

CUESTIONES JURÍDICAS INTERESANTES QUE SUSCITA LA HUIDA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA*

José María Martín Faba**
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 13 de marzo 2018

1. Introducción

Es asunto de *telediarlo*, como ocurría con las preferentes, la cláusula suelo o la de gastos, lo del vencimiento anticipado y la ejecución hipotecaria española. La coyuntura ha alcanzado tal calado que incluso ha sido expuesta por el ya ex ministro de economía de Guindos hace unos días en el Congreso cuando brindó a los parlamentarios los supuestos beneficios que conllevará la vigencia del Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

Pues bien, como es sabido por los diestros en la materia, el enquistamiento de la ejecución hipotecaria por el carácter abusivo de la insigne cláusula ha provocado que los bancos “huyan” despavoridos de este procedimiento y busquen, mediante ingeniería jurídica, obtener en un proceso ordinario una sentencia que declare válido el vencimiento anticipado ejercitado por impagos sucesivos y que condene al prestatario al pago del total adeudado, para después ejecutar esta resolución teniéndose en cuenta el derecho real de hipoteca y sus especialidades de realización. Repárese que algunas entidades financieras acuden a esta vía después de ver sobreesido o suspendido un proceso de ejecución hipotecaria por contener el título una cláusula de vencimiento por “cualquier” impago. En cambio, otras, más temerosas, no acudieron previamente a la ejecución de los arts. 682 y ss.

Nótese que en todo el *iter* procesal al que nos referimos se suscitan cuestiones jurídicas

* Trabajo realizado en el marco del contrato predoctoral para la formación de personal investigador en el marco del Plan Propio de I+D+i de la UCLM [2016/14100]; y de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P

**ORCID ID: 0000-0002-4826-8140.



de relevancia dignas de ser expuestas. El primer grupo de controversias se desarrollan en los procesos declarativos. En efecto, como cuestión previa se plantea si el acreedor hipotecario tiene que acudir obligatoriamente a cobrarse el crédito fallido al procedimiento de ejecución hipotecaria, sin poder obtener una declaración de vencimiento anticipado y una condena a pagar el total adeudado en un juicio ordinario. Otros de los temas sugestivos emanan de las pretensiones que formulan los bancos demandantes al haber dejado el deudor impagado una parte sustancial del préstamo. Así, existe importante incertidumbre sobre la procedencia y la oportunidad de: (i) la declaración de vencimiento anticipado en virtud del art. 1129.1º CC; (ii) la acción de resolución contractual por la vía del art. 1124 CC; (iii) y la pretensión de cumplimiento del pago de las cuotas vencidas y también de las futuras. También es objeto de polémica si los consumidores demandados pueden alegar por vía de excepción o mediante reconvencción la existencia de cláusulas abusivas en la escritura de préstamo hipotecario, con las consecuencias que la estimación de esta pretensión comportaría.

Por otra parte, un conjunto de cuestiones se refieren a cómo, una vez dictada una hipotética sentencia que declara el vencimiento anticipado y la condena al pago del total adeudado, debe realizarse la hipoteca, y por tanto guardan relación con el proceso ejecutivo subsiguiente. En sustancia, es discutible si pueden extrapolarse las reglas de la ejecución hipotecaria a la ejecución de la resolución que hipotéticamente declarase el vencimiento anticipado y condenase al pago. Asimismo, es problemático si en esta ejecución de la sentencia el consumidor demandado puede alegar el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado.

Pues bien, nótese que muchos de estos temas son abordados en **la SJPI nº 6 de Tarragona de 14 de diciembre de 2017 (JUR 2018 23823)**¹. Los que no lo son, los trataremos a la luz de otras resoluciones o los plantearemos a través de hipótesis. Así, el supuesto de hecho del caso fue el siguiente. En el año 2003 se otorgó a favor de los prestatarios demandados escritura de contrato de financiación con garantía hipotecaria con un límite de 320.000 euros, con, entre otras, las siguientes condiciones: plazo de amortización de 30 años; 360 cuotas comprensivas de capital e intereses; y evidentemente cláusula de vencimiento anticipado por impago de alguna de las cuotas. Los prestatarios habían dejado de abonar las cuotas de los meses de agosto de 2014 a diciembre de 2016, lo que supone un total, intereses incluidos, de 31.292,33 euros. Es decir, a fecha de interposición de la demanda la demora en el pago era de 29 meses, equivalente al 9,78 por ciento del capital prestado. Por ello, el banco demandó a los

¹ Un caso muy similar, y resuelto de forma idéntica, se da en la SJPI núm. 6 de Tarragona de 16 diciembre 2017 (JUR 2018\23833).

prestatarios solicitando: (i) primero, **la declaración de vencimiento anticipado de la obligación** y la condena a los prestatarios al pago de las cantidades pendientes y de las vencidas anticipadamente; ii) subsidiariamente, **la declaración de resolución por incumplimiento del contrato** y la condena a los demandados al pago de las cantidades adeudadas; (iii) y subsidiariamente a las anteriores pretensiones, **la condena al cumplimiento de pago de las cantidades vencidas y de las que venzan hasta el íntegro pago del capital prestado**. Además, en todos los casos el banco interesó **la realización de la hipoteca en fase de ejecución de sentencia**.

2. ¿Puede el acreedor pretender el vencimiento anticipado y el cobro del total adeudado en el juicio ordinario declarativo sin acudir previamente a la ejecución hipotecaria?

Repárese que este asunto no se trata en la sentencia referenciada. Con todo, algún juzgado de instancia ² ha inadmitido la demanda del acreedor hipotecario porque entiende que este no puede solicitar el vencimiento anticipado de la operación y el cobro del total adeudado en el juicio ordinario, debiendo acudir aquel a la ejecución hipotecaria. Así, dice esta resolución que el acreedor acude al juicio declarativo con mala fe, “pues evita acudir a la ejecución hipotecaria que se encuentra actualmente suspendida por el acuerdo de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Asturias de 7 de marzo de 2017”. En el mismo sentido se ha pronunciado alguna doctrina³, que ha afirmado que existiría fraude procesal si se permitiera al banco acreedor hipotecario acudir a la vía del declarativo con el objetivo de evitar la ejecución hipotecaria que se encuentra suspendida en la mayoría de provincias españolas a causa de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo.

Con todo, la decisión expuesta fue revocada por el AAP de Asturias (Sección 5ª) núm. 104/2017 de 10 noviembre, JUR 2018\38208⁴, que aseveró que no existe ningún impedimento legal que imponga al acreedor hipotecario la elección del cauce procesal de la ejecución hipotecaria, con exclusión de los otros, como medio para tutelar en vía judicial su derecho de crédito, sin que la determinación del procedimiento ordinario suponga ningún fraude procesal ni mala fe (en el mismo sentido AAP de Pontevedra, Sección Tercera, de 2 de junio de 2017).

² AJPI nº 6 de Avilés de 13 de septiembre de 2017.

³ ADÁN DOMENECH, F., “Defensa del consumidor en los procesos declarativos donde se ejercita el vencimiento anticipado”, Diario LA LEY, nº 9152, de 6 de marzo 2018, Nº 9152.

⁴ En sentido contrario el AAP Barcelona, Sección 16ª, 316/2013, de 12 de diciembre (JUR 2014/293458), que, no obstante, tiene un voto particular que resulta convincente.



Comentario. Es inconcuso la posibilidad de que la hipoteca pueda “hacerse eficaz”, mediante el ejercicio del “ius distrahendi” a través de un procedimiento declarativo ordinario. Siempre se ha reconocido esta posibilidad, si bien no se ha ido más allá del reconocimiento de la teórica posibilidad, porque hasta el día de hoy el acreedor no podía tener interés en acudir al procedimiento declarativo a los fines de realizar la garantía (cfr. ADAN DOMÉNECH, *La ejecución hipotecaria*, 2009, pags. 66 ss.). Como me explicó en una conversación el Prof. CARRASCO no se le daba más importancia ni se desarrollaban los términos de esta posibilidad porque el juicio declarativo era una estrategia *claramente dominada*, ya que el acreedor siempre mejoraría su posición acudiendo a otros procedimientos. Pero la posibilidad ahora cobra sentido y tiene que ser justificada.

En efecto, el acreedor tiene libertad para elegir la vía a la que acudir. Esta ha sido la doctrina mayoritaria de las Audiencias (AAP Madrid, Sección 14ª, de 30 de julio de 2013, JUR 2014/295829, y las sentencias que cita). Y ha sido establecida con claridad por el Tribunal Supremo (STS de 25 de enero de 2006, RJ 2006/612). Como dice esta sentencia, “aun cuando resulta usual que en las escrituras de préstamo hipotecario las partes convengan expresamente que el acreedor pueda usar cualquiera de estos caminos procesales, es lo cierto que tales estipulaciones resultan superfluas, salvo para el hipotético caso del citado procedimiento ejecutivo extrajudicial, ya que la determinación de los posibles caminos procesales a seguir –siempre, claro está, que se cumplan los presupuestos necesarios para ello en cada caso– responde a una fijación legal previa y no depende de la voluntad de las partes ya que se trata de materia no disponible para ellas”. En definitiva, no puede entenderse que constituya abuso de derecho excluir la ejecución hipotecaria, a pesar de que con tal actuación se excluyan determinadas ventajas que en la misma se reconocen al ejecutado. Cuestión diferente es que, en aras de la buena fe, sea (o no) exigible al acreedor hipotecario que exponga, de modo somero pero comprensible, las razones legítimas que le han llevado a evitar la realización de los bienes ofrecidos en garantía por la vía específica de los artículos 681 y ss. LEC. Además, el hecho de que haya una cuestión prejudicial planteada sobre la cláusula de vencimiento anticipado no es óbice para inadmitir una demanda que no sustenta la declaración de vencimiento anticipado en la cláusula convencional.

Por consiguiente, puede concluirse que el acreedor hipotecario puede acudir al juicio declarativo solicitando la declaración de vencimiento anticipado y la condena al pago del total adeudado sin previamente haberlo intentado en la ejecución hipotecaria; y también aunque previamente el acreedor hubiera instado el procedimiento de ejecución hipotecaria y este hubiera sido sobreseído o suspendido por la cláusula de vencimiento anticipado. Repárese que, como veremos a continuación, lo

verdaderamente importante es utilizar la figura oportuna para que sea procedente la declaración de vencimiento anticipado y la condena al pago del total adeudado.

3. Sobre el vencimiento anticipado en virtud del art. 1129. 1º CC

En el caso comentado la entidad financiera solicitó la declaración de vencimiento anticipado de la operación en base a la cláusula convencional por “cualquier impago” y subsidiariamente al derecho supletorio, esto último *ex art. 1129.1º CC*. Respecto a la declaración de vencimiento anticipado en virtud de la cláusula no entraremos a valorarla. Solo decir que, como es habitual, el juez la consideró abusiva porque no reflejaba un incumplimiento de suficiente gravedad en relación a la cuantía y duración del préstamo. Repárese que será indiferente el tratamiento que se da a la cláusula de vencimiento anticipado en una ejecución o en el proceso declarativo. Por tanto, siendo nula la cláusula, el juez desestimó la pretensión dirigida a declarar el vencimiento anticipado en el supuesto en ella previsto. Nótese, por cierto, que si previamente la cláusula hubiera sido declarada abusiva en la ejecución el acreedor no podría pedir el vencimiento anticipado en virtud de aquella, y si lo hiciera debería desestimarse su pretensión por la fuerza de la cosa juzgada.

Pero lo verdaderamente importante es que el banco justifica su pretensión no solo en la cláusula sino también en el art. 1.129.1º CC que establece que “perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda”. No obstante, según el juez de Tarragona, **como la obligación cuyo vencimiento se pretende está ya garantizada con hipoteca no es de aplicación el art. 1.129.1º CC en el que se “contempla una obligación a plazo no garantizada y el riesgo de impago que, precisamente por ello, la insolvencia del deudor supone el acreedor”**. Por ello, desestima la pretensión de vencimiento anticipado con fundamento en el art. 1.129.1º CC.

Comentario. Es falso, y derivado de un razonamiento simple, el argumento que sostiene el juez de que el art. 1129.1º CC se refiere a obligaciones a plazo no garantizadas y por ende no se aplica a un préstamo hipotecario. Como ha manifestado el Prof. CARRASCO⁵ “la hipoteca existente pertenece al supuesto previo de la deuda, porque la garantía que, según el art. 1129.1º CC, el deudor debe aportar para impedir el vencimiento anticipado, es una garantía para cubrir la nueva contingencia del incumplimiento, no para cubrir la antigua contingencia de la deuda, que se contrajo

⁵ “Ruido y demagogia en el falso problema de las cláusulas de vencimiento anticipado hipotecario”, Publicaciones Gómez Acebo y Pombo, marzo de 2017.

como no garantizada o como sujeta a una hipoteca”. Es decir, la garantía a que se refiere el art. 1129.1º CC es una garantía “nueva” y prestada precisamente cuando y porque el deudor se halla en insolvencia. La garantía antigua forma ya parte de la deuda original. Al deudor se le pide ahora que mejore su posición económica resultante de su estado de insolvencia. Por consiguiente, a pesar de la garantía antigua, el deudor insolvente que no “regarantiza” la obligación, pierde el beneficio del plazo.

Consecuentemente, debe estimarse la declaración de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario *ex* art. 1129.1º CC cuando el deudor hipotecario ha incumplido un importante número de cuotas, pues este sería insolvente en el sentido del art. 2.2 LC ya que *no puede* (aparentemente) *cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*, y no aporta otras garantía(s) después de acaecida la insolvencia distintas de la otorgada al momento de constitución de la obligación. Pero obsérvese que podría afirmarse que el precepto no se aplica a los casos aludidos porque puede que el deudor no pague el préstamo porque no quiere, ya que en realidad tiene suficientes activos para satisfacer la deuda, no siendo en puridad insolvente. Con todo, este es un supuesto de escuela y la mayoría de prestatarios que impagaron sus préstamos hipotecarios son realmente insolventes y no pueden *regarantizar* la deuda.

4. De la resolución por incumplimiento

En los casos de las sentencias de Tarragona el banco solicitó subsidiariamente la resolución del contrato en base al art. 1.124 CC, a cuyo tenor, “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera su obligación”.

Con todo, el juez afirma que, a pesar de que no hay indicio alguno de que el prestatario vaya a cumplir, la facultad resolutoria es inherente y exclusiva de las obligaciones recíprocas, entre las que no puede incluirse las derivadas del contrato de préstamo mutuo, contrato unilateral en el que solo el prestatario queda obligado, y lo está a restituir el capital prestado con sus intereses, según mantienen las SSTs de 16 de abril de 1.991 (RJ 1991, 2696), 22 diciembre de 1.997 (RJ 1997, 9113), 22 de mayo de 2.001 (RJ 2001, 6466) y 13 de mayo de 2.004 (RJ 2004, 2738), entre muchas otras. El juez explica como esta idea de la unilateralidad proviene de considerar que el préstamo (en cualquiera de sus modalidades) es un contrato real. El contrato se perfecciona por la entrega del capital, momento en el que nace para el prestatario la obligación de restituir, sin perjuicio de que su eficacia quede diferida al cumplimiento de un plazo. Y precisamente por el carácter real del contrato la entrega del capital por parte del

prestamista no puede calificarse como una obligación. Es el presupuesto constitutivo del negocio. No hay, según el juez, por tanto, sinalagma.

En otro orden de cosas el juzgador expone que no sería adecuada la pretensión de resolución contractual pues **en los contratos recíprocos el contratante que ejerce la facultad resolutoria no pretende, como en este caso, el cumplimiento de la prestación recíproca sino la restitución de su propia prestación**. Matiza el juzgador que los efectos del vencimiento anticipado y de la resolución son distintos, precisamente como consecuencia del juego de la reciprocidad de las prestaciones. Además, afirma el juez que **si la obligación del demandado es a plazo no podrá ejercitar el acreedor la facultad resolutoria hasta que venza el plazo o se produzca el vencimiento anticipado, en su caso**. Así, asevera que para el supuesto de no cumplir el prestatario su obligación en el tiempo convenido tiene el acreedor el remedio del vencimiento anticipado, sea por aplicación del art. 1.129 CC, sea por otras causas libremente acordadas, vencimiento anticipado con el que se consigue el mismo resultado que con la resolución. Expone finalmente que la pérdida del plazo se limita a anticipar la exigibilidad de la prestación del demandado, y solo si este no cumple podrá instarse la resolución.

En definitiva, por no concurrir el presupuesto de la reciprocidad, esencial a la resolución del contrato, desestima la pretensión.

Comentario. Lo cierto es que, a mi juicio, el préstamo “moderno” está hoy construido en la praxis como un contrato consensual del que surge obligación para ambas partes. Nótese que, por ejemplo, determinar el importe de las cuotas aplicando el índice de referencia conllevaría una obligación para la entidad financiera. Como me explicó el Prof. CARRASCO, el negocio opera en el fondo de la misma forma que lo haría una compraventa bajo reserva de dominio: contrato bilateral de tracto único en el que las prestaciones que corresponden a una parte se suceden en el tiempo. En consecuencia, no existe *prima facie* ninguna objeción a que el contrato pueda caer bajo el ámbito de aplicación del art. 1124 CC. En este sentido numerosas resoluciones de distintas Secciones de la Audiencia Provincial de Valencia han admitido la acción de resolución del préstamo hipotecario por el incumplimiento del prestatario de un importante número de cuotas⁶, pues entendieron que el contrato era de carácter consensual. También las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y de 16 de febrero de 2016 declararon

⁶ SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 484/2017 de 27 septiembre (JUR 2017\304141); SAP de Valencia (Sección 6ª) núm. 297/2017 de 8 septiembre (JUR 2018\25023); SAP de Valencia (Sección 6ª) núm. 172/2017 de 17 mayo (JUR 2018\25016) y SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 983/2016 de 13 diciembre (JUR 2017\39554), entre otras.

obiter dicta que el acreedor hipotecario podía instar la resolución del contrato *ex art.* 1124 CC en un juicio declarativo como consecuencia de los problemas acaecidos en la ejecución hipotecaria. Y por último el art. 8 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos parece que permite la resolución de contratos unilaterales por el incumplimiento de la obligación de la parte que tiene que satisfacer la prestación.

Pero no es este el problema. Lo cuestionable es si la figura de la resolución del art. 1124 CC es la adecuada para satisfacer las pretensiones del banco que quiere dar por vencidos los plazos sucesivos del crédito. Pues no es la adecuada. Y no lo es porque quien resuelve, plantea la ineficacia sobrevenida *ex tunc* del contrato, que no es de tracto sucesivo, y la restitución de las prestaciones *in pristino*. Como aproximadamente expone el juez de Tarragona, el prestatario debería devolver todo el dinero recibido a préstamo, incluso el que ha pagado ya, y la entidad tiene que devolver todos los cobros recibidos, practicándose las correspondientes compensaciones. Pero nótese que esta consecuencia no es la que quiere la entidad financiera cuando pide la resolución del contrato. Lo que en verdad quiere el prestamista es que se declaren vencidas las cuotas pendientes y que se condene al prestatario al abono del total adeudado, no que cada parte del contrato tenga que restituirse las prestaciones. Además, si se resolvería el contrato, este no existiría, y el dinero tendría que devolverse a la tasa de interés legal. Por último, al desaparecer la base negocial en que se sustenta la hipoteca, esta misma se extingue, sin que pueda ser empleada por la entidad para asegurar el cumplimiento de la nueva deuda de restitución.

Todas estas circunstancias evidencian que la figura de la resolución contractual no es la apropiada cuando el banco pretende la declaración de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y la condena al pago del total adeudado. En cambio, la acción adecuada para esta pretensión sería la de vencimiento anticipado *ex art.* 1129.1º CC.

5. A propósito de la pretensión de cumplimiento

Termina el banco por solicitar la condena a los prestatarios al pago de la cantidad que por cuotas de principal, intereses ordinarios y moratorios haya vencido en el momento de certificar la deuda (que en el caso de Tarragona asciende a 31.292,33 euros), así como a las cuotas que por principal, intereses ordinarios se devenguen hasta la sentencia y, **en su caso, hasta el íntegro pago del préstamo.**

Pues bien, el juez estima la pretensión de condena al pago de las cuotas vencidas⁷. Sin

⁷ También estima la pretensión del cumplimiento de las cuotas vencidas la SAP Barcelona (Sección 4ª) Sentencia núm. 351/2017 de 23 mayo (JUR 2017\289126).



embargo, respecto de la condena al pago de las cuotas futuras, el juez asevera que el artículo 220 LEC la prevé para el supuesto en que se reclame el pago de intereses o prestaciones periódicas, conceptos en los que no encajan las cuotas de amortización del préstamo. Según el juez en el contrato de préstamo la obligación del prestatario no consiste en el pago de prestaciones periódicas, sino que la obligación de devolver el capital y, en su caso, los intereses, es única, aunque fraccionada temporalmente. Pero es que además afirma que, si bien ese escollo podría salvarse en los supuestos en que se haya pactado un interés fijo durante toda la vida del préstamo, pues en tal caso todas las cuotas serían constantes, “cuando el interés es variable la determinación de las cuotas ya no consiste en una simple operación aritmética, requisito indispensable a la condena de futuro, y ha de tenerse en cuenta el número de períodos de amortización pendientes hasta el vencimiento del préstamo”. Asevera el juez para concluir que basta una simple lectura del estado de la cuenta para comprobar la disparidad del importe de las cuotas, siendo todas ellas de cuantía diferente. En consecuencia, desestima la pretensión de la condena al pago de las cuotas futuras.

Comentario. Es una condición *sine qua non* para reclamar una deuda que la misma haya vencido. Así, el art. 1125 CC establece que las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue. Por lo tanto, el banco no puede reclamar las cuotas que “no ha conseguido vencer anticipadamente”, pues aun no son exigibles por no haber acaecido el plazo. Por otra parte, también es correcto entender que el banco no puede pretender una condena al pago de las cuotas que se devenguen con posterioridad a que se dicte la sentencia del proceso declarativo pues el juez no podrá determinar su importe exacto al ir variando el valor de aquellas en virtud del índice de referencia.

Ahora bien, cabría exponer una postura adecuada y a la vez novedosa. En efecto, el banco podría solicitar, con fundamento en el art. 1124 CC, el cumplimiento del contrato, esto es, el pago de las cuotas vencidas y exigibles, y una indemnización por daños y perjuicios consistente en el abono del importe que supusiera la parte del contrato que se pretende vencer anticipadamente, pues en realidad ese es el menoscabo del acreedor que no ve satisfecho su crédito por ser el prestatario insolvente.

6. Sobre el problema de la realización de la hipoteca

En los casos de Tarragona el banco solicitó en la demanda que se ordenara “la realización del derecho de hipoteca, y, para el caso de que no se paguen las cantidades



adeudadas, proceder en ejecución de sentencia a la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, de forma que el producto de la venta del inmueble sea destinado al pago del crédito garantizado en el importe a cuyo pago vengan condenados los prestatarios en la sentencia”.

Pero según el juez de Tarragona la entidad financiera pretende un despacho de ejecución anticipado por lo que entiende que no procede efectuar pronunciamiento alguno en este sentido. Afirma el juez que será la actora la que en la forma legalmente prevista y con base en esta sentencia pueda instar su ejecución: (i) bien por el cauce de la ejecución de sentencia (sin perjuicio de la garantía hipotecaria); (ii) bien con base en la escritura de crédito hipotecario por la vía de los artículos 693.1 LEC y 127 LH.

Comentario. Una vez dictada una hipotética sentencia en la que “se declara válidamente realizado el vencimiento anticipado de la total obligación de pago llevado a efecto extrajudicialmente (...)” y “(s)e condena al deudor... al pago de la totalidad de las cantidades debidas por principal, así como por intereses ordinarios y, en su caso, moratorios (...)” surgen diversos interrogantes con enjundia. Repárese que Algunas sentencias de primera instancia y apelación, a las que nos referimos anteriormente, que estimaron la acción de resolución contractual, han declarado, con expresión no del todo clara, que las cantidades a cuya restitución se condena “podrán realizarse en ejecución de sentencia con cargo a la garantía hipotecaria otorgada a favor de la parte actora” (SJPI Valencia 11 107/2017); aunque por lo menos una resolución (SJPI 2 Valencia, 209/2016) ha precisado su alcance ordenando, “a los efectos de realización del derecho de hipoteca, la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, que se verificará en ejecución de sentencia de acuerdo a las reglas que resultan del Capítulo IV, Tit IV, Libro III LEC (arts. 681 y ss.)...sirviendo de tipo o avalúo pactado por las partes en la escritura de hipoteca”. Por otro lado, parece que las sentencias de Tarragona que traemos a colación dan por hecho que el acreedor podría acudir a la ejecución ordinaria de título judicial (a salvo la hipoteca) y a la ejecución hipotecaria.

A mi juicio, el dilema fundamental que debe resolverse es si para “ejecutar” el pronunciamiento de condena contenido en la sentencia deberá acudir el acreedor necesariamente al procedimiento ordinario de ejecución de título judicial, pero aplicando a este las especialidades de la ejecución hipotecaria, y por consiguiente si estas son aplicables, o puede optar por las vías de ejecución de título extrajudicial (“ordinaria” y especial de los artículos 681 y siguientes de la LEC), pero debiendo entenderse el título (“negocial”) “completado” o “precisado” por la sentencia obtenida precedentemente. Resáltese que dejaremos de lado la posibilidad de que el acreedor

vaya al juicio ejecutivo ordinario sobre la base de títulos no judiciales pues es una estrategia dominada por la ejecución especial.

Pues bien, consideramos que la sentencia de condena no puede ser directamente el título ejecutivo que se haga efectivo mediante el procedimiento de los arts. 681 y ss. LEC. En otros términos, no se puede ejercitar la “acción directa hipotecaria” a través de dicho procedimiento sobre la base de una sentencia de condena como título ejecutivo ni siquiera sosteniendo que la sentencia se limitaría en tal caso a complementar el título hipotecario extrajudicial, pues según el art. 130 LH el título ejecutivo es la escritura de hipoteca inscrita. No obstante, creemos que el cauce natural al que debería acudir el acreedor hipotecario sería ejecutar la sentencia (y la hipoteca) a través del cauce de ejecución ordinaria dineraria sirviendo de título la sentencia de condena. Ahora bien, habrá que ver si son aplicables o no, algunas de las peculiaridades de la ejecución hipotecaria. En concreto: la necesidad de embargar el bien hipotecado, con notables problemas de tracto sucesivo; la existencia de un rango de ejecución en el art. 592 LEC que impediría que por vía de ejecución pudiera instarse la acción hipotecaria “directa y exclusiva” contra bienes hipotecados, en los términos de los arts. 129 y 130 LH y 681.1 LEC; y la exigencia de un procedimiento de avalúo más caro y complejo que la simple tasación convencional del art. 682 LEC.

Respecto a la necesidad o no de embargar en un proceso de ejecución de título judicial el bien hipotecado para proceder contra él en la vía de apremio y de realizar la anotación preventiva en el Registro, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado a favor de la innecesaridad del embargo ya desde antes de la LEC 1/2000 (CACHÓN CÁDENAS, *El Embargo*, 1991, pág. 101). Asimismo, a favor de la innecesaridad del embargo se pronunció, bajo la vigencia de la LEC anterior, el AAP Madrid, Sección 21ª, de 28 de abril de 1998 (AC 1998\5092). El mismo criterio es mantenido, ya bajo la vigencia de la LEC actual, por el AAP Valladolid, Sección 1ª, de 5 de noviembre de 2007 (JUR 2008/56988). En resumidas cuentas, esta postura se basa en el entendimiento de que aunque la hipoteca y el embargo presentan diferencias importantes, tienen también unas características comunes que “permiten afirmar que los efectos que produce el embargo ya se han conseguido con la hipoteca y en consecuencia, resulta innecesario embargar el bien hipotecado. Así, una vez incoada la ejecución, el bien hipotecado puede ser sometido a la actividad de apremio, sin necesidad de practicar sobre el mismo el embargo”. No obstante, existen criterios discrepantes entre los tribunales y la Dirección General de los Registros y el Notariado. Efectivamente, la DGRN ha mantenido el criterio contrario en la Resolución de 10 diciembre 1997 (RJ 1997\8821) y actualmente en la RDGRN de 14 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6594). Como resulta de la Resolución de 10 de diciembre de 1997 si



entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria resultan cargas intermedias, su cancelación devendría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos. Para evitar estos efectos tan distorsionadores, como dijera la misma Resolución, resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Así lo consideró igualmente la Resolución de 23 de julio de 1999 que afirmó “la necesidad de hacer constar por nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo por la que publicaba la ejecución por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario. Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria”. En la jurisprudencia esta tesis es mantenida por la SAP Cantabria, Sección 1ª, de 21 de enero de 2002 (AC 2002/192).

Por otra parte, en lo relativo a si es o no aplicable el art. 592 LEC cuando la ejecución ordinaria se dirige contra un inmueble hipotecado, debe decirse que cierta doctrina⁸ ha entendido que el acreedor queda sometido a la regulación genérica del orden de prelación de los bienes del precepto, sin, que de esta forma, adquiera prevalencia alguna el embargo del bien hipotecado. Pero no nos parece que tal postura sea acertada. El art. 592 LEC dispone que “si acreedor y deudor no hubieren pactado otra cosa, dentro o fuera de la ejecución, el Secretario judicial responsable de la ejecución embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado”. Es decir, la fijación del bien afectado por medio de pacto se erige en el criterio primero. La LEC deja a las partes libertad para fijar los bienes objeto del embargo y el orden de su afección, elevando a criterio primero de selección los pactos que a tal fin hayan podido formalizar tanto dentro como fuera de la ejecución. Como ha dicho FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (*Comentarios a la LEC*, III, pág. 2853), la constitución de una hipoteca o una prenda para garantizar el cumplimiento de una obligación es, sin duda, el prototipo de los pactos que acreedor y deudor pueden hacer antes de la ejecución y, por eso, puede afirmarse que “el artículo 592.1 LEC implícitamente ordena al juez que proceda primero frente a los bienes que hayan sido dados en prenda o hipoteca, si

⁸ ADAN DOMENECH “*El acreedor hipotecario y el derecho de acceso a los Tribunales en La ejecución hipotecaria*”, noviembre 2008.

existieran”. Por tanto, en la ejecución del título judicial que declara el vencimiento anticipado y condena al pago de una cantidad no se tendrá en cuenta el orden de embargos del artículo 592. LEC y el inmueble hipotecado responderá de la deuda en primer lugar.

Por último, en torno a si debe procederse al avalúo de la vivienda hipotecada conforme a las reglas de la ejecución ordinaria cuando la tasación y el valor a efectos de subasta ya ha sido establecido convencionalmente, debe notarse que el artículo 637 de la LEC reza que se procederá al avalúo de los bienes (por perito judicial: art. 638 LEC), “a no ser que ejecutante y ejecutado se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución”. Por consiguiente, las partes pueden optar, pero la valoración convencional es el criterio principal y la pericial solo subsidiaria. En cambio, cuando se trata del procedimiento de ejecución hipotecaria la valoración convencional tiene carácter obligatorio (art. 682 LEC). Por ende, si la valoración se realizó convencionalmente para ejecutar por la vía especial también servirá esta si el acreedor acude a la vía de la ejecución ordinaria. Además, también deberán ser aplicables a la ejecución ordinaria de la resolución judicial las reglas de protección de deudores hipotecarios sobre determinación del valor de tasación del inmueble a efectos de subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en LRMH (art. 682 LEC). Nótese que sostener que no sería necesario realizar de nuevo el avalúo del inmueble en el proceso de ejecución ordinaria sería perjudicial para el acreedor pues no se tasaría aquel conforme al valor de mercado actual, y por tanto a un precio más bajo que en la tasación convencional hecha probablemente hace años, lo que provocaría que el acreedor viera satisfecho un menor porcentaje de deuda al adjudicarse el inmueble y así podría accionar por un mayor importe contra los bienes del deudor.

7. Cláusula de vencimiento anticipado abusiva en la ejecución de sentencia

Situándonos en esta situación de partida: a saber, que la sentencia ha condenado a pagar y declarado la procedencia del vencimiento anticipado en base al art. 1129.1º CC, podemos preguntarnos si podrá el consumidor oponer en el proceso de ejecución de esta resolución la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Así, pueden darse dos situaciones:

La primera, que se haya tratado sobre la abusividad de la cláusula en un proceso de ejecución hipotecaria o, como en el caso de las sentencias de Tarragona, en el proceso

declarativo. En estos casos es evidente que la fuerza de la cosa juzgada impedirá que el consumidor alegue la abusividad de la cláusula y que el juez se pronuncie sobre este tema.

La segunda, que el banco no haya ido previamente a una ejecución hipotecaria y que en el declarativo no se haya tampoco tratado sobre la cláusula. Obsérvese que el fundamento de la ejecución ya no es la cláusula de vencimiento anticipado sino la sentencia que contiene una declaración válida de vencimiento anticipado y la condena al pago del total adeudado. La cláusula nada tiene que ver en la ejecución y no ha sido el sustento de la declaración de vencimiento anticipado del contrato, así que aunque se declarase abusiva esta apreciación no tiene que tener efectos en el proceso. La abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado únicamente tendría incidencia en el procedimiento de ejecución hipotecaria pues esta es un presupuesto para acceder a ella (art. 693 LEC), o en el procedimiento declarativo si el acreedor hubiera pretendido el vencimiento anticipado en virtud de la estipulación.

8. De la defensa del consumidor: la excepción de cláusulas abusivas

Cierta doctrina⁹ ha declarado que el consumidor frente a una demanda en la que se solicita el vencimiento anticipado de la operación y la condena al pago del total adeudado puede formular la oportuna reconvencción por distintas cláusulas abusivas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario. En este sentido afirma el mencionado autor que el art. 406.1 LEC exige para aceptar la reconvencción que exista conexión entre las pretensiones del reconviniente y las que sean objeto de la demanda principal por lo que la formulación de la abusividad de una cláusula que consta en el mismo contrato que la estipulación que fundamenta la demanda principal, testimonia que ambas peticiones proceden del mismo título, existiendo entre ambas un nexo de conexión.

Comentario. Creo que, al contrario que dice el autor referido, en los procesos declarativos, como hemos visto, la estipulación de vencimiento anticipado no tiene porqué fundamentar la declaración de vencimiento anticipado. Ahora bien, la pretensión de vencimiento anticipado y de reintegro del total adeudado se refieren al contrato de préstamo hipotecario, al igual que las cláusulas que eventualmente podría atacar el consumidor, por lo que sería válida la reconvencción alegando la nulidad de cláusulas contractuales. Pero obsérvese que no sería necesario que el consumidor llegara al extremo de reconvenir, pues podría alegar la nulidad de estas cláusulas por

⁹ ADÁN DOMENECH, F., *Op. Cit.*



vía de excepción ya que el Tribunal Supremo tiene dicho que la nulidad radical de un contrato (extrapólese a cláusula predispuesta) puede aducirse por este cauce (SSTS de 15 de febrero de 1980, RJ 1980 2004, de 25 de mayo de 1987, RJ 1987 14543, de 6 de octubre de 1988, RJ 1988 17452, 7 de junio de 1990, RJ, 1991 4590, entre otras). Aunque el consumidor no podrá alegar la abusividad de cláusulas que hayan sido tratadas en procesos previos (principalmente ejecuciones hipotecarias y declarativos) porque estarán afectadas por la cosa juzgada. A mayor abundamiento, si se estimara la abusividad de cláusulas contractuales que comportaran una restitución dineraria para el consumidor, como la cláusula suelo, deberían realizarse las oportunas compensaciones.