarse, consistentes fundamentalmente en la aprobación judicial de un remate que se presentaba como formalmente correcto y que no significaba la extinción sino únicamente una reducidísima rebaja en el importe del crédito del ejecutante (8).

(8) El Tribunal se refiere a que celebrada la tercera subasta sin sujeción a tipo, por haber quedado desiertas las dos primeras, y ofrecida por el acreedor la cantidad de

En definitiva, los pactos libremente asumidos y los preceptos aplicables constituyen la justa causa que impide compartir el criterio de la AP...».

En cuanto a la STS de 16 de febrero de 2006, señala igualmente que: «según reiteradamente ha declarado esta Sala, la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa no puede invocarse para revisar cualquier desplazamiento o atribución de bienes desde la perspectiva de la equivalencia de prestaciones, cosa que sería incompatible con el principio de seguridad jurídica y de libertad de pactos en que se apoya el tráfico patrimonial. Entre los requisitos que deben integrar dicho enriquecimiento para dotarlo de relevancia en el mundo de las obligaciones —incremento patrimonial o elusión de una pérdida, correlativo empobrecimiento de la otra parte y ausencia de causa negocial o legal que justifique la desarmonía producida—, es preciso negar la concurrencia del último y principal de ellos, entre otros casos, cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de una expresa disposición legal que lo autoriza [STS de 31 de julio de 2002 (*RJ* 2002/8436), entre otras muchas], pues constituye justa causa del enriquecimiento producido la legitimación prestada por una regulación legal que lo admite o lo tolera en aras del interés social [STS de 18 de febrero de 2003 (*RJ* 2003/1049)].

En definitiva, como ha dicho la reciente STS de 21 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/8274), «el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las Leyes, pues entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa, que aquí se produce y se ha explicado [STS de 18 de enero de 2000 (*RJ* 2000/138), de 5 de mayo de 1997 (*RJ* 1997/3672), de 4 de noviembre de 1994 (*RJ* 1994/8373), de 19 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/10559, entre otras muchas)].».

En el caso de adjudicaciones realizadas en pública subasta en el curso de procedimientos de realización de garantías hipotecarias tramitados al amparo del hoy derogado artículo 131 de la LH, la jurisprudencia ha considerado que —una vez declarado dicho procedimiento acorde con los derechos constitucionales en SSTC de 18 de diciembre de 1981 (*RTC* 1981/41) y 17 de mayo de 1985 (*RTC* 1985/64)— no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, supuesto que el proceso se haya seguido por los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate. ...La jurisprudencia ha reservado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en subastas judiciales a supuestos en los que el bien adjudicado lo fue comprendiendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación [v. gr., SSTC de 15 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/8948) ... y, más recientemente, 18 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005/7733)].».

En relación con las alegaciones de abuso de derecho, el Alto Tribunal en STS de 16 de febrero de 2006 señala: «Como dice la STS de 8 de mayo de 1996 (*RJ* 1996/3782) ... no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudica-

500.000 ptas., la deudora no hizo uso de la facultad establecida en el artículo 131.12.^a LH, que le permitía mejorar dicha postura o buscar a tercera persona que lo hiciese y cuyo ejercicio, eventualmente, le hubiera permitido elevar en alguna medida la postura del acreedor. Aunque el Tribunal reconoce que se produjo un desplazamiento patrimonial altamente beneficioso para la entidad recurrente, entiende, sin embargo, que se ajustó a lo admitido por el legislador, por lo que no puede considerarse que se produjo un enriquecimiento sin causa.

tario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de tal suerte que el provecho que pueda haber obtenido, como ha quedado reseñado al examinar el anterior motivo de casación, resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias, ante la falta de uso por el deudor de sus facultades para elevar el precio del remate, y, por consiguiente, no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial».

En cuanto a la STS de 25 de septiembre de 2008, indica que «no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento del artículo 131 LH los bienes gravados. Dice al efecto la sentencia de esta Sala, de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007/3438), que es gratuito, arbitrario y fuera de lugar calificar de abuso de derecho una actuación del Banco ejecutante ajustada a los trámites legales...

Por último, por lo que respecta al artículo 10 bis de la LGDCU, no es abusiva la cláusula por la que en la escritura pública de constitución de hipoteca se pactase también la responsabilidad ilimitada de los deudores. Ello es estipulación que se limita a aplicar el artículo 1911 del Código Civil y artículo 105 LH, que lo permiten».

Hemos señalado antes que un precedente de las resoluciones comentadas del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2 de Estella, lo constituye el Auto del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2 de Valdepeñas, de 30 de septiembre de 2005, que declara que no procede continuar la ejecución al considerar que, aunque la entidad ejecutante se adjudicó la finca hipotecada por el 50 por 100 de su valor de tasación, *al ser este inferior a la totalidad de lo adeudado y al valor convencionalmente asignado al bien al constituirse la hipoteca, fue contra sus propios actos y adquirió un bien que conocía que vale el doble, lo que supuso un abuso de derecho, por lo que ha de prosperar la oposición articulada por el ejecutado a la continuación de la ejecución sobre otros bienes del deudor*. Frente a este Auto se interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la AAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 7 de marzo de 2006 (JUR 2006/160755). Destacamos su argumentación porque esta se produce ya respecto de la LEC de 2000. En este sentido, indica la Audiencia que «aunque la solución adoptada por la resolución impugnada se encuentra avalada en otras resoluciones similares dictadas por diversas Audiencias, entre ellas los autos de 16 de octubre y 14 de noviembre de 2003 de la Sección Primera de esta Audiencia [lo que muestra, como indicábamos antes, que la cuestión no era pacífica en la jurisprudencia menor], lo cierto es que el sustrato fáctico y jurídico en el que las mismas se adoptan difiere esencialmente del actual.

En efecto, la opción o necesidad de acudir al abuso del derecho, al amparo de los artículos 7 de la LEC y 11 de la LOPJ y como medio para corregir situaciones injustas que se producían bajo la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando el ejecutante podía adjudicarse la finca embargada o subastada

sin ajustarse a un porcentaje del valor de tasación, produciéndose una *auténtica desproporción entre el mismo y el precio por el que se la adjudica*, actualmente no existe.

El artículo 671 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil ha venido a establecer un mecanismo de corrección de ese defecto dirigido a la protección del deudor al permitirle impedir al acreedor adjudicarse el inmueble en las subastas sin ningún postor (que no puede ser el ejecutante) si no ofrece al menos el 50 por 100 del valor de tasación del mismo o señala que le ha sido satisfecho en su totalidad el importe de su crédito, esto es que se la adjudica por la cantidad que se le deba por todos los conceptos...

Esa interpretación se encuentra avalada por la propia Exposición de Motivos de la ley que señala al hablar de los cambios en el procedimiento de apremio o fase de realización que: «Además de colmar numerosas lagunas, se establece una única subasta, con disposiciones encaminadas a lograr, dentro de lo posible según las reglas del mercado, un resultado más satisfactorio para el deudor ejecutado, procurando, además, reducir el coste económico».

En definitiva, en los supuestos de subasta desierta o sin postor (esto es, cuando no comparece nadie, o bien no se hiciere postura alguna que sea admisible ya por no superar el tipo mínimo legalmente exigido o porque aunque lo cumpla las condiciones no sean aceptables) el acreedor ejecutante que de las posibilidades legales que le ofrece el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (es decir, adjudicarse el bien inmueble por el 50 por 100, por debajo del valor mínimo legalmente permitido: 70 por 100, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos) y que no tiene otra salida, pues ni ha podido participar en la única subasta, y debe adjudicarse el bien al precio que sea —en caso contrario, perdería las opciones de satisfacción, monetaria o por sustitución, al poder entrar en juego el párrafo 2 del citado precepto, que, lógicamente y por razones de seguridad jurídica, no puede aplicarse a los procesos de ejecución hipotecaria— opta por la primera, no cabe duda, que no incurre, siempre y en todo caso, en abuso de derecho, como se infiere de la resolución recurrida. *El valor de mercado es una cosa y el de tasación es otra diferente y lo único cierto es que este fija el límite legal de adjudicación del bien a favor del acreedor, al señalar que este será del 50 por 100, salvo que el acreedor opte por adjudicárselo por todo lo que se le adeuda, situación que, lógicamente, solo acontecerá cuanto este sea inferior a aquel, es decir, que la ley fija como mínimo legalmente admisible el importe global de lo reclamado, por cuanto en caso contrario no tiene sentido la alternativa que ofrece el citado artículo 671, salvo si se entiende en una interpretación congruente con el artículo 670.4 del mismo texto legal, que «aprobará el remate a favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado ejecución». Señalado un mínimo legal ya en la regulación legal y que se deriva de la voluntad contractual de las partes que lo acordaron al fijarlo en la escritura de constitución de aquella, no cabe hablar de abuso del derecho, por adjudicárselo conforme al mismo, cuando las reglas del mercado no han entrado en juego y han permitido que se adjudique por la mitad del valor fijado, y todo ello con independencia de que, posteriormente, el bien se enajene por un valor superior por el propio ejecutante que se lo adjudicó, pues esta opción siempre la tuvo el deudor y no la ejercitó.*

Para finalizar este apartado, queremos dejar constancia de la argumentación que da el AAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 15 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/23174) para rechazar la alegación del deudor apelante de que por «producto»

en el artículo 579 LEC ha de entenderse la vivienda subastada y no el importe de la adjudicación: «el primer referente del que se ha de partir es el que marca el artículo 570 LEC, a cuyo tenor: “La ejecución forzosa solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutado” ... La subasta del bien no libera al deudor, este solo se libera con el completo pago de su deuda; de la misma forma que el acreedor hipotecario no extingue su crédito por la ejecución del bien, sino en tanto se ha satisfecho, completamente, de su crédito; y buena muestra de ello es, no solo el ya repetido 570 LEC, sino el artículo 654 del mismo texto procesal. “El precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución. Se entregará al ejecutado el remanente que pudiere existir una vez finalizada la realización forzosa de los bienes, satisfecho plenamente el ejecutante y pagadas las costas”. En el mismo sentido el propio 692.1, segundo párrafo LEC; y es que uno es, que el bien hipotecado responde hasta el límite de la cobertura hipotecaria, y otro que el exceso se extinga con la ejecución. Ese exceso, si lo hubiere, sigue siendo un crédito del acreedor y, por lo expuesto con los preceptos que se acaban de citar, no se extingue con la ejecución de la garantía...

De forma que, con todo, en modo alguno puede interpretarse, como pretende el apelante, que el “producto” del 579 LEC es el equivalente a la vivienda hipotecada, *de ser así carecería de sentido, por falta de objeto, el últimamente citado 579, como igualmente los anteriores 654, 672 ó 692, con cuya lectura solo puede mantenerse que no cabe interpretación ninguna sobre lo que ha de entenderse por tal término (“producto”), precisamente en aplicación del brocardo in claris non fit interpretatio, pues son tan claros los artículos citados que por tal solo puede leerse “el precio del remate”*».

III. REFUTACIÓN DE LOS ANTERIORES ARGUMENTOS Y RAZONES JURÍDICAS QUE PERMITEN MANTENER LAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 2.^a)

Se ha dicho que el Auto de 17 de diciembre de 2010 es contrario a Derecho; que se fundamenta en un argumento voluntarista y en una valoración moral subjetiva, aludiendo a la responsabilidad del sistema financiero en su conjunto en la crisis económica y en la consiguiente depreciación inmobiliaria, sistema del cual formaría parte el BBVA, por lo que, se le atribuye una especie de responsabilidad objetiva (esto es, el fundamento real del Auto se encontraría en su *obiter dicta* (9); que contraría el principio de legalidad e infringe los artículos 570 y 579 LEC y 1911 del Código Civil, entre otros (10); que ha asumido funciones reservadas al legislador. Se ha dicho igualmente que cabe albergar serias dudas sobre la razonabilidad de una interpretación que contraviene claramente el tenor literal, así como la finalidad, de normas básicas del Derecho de Obligaciones, y que, consecuentemente, afecta al principio constitucional de seguridad jurídica (al

(9) Vid., *ut supra*, Epígrafe I, Auto de 17 de diciembre de 2010, Fundamento de Derecho 4.º c).

(10) En relación con el artículo 1911 del Código Civil se indica que la garantía hipotecaria no altera el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 105 LH) sino el de *par conditio creditorum*: el acreedor hipotecario no es un acreedor común, sino que, en relación con los bienes hipotecados, goza de preferencia para el cobro sobre los demás acreedores.

alterar el marco normativo existente cuando la operación se realizó y las bases del sistema español de garantía hipotecaria) y al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Se ha apuntado igualmente que si no hay abuso de derecho, se está reconociendo que hay ejercicio legítimo de un derecho por parte de la entidad acreedora; y desde otra perspectiva, que el argumento central del Auto [Fundamento de Derecho 4.º b)] constituye una muestra de formalismo jurídico: el Tribunal parecería haber construido una ficción (la ficción de que el valor de la casa es el que figuraba en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria), y al basar en eso la decisión, se haría más difícil que la *ratio decidendi* de la resolución pudiera servir para otros casos, pues para impedirlo bastaría con probar que el valor de tasación de la finca hipotecada en el caso concreto ha cambiado.

En las próximas líneas trataremos de demostrar que no obstante estos reproches, y pese a la escasa argumentación del Auto de 17 de diciembre de 2010, una solución como esta sí puede ser adoptada por los Tribunales en el ordenamiento jurídico español, con plena base jurídica y razonamientos lógicos, por lo menos, siempre que los hechos enjuiciados presenten características similares (así, por ejemplo, el valor de tasación inicial es superior al principal del préstamo). Asimismo, que el Auto *no niega en ningún momento el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor*, como ha señalado ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA (11). En efecto, el Auto solo indica que el valor que hay que considerar adjudicado al Banco no es el 50 por 100 del valor de tasación, sino el 100 por 100 del valor de tasación, por las razones no explicitadas que expondremos después, *pero que pueden perseguirse otros bienes del deudor por la cantidad reclamada que exceda de dicho valor*.

Es preciso señalar, en primer lugar, que la norma literal no convierte al aplicador de la misma en un autómatas que no pueda plantearse su ajuste o no a la Constitución, su interpretación conforme a los principios generales del Derecho informadores del ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC), su acomodación en cierta medida a circunstancias surgidas después de la promulgación del precepto (art. 3.1 CC) su aplicación equitativa (art. 3.2 CC), etc. (12). De manera que el principio de seguridad jurídica no tiene por qué conllevar una mera aplicación mecánica e invariable del derecho sin que exista un ámbito de apreciación del órgano judicial (de hecho, en el ámbito de la subasta de inmuebles, puede observarse que el art. 670.4 LEC otorga ese ámbito amplio de apreciación al Tribunal y al Secretario Judicial en relación con la aprobación del remate cuando la mejor postura, siendo inferior al 50 por 100 del valor de tasación, no cubre la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución).

No cabe citar la seguridad jurídica para negar discrecionalidad al juez. Lo que procede es rechazar la arbitrariedad del juez, cuyas decisiones son recurribles, y el ejercicio abusivo de su función jurisdiccional. Para una y otra conducta hay normas jurídicas que evitan esa inseguridad jurídica. En el caso presente se trata de la ejecución de un título no judicial (una escritura pública). Lo que sería contrario a la seguridad jurídica y a la CE es que los jueces en estos casos no hicieran labor interpretativa alguna de la norma y procedieran a su automática

(11) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», en *El Notario del Siglo XXI (Revista del Colegio Notarial de Madrid)*, marzo-abril de 2011, núm. 36, págs. 25 a 31.

(12) Cfr. ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los autos números 111/10 (AC 2011/1) y 4/2011 (AC 2011/40) de las secciones segunda y tercera de la ILMA. Audiencia Provincial de Navarra (BIB 2011/331)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.

aplicación. Ante ello, la consecuencia evidente sería negar que forme parte del estatuto judicial la función de ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) (13).

En definitiva, es función de los jueces hacer justicia por medio del Derecho.

El Auto de 17 de diciembre de 2010 cita el artículo 3.1 del Código Civil, aludiendo a que las *normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas*, y el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, de 16 de marzo de 2011, señala, citando la doctrina de la interdicción del enriquecimiento sin causa, el principio *rebus sic stantibus* y la doctrina del abuso de derecho, que la resolución de los litigios ha de contemplarse *desde la unidad del ordenamiento jurídico*. La Sección 2.^a de la AP de Navarra alega, pues, haber hecho una interpretación sistemática y acorde a la realidad social en sus resoluciones. Veamos si es posible verificarla.

Hay que partir de que la cuestión debatida y valorada por la Juzgadora *a quo* y la AP de Navarra (Sección 2.^a), es el alcance del artículo 579 LEC, y si el producto obtenido de la subasta del bien es suficiente o no para cubrir el crédito reclamado. Está en juego, pues, la interpretación de preceptos como el artículo 579 y 671 LEC.

La redacción anterior a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, del artículo 671 LEC era del siguiente tenor: «*Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos*». Según una primera interpretación, esta segunda alternativa solo acontecería cuando la cantidad adeudada fuera inferior a aquel porcentaje, de modo que la ley fijaría como mínimo legalmente admisible para aceptar la adjudicación *el importe global de lo reclamado*. Se decía que esta interpretación era acorde con el artículo 670.4.III, 647 y 651 LEC y que otra interpretación carecería de sentido. De tal manera, que la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación, de conformidad con los artículos 570, 654.1 y 672.1.I LEC, no extinguiría la deuda. De manera que la LEC 2000 no obligaría al acreedor ejecutante que se adjudica el bien hipotecado subastado a otorgar carta de pago, permitiéndole reclamar la diferencia entre la cantidad adeudada inicialmente y el precio de adjudicación del bien (50 por 100 del valor de tasación), *incluso en aquellos casos en que los que el acreedor haya enajenado a un tercero el bien que se adjudicó y haya obtenido con dicha venta una cantidad suficiente para saldar la totalidad de la cantidad adeudada inicialmente o incluso mayor que esta* (14). *En consecuencia, por «producto» en el artículo 579 habría que entender el «importe de la adjudicación» y no el bien en sí mismo considerado, pues de otro modo, el artículo 579 carecería de sentido por falta de objeto, como igualmente los artículos 654, 672 ó 692, todos ellos de la LEC, en su redacción anterior a la Ley 13/2009.*

Pero el AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 7 de marzo de 2006, aunque no la comparta, reconoce que es posible argumentar que solo se puede acudir a la facultad de adjudicarse el bien por el 50 por 100 del valor de tasación *en el caso de que la deuda sea igual o inferior a ese valor* (15), *adjudicándose por la*

(13) *Op. cit.*

(14) En este último sentido, PÉREZ GARCÍA, M. J., «La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7590, de 16 de marzo de 2011.

(15) En cuyo caso se paga la adjudicación con el importe del crédito *y aportando la diferencia* (prohibición del pacto comisorio: art. 1859 CC. Esta prohibición pretende proteger

cantidad que se deba por todos los conceptos (y por lo tanto, otorgando carta de pago) cuando la deuda es superior a la mitad del valor de tasación del inmueble. Desde esta perspectiva, parece lógico que pueda entenderse que el artículo 579 LEC cuando habla de «producto» de la subasta se refiera al bien en sí mismo, valorado según la tasación que sirve de tipo a la subasta, pues esta interpretación matizaría en beneficio del acreedor la interpretación señalada del artículo 671 LEC, permitiéndole reclamar la diferencia entre el 100 por 100 del valor de tasación y el total de la deuda reclamada, respetando el principio de responsabilidad patrimonial universal (arts. 105 y 140 LH y 1911 CC) (16). Que era posible dar aquella interpretación al artículo 671 LEC se desprendería de lo siguiente:

Si observamos el artículo 670.4.III (en su redacción anterior a la repetida Ley 13/2009) que contiene la última regla sobre aprobación de remate, en caso de subasta con postores, el precepto señalaba que: *«se aprobará el remate a favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el tribunal, oídas las partes, resolverá*

no solo los intereses del deudor ejecutado, evitando que el acreedor se apropie de un cosa de valor superior al importe de la deuda, sino también proteger los intereses de los demás acreedores del deudor ejecutado, que tienen derecho a cobrar sus créditos con lo que reste, una vez pagada la deuda garantizada).

(16) Si nos atenemos a la Exposición de Motivos de la LH 1861 podría interpretarse que inicialmente en el sistema hipotecario español la hipoteca sí que alteraba la responsabilidad personal ilimitada del deudor. De hecho, el actual artículo 105 LH tiene su origen en la Ley de reforma hipotecaria de 1944. La citada Exposición de Motivos señalaba: «Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la Comisión, debe tenerse en cuenta que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta con hipoteca, *mas bien que a la persona, puede decirse que presta a la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación: el deudor es solo el representante de la propiedad; al prestamista nada le interesan el crédito, estado de fortuna, las cualidades morales de la persona a quien da su dinero porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste a reintegrarle en su día lo que dio.* Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito a la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial así queda suficientemente garantizado; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores: está en el mismo caso que si se hubiese señalado una parte del precio de la finca para el día en que se hiciera el pago, y esto sin temor a privilegios de hipotecas desconocidas por él, puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el registro. *Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional a su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero, y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad.*». Como decimos, fue la Ley de 30 de diciembre de 1944, de reforma de la LH en su artículo 138, la que por vez primera indicó: «La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor, que establece el artículo 1911 del Código Civil.

No obstante, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor».

sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Cuando el tribunal deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente». De acuerdo, pues, con dicho precepto, si la postura no alcanzaba a cubrir la cantidad por la que se había despachado la ejecución y suponía un sacrificio patrimonial importante para el deudor, el tribunal no aprobaría el remate, aplicándose el artículo 671 LEC. Significa esto que la ratio del artículo 671 en relación con el artículo 670.4.III consiste en evitar un sacrificio patrimonial importante para el deudor. Por otro lado, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 647.2 LEC, el acreedor ejecutante ha de mejorar la postura que se hubiere hecho, evidentemente, de modo sustancial, para lograr la ratio, de evitar ese sacrificio patrimonial importante para el deudor. Pero ello solo se logra con la segunda interpretación ofrecida, que se torna así una interpretación perfectamente viable en términos jurídicos.

Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que entró en vigor el 4 de mayo de 2010, el artículo 671 ha visto modificada su redacción en el siguiente sentido: «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos». La inclusión de la nueva alternativa obliga a la reinterpretación del precepto desde nuestra perspectiva para acomodarlo al nuevo cambio legislativo. Si la deuda fuese igual o inferior al 50 por 100 del valor de tasación, el acreedor deberá pedir la adjudicación, por lo menos, por cantidad igual al 50 por 100 del valor de tasación. Si la deuda fuese superior al 50 por 100 de su valor de tasación e inferior al 100 por 100 del valor de tasación, deberá pedir la adjudicación por la cantidad superior al 50 por 100 del valor de tasación equivalente al importe de la deuda. Si la deuda fuese superior al 100 por 100 del importe de tasación, deberá pedir la adjudicación por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Pero en este caso, como ha de ponerse en relación el artículo 671 LEC con el artículo 105 y 140 LH, el acreedor no estaría obligado a otorgar carta de pago de la totalidad de la deuda, entendiéndose el término «producto» del artículo 579 de la LEC, referido al bien inmueble valorado según la tasación que sirvió de tipo para la subasta, que es la tasación que la ley tiene en cuenta por ser la causa del crédito, permitiendo al acreedor reclamar el exceso de deuda sobre el 100 por 100 de dicha tasación (17).

Aparte de los argumentos ya expuestos, la necesidad de mantener esta interpretación viene dada por la tacha de inconstitucionalidad de que puede adolecer el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, si los artículos 671 y 579 LEC son interpretados en la forma primeramente expuesta.

(17) Con la interpretación expuesta, el importe mínimo de adjudicación es el 50 por 100 del valor de tasación, debiendo abonar el deudor la diferencia, si el importe del crédito es inferior a dicho 50 por 100. De este modo, se evita que la adjudicación incurra en la *laesio enormis* que justificó la instauración en el Derecho romano de la rescisión por lesión. Pretendía esta institución evitar que los bienes se enajenasen a favor de un tercero o se adjudicasen al acreedor ejecutante en pago de la deuda, por un valor inferior a la mitad de su avalúo.

En este sentido, cabe indicar que en el Derecho español *existe una diversidad de régimen jurídico para los distintos casos de adjudicación en pago*.

Habría obligación de otorgar carta de pago en el artículo 1872 del Código Civil (procedimiento de ejecución notarial de la prenda); en el artículo 87 LHMPD (procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca mobiliaria); en el artículo 94 LHMPD (procedimiento de ejecución extrajudicial de la prenda sin desplazamiento) y artículo 569.20.4 del Código Civil de Cataluña (procedimiento de ejecución notarial de la prenda en el Derecho Civil catalán).

Pero no habría tal obligación en el caso del artículo 651 ó 671 en relación con el artículo 691.4 LEC 2000, si, insistimos, se les da la interpretación primeramente expuesta.

Queda sin resolver la cuestión en el procedimiento extrajudicial de venta ante notario de inmuebles hipotecados [arts. 129 LH y 234 a 236.o) RH].

Según PÉREZ GARCÍA: *«esta diversidad de régimen jurídico en materia de ejecución de garantías reales creo que no está justificada porque se trata en esencia del mismo supuesto de hecho y, por tanto, el ordenamiento jurídico debe dar la misma respuesta jurídica, cualquiera que sea el procedimiento utilizado para la ejecución de las garantías reales»*. Así, pues, cabe pensar que el artículo 671 LEC ocasiona una desigualdad jurídica inadmisibles contraria al artículo 14 CE, pues la circunstancia de haber pactado un determinado procedimiento extrajudicial de ejecución de la garantía, o de tratarse de una garantía real distinta de la hipoteca inmobiliaria, *no justifica un trato diferente, al tratarse en esencia del mismo supuesto de hecho. Desigualdad que quedaría en buena parte salvada gracias a la interpretación arbitrada y que, aunque no haya sido explicitada por la Audiencia de Navarra (Sección 2.ª), sustentaba sus resoluciones*.

Teniendo, pues, presente esta interpretación de los referidos preceptos, la solución adoptada por la AP de Navarra tiene base jurídica. No es nuestro objeto determinar si tal interpretación debe adoptarse per se, en todo caso de adjudicación al ejecutante de un inmueble subastado. Pero lo que nos resulta indudable es que es posible mantenerla para casos como el estudiado, ya que la interpretación acorde a la realidad social la exige, dadas las circunstancias en que se han concedido los créditos hipotecarios y las circunstancias económicas extraordinarias que vivimos, circunstancias todas ellas posteriores a la promulgación de los artículos 671 y 579 LEC y 105 y 140 LH, a que haremos referencia en el subapartado siguiente y a las que hay que acomodar aquellos preceptos en cierta medida.

Aparte de esta interpretación sistemática y acorde al elemento de la realidad social (art. 3.1 CC), cabe señalar *otros recursos jurídicos* que permiten llegar a la solución postulada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª).

1. ABUSO DE DERECHO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y TASACIÓN INICIAL

Si bien en el Derecho español el precio de compra de una vivienda lo fijan vendedor y comprador, dicho precio viene en buena medida determinado por el mercado inmobiliario y, a su vez, los precios de este, vienen, por lo menos, en cierta medida, *determinados por el mercado de crédito hipotecario*. De modo que la concesión masiva de créditos hipotecarios por los Bancos (o creación incesante de dinero escritural mediante anotaciones en cuenta) fue causa (al menos, una de las causas) de la subida imparable del precio de la vivienda en España.

En su momento, las entidades financieras concedían frecuentemente créditos hipotecarios *sin respetar los márgenes de suficiencia adecuados para asegurar la debida relación entre valor del inmueble y la cantidad prestada (es exactamente lo que ocurre en el caso en estudio en que se otorgó un préstamo de unos 71.000 €, siendo el valor de tasación 75.900 €, o sea, se otorgó el equivalente a un 93,54 por 100 del valor de tasación del inmueble, muy por encima del 80 por 100 permitido por la Ley del Mercado Hipotecario 2/1981, de 25 de marzo (18), llegando a conceder créditos hipotecarios por un importe de hasta el 120 por 100 del valor de tasación.*

Hay que tener en cuenta que los Bancos, antes de conceder un préstamo para la adquisición de una vivienda, realizan una tasación que les sirve *para decidir si la operación es viable, valorar los riesgos (19) y determinar el importe de la financiación que están dispuestos a conceder. La tasación se realiza igualmente, en su caso, por imperativo de la normativa reguladora del mercado hipotecario* [vid., art. 7 LMH, desarrollado por el RD 775/1997, de 30 de mayo, de servicios y sociedades

(18) Los préstamos hipotecarios a que se refiere la Ley del Mercado Hipotecario, que van a servir de garantía a la emisión de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias (títulos del mercado hipotecario), de acuerdo con el artículo 5 de dicha Ley, en su redacción originaria, *vigente hasta el 8 de diciembre de 2007 (vigente, por lo tanto, en la fecha de ampliación del préstamo hipotecario del caso en estudio, 26 de marzo de 2007)* no podían exceder del 70 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado. *Cuando se financiasse la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo podía alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación*, sin perjuicio de las excepciones que preveía la Ley. Vid.: el concordante artículo 26.2 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, en la redacción dada por el Real Decreto 1289/1991, que incide en la necesidad de respetar dichos límites.

Tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (*en vigor desde el 9 de diciembre 2007*), el artículo 5 LMH es modificado. En principio, no cabe superar el 60 por 100 del valor de tasación, pero si se financia la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo podrá alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en que pueda exceder la relación del 60 por 100 con el límite máximo del 80 por 100, así como aquellos en que la Administración, en función de las características de los bienes hipotecados puede establecer porcentajes inferiores al 60 por 100. En todo caso, se aplicará el límite máximo del 80 por 100 a los préstamos y créditos garantizados con hipoteca sobre viviendas sujetas a un régimen de protección pública. Reglamentariamente se determinarán también las condiciones en que se podría superar la relación del 80 por 100 entre préstamo garantizado y valor de la vivienda hipotecada, sin exceder del 95 por 100 de dicho valor, mediante garantías adicionales prestadas por entidades aseguradoras o entidades de crédito. Será la entidad de crédito acreedora quien sufrague el coste del aval bancario o quien figure como tomador del seguro y sufrague su coste. En ningún caso podrá repercutirse su coste sobre el deudor hipotecario (vid. art. 5 del RD 716/2009, de 24 de abril, que desarrolla la LMH y deroga el RD 685/1982, de 17 de marzo. *Vigencia de 1 de septiembre de 2010*). *Nótese la necesidad de garantías adicionales para superar la ratio del 80 por 100 del valor de tasación, lo que mostraría la irresponsabilidad anterior en la concesión de créditos por parte de las entidades financieras cuando superaron dicho margen (así, en el caso en estudio)*. Vid. también el artículo 9 del Real Decreto 716/2009.

(19) Por eso, habiendo realizado los correspondientes análisis de riesgos, de producirse la adjudicación, es posible interpretar que el valor real que entra en el patrimonio del acreedor, no es el valor actual de mercado, o sea, el valor que alguien está dispuesto actualmente a pagar por el inmueble, sino el valor inicial en que la entidad de crédito tasó (o aceptó la tasación), en la escritura de constitución de hipoteca. Por otro lado, como indicaba la Exposición de Motivos de la LH de 1861, *el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligación el acreedor hipotecado, razón por la que habiéndole atribuido al bien un determinado valor, con todas las circunstancias concurrentes que hemos ido señalando, dicho valor debe ser considerado el «producto» de la adjudicación.*

de tasación; art. 28, 34, 35, 38, 40 del RD 685/1982, de 17 de marzo (20); art. 8 del RD 716/2009 de 24 de abril]. También por ser un requisito procesal para la ejecución hipotecaria (vid., art. 682 LEC). Dicha tasación, pues, interesa sobremanera al Banco. Igualmente, al propio deudor y a los terceros que confían en ella si luego la operación entra en el mercado hipotecario. Ahora bien, dichas tasaciones, hechas por entidades especializadas, o sea, sociedades de tasación no del todo independientes o por los servicios de tasación de los propios bancos, estaban sobrevaloradas, advirtiendo de ello en repetidas ocasiones el Banco de España, situación que era conocida y aceptada por las entidades crediticias, por lo que las entidades asumían el riesgo de que la garantía, considerada suficiente a la hora de conceder el crédito, no cubriera a la larga el préstamo hipotecario ante la más que probable caída del precio de la vivienda. La entidad crediticia, pues, aceptaba dicho riesgo, ante la expectativa de conceder un principal mayor que generaría mayores intereses, y ante la expectativa de que el precio de la vivienda, por lo menos en un futuro cercano, siguiera al alza. En todo caso, y esto es lo que queremos resaltar, el riesgo era asumido, porque se esperaba verlo cubierto a través del principio de responsabilidad patrimonial universal. Trataremos de demostrar que las entidades crediticias han hecho un uso abusivo de dicho principio. Lo dicho constituye ya un primer argumento en dicho sentido y constituye una justificación inicial de que en caso de adjudicación del inmueble hipotecado deba entenderse que lo que entra en el patrimonio del acreedor es el valor de tasación inicial (pues lo contrario, implicaría una situación abusiva por parte de la entidad crediticia). Lo dicho igualmente permite refutar el argumento de que el Auto de 17 de diciembre de 2010 justifica su ratio decidendi sobre una ficción judicial (21).

(20) El artículo 40.5.II en la redacción dada por el Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto, señala: «La inspección del cumplimiento de las normas de tasación y el control de funcionamiento de las entidades o servicios de tasación corresponde al Banco de España, que sancionará las infracciones cometidas de conformidad con lo dispuesto en la normativa aplicable».

(21) La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha añadido a la LMH, por medio de su artículo 4, un artículo 3 bis sobre el régimen sancionador de las sociedades de tasación, del que resaltamos lo siguiente:

Artículo 3 bis:

1. Las sociedades de tasación y las entidades de crédito que dispongan de servicios propios de tasación deberán respetar las normas aplicables en las valoraciones de bienes que tengan por objeto el mercado hipotecario u otras finalidades financieras, redactar con veracidad los certificados e informes que emitan y operar en todo momento con diligencia profesional. El incumplimiento de cualesquiera de sus obligaciones determinará la aplicación del régimen sancionador previsto en este artículo.

2. Las infracciones se califican como muy graves, graves y leves.

a) Se considerarán infracciones muy graves:

...5.^a La emisión de certificados o informes de tasación en cuyo contenido se aprecie de forma manifiesta:

b) La falta de prudencia valorativa cuando la emisión de dichos documentos se haga a efectos de valorar bienes aptos, ya sea para servir de garantía de créditos que formen o vayan a formar parte de la cobertura de títulos hipotecarios, ya sea para la cobertura de las provisiones técnicas de las entidades aseguradoras o del patrimonio inmobiliario de los fondos de pensiones, o para cualquier otra finalidad en la que sea exigible la aplicación del principio de prudencia valorativa.

En todo caso, se presumirá la existencia de manifiesta falta de veracidad o, en su caso, de manifiesta falta de prudencia valorativa cuando, como consecuencia de las valoraciones reflejadas en alguno de dichos documentos, se genere la falsa apariencia de que una entidad

Producido el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, las viviendas que hace tres años valían 100 han pasado a valer 70 u 80. Su precio se devalúa constantemente como consecuencia del hundimiento de la demanda. Ello afecta gravemente a las hipotecas, ya que en muchas ocasiones el importe del crédito garantizado por la hipoteca y que se utilizó para la compra del inmueble, ha pasado a ser superior al valor de la misma, es decir, su precio actual de mercado. De donde resulta que, en caso de no poder hacer frente el deudor al pago de las cuotas del préstamo, fundamentalmente como consecuencia del paro, este se encontrará en la imposibilidad de vender el inmueble, y en caso de ejecución de la hipoteca, la venta en subasta pública no bastará para satisfacer totalmente la parte del crédito hipotecario todavía pendiente de devolución (22). Es más, en la mayoría de los casos la subasta queda desierta, con el resultado final de que el acreedor se adjudica la finca por la mitad del valor de tasación, según la interpretación primera del artículo 671 LEC, mayoritaria en los Tribunales, perdiendo el deudor la vivienda, y siguiendo respondiendo de la diferencia entre el importe de la adjudicación y una deuda que para entonces se habrá incrementado significativamente por la acumulación de intereses de demora (extraordinariamente elevados, en muchas ocasiones por encima del 20 por 100) (23) y de las también elevadas costas de la ejecución.

de crédito, una entidad aseguradora, un fondo de pensiones, u otra entidad de naturaleza financiera cumplen las garantías financieras exigibles a las mismas.

...7ª. *El incumplimiento de las normas de independencia recogidas en los reglamentos internos previstos en el apartado 2 del artículo 3 de esta Ley.*

Igualmente, la mencionada Ley 41/2007 (art. 5) ha añadido a la LMH el artículo 3 bis.I con la siguiente redacción: «Las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación». Destacamos esta normativa, dictada con posterioridad a los hechos enjuiciados por el Auto de 17 de diciembre de 2010, *porque a nuestro juicio, es reveladora de la problemática que venía existiendo en la materia.*

(22) Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La campanada», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2011 (BIB 2010/3222). Se ha dicho que la subida de los tipos de interés y los sistemas de amortización creciente originaron en un primer momento una subida de las cuotas que muchos afrontaron con dificultad, pero cuando a ello se unió la pérdida del empleo de alguno o de todos los deudores, de cuyo salario dependía el pago de la hipoteca, la situación se hizo insostenible. La solución en tal caso podría ser vender la vivienda, pero la caída de los precios, el estancamiento del mercado, la restricción de la financiación y lo elevado de la deuda de la que prácticamente no se había amortizado nada y aumenta exponencialmente con las cuotas impagadas y con los intereses de demora, hacían imposible la venta. Lógicamente, el vendedor que no es capaz de pagar las cuotas, no puede amortizar la diferencia y nadie va a comprar si la cantidad que tiene que pagar para cancelar la hipoteca es superior al precio convenido.

(23) Señala MADRIDEJOS que «a lo exiguo del valor por el que la finca se adjudica al acreedor hay que añadir el incremento de la deuda originaria como consecuencia de unos intereses de demora y de unas costas derivados de un procedimiento de ejecución demasiado largo, entre uno o dos años, en el mejor de los casos, y caro. Así es perfectamente posible que el que compró con financiación del 100 por 100 en el año 2007, en lo más alto de la burbuja inmobiliaria, y dejó de pagar, al quedar en paro, en 2009 se encuentre en 2011 con que después de la ejecución y tras ser desahuciado de su vivienda la cantidad no

Dado lo anterior, y con independencia de lo que deba establecerse en términos generales y en condiciones económicas normales, entendemos que, en un caso como el expuesto, *el riesgo de depreciación del inmueble debe trasladarse a la entidad acreedora*. Por lo expuesto, y por la consideración de que *las entidades financieras son los profesionales y los hipotecantes de las viviendas son los consumidores y por ello la diligencia de los primeros debe ser de grado superior a la de los segundos, debiendo responder los primeros de los riesgos de valoración* (24). Es la consecuencia lógica de que el Banco realizó en su día los correspondientes análisis de riesgos. *Además cabe alegar que según el artículo 12.3 del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, cualquier responsabilidad de orden civil que pudiera derivarse de la valoración recaerá sobre la entidad de crédito, si fue efectuada por profesionales adscritos a sus servicios de tasación* (25). Por lo tanto, producida la adjudicación, puede entenderse sobre la base de los razonamientos expuestos (que constituyen un primer grupo argumentativo), que lo que entra en el patrimonio del acreedor es el bien en sí mismo considerado con su inicial valor de tasación.

Como decíamos antes, las entidades crediticias han hecho un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal. En este sentido cabe indicar que la RDGRN de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/7714) ha considerado inscribible en el Registro de la Propiedad una cláusula por la que en el caso de que en el futuro (en un momento que se determinará por la entidad acreedora) subiera sustancialmente el valor de mercado de la finca hipotecada, se obliga al prestatario, a petición de aquella, a modificar el valor de tasación para adaptarlo al valor actualizado y de no hacerlo en cinco días, se considera apoderada irrevocablemente para hacerlo a la entidad acreedora, aunque incurra en autocontratación. Señala la DGRN que: «las especiales características del préstamo ahora enjuiciado hace aconsejable la previsión de un procedimiento para adaptar a lo largo de la vida del mismo, el tipo fijado para subasta a efectos de ejecución hipotecaria (el Registrador había considerado la citada cláusula una falta insubsanable por contradecir los arts. 1256 del CC y 117 LH). Esta conveniencia, juega no solo en beneficio del acreedor, que de esa manera puede tener más posibilidades de ser reintegrado por esa vía de ejecución, de la totalidad de su crédito, sino también en beneficio del dueño de la finca hipotecada, pues cuanto más alto sea el valor de adjudicación, mayores posibilidades habrá de que exista sobrante, una vez satisfecha la deuda, de ahí que no deba rechazarse esa cláusula con el argumento de

satisfecha de la que queda respondiendo, ahora a cambio de nada, sea *igual o superior a la cantidad que inicialmente recibió*». En opinión del autor habría que limitar para el futuro los intereses de demora, como se ha hecho con los créditos al consumo. Y en cuanto a las operaciones preexistentes, habría base legal para considerar que tales cláusulas son nulas por abusivas al originar un claro desequilibrio entre las partes (MADRIDEJOS, A., «Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2011, núm. 37, pág. 24).

(24) ROJAS, L., «Legislar sobre la limitación de responsabilidad», en *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2011, núm. 37, págs. 32 a 34.

(25) El artículo 12 sobre obligaciones y responsabilidades de las sociedades de tasación homologadas y las entidades de crédito con servicios de tasación homologados, señala en su apartado 3, vigente y no modificado de forma expresa por ninguna disposición: «Con independencia de las sanciones que procedan con arreglo a lo dispuesto en la Disposición Adicional décima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, *cualquier responsabilidad de orden civil que pudiera derivarse de la valoración recaerá sobre la entidad de crédito o sobre la sociedad de tasación en cuyo nombre se efectúa, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los profesionales que hayan realizado la tasación*».

que con ello se estaría dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC), por cuanto además de poder intervenir el deudor en la determinación del nuevo valor y de no rechazarse en ningún caso el que pueda solicitarlo él mismo, la posibilidad de reacción unilateral de la entidad acreedora ante eventuales oscilaciones en el valor de subasta de la finca hipotecada, está prevista en nuestra legislación reguladora del mercado hipotecario, donde se contempla el que si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación efectuada a su instancia, podrá exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza (cfr. art. 29.1 del RD 685/1982, de 17 de marzo, vigente en la fecha de los hechos estudiados)». La conveniencia que ve la RDGRN por las características del préstamo viene dada porque el prestamista concedía al prestatario que en aquellos casos en los que la cuantía del préstamo (principal incrementado por los intereses devengados y capitalizados) *supere el valor de tasación* de la finca, *la responsabilidad del prestatario quedase limitada*, estatuyéndose así una condonación parcial de deuda y una renuncia a la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal al amparo del artículo 140 LH. Esta condonación exige como contrapartida que el valor de tasación de la finca (el de la subasta) sea siempre de mercado: si fuese mucho menor, la pérdida que podría sufrir el prestamista en atención a dicha condonación parcial sería demasiado grande. Además cuanto más se incremente el valor de tasación, tanto más plausible es que la ejecución de la hipoteca pueda dar lugar a una *hyperocha* (un remanente entre dicho valor de subasta y el montante de la deuda). En parecidos términos se pronuncia la RDGRN de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008/7715).

Es evidente que *las entidades bancarias habrían podido incluir cláusulas de este tipo en los préstamos hipotecarios* (téngase en cuenta que son las entidades bancarias las predisponentes de las condiciones generales de la contratación). Y a nuestro juicio, la buena fe y el justo equilibrio entre las partes lo habría exigido, teniendo presente que se estaba inicialmente en un contexto alcista de precios. Sin embargo parece que no se ha hecho. Y no se ha hecho, por la razón que se induce *a sensu contrario* del razonamiento de la DGRN. *Porque las entidades crediticias confiaban en utilizar el artículo 1911 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria y los artículos 579 y 671 LEC, en la interpretación mayoritaria de los mismos. Desde nuestro punto de vista, esto implica una falta de diligencia y un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal. Se impone así al deudor, por el contexto en que se establece en el contrato, una garantía patrimonial desproporcionada, y por ello, nula, contraria a la legislación de protección de los consumidores y usuarios.* Fuese o no aplicable esta argumentación al caso en estudio (los datos fácticos que conocemos del mismo son muy escasos), puede resultar aplicable a otros supuestos.

Por otro lado, si por razones de mercado el valor del bien hipotecado *desmereciese* de la tasación inicial en más de un veinte por ciento, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación efectuada a su instancia, hubiera podido exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir *la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza (80 por 100, recordemos, según la LMH)*. El deudor, después de requerido para efectuar la ampliación, podría optar por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de este que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado

para determinar inicialmente la cuantía del mismo. Si dentro del plazo de dos meses desde que fuera requerido para la ampliación, el deudor no la realiza, ni devuelve la parte de préstamo a que se refiere el párrafo anterior, se entenderá que ha optado por la devolución de la totalidad del préstamo, la que le será inmediatamente exigible por la entidad acreedora (art. 5.3 de la LMH, en su redacción originaria, y art. 29 del RD 685/1982, de 17 de marzo). Si bien es dudoso que este argumento pueda aplicarse al caso en estudio dadas las fechas de ampliación de hipoteca (marzo de 2007) y de solicitud de ejecución hipotecaria (2008), bastante cercanas en el tiempo (volvemos a insistir en que habría que conocer mejor las circunstancias fácticas concurrentes), lo cierto es que, por lo menos, cabe decir en abstracto que, *si el Banco tasó o aceptó una tasación inicial, consideró que el bien era suficiente garantía del préstamo que concedía, no estableció una cláusula de revisión del valor de tasación en caso de elevarse el mismo, tampoco hizo uso de las posibilidades que le brindaba el artículo 5.3 LMH y su reglamento de desarrollo, en caso de depreciación del valor de tasación por consecuencia de las condiciones del mercado, es evidente que con sus actos el Banco está aceptando que el valor real que entra en su patrimonio con la adjudicación del bien en la subasta es el valor de tasación inicial, que según sus propios actos no ha cambiado, por lo que no resulta antijurídico que los Tribunales interpreten el artículo 671 y 579 LEC en tal sentido, aplicando la doctrina de los propios actos (26). En este sentido debe tenerse en cuenta que es contrario al artículo 7.1 del Código Civil que señala que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, el que alguien actúe contra sus propios actos (así solicitando la continuación de la ejecución por unas cantidades cubiertas con el valor de tasación inicial del bien adjudicado). Y esta actuación contraria a la buena fe unida a lo expuesto antes sobre el abuso de la responsabilidad patrimonial universal puede conducir al juzgador a negar la continuación de la ejecución sobre otros bienes del deudor (excepto en lo que exceda el 100 por 100 del valor de tasación inicial), al amparo del artículo 11 LOPJ. Una decisión judicial de tales características no podríamos decir que tiene por base una ficción judicial.*

A lo dicho cabe añadir que una tercera parte de todo el dinero prestado por las entidades financieras españolas lo ha sido a promotores inmobiliarios. Mucha deuda impagada de tales promotores se ha resuelto a través de daciones en pago y de nada ha servido aquí el artículo 1911 del Código Civil porque, obviamente, esas promotoras son sociedades limitadas o anónimas sin otro patrimonio al que acudir (27). Sin embargo, no resulta tan claro que debiese adoptarse dicha solución en tales casos si los créditos concedidos a tales promotoras eran utilizados como garantía de las operaciones de pasivo del mercado hipotecario. En efecto, el artículo 25.3 y 4 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por lo menos en su redacción originaria, señalaba: «3. Las entidades emisoras no podrán posponer las hipotecas existentes a su favor en garantía de créditos afectados al pago de bonos, o que hayan sido objeto de alguna participación hipotecaria *sin*

(26) Apoya esta argumentación la consideración de que de acuerdo con el artículo 30.1 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, según la redacción dada por el Real Decreto 1289/1991, «los bienes sobre los que se constituya la hipoteca deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos, y en el que *la suma asegurada coincida con el valor de tasación del bien asegurado* excluidos los elementos no asegurables por naturaleza».

(27) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», *op. cit.*, págs. 28, 29 y 30.

el consentimiento del Sindicato de Tenedores de bonos, o de todos los partícipes del crédito respectivamente.

4. Tampoco podrán, sin el expresado consentimiento:

...c) Novar el crédito garantizado, *condonarlo en todo o en parte* o prorrogarlo».

Dichas daciones en pago suponían una condonación parcial de la responsabilidad patrimonial universal del deudor-promotor, que en un futuro, aliviado por un convenio concursal, hubiera podido, tal vez, hacer frente a sus deudas. Si esas daciones en pago no se hicieron con los consentimientos debidos, evidentemente adolecen de una grave irregularidad. Pero, *en todo caso, la admisión de daciones en pago a los promotores inmobiliarios por una entidad crediticia, y la correlativa persecución de otros bienes del deudor hipotecario consumidor por esa misma entidad tras una adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación, unido a todo lo expuesto anteriormente, habla por sí mismo, del grave desequilibrio entre las partes (Banco-consumidor) y de la conducta abusiva de aquel, todo lo cual requiere de un correctivo judicial.*

Insistiendo sobre la idea de abuso de derecho, se ha puesto de relieve la conducta acuciante del deudor en el caso resuelto por el Auto de la AP de Navarra, de 17 de diciembre de 2010, el cual, «después de recibido un bien cuya tasación reciente en el tiempo (no más allá del 2006) era muy superior al crédito reclamado, exige continuar la ejecución sobre otros bienes cuando todavía ni siquiera ha tomado posesión del bien adjudicado, ha procedido él a su realización o explotación, ni, en general, ha desarrollado conductas que permitan comprobar que *verdaderamente ha quedado insatisfecho*».

Por otro lado, «si excluimos la aplicación del abuso del derecho en los supuestos en que exista la cobertura de una norma legal, estamos negando la posible aplicación de la figura pues, *por definición, el abuso de derecho requiere que una norma ampare a una persona en la titularidad y ejercicio formalmente legítimo de tal derecho*. El artículo 7.2 del Código Civil no dice casualmente cuando se refiere al ejercicio del derecho que su titular “sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho”, sino que es precisamente este sobrepasar los límites del ejercicio de un derecho lo que da lugar a la percepción del abuso y a la consecuencia de que, entre otras medidas, se adopten las *judiciales que impidan su persistencia*. El artículo 11.2 LOPJ se refiere también expresamente a la figura y el artículo 247 de la LEC 1/2000 en su número 2 faculta a los tribunales o más bien les ordena rechazar “fundadamente” las peticiones o incidentes que se formulen con “manifiesto abuso de derecho”... *De lo dicho se desprende que nunca es argumento para excluir el abuso de derecho que haya amparo en una norma legal, sino justo lo contrario, que al amparo de una norma legal alguien proceda al ejercicio abusivo de su derecho*» (28). En definitiva, si la ley parece que ampara formalmente *continuar la ejecución por la diferencia entre el valor de*

(28) ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.* Por ese motivo no compartimos la afirmación del Auto de 17 de diciembre de 2010, comentado, de que «no estaríamos ante un abuso de derecho, dado que, en definitiva, la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita». Si bien hay que destacar que el Auto hace una importante matización: «*desde el punto de vista formal y de estricto ejercicio del derecho*». Lo que conecta con su posterior referencia en el Auto de 16 de marzo de 2011, resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, a la doctrina del abuso del derecho «*entendida jurisprudencial y*

tasación y el importe de la adjudicación (50 por 100 del valor de tasación), según una interpretación estrictamente literal, no ampara realmente tal acto, ya que dicho acto por las circunstancias en que se realiza, que hemos analizado, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para el deudor.

A todo lo expuesto hay que añadir que el deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria no ha podido alegar la existencia de cláusulas abusivas, o vicios del consentimiento, o las circunstancias en que se ha producido el incumplimiento y posiblemente, dada la interpretación mayoritaria del artículo 579 LEC, tampoco pueda hacerlo en la continuación de la ejecución, tras la adjudicación. Esta imposibilidad que, según el Auto de 30 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, implica una tacha de inconstitucionalidad, supone un argumento adicional para interpretar el artículo 579 LEC en el sentido en que lo hizo el Auto de 17 de diciembre de 2010 de la AP de Navarra (art. 5.3 LOPJ).

Es evidente que si hay abuso de derecho, puede hablarse de enriquecimiento sin causa, pues ya no puede considerarse que el enriquecimiento del acreedor tenga su amparo en un pacto libremente asumido o en una expresa disposición legal que lo autoriza (29).

2. LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL EN LA CONTRATACIÓN

Se ha dicho que en sede de ejecución hipotecaria no se deja de estar ante el deber de dar protección a los consumidores. En efecto, la defensa de los mismos y la protección de sus legítimos intereses económicos informará la práctica judicial (art. 51.1 y 53.3 CE y art. 1 el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, en adelante, TR), esto es, *dará forma sustancial a las resoluciones judiciales* (cfr. DRAE 2001). El artículo 8.b) y f) del citado TR, señala como derecho básico de los consumidores la protección en particular frente a la *inclusión de cláusulas abusivas en*

doctrinalmente como la consideración de ser ilícito el ejercicio de los derechos, aunque estén reconocidos formalmente, cuando sea abusivo...».

(29) «¿Qué pasa si a continuación (después de la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación) el banco vende la vivienda en un precio *muy superior* al de la adjudicación a un tercero, quizá dando a este una financiación del 100 por 100 (esto no es una fantasía. En la actualidad entidades financieras están dando salida a su patrimonio inmobiliario concediendo las hipotecas en condiciones *totalmente distintas* de las ofrecidas en general: es frecuente incluso que cuando un particular va a solicitar un préstamo se le diga que se le deniega para esa vivienda que pretende comprar pero que se le ofrezca la compra y la financiación para otra del propio banco, en un caso claro de competencia desleal), y además reclama el resto de la deuda al prestatario? ¿Seguiremos estando seguros de que no existe enriquecimiento injusto ni abuso de derecho? Mucho habría que decir también sobre la actuación del ejecutante como postor ordinario, cuando lo que se prevé en el artículo 670 LEC es que se adjudique el bien al menos por el 70 por 100 de la tasación o dando carta de pago de la totalidad del crédito...» (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», *op. cit.*). No cabe argumentar, pues, que no existe abuso de derecho en tal caso por parte del acreedor, ya que el deudor siempre tuvo la opción de vender el bien, como ha afirmado alguna sentencia, pues como hemos explicado *ut supra*, en el actual contexto de crisis y dada la forma de concesión de los préstamos hipotecarios, el deudor no tiene esa posibilidad en muchos casos.

los contratos y ante situaciones de *inferioridad*, subordinación e indefensión (30). El artículo 9 de la misma norma sería aplicable a una *protección prioritaria de dichos derechos cuando guarden relación directa con la vivienda familiar*, en cuanto bien de uso común, ordinario y generalizado (31). Finalmente, su artículo 80 señala como requisitos que deben cumplir los contratos con consumidores que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, la accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor el *conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*, y la *buena fe y justo equilibrio* entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

En cuanto a la protección a la parte más débil en la contratación se trata de un principio que no deriva solo de la legislación de consumidores y usuarios, sino también de la reguladora de las condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación), del Código Civil, artículo 1288 y artículo 54.2 LEC. Si bien el acreedor debe lograr la satisfacción de su crédito, y el deudor debe sufrir la ejecución del mismo, es evidente que aquella satisfacción debe ser una satisfacción material, no meramente formalista, y en la que se tenga en cuenta las circunstancias en que se contrajo el crédito (32).

En este ámbito de la protección al consumidor, hay que plantearse hasta qué punto ha estado, o no, en la práctica de la contratación de préstamos hipotecarios, a disposición del mismo, la información necesaria relativa también a *las consecuencias del impago*. Un *déficit de información*, en este sentido, *afecta a la buena fe, ya que dicha buena fe obliga a suministrar la debida información*. Si dicha falta de información puede acreditarse, resultaría contraria al artículo 80.b) del TR. Igualmente, al artículo 7.a) de la LCGC, pudiendo determinar *la no incorporación al contrato de la cláusula relativa a que la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial universal del deudor* (art. 9 y 10 LCGC) (33).

(30) El artículo 8.b) ha sido modificado por el artículo 3.1 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, en el siguiente sentido: «b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos».

(31) Vid., también, artículo 10 del TR citado.

(32) Cfr. ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.*

(33) En este sentido, quizá porque el legislador era consciente de la existencia de un déficit de información, el artículo 29 de la Ley de Economía Sostenible incide en el deber de informar: «De acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, *de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual*, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los *créditos o préstamos hipotecarios* o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los *efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago*». Igualmente, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de marzo de 2011, que complementa la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo, de 23 de abril de 2008, en sus artículos 7 y 8 indica que debe suministrarse una información básica referida a los elementos esenciales del crédito y que si hay garantía hipotecaria debe advertirse de las consecuencias para el consumidor ante su incumplimiento, debiendo ser tal información básica, fácilmente legible o claramente audible, según el caso. El artículo 11

Como dijimos *ut supra*, las entidades financieras han hecho un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal, imponiendo así al deudor, por el contexto en que se establece en el contrato, una garantía patrimonial desproporcionada, y por ello, nula, contraria a la legislación de protección de los consumidores y usuarios. El artículo 8 LCGC indica que, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10.bis y Disposición Adicional 1.^a de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy incorporada al RDL 1/2007). Este TR articula un *control de contenido* de las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores que se articula legalmente en tres niveles, de mayor a menor abstracción: Como regla general, dicho contenido habrá de responder a los principios de *buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas (art. 80.2 TR); a continuación el artículo 82.1 establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas *estipulaciones no negociadas individualmente* y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un *desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. De acuerdo con el artículo 82.3 TR, el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa. En un tercer nivel se señala que, en todo caso, *son abusivas las cláusulas que conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90 TR, en lo que a nosotros interesa, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato*.

De acuerdo con el artículo 83 TR, las cláusulas abusivas serán *nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato*, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato. *Teniendo presente que los*

regula las denominadas «explicaciones adecuadas». Según esta norma, los Estados miembros velarán porque los prestamistas y los intermediarios del crédito ofrezcan al consumidor explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos de crédito que suministren, junto con todo posible servicio o servicios accesorios, para que el consumidor pueda evaluar si estos contratos se adaptan a sus necesidades y su situación financiera. Entiende el precepto que una explicación adecuada debe incluir información personalizada sobre las características de los créditos ofrecidos pero sin realizar ninguna recomendación. En dicha actuación tanto los prestamistas como los intermediarios de crédito *estudiarán con precisión por cualesquiera medios necesarios el nivel de conocimientos y de experiencia del consumidor para preparar las explicaciones* (que irán desde la información precontractual hasta las consecuencias de la celebración del contrato para el consumidor, por ejemplo, en el caso de impago). *A nuestro juicio no es procedente tal estudio, sino suministrar a cualquier consumidor una información accesible para la persona de menor nivel de conocimientos y experiencia.*

El artículo 14 obliga al prestamista a evaluar la solvencia del deudor, de acuerdo con criterios como sus ingresos, sus ahorros, sus deudas y otros compromisos financieros.

principios de protección de los consumidores y usuarios informarán la práctica judicial, y que la nulidad debe apreciarse de oficio por los tribunales, la apreciación de la nulidad de una cláusula de responsabilidad patrimonial universal, en el caso concreto, por el contexto contractual en que se pactó, puede llevar al Tribunal, a matizar la hipotéticamente letra clara de los artículos 671 y 579 LEC, en relación con los artículos 105 y 140 LH y 1911 CC, para obtener un resultado que suponga la integración del contrato con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y al principio de buena fe objetiva, de forma sumaria, y a efectos de decidir sobre qué bienes y en qué cuantía prosigue la ejecución. Frente a este argumento no cabe oponer que con independencia de lo pactado en el contrato, la Ley establece el principio de responsabilidad patrimonial universal, porque dicho principio es respetado con una solución como la del Auto de Navarra (Sección 2.ª), y porque es evidente que el contexto contractual es determinante de la buena fe, equilibrio, proporcionalidad, etc., de la garantía patrimonial universal en el caso concreto, de la cual, como se ha explicado, puede hacerse un uso abusivo.

Finalmente, tampoco cabe alegar *que los particulares pudieron pactar la hipoteca de responsabilidad limitada del artículo 140 LH*. Este pacto no es una posibilidad real al alcance de los particulares en su negociación con las entidades de crédito en el momento de concertar la hipoteca con la que desean financiar la adquisición de su vivienda. Invocar dicha posibilidad de pacto sería tanto como afirmar que existe igualdad de pacto entre las partes contratantes, lo que es prácticamente una ilusión. «El contenido negocial de un préstamo hipotecario entre particulares y entidades de crédito no alcanza a este pacto... se centra en condiciones financieras, tipo de interés, porcentaje de financiación, comisiones, o pactos de vinculación, pero nunca sobre estas cuestiones» (34).

3. LA APLICACIÓN EQUITATIVA DE LAS NORMAS: EL ARTÍCULO 3.2 DEL CÓDIGO CIVIL

Señala el artículo 3.2 del Código Civil que «la equidad *habrá de ponderarse en la aplicación de las normas*, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Como señala GARCÍA AMIGO: «se trata, por tanto, con la equidad de un criterio de aplicación de las normas jurídicas, no de una norma jurídica en sí o de una fuente de normas jurídicas —aunque fuera supletoria—. Como tal criterio de aplicación de las normas implica un modo flexible, que tiene en cuenta las circunstancias del caso concreto, y no una «aplicación rígida de formalismos legales» (STS de 31 de mayo de 1957).

Se puede definir la equidad o *epiqueya* como la moderación en el rigor del uso de las leyes. Se trata de una virtud por la cual el jurista temple el rigor de las leyes positivas, corrigiendo o supliendo sus deficiencias, cuando lo exige la justicia, dadas las peculiares circunstancias del caso que contempla. Clásicamente se ha considerado que la equidad puede rectificar la ley: para evitar algo injusto; para evitar una obligación que sin ser injusta, es demasiado dura para el obligado; para descartar la aplicación de la ley a casos especiales por sus circunstancias, que de haber sido pensados por el legislador, es de presumir que no hubieran sido comprendidos en ella.

La equidad, como se ha indicado antes, no es en el Derecho español una fuente supletoria de Derecho (art. 1.1). Tampoco es un elemento de interpretación (art. 3.1) sino una manera de aplicar las fuentes del Derecho. Si reflexionamos

(34) ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.*

sobre el contenido del artículo 3.2 del Código Civil, podemos observar que con relación a la equidad del Código Civil admite la utilización de la equidad en la aplicación de las fuentes del Derecho y que las resoluciones de los Tribunales se fundamenten en ciertos casos exclusivamente en la equidad. Respecto a lo primero (utilización de la equidad en la aplicación de las fuentes del Derecho), siguiendo a FEDERICO DE CASTRO (35), podemos decir que habría que actuar en equidad *cuando existiese una inadecuación entre un caso concreto y la regla que parece regularlo, por producir la rígida aplicación de esta un resultado injusto. En tal caso, aunque la ley no diga expresamente que ese determinado precepto no se aplique en ese caso, su inaplicabilidad se deduciría del resultado injusto que la aplicación acarrearía*. El Tribunal procede entonces a hacer una interpretación correctiva de la ley, concretamente, *restrictiva, y excluye el caso del verdadero sentido de la ley*, dando así a la ley su propio sentido, *porque el legislador de haber pensado dicho caso lo habría excluido de la ley*. Si el caso excluido de una ley así interpretada no se halla comprendido tampoco en otra ley, no existiría ley aplicable. No existiendo, pues, precepto legal aplicable ni costumbre aplicable, habría que acudir a los principios generales del Derecho y resolver el caso con arreglo a estos; concretamente, con arreglo al principio del cual se deducía la inadecuación del precepto legal.

Aplicando lo expuesto al objeto de nuestro estudio, es evidente que, dadas las condiciones concretas en que se han pactado los préstamos hipotecarios, condiciones que estudiamos *ut supra* y que parecen predicables del caso resuelto por la AP de Navarra en su discutido Auto, se produce una inadecuación entre dicho caso y las reglas que parecen regularlo (arts. 579, 671 LEC en relación con el art. 105 y 140 LH y 1911 CC), *por producir la rígida aplicación de estas un resultado injusto*. En tales casos, la inaplicabilidad de tales normas se deduce del resultado injusto que la aplicación acarrearía. Son los principios generales del Derecho, informadores del ordenamiento jurídico, los que permitirán deducir al Tribunal, que el legislador, de haber pensado tal caso, *con tales circunstancias*, lo habría excluido de la aplicación de tales normas. Dichos principios generales del Derecho, que permitirían al Tribunal llegar a tal conclusión serían los siguientes (36): la ejecución ha de producir una satisfacción material del acreedor, no formal; se proscribe el abuso de derecho; los derechos deben ejercitarse según las exigencias de la buena fe; los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia de futuro son ley entre las partes contratantes tal como se pactaron, *rebus sic stantibus*, «mientras que estén así las cosas, o sea, mientras que no haya alteraciones» (37); la prohibición del pacto

(35) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, 5.ª ed. Imprime: R. García Blanco, Madrid, 1970, pág. 98.

(36) Enunciamos todos los que serían aplicables a casos similares, aunque quizá no todos sean predicables del caso en estudio, según las matizaciones que hemos ido haciendo.

(37) Este principio constituiría por sí mismo un argumento independiente para llegar a una solución como la arbitrada por el Auto de 17 de diciembre de 2010. De acuerdo con el artículo 1091 del Código Civil: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». Ahora bien, cabe que *si las circunstancias en que se basó el contrato se alteran*, aquel se modifique o se extinga si lo establece la ley o lo estipularon las partes. Pero si ni la ley ni las partes previeron tal modificación o extinción, ¿es admisible esta en general? A esto hay que responder que si se alteran *extraordinaria e imprevisiblemente las circunstancias en que se basó el contrato parece equitativo que este se extinga o se modifique a tenor de la alteración, pues de lo contrario resulta perjudicada la parte a la que la alteración le haya sido adversa*. Pero el Código Civil no tiene ninguna disposición general por la que se permita la extinción o modificación del contrato ante la alteración de circunstancias. Cabe preguntarse, entonces, cuál es la posición a adoptar ante el silencio legal.

comisorio (38); *venire contra factum proprium non valet; qui sentit commodum, sentire debet et onus; iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores* (Pomponio. D. 50, 17, 206); la protección del consu-

La tesis favorable a la modificación o extinción se fundamenta en la equidad (de este modo se libera de cumplir el perjudicado por la alteración) mientras que la favorable a la inmutabilidad del contrato se apoya en la conveniencia de la seguridad jurídica. Según esta tesis más valdría que se tenga que cumplir tal como se pactó que dar lugar a la inseguridad que la eventualidad de modificación o extinción implica.

En abstracto *no parece oportuno seguir de forma extrema ni una ni otra tesis. Es decir, no cabe sacrificar la equidad por el principio de seguridad jurídica hasta el punto de no permitir un cambio en las condiciones del contrato aunque haya habido una alteración enorme de las circunstancias básicas*. Pero tampoco cabe por el principio de equidad sacrificar la seguridad jurídica de forma que cualquier alteración por pequeña que sea (una ligera oscilación del mercado) de lugar a modificaciones. Estas oscilaciones pequeñas son un riesgo con el que las partes corren, que conocen y con el que cuentan al celebrar el contrato.

La doctrina ha adoptado diversas teorías para propugnar en el Derecho español la modificación o extinción del contrato por alteración de circunstancias básicas. Así se dice que en los contratos a que puede afectar la alteración de circunstancias se sobreentiende establecida la cláusula de origen medieval *rebus sic stantibus*, según la cual: *los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia de futuro se entienden tal como se pactaron «mientras que estén así las cosas, o sea, mientras que no haya alteraciones»*. Otros dicen que cuando el contratante a quien favorece la alteración de circunstancias exige el cumplimiento del contrato, *tal cual se pactó, se está ante un abuso de derecho*. Una tercera posición indica que teniendo presente que los contratos obligan a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, *el pedir que el contrato se cumpla tal cual se pactó cuando hay alteración de circunstancias es contrario a la buena fe* y que dicha buena fe exige precisamente resolver o revisar el contrato. Una cuarta posición afirma que la alteración de circunstancias al hacer muy gravoso el cumplimiento para una parte constituye un caso de fuerza mayor que extingue la obligatoriedad del contrato.

En cuanto a la jurisprudencia ha venido entendiendo desde hace algún tiempo que el contrato es *revisable o modificable* si concurriendo los requisitos que expondremos más adelante se alteran las circunstancias en las que se celebró. La jurisprudencia entiende que la alteración de tales circunstancias *no hace resoluble* el contrato porque esta solución es más fuerte y no necesaria, *debiéndose mientras se pueda conservar el contrato aunque sea modificado*. El Tribunal Supremo admite la revisabilidad del contrato sobre la base de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, si bien repite que debe ser aplicada con la máxima cautela y ponderación, pues el Tribunal tiene el temor de que tal revisabilidad pueda quebrantar la obligatoriedad del contrato. Puede obtenerse la revisión a petición de la parte perjudicada si: la parte perjudicada *no es culpable del cambio y carece de otro procedimiento para remediar el perjuicio que le supondría la inmutabilidad del contrato; la alteración de circunstancias entre el momento de la celebración y el cumplimiento es extraordinaria e imprevisible; dicha alteración produce un desequilibrio enorme entre las prestaciones de las partes* (ALBALADEJO, M., *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, José M.ª Bosch, Editor, S. A., Barcelona, 1994, págs. 436 a 443).

A nuestro juicio, esta doctrina del TS es aplicable al supuesto en estudio, pues se ha producido una alteración de circunstancias extraordinaria e imprevisible (por lo menos, en su magnitud), de la que no es responsable el deudor hipotecario y que produce un enorme desequilibrio entre las prestaciones de las partes (como se deduce de lo expuesto hasta el momento). Desequilibrio que debe ser corregido por los Tribunales, *modificando el contrato*, en cuanto a la cláusula que establece la responsabilidad personal ilimitada del deudor sobre otros bienes distintos del bien hipotecado, *por la vía de atemperar, las consecuencias del incumplimiento, mediante la interpretación propugnada de los artículos 671 y 579 LEC*.

(38) Vid. JIMÉNEZ PARIS, T. A., «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *RCDI*, núm. 724, págs. 1159 a 1181.

midor, particularmente frente a cláusulas abusivas y situaciones de inferioridad; la protección constitucional de la vivienda, etc. Determinada la inaplicabilidad de las normas en cuestión, se procede a hacer una interpretación restrictiva de las mismas y se excluye el caso del sentido literal de la ley. ¿Qué hacer, entonces, para resolver el caso? Si no hubiera ley aplicable habría que resolverlo con arreglo a los principios generales del Derecho de los que se desprende el juicio de inadecuación. Pero en este supuesto, es posible aplicar la misma ley, ahora bien, *dándole un sentido distinto de su aparente tenor literal, sentido viable según hemos ido explicando en epígrafes anteriores, sentido que vendría exigido por la equidad e iluminado por los principios generales del Derecho explicitados, que no podemos olvidar, tienen carácter informador del ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC) (39). De modo que es posible concluir que el juzgador puede corregir, en función de los principios generales del Derecho y de la equidad, la aplicación de las normas.*

(39) Se ha indicado también que la facultad moderadora de los tribunales tiene amparo en normas procesales (arts. 576.2; 584; 588; 592; 606; 607; 609; 670.4 LEC, entre otros), normas que dan fundamento a decisiones judiciales como las que son objeto de este comentario (ROMERO CANDAU, P. A., y ROMERO CANDAU, R., «La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados...», *op. cit.*). No queremos finalizar sin dejar constancia de las críticas económicas que ha merecido el Auto de 17 de diciembre de 2010. Se ha dicho que resoluciones de esas características darían lugar a una contracción mayor del crédito (ya que se reduciría la *ratio* préstamo/valor del inmueble o *loan to value*, lo que exigiría un mayor ahorro previo a las familias y se concederían menos créditos y se endurecería el acceso a los mismos, por ejemplo, exigiéndose mayores intereses o un aumento de las garantías), así como a una reducción de la solvencia de los Bancos que terminarían soportando los contribuyentes a través de los rescates a aquellos. Igualmente se dice que se favorecería la conducta irresponsable de los deudores que se endeudaron hasta el límite de sus posibilidades.

En el otro lado de la balanza se piensa que los tasadores a quienes acuden las entidades crediticias serían más ajustados en sus valoraciones de los inmuebles y que los Bancos, por su parte, valorarían adecuadamente la solvencia de los deudores. Es decir, que se induciría a una conducta responsable por parte de acreedor y también de deudor, pues la exigencia de ahorro previo, es un importante factor moralizador de la vida social. Si la responsabilidad personal del deudor se matiza, lo fundamental para el Banco en el futuro será valorar la inversión, por lo que este tendrá la responsabilidad de fijar adecuadamente el valor de tasación y predecir de algún modo la evolución del mercado. En todo caso, la entidad financiera tenderá a minimizar sus riesgos por la vía de reducir la parte del precio que está dispuesto a financiar, asegurándose de esta manera que el importe de la deuda va a estar por debajo del valor de la finca aunque esta se deprecie mucho, de modo que cubra la cantidad prestada, los intereses ordinarios, los intereses moratorios derivados del impago y las costas y gastos de la ejecución. Este modo de operar, a nuestro juicio, hará más seguro el mercado hipotecario, pues las hipotecas serán verdaderamente garantías sólidas de las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias. Producirá una bajada del precio del mercado inmobiliario y aunque inicialmente, en efecto, se producirá una cierta contracción del crédito (que por otro lado, ya se ha producido mucho antes del auto de Navarra. ROYO VILLANOVA señala que de los pocos préstamos que se conceden, el *loan to value* suele ser inferior al 60 por 100), a la larga las entidades financieras volverán a otorgar con fluidez créditos. En cuanto al peligro de insolvencia de las entidades crediticias, ha sido precisamente su *mala gestión* la que ha motivado la necesidad de su rescate. Decisiones como la del Auto de 17 de diciembre de 2010, a nuestro juicio, no van a provocar tal insolvencia, que, en todo caso, *ya estaría causada por otras razones*, pues la morosidad hipotecaria en los préstamos para compra de vivienda, a pesar de la magnitud de la crisis económica es muy baja. Según ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, el índice de morosidad en dichos préstamos está en torno al 2 por 100, mientras que en la construcción y promoción inmobiliaria, que es donde se ha admitido en mayor

A punto de concluir el presente trabajo, hemos tenido noticia de la publicación del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOE de 7 de julio de 2011). La filosofía del Real Decreto-ley, expresada en su Exposición de Motivos, consiste en «adoptar medidas adicionales de protección para las familias con menores ingresos, así como [llevar a cabo] las reformas necesarias para garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realizan sin dar lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados; *manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario*». Más adelante indica: «la situación de determinados deudores hipotecarios requiere de acciones inmediatas para garantizar que se protegen adecuadamente sus derechos y, simultáneamente, evitar cualquier elemento de incerteza en la regulación de la ejecución hipotecaria». Las medidas adoptadas pasan por elevar el umbral de inembargabilidad cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado. *A partir del Real Decreto-ley y, exclusivamente, para los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual, se eleva el mínimo inembargable hasta el 150 por 100 del SMI y un 30 por 100 adicional por cada miembro del núcleo familiar que no perciba ingresos superiores a dicho SMI (art. 1 que sustituye al art. 15 del RDL 6/2010, de 9 de abril. Disposición Derogatoria del RDL 8/2011).* En relación con las ejecuciones hipotecarias se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado se realizará por un precio *nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total.* Se modifican así el artículo 670.4.II y el artículo 671, por el artículo 2.2 y 3 del Real Decreto-ley. A primera vista, la reforma constituye una mejora de la posición de los deudores hipotecarios, *aunque no soluciona enteramente el problema planteado.* Si bien

volumen las daciones en pago extintivas de la deuda hipotecaria, roza el 12 por 100 (datos de septiembre de 2010) (aunque el autor da una serie de razones por la que la cifra está más cerca del 50 por 100). «*El problema real para el sistema financiero se encuentra en los préstamos a promotoras*» (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Dación en pago hipotecaria», *op. cit.*, págs. 28, 29 y 30). En todo caso, para aplicar la solución expuesta a lo largo de este trabajo, entendemos que el Tribunal deberá cerciorarse de una serie de circunstancias *relativas al deudor, entre otras*: la buena fe del deudor (este se encontró en situación de no poder hacer frente al préstamo hipotecario de modo involuntario), la situación en que se contrajo el crédito (se asumió por el deudor un endeudamiento responsable, o siendo irresponsable, la entidad crediticia fue igualmente irresponsable por no valorar adecuadamente la solvencia del deudor), la existencia de una justa causa que impida el pago del préstamo (por tal habría que entender una causa sobrevenida contra la voluntad del deudor); que la vivienda hipotecada es la única vivienda disponible y residencia habitual del deudor (art. 47 CE).

Una opción que tiene el deudor antes de llegar a la realización forzosa del bien hipotecado es la que le brinda el artículo 693.3 LEC (enervar la ejecución y liberar el bien). Se cuestiona si solo el deudor puede imponer la rehabilitación al Banco o también otros ejecutados como el tercer poseedor que ha adquirido posteriormente la vivienda, o el hipotecante no deudor que soporta la ejecución sobre su vivienda familiar. Si se aplica al procedimiento sumario hipotecario o también a la ejecución ordinaria o incluso a la venta extrajudicial ante Notario del artículo 129 LH. En general hay una tendencia doctrinal y jurisprudencial a ampliar los supuestos de aplicación.

un comentario de la misma requeriría un estudio más detenido, podemos anticipar que el artículo 671, en su nueva redacción, acoge en buena medida la interpretación por nosotros propugnada. *En todo caso, la reforma no tiene efectos retroactivos, por lo que en los procesos pendientes, puede resultar de aplicación la solución jurídica aquí defendida.*

IV. CONCLUSIONES

1. Una resolución judicial como la del Auto de la AP de Navarra (Sección 2.^a), de 17 de diciembre de 2010, tiene una clara fundamentación jurídica y no constituye una resolución contraria al ordenamiento jurídico vigente, aunque en el caso concreto de aquel Auto su fundamentación no haya sido todo lo explícita que hubiese sido deseable.
2. Los argumentos expuestos y las interpretaciones propuestas lo son respecto del bien hipotecado, «única vivienda disponible y residencia habitual del deudor», pues es la vivienda la que goza de una especial protección constitucional (art. 47). Su hipotética aplicación a otros supuestos requeriría un estudio más detenido de la cuestión.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

AJPII, núm. 2 de Estella, de 13 de noviembre de 2009 (AC 2010/2235).
AJPI, núm. 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011 (AC 2011/42).
AJPI, núm. 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010.
AAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 7 de marzo de 2006 (JUR 2006/160755).
AAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 15 de marzo de 2006 (JUR 2006/231/724).
AAP de Navarra, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2010 (AC 2011/1).
AAP de Navarra, Sección 3.^a, de 28 de enero de 2011 (AC 2011/40).
AAP de Navarra, Sección 2.^a, de 16 de marzo de 2011 (JUR 2011/113699).
STS de 8 de julio de 2003 (RJ 2003/4334).
STS de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006/720).
STS de 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5570).
RDGRN de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/7714).
RDGRN de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008/7715).

RESUMEN

ADJUDICACIÓN EN PAGO
CONTINUACIÓN DE
LA EJECUCIÓN SOBRE OTROS
BIENES DEL DEUDOR,
DISTINTOS DEL BIEN
HIPOTECADO

*El Auto de 17 de diciembre de 2010,
de la Sección 2.^a de la AP de Navarra,*

ABSTRACT

AWARD AS PAYMENT
CONTINUATION OF FORECLOSURE
PURSUING OTHER ASSETS
BELONGING TO THE BORROWER,
APART FROM THE MORTGAGED
PROPERTY

*The ruling of 17 December 2010 of
the Second Section of the Provincial*

determina que producida una adjudicación en pago en un proceso de ejecución hipotecaria, el valor real que entra en el patrimonio del deudor es el valor de tasación inicialmente pactado en la escritura de constitución de hipoteca, por lo que solamente procederá continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor, por el importe del crédito que exceda de dicho valor de tasación. En este estudio tratamos de demostrar que una resolución de tales características tiene base jurídica y no es contraria al ordenamiento jurídico vigente.

Appellate Court of Navarra states that, when an award is made as payment in a mortgage foreclosure case, the real value assigned to the mortgaged property is the appraised value originally quoted in the mortgage deed. Therefore, foreclosure may pursue other assets belonging to the borrower only in order to cover that portion of the loan that surpasses the property's appraised value. This study endeavours to demonstrate that a ruling of this sort is based on legal grounds and is not contrary to current legislation.