

# Algunas ideas esenciales sobre la ejecución hipotecaria

[Reflexions about on foreclosure]



SORAYA CALLEJO CARRIÓN

Prof. Dra. Centro Universitario Villanueva  
Abogada

**Fecha de recepción:** 1 de julio de 2014.

**Fecha de aceptación:** 1 de septiembre de 2014.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. ■ II. CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ■ III. NATURALEZA JURIDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ■ IV. ESTIPULACIONES FINANCIERAS VERSUS ESTIPULACIONES HIPOTECARIAS. ■ V. EL OBJETO DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ■ VI. INEXISTENCIA DE VERDADERA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. ■ VII. EL TITULO EJECUTIVO: DEBER SER *VERSUS ES*. ■ VIII. LA HIPOTECA COMO INSTRUMENTO PROCESAL. ■ IX. LAS PARTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ■ X. ALTERNATIVAS PROCESALES DEL ACREEDOR HIPOTECARIO. ■ XI. PRESUPUESTOS OBJETIVOS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ■ XII. DEMANDA EJECUTIVA. ■ XIII. EL REQUERIMIENTO DE PAGO. ■ XIV. LA REGULIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. ■ XV. LA OPOSICION DEL EJECUTADO. ■ XVI. LA CONFLICTIVA APLICACIÓN DEL ART. 579 LEC VERSUS DACIÓN EN PAGO. ■ XVII. INSUFICIENCIA DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO: PROPUESTAS DE REFORMA.

**Resumen:**

Las ejecuciones hipotecarias han existido siempre. Incluso en tiempos de bonanza económica, los especialistas han tenido que dedicar gran parte de su actividad a enfrentarse a estos procesos. Sin embargo, en un contexto de crisis económica este tipo de ejecuciones han aumentado significativamente y han proliferado las voces que solicitan y exigen una reforma integral.

**Palabras Clave:**

Crisis económica, Ejecuciones Hipotecarias, Reforma.

**Abstract:**

Foreclosures have always been; even in times of economic boom, the firms specialized in the field have had to devote much of his time to these processes. However, with the economic crisis and the significant increase in such executions, have accentuated the «voices» demanding its comprehensive reform.

**Key Words:**

Economic crisis. Foreclosures. Reform.

## I. INTRODUCCIÓN

Ejecuciones hipotecarias siempre ha habido; incluso en época de bonanza económica, los despachos especializados en la materia han tenido que dedicar buena parte de su tiempo a estos procesos. Sin embargo, con la crisis económica y el considerable aumento de este tipo de ejecuciones, se han acentuado las «voces» reclamando su reforma integral. En este sentido, la dación en pago se erige desde distintos sectores como la solución estrella a un problema, el de los lanzamientos hipotecarios, que se ha convertido en un verdadero lastre para muchas familias. Sin embargo, no resulta necesaria merced a lo dispuesto en el vigente artículo 140 LH. Y es que, sin perjuicio de la inconveniencia de implantar con carácter general la dación en pago, bastaría con aplicar la normativa vigente y mejorar puntualmente algunos aspectos tanto contractuales como procesales. En todo caso, cualquier reforma pasa por entender la ejecución hipotecaria en su verdadera dimensión, de ahí que en el presente trabajo se apunten algunas conclusiones importantes en torno a lo que es y debe ser este proceso ejecutivo especial<sup>1</sup>.

---

1. El presente trabajo incluye las conclusiones de mi tesis doctoral defendida en junio de 2013 en el Departamento de Derecho Procesal de la UNED. La tesis fue evaluada con la máxima calificación y mereció

## II. CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Sobre el proceso de ejecución hipotecaria, anteriormente procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, se han proyectado numerosas sombras de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional las ha despejado en diversos pronunciamientos al admitir la perfecta acomodación del procedimiento a las exigencias constitucionales, por considerar compatibles la ausencia de controversia y la cognición limitada con el derecho de defensa, y, por tanto, con el artículo 24 CE.

A la afirmación de su constitucionalidad se llegaba considerando la posibilidad de acudir a proceso declarativo ordinario posterior. No obstante, la declaración genérica de constitucionalidad del procedimiento no ha impedido que el propio Tribunal mantenga, por el contrario, la inconstitucionalidad de ciertas actuaciones judiciales de aplicación de la regulación.

El carácter voluntario de la hipoteca es otro argumento esgrimido por el TC para mantener la validez constitucional del procedimiento. Y, muy importante ha sido también la doctrina que el mismo Tribunal ha tenido ocasión de conformar en relación a la intervención de terceros en el proceso y los errores o defectos formales detectados al notificarles el procedimiento. En este sentido, ha declarado que los errores formales no implican necesariamente indefensión al partir de la distinción entre indefensión material e indefensión formal, siendo la material la única que protege el artículo 24 CE.

Recientemente, el TC ha vuelto a pronunciarse<sup>2</sup>, si quiera a modo de *obiter dicta*, dado que no llegó a emitir fallo de fondo, sobre la constitucionalidad del proceso de ejecución hipotecaria, esta vez el regulado en los artículos 681 y ss. LEC. Lo ha hecho en respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de Sabadell que justifica la necesidad de un nuevo pronunciamiento al haber cambiado radicalmente la realidad social y económica en que se suceden los procesos de ejecución. El Tribunal no ha entrado en el fondo del asunto argumentando que no se cumple el necesario juicio de relevancia y, en consecuencia, ha inadmitido la cuestión. Ciertamente, el Auto del TC de 21 de julio de 2011 ha desperdiciado la oportunidad de resolver la cuestión a la luz de la regulación vigente; la alusión a los argumentos consolidados en un tiempo y unas circunstancias sociales y económicas muy distintas dejan un poso de descontento entre quienes sostienen que siguen existiendo tintes evidentes de inconstitucionalidad; tanto más si se tiene en cuenta que el TC no los ha rebatido; se ha limitado a remitirse a la Jurisprudencia consolidada en un momento histórico y en unas circunstancias sociales y económicas que difieren radicalmente de las actuales.

Por tanto, en la medida que la doctrina consolidada lo es respecto del antiguo procedimiento judicial sumario, se echa en falta un nuevo pronunciamiento de fondo referente a la regulación vigente. Igualmente, se echa de menos, tanto en el cuerpo principal del Auto que inadmite la cuestión, como en el voto particular concurrente, una superación definitiva de las reminiscencias registralistas que impiden afirmar sin complejos que la ejecución hipotecaria es un proceso de ejecución con particularidades, pero proceso al fin y al cabo.

---

el Premio extraordinario de doctorado 2012/2013. De ahí, que el mismo no incluya notas a pie de página. Para las referencias se puede consultar el ejemplar de la tesis, de próxima publicación.

2. Auto del TC de 21 de julio de 2011.

### III. NATURALEZA JURIDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La discusión acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria, aun siendo relevante a los efectos de resolver dudas sobre aspectos controvertidos no resueltos expresamente por el legislador, carece de sentido al amparo de la vigente LEC. La Ley 1/2000, de 7 de enero opta decididamente por concederle carácter procesal, de manera que la intención del legislador es zanjar toda polémica doctrinal al asignar a ésta ejecución naturaleza de proceso de ejecución especial. La especialidad deriva de las particularidades que regulan de forma expresa los artículos 681 a 698 LEC, en contraste con la regulación específica de la ejecución ordinaria.

Con todo, históricamente se ha negado su concepción de proceso al reconocer la falta de controversia así como la imposibilidad de su existencia, dado que en el proceso ejecutivo no se declara el Derecho y la cognición judicial es muy limitada.

Las tesis no procesalistas acerca de la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria esencialmente pusieron el acento en la ausencia de contienda jurídica, para a partir de tal premisa, definir la ejecución hipotecaria como acto de jurisdicción voluntaria, como «efectuación» de una relación jurídica, enajenación sin proceso o simple procedimiento sin juicio.

Por el contrario, dentro de las teorías procesalistas, hay distintas variantes, desde la que concibe este tipo de ejecución como un proceso ejecutivo documental, como vía de apremio especial y como proceso de ejecución ordinaria. Las mismas disquisiciones planteadas en el seno de la doctrina se trasladaron al campo jurisprudencial, si bien, la mayor parte de las resoluciones judiciales mantienen su naturaleza de proceso de ejecución y actualmente esta última afirmación no puede cuestionarse. Como tal proceso se rige por los principios básicos de todo proceso de ejecución y por el carácter de orden público de sus normas reguladoras.

En definitiva, al hilo de la regulación vigente puede discutirse sólo un matiz: si nos encontramos ante un proceso de ejecución ordinaria con especialidades, *particularidades* según terminología empleada por la LEC en su Capítulo V, Título IV, Libro III, o es una ejecución especial. En cualquier caso, lo verdaderamente relevante a efectos jurídicos es su naturaleza de auténtico proceso y en este sentido puede considerarse definitivamente resuelta la controversia que ha perseguido a la ejecución hipotecaria prácticamente desde sus inicios. Con la LEC de 2000 se inicia el camino hacia la conceptualización definitivamente procesal de la denominada *ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados*.

### IV. ESTIPULACIONES FINANCIERAS *VERSUS* ESTIPULACIONES HIPOTECARIAS

Aunque el proceso judicial se ha *deshipotecarizado*, el legislador sigue introduciendo elementos de confusión entre la obligación y la garantía que se constituye para su seguridad. El mejor exponente de esto último es la dicción del artículo 130 LH cuya aplicación literal lleva a considerar inejecutable el contenido del título no inscrito. Y es que la separación entre crédito e hipoteca no siempre resulta fácil, lo que a la postre incide directamente en la labor calificadora de los Registradores.

Con la redacción del artículo 12 de la LH tras la reforma producida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, se ha desvirtuado la esencia del Registro al favorecer el

acceso al mismo de todo tipo de cláusulas, incluyendo las de vencimiento anticipado y otras estipulaciones financieras, no sólo aquellas cláusulas de eficacia real. Ello a pesar de que se pretenda difuminar bajo el manto de un nuevo concepto como es el *simple trascrición* y se anuncie que la inclusión en el Registro de estas cláusulas lo es a efectos de mera noticia. Asimismo, el vaivén que ha experimentado la doctrina de la DGRN en este punto ha terminado por confirmar lo inevitable, el acceso general al Registro de la Propiedad de cualquier tipo de cláusula (con eficacia real o simplemente financiera) y la asunción por parte del Registrador de tareas de calificación de todas ellas por mínima que sea, lo que no se identifica bien con la esencia y finalidad de este instrumento público y, además, no redundaría en una mayor seguridad jurídica para las partes.

## V. EL OBJETO DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

El objeto de la ejecución hipotecaria es el préstamo hipotecario. Elementos objetivos esenciales de éste son: deuda (obligación), título ejecutivo e hipoteca, conceptos todos ellos que se perfilan como tres pilares fundamentales y que contribuyen a delimitar de forma objetiva la *pretensión ejecutiva hipotecaria*.

El pago de la deuda por el deudor (ejecutado) constituye la finalidad primordial del proceso de ejecución hipotecaria; la deuda, que aparece constatada en un documento especialmente privilegiado como es el título ejecutivo, se garantiza fuertemente a través del instrumento no menos privilegiado que representa la hipoteca. En este contexto, no se ejecutan los bienes dados en garantía, sino la obligación garantizada; por consiguiente, el fundamento de la demanda será el título constitutivo de la deuda y no la inscripción de la hipoteca. Esta última como elemento accesorio que es de la obligación se convierte en un instrumento procesal necesario para conseguir la satisfacción del derecho de crédito del acreedor, pero no es un fin en sí mismo, sino el medio necesario para compeler al deudor al cumplimiento forzoso de su obligación de pago.

A pesar de que la propia LEC utiliza indistintamente expresiones como la de *título inscrito* y *título de crédito*, no son conceptos idénticos ni hacen referencia a lo mismo. El primero es el documento indispensable para la existencia misma de la hipoteca, dado que su inscripción en el Registro de la Propiedad opera con alcance constitutivo. Por su parte, el *título de crédito* es aquél en que consta el préstamo garantizado. Gran parte de la confusión estriba en que ambos suelen materializarse en el mismo acto y documento, pero si constasen por separado, el título ejecutivo debería ser el de la obligación garantizada. De la misma manera que no se ejecuta el embargo tampoco se ejecuta la hipoteca que es una suerte de traba anticipada, aunque muy cualificada.

El pago de la obligación obedece a conceptos como el de *certeza*, *subsistencia* y *exigibilidad*. Comprobar estos extremos, es algo que debería hacerse en un momento incipiente del proceso, de oficio, por el tribunal competente, *in audita parte debitoris* sin esperar a la expedición de la oportuna certificación de cargas: resulta sumamente inoportuno desde el punto de vista de la economía procesal y la propia situación del ejecutado que se despache ejecución por un crédito inexistente.

No obstante las dificultades a la hora de comprobar estos extremos en supuestos de hipotecas en garantía de obligaciones futuras, cuenta corriente de crédito o hipoteca global o flotante, se reconoce la posibilidad de instar el proceso de ejecución hipotecaria también en estos supuestos.

## VI. INEXISTENCIA DE VERDADERA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Entre las cláusulas financieras que más incidencia tienen en los contratos de préstamo hipotecario, al incluirse prácticamente en la totalidad de las operaciones crediticias y, generar con ello un efecto demoledor en la situación económica del deudor, figura la de vencimiento anticipado, fiel reflejo de la devaluación que ha experimentado el Registro de la Propiedad al permitirse su inclusión en el mismo, si quiera sea solamente como simple *transcripción*. Aunque se ha discutido doctrinal y jurisprudencialmente sobre la validez de la referida estipulación (la Sentencia del TS de 27 de marzo de 1999 es claro exponente de todo un iceberg jurídico), se admite en nuestro Derecho con base en el principio de autonomía de la voluntad.

Sin embargo, somos partidarios de negar la mayor en este aspecto. Ni con respecto a la cláusula de vencimiento anticipado ni otras tantas en los contratos de préstamo hipotecario, existe verdadero consentimiento por parte del deudor; tampoco voluntad, ni siquiera conocimiento de lo que implica el vencimiento anticipado ante un eventual impago. En este sentido, una correcta información previa al cliente-deudor-ejecutado podría eliminar vicios de nulidad, de ahí que se postule la implantación de un *consentimiento informado* (que no desinformado) en la fase negocial del vínculo que une a acreedores y deudores durante un gran periodo de tiempo. La implantación de lo anterior no sería tarea fácil habida cuenta del carácter de contrato de adhesión que asiste al préstamo hipotecario, pero lo exigen los intereses de la parte más débil, el consumidor. En este sentido, conviene traer a colación la STC 119/2012, de 4 de junio, cuando confirma que tratándose de contratos de adhesión, las condiciones generales de estos requieren de un mayor control, de forma que se impidan las situaciones de abuso en la contratación respecto de la parte contractual económicamente más débil.

Negamos la existencia del principio de autonomía de la voluntad al menos en una de sus vertientes, la de libertad contractual. Existe cierto margen de voluntad por parte del deudor en cuanto a la *libertad de contratar*, en el sentido de que puede o no celebrar el contrato, pero falta absolutamente en cuanto a la segunda. No puede sostenerse la existencia de pacto, ni autonomía de la voluntad en la medida que el contenido contractual se encuentra prefijado de antemano por una de las partes que, además, ostenta la posición más fuerte, predominante frente al consumidor que se limita a aceptar o no lo que desde la entidad se le impone.

Por tanto, faltando verdadero consentimiento, la cláusula de vencimiento anticipado, a pesar de que la LEC expresamente la declare legal siempre que conste inscrita en el Registro, es también nula, si bien, no le aqueja una nulidad intrínseca sino que lo es por la falta de una verdadera negociación contractual. Llegado este punto, podría decirse que un proceso de ejecución iniciado desde la *legitimidad jurídica* que supondría una fase contractual previa verdaderamente informada por el principio de autonomía de la voluntad en toda su extensión, reforzaría y justificaría el fundamento de esta ejecución.

## VII. EL TITULO EJECUTIVO: DEBER SER *VERSUS* ES

El título constitutivo de la obligación es el verdadero fundamento de la *pretensión ejecutiva hipotecaria*.

Si bien la mayor parte de la doctrina considera que el título ejecutivo es el título inscrito, es decir, la escritura pública de hipoteca, consideramos que el verdadero título de ejecución es aquel en el que consta el crédito, revestido de las condiciones exigidas para llevar aparejada ejecución, dado que no todo título de crédito sin más es ejecutivo, ni abre el acceso a este proceso especial de ejecución.

El fundamento de la ejecución es el título del que resulta la existencia de la deuda, no la hipoteca, cuya virtualidad radica, no tanto en suplantar el título que lleva aparejada ejecución, sino en privilegiar y asegurar su buen fin. Se ejecuta, por tanto, el título, no la hipoteca.

La regla general según la cual toda ejecución tiene su fundamento en un título, no presenta excepciones en la ejecución hipotecaria; tan solo existe una singularidad propia y es que la demanda ejecutiva hipotecaria debe acreditar la conexión registral del crédito con la garantía, lo que exige en ocasiones la necesidad de integrar o complementar el título con otros documentos.

Mientras que el título de crédito es insustituible, la conexión hipotecaria puede acreditarse de diversas formas. No se precisa que el título esté inscrito, ni por tanto, el acceso tabular del derecho material que incorpora. La inscripción como requisito de la ejecución hipotecaria constituye únicamente una exigencia de la hipoteca pero nunca del título de crédito. Por tanto, bastaría con que figurara inscrita la hipoteca que le da cobertura en su estructura mínima de carga o derecho real y acreditada la conexión entre el título de crédito y la hipoteca, procede el despacho de la ejecución.

A pesar de que la mayoría de los autores insisten en que el título es la escritura pública de hipoteca, creemos que mantener lo contrario, al identificar el título ejecutivo con la escritura de préstamo, resulta más coherente con el sistema instaurado por la propia LEC, que hace descansar la potencialidad ejecutiva en el título, no en la hipoteca. Con todo, la distinción a efectos prácticos no presenta demasiada relevancia; ambos, crédito e hipoteca, se materializan en el mismo acto y documento, pero si se documentaran por separado, consideramos que el título ejecutivo debería ser el de la obligación y no el de la garantía.

El carácter ejecutivo se atribuye únicamente a la copia de la escritura pública emitida con tal carácter, al margen de su cronología y de si se trata de primera o posteriores copias porque lo determinante, tras la reforma de la Ley 36/2006 es que se haya expedido expresamente con tal carácter.

Máximo exponente de la exigencia de integración del título ejecutivo es el relativamente novedoso de la *hipoteca flotante*.

Hay autores que niegan que este tipo de hipotecas puedan ejecutarse por el procedimiento regulado en los artículos 681 y ss. LEC, sin embargo, dados los términos en que se pronuncia el artículo 153 bis LH, no cabe sino reconocer la potencialidad ejecutiva de esta hipoteca.

Supuesta la ejecutabilidad por el procedimiento de ejecución hipotecaria de las obligaciones garantizadas con este tipo singular de hipoteca, precisamente por la indeterminación de la deuda y su cuantía, la ejecución pasa por la necesaria integración del título. Documentos como la certificación bancaria o el documento fehaciente no son documentos idóneos para suplantar el título, sino meramente para complementarlo y necesarios desde el punto de vista de su integración.

No obstante, la exigencia de un documento fehaciente que corrobore que la liquidación se ha efectuado del modo indicado en el título no ofrece ninguna garantía adicional para el deudor.

Partiendo de la premisa básica según la cual lo que se ejecuta es la obligación con el soporte de la garantía, la regla general no implica tanto que la hipoteca haya de ejecutarse en su totalidad, sino más bien que el crédito garantido se ejecute de una vez. Las normas de las que se infiere la regla general según la cual toda ejecución determina la cancelación del gravamen, se fundan probablemente en la consideración de que la hipoteca asegura una sola obligación, lo que permite establecer una perfecta correlación entre deuda y garantía. No obstante, la mentada regla debe matizarse con la regulación de la hipoteca flotante, cuya característica principal es que asegura diversas obligaciones. Del tenor de los artículos 154 y 155 de la LH pueden extraerse la posibilidad de ejecución aislada, pero total respecto de cada uno de los diferentes créditos cubiertos por la garantía, sobreviviendo la hipoteca global por el remanente.

## VIII. LA HIPOTECA COMO INSTRUMENTO PROCESAL

La hipoteca es elemento objetivo y accesorio del préstamo hipotecario. Necesariamente hay que dimensionarla en dos planos distintos: el material o sustantivo y el procesal.

En lo que interesa respecto del proceso de ejecución hipotecaria, sin negar su naturaleza jurídica de derecho real en el ámbito sustantivo, sostenemos que la hipoteca es ante todo un instrumento procesal, un acto integrado dentro del proceso como un elemento de apremio alternativo al embargo, en virtud de una traba preconstituida, pero especial por su carácter preferente y excluyente que acelera y asegura la vía de apremio.

Somos conscientes de que tratar la hipoteca que se está realizando en el seno de un proceso de ejecución desde una perspectiva eminentemente procesal exige romper moldes conceptuales muy anclados en la tradición; sin embargo, la teoría procesalista de la hipoteca no es nueva ni producto de una ingenua iluminación.

En este punto, resulta cuanto menos sorprendente que se reconozca la naturaleza procesal del embargo y se niegue esa misma naturaleza respecto de la hipoteca, definida como traba privilegiada frente al embargo, pues siendo prácticamente lo mismo, una exime de tener que realizar operaciones de búsqueda y valoración de bienes, dado que la traba viene predeterminada por las partes, mientras que el embargo exigiría la determinación ya en fase procesal de los bienes que han de ser objeto de realización forzosa y fijar su sometimiento a la ejecución.

El hecho de que la hipoteca sea una convención anticipada al nacimiento del proceso no puede hacernos dudar de su naturaleza procesal, ya que el tiempo en que se lleva a cabo un acto no prejuzga su naturaleza, que ha de fijarse por la función que realiza o satisface.

En síntesis, la hipoteca se perfila como una suerte de traba anticipada, a la sazón privilegiada, instrumento esencial para la realización del bien que, en consecuencia, funciona como acto procesal de carácter ejecutivo cuya realización generalmente por medio de la subasta, conlleva la satisfacción del derecho de crédito a favor del acreedor.

## IX. LAS PARTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La existencia de partes en el proceso de ejecución hipotecaria está fuera de toda duda. Esta afirmación es tan cierta actualmente, dado que la LEC no deja margen para la discusión, como respecto del antiguo procedimiento judicial sumario, a pesar de que en éste último de forma insistente se negaba la existencia de partes básicamente por concebirlo más como un procedimiento de base registral que como un auténtico proceso.

No solamente se admite de forma incontestable esta premisa, la que aboga por la existencia de partes procesales en la ejecución hipotecaria, sino que la propia LEC identifica con nitidez quienes asumen esa condición, ya sea como parte activa (acreedor ejecutante) o pasiva (deudor, hipotecante no deudor y tercer poseedor).

El hecho de que el ejecutado disponga de escasas posibilidades de defensa, no afecta a su condición de parte o litigante en el proceso, sino, todo lo más, a su situación jurídica dentro de ese proceso.

La cualidad de parte deriva esencialmente de lo dispuesto en el título ejecutivo, pero como quiera que pueden darse supuestos en que no exista una coincidencia exacta entre los intervinientes en la relación material y quienes aparecen finalmente en la relación procesal, resulta determinante para configurar la legitimación activa y pasiva, el Auto por el que se despacha ejecución; así lo quiere el artículo 538 LEC que da preponderancia a esta resolución judicial a los efectos de fijar quienes asumen la condición de partes en el proceso. En este punto, puede afirmarse que el referido Auto confiere eficacia legitimadora que va más allá del propio título ejecutivo dado que la ejecución puede extenderse a personas o bienes que inicialmente no aparecen en el título.

Supuesto que presenta cierta complejidad es el del cesionario del crédito hipotecario; a la tradicional discusión doctrinal y jurisprudencial acerca de si la inscripción de la cesión funciona con carácter puramente declarativo o, por el contrario, constitutivo, y de si el cesionario puede instar la ejecución hipotecaria, se une en gran parte a consecuencia de la crisis económica, la polémica auspiciada por un buen número de resoluciones judiciales recientes que niegan el despacho de la ejecución a favor del cesionario que no ha inscrito su adquisición en el Registro.

El fenómeno de la cesión global o universal de créditos no es nuevo, si bien la reestructuración de muchas entidades financieras y la propia crisis están propiciando la cesión masiva por parte de muchas entidades que buscan mejorar sus balances y su propia situación económica.

En este marco jurídico, el cesionario tiene legitimación ordinaria y derivada para instar el proceso de ejecución en reclamación de los créditos hipotecarios adquiridos y, entendemos que la controversia existente en este punto tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, debe resolverse a favor de reconocer el alcance puramente declarativo de la inscripción, así como de la legitimación activa del cesionario en el seno de un eventual proceso de ejecución hipotecaria. Debe ser así toda vez que la única inscripción que opera con sentido constitutivo es la de la propia hipoteca, pero no hay razones para exigirlo en su transmisión. En definitiva, no hay más inscripción constitutiva que la de propia hipoteca, pero una vez que ésta se ha constituido y ha quedado definitivamente registrada, nada exige que su transmisión tenga que ser también con alcance constitutivo.

La precedente interpretación resulta más acorde con los artículos. 149 LH que, si exige inscripción y, el artículo 1526 CC que supedita la producción de efectos frente a terceros a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

De otro lado, en lo que concierne al concepto de sucesión procesal y de su regulación en el proceso de ejecución especial hipotecaria se han planteado discrepancias a la hora de dilucidar si el artículo 540 LEC resulta aplicable en este proceso. Es cierto que el precepto debía haber evitado la controversia con un título más preciso; al referirse textualmente a la *sucesión*, podría haberla calificado explícitamente de *procesal* y se hubieran evitado discusiones doctrinales que, como no podía ser de otra forma, se han trasladado a los Tribunales de Justicia.

En cualquier caso, consideramos que el precepto debatido sí encierra la regulación básica del fenómeno de la *sucesión procesal* en el seno del proceso de ejecución y, por ende, en el proceso de ejecución hipotecaria extrapolable a los casos en que el cambio de alguna de las partes se produce en un momento muy inicial del proceso, (antes de despacharse ejecución), o en un momento posterior.

Desde que se presenta demanda existe proceso, por tanto, cabe hablar de *sucesión procesal*. Y si de los términos en que se pronuncia la demanda se deduce que el cambio de alguna de las partes tuvo lugar al margen del proceso, como podría observarse si ya en la propia demanda el ejecutante o el ejecutado es distinto, como quiera que es voluntad del legislador que los casos de sucesión, al margen de si es material o procesal, se rijan por este precepto específico, el mismo tendrá que ser aplicado en detrimento de la normativa genérica de los artículos 16 y 17 de la LEC.

En contra de lo afirmado tradicionalmente por algunos autores y por el propio Tribunal Supremo en el sentido de que la inexistencia de cognición en todo proceso de ejecución lleva aparejada la correlativa inexistencia de auténticas partes procesales y, sobre todo, de parte pasiva o ejecutada, no cabe sino mantener lo contrario. En consecuencia, debe afirmarse sin ambages que existe parte pasiva o ejecutada; el hecho de que, efectivamente, la cognición sea muy limitada, que no inexistente, no altera la naturaleza jurídica del proceso sumario, ni el papel que a los afectados directamente pueda corresponderles en este proceso. Podrán limitarse sus medios de defensa, pero nunca su condición de parte pasiva o demandada, en el caso, ejecutada.

El artículo 685 de la LEC confirma lo anterior al aclarar quién asume el papel de ejecutado en este proceso (*el deudor*), y quien puede asumirlo también junto a él (*hipotecante no deudor y tercer poseedor*). La expresión que emplea el precepto cuando se refiere a estos últimos («*en su caso*»), no significa más que su existencia en el proceso es contingente: puede que existan o no. Pero si existen, la demanda deberá dirigirse contra todos ellos formando un litisconsorcio pasivo necesario.

La exigencia del artículo 685 LEC de dirigir la demanda contra todos ellos tiene sentido en la medida en que lo que pretende el acreedor cuando insta el proceso, según se infiere de lo dispuesto en el artículo 681 LEC, no es otra cosa que demandar el pago, de ahí que reclame directamente contra su deudor, pero como quiera que la realización de la garantía accesoria o hipoteca es el instrumento que se pone en marcha para satisfacer el derecho de crédito, obligando al deudor a un pago forzoso, se hace necesario demandar también, caso de que existan y sean distintos del deudor, a los otros dos sujetos: el *hipotecante no deudor* y el *tercer poseedor* del inmueble a través del cual el acreedor cobrará su derecho. Debe ser así a tenor de un hecho cierto: si el pago forzoso se mate-

realiza a través de la realización del inmueble hipotecado, el titular del referido inmueble debe ostentar la cualidad de parte procesal.

Al *hipotecante no deudor* que grava su bien por una deuda de otro se le ha denominado en no pocas ocasiones *avalista* o *fiador hipotecario* o simplemente *fiador real* a pesar de que la equiparación entre fianza e *hipotecante no deudor* no resulta clara desde un punto de vista conceptual y ha sido rechazada por parte de la Jurisprudencia. Entendemos que no cabe una identificación absoluta entre el *fiador* y el *hipotecante no deudor* a quien erróneamente se denomina como tal aunque en un intento por atenuar el rigor de la expresión se utilice el calificativo de real.

La legitimación del *hipotecante no deudor* no debe fundamentarse en un argumento «realista» que ve en el proceso un procedimiento dirigido exclusivamente a la realización del bien garantizado con la hipoteca, de ahí la conveniencia de demandar a quien perderá su inmueble, sino en la esencia misma de este proceso; si su finalidad básica es conseguir el pago de la deuda y dicho pago se instrumentaliza realizando la garantía hipotecaria, resulta obvia la necesidad de demandar también (si es persona distinta del deudor) al hipotecante del bien susceptible de realización, pero también al deudor principal aunque no sea hipotecante, pues lo que se persigue en el proceso de ejecución hipotecaria es el pago, aunque para ello haya que realizar en un buen porcentaje de casos el bien inmueble sujeto a la garantía.

Por otro lado, la LEC en el citado artículo 685.1 condiciona el reconocimiento de la legitimación pasiva del *tercer poseedor* a que éste acredite al acreedor la adquisición del bien, sin precisar el modo en que tenga que acreditarse, con lo que bastará con cualquier medio reconocido en Derecho. Existirá *tercer poseedor* siempre que se produzca con posterioridad a la hipoteca un cambio en la titularidad del inmueble sometido a la garantía. Por consiguiente, es su adquisición, junto con la acreditación de la misma lo que supone el nacimiento del derecho a participar en el proceso como parte pasiva, toda vez que, a pesar de no haber intervenido en la obligación que se garantiza ni haber asumido deuda alguna, es titular del inmueble que lo garantiza. Cuestión distinta es que para atribuir a un tercero la cualidad específica, con todo lo que ello conlleva, de *tercer poseedor*, sea necesario que éste inscriba su titularidad en el Registro de la Propiedad, inscripción que no exige el artículo 685, el cual sólo habla de acreditación.

Tanto en los Tribunales como en el seno de la doctrina científica se viene discutiendo acerca de si para asignar la condición procesal de *tercer poseedor* es necesario o no que el adquirente inscriba su adquisición en el Registro. A nuestro juicio, al no exigirlo expresamente el artículo 685.1 LEC que se limita a prever simplemente que el tercero acredite sin más su titularidad, tal requisito no operaría nunca como *conditio sine qua non* para reconocer la cualidad de tercer poseedor al tercer adquirente. Antes al contrario, bastaría con que éste probase su adquisición por cualquier medio, incluso al margen del Registro de la Propiedad. En este contexto, el Registro desempeña una función nada desdeñable de protección y seguridad jurídica, si bien no es determinante para que se consumen las adquisiciones por terceros.

No obstante, cabría argumentar que el artículo 662 de la LEC resuelve tajantemente la controversia, pues al tiempo que encierra un concepto amplio de *tercer poseedor*, exige que éste inscriba su título en el Registro. En este estado de cosas, no podemos por menos que afirmar que el precepto se excede; el sistema instaurado en nuestro Código Civil, (teoría del título y el modo) para la adquisición del derecho de propiedad tratándo-

se de bienes inmuebles, se limita a condicionar la entrega al otorgamiento de escritura pública (entrega ficticia), sin que sea preceptiva la inscripción en el Registro de la Propiedad para consumar la operación. Cuestión muy distinta es que la inscripción en el Registro sea conveniente, pero de ningún precepto hipotecario cabe deducir que se exija de forma expresa que el tercer adquirente deba inscribir su título de adquisición para gozar de la posición de *tercer poseedor*

En todo caso, el *tercer poseedor*, acreditada su adquisición, podrá intervenir en cualquier momento del proceso y utilizar todos los medios de defensa que la Ley concede al ejecutado en los términos previstos en el artículo 538.3 de la LEC. Impedir su participación, una vez conste su existencia, podría generar una nulidad posterior por indefensión con base en el artículo 24 de la CE.

Aun cuando el artículo 689 LEC limita la intervención del *tercer poseedor* a recibir la notificación del procedimiento a fin de actuar en los términos previstos en el artículo 662 o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas en la parte que está asegurada con la hipoteca de su finca, su intervención debe ser en concepto de parte procesal plena, y consiguientemente, podría formular motivos de oposición si los hubiera.

En este contexto, la inscripción de la adquisición en el Registro facilita el conocimiento de su existencia y favorece su pronta intervención en el proceso; desde ese punto de vista dicha inscripción es recomendable, pero nunca preceptiva para atribuirle la condición de tercer adquirente que es como en puridad debería denominársele. Por tanto, si el acreedor hipotecario tiene conocimiento de la existencia de un *tercer poseedor* al margen del Registro tiene la obligación de demandarle inicialmente o requerirle de pago provocando su intervención en el proceso en cuanto parte pasiva a fin de que se le dé traslado de la demanda y se permita su intervención a todos los efectos procesales que sean inherentes. De omitirlo voluntariamente, estaría incurriendo en un acto contrario a la buena fe procesal.

## X. ALTERNATIVAS PROCESALES DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

El acreedor que tiene su derecho garantizado con una hipoteca, producido el incumplimiento del deudor, puede hacerlo efectivo a través de diversas vías procesales (proceso declarativo, monitorio, y proceso de ejecución, tanto ordinaria, como hipotecaria) y también a través de la vía extrajudicial que representa la ejecución notarial. Sin embargo, lo habitual es que el acreedor hipotecario interponga la demanda ejecutiva hipotecaria, dado que es la opción procesal más expeditiva y segura para sus intereses. Además, le habilita para iniciar una ejecución ordinaria sin solución de continuidad en el supuesto en que realizado el bien a través de la subasta, el producto de lo obtenido no resulte suficiente para satisfacer el total del crédito. Esta última afirmación podría cuestionarse por efecto de la crisis económica: actualmente la ejecución hipotecaria no resulta plenamente satisfactoria para ninguna de las dos partes. En todo caso, desde un punto de vista objetivo, al margen de las vicisitudes sociales y económicas en que se desenvuelva, la ejecución hipotecaria sigue siendo la opción preferente desde el punto de vista de los intereses del acreedor.

Si el acreedor, cumpliéndose los presupuestos procesales oportunos, se decanta por una vía concreta en detrimento de las demás, deberá seguir la opción escogida sin

que pueda simultanear varias a la vez o iniciar una y después otra. Esto último, a salvo la precisión contenida en el artículo 573.3 LEC referida al caso en que el acreedor tuviera alguna duda sobre la exigibilidad o realidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, supuesto en que podrá pedir ejecución por la cantidad que le resulte indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución.

En efecto, el acreedor hipotecario tiene la posibilidad de incoar juicio declarativo ordinario en reclamación de su crédito. En este sentido, en vez de ejercitar únicamente la pretensión ejecutiva hipotecaria sobre el bien inmueble sujeto a la garantía (acción real, en terminología puramente civilista), hará lo propio ejercitando una acción personal en un juicio plenario. Solicitará una pretensión declarativa de condena, sometida al plazo de prescripción de quince años regulado en el artículo 1964 CC y, en este proceso, podrán examinarse todas y cada una de las cuestiones atinentes tanto a la hipoteca o garantía, como a la relación jurídico crediticia.

Aunque el presente procedimiento no deja de ser testimonial en la práctica forense cuando de lo que se trata es de ejercitar la pretensión hipotecaria, y, encuentra su primera justificación en la imposibilidad de acudir a la ejecución por ausencia o defectos del título ejecutivo, se le reconocen aspectos positivos y otros tantos negativos. Entre los primeros, pueden citarse la eficacia de cosa juzgada (presente en este proceso y ausente por definición en cualquiera de los procesos ejecutivos sumarios) y, el mayor elenco de bienes del deudor (si los tiene) sobre los que poder dirigir la reclamación.

La naturaleza plenaria de los procesos declarativos aporta como dato positivo el hecho de que la pretensión puede discutirse en toda su extensión; es decir, la *cognitio judicial* se proyecta sobre la totalidad de la relación jurídica controvertida (*préstamo hipotecario*) y lo resuelto por el Juez en el seno de este proceso plenario genera el efecto de cosa juzgada con todo lo que ello implica de mayor seguridad jurídica.

Asimismo, y, ésta puede ser su principal ventaja, en contra de lo que sucede en la ejecución hipotecaria en la que la reclamación en un principio únicamente puede referirse al bien sujeto a la garantía hipotecaria, en el declarativo tiene un ámbito más amplio, pues puede dirigirse contra la masa patrimonial del deudor, con base en el principio de responsabilidad patrimonial universal que postula el artículo 1911 CC.

En la cuenta negativa del procedimiento declarativo, por el contrario, se anotan la lentitud del proceso, amplitud de los motivos de oposición (positivo, desde el punto de vista de los intereses del deudor, no así, para el acreedor), menor plazo de prescripción (quince años frente a los veinte de la acción hipotecaria) y pérdida del privilegio que supone la escritura pública como título ejecutivo.

De otro lado, la ampliación del ámbito de aplicación del proceso monitorio a través de la Ley 37/2011, de 10 de octubre *de medidas de agilización procesal* favorece más que antes que se pueda reclamar la deuda hipotecaria por esta vía procedimental, normalmente de elevada cuantía; sin embargo, no suele ser habitual habida cuenta del privilegio que supone para los acreedores el proceso de ejecución hipotecaria, privilegio inexistente en un juicio monitorio. Además, la rapidez del monitorio puede afirmarse sin matices para el supuesto en que no se formule oposición. Formulada ésta, con la consecuencia inmediata de finalización del monitorio y su reconversión en un declarativo ordinario, o despachada ejecución ante la incomparecencia del deudor requerido, la agilidad inicial que podría preconizarse de este proceso especial desaparece para asumir

las mismas ventajas y/o desventajas que el proceso en que se traduce, entre ellas, la lentitud del litigio.

Finalmente, la ejecución ordinaria no es tampoco la opción procesal más elegida por los acreedores hipotecarios. Tanto si la ejecución ordinaria se inicia desde el principio como si es el resultado de aplicar lo dispuesto en el artículo 579 LEC, presenta como principal ventaja el poder dirigir la reclamación contra todos los bienes del deudor sin tener que pasar por un proceso declarativo ordinario, más complejo y prolongado en el tiempo. Sin embargo, tiene como inconveniente importante, el hecho de que los motivos de oposición son más amplios que en la ejecución hipotecaria y, por tanto, las posibilidades de perder eficacia desde el prisma del acreedor se hacen más patentes. Asimismo, la necesidad de proceder al embargo de bienes, con el consiguiente riesgo de que en el *interin* se adelanten otros acreedores hace que este proceso no sea tan recomendable cuando se puede ejercitar la pretensión hipotecaria en el juicio especial que regula al efecto la LEC.

Lo anterior supone que en realidad la ejecución ordinaria únicamente se utilice cuando el acreedor considere insuficiente para la satisfacción de su crédito los bienes hipotecados o cuando no se hubiere consignado en la escritura de constitución de la hipoteca los requisitos relativos a domicilio y precio para subasta que exige el artículo 682 LEC.

Realmente, podría concluirse que si en el supuesto concreto se dan los presupuestos objetivos y procesales que la Ley exige para incoar un proceso de ejecución sobre bien inmueble hipotecado, no hacerlo decantándose por cualquiera de las vías procesales analizadas es un error. La única gran desventaja de este procedimiento, a saber, la limitación de bienes sobre los que dirigir la reclamación (únicamente el hipotecado), se compensa con la opción del artículo 579 LEC; por tanto, desde el punto de vista de los intereses del acreedor, éste es el procedimiento preferente. Ello, sin perjuicio de las fisuras que tiene la regulación actual agravadas por la crisis económica la cual está destapando una realidad incontestable: este proceso no satisface a ninguna de las partes, quedando ambas en el limbo de la insatisfacción; el ejecutado porque después de perder el inmueble sigue teniendo deuda, y, el acreedor ejecutante porque en un buen porcentaje de casos, se adjudica el inmueble por debajo del valor de tasación sin poder darle salida en el mercado inmobiliario, con la consiguiente pérdida contable que experimenta su cuenta de resultados.

## XI. PRESUPUESTOS OBJETIVOS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La admisión de la demanda ejecutiva hipotecaria está supeditada al cumplimiento de dos presupuestos indispensables, ambos reflejados en el artículo 682 LEC, que no tienen otro objetivo que favorecer la celeridad del procedimiento. En este sentido, la fijación previa de un valor de tasación y un domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos trata de lograr que el procedimiento sea en verdad expeditivo y rápido. Sin estos dos presupuestos sencillamente, el proceso regulado en los artículos 681 a 698 LEC no puede desarrollarse porque actúan a modo de *conditio sine qua non*.

No obstante, cabe dudar de la utilidad de tales presupuestos. Especialmente del primero de ellos; la exigencia de fijar un valor de tasación en un momento en el que el

inmueble puede que no salga nunca a subasta o que lo haga mucho tiempo después, no tiene excesiva justificación. Es así toda vez que el transcurso de un dilatado periodo de tiempo puede dar al traste con la necesidad de amoldar el valor real del inmueble con el valor que se le dio en el momento en que se constituyó el título ejecutivo. Aun cuando en ese momento incipiente se resten las cargas que tenga el inmueble y se intente ajustar la tasación al valor real de mercado, no deja de ser un valor aproximado. Esto último se ha hecho patente en toda su crudeza con motivo de la actual crisis del mercado inmobiliario en el que la depreciación de los inmuebles está suponiendo que las entidades se los adjudiquen por valor muy inferior al de tasación.

Si bien el artículo 682 LEC menciona a los interesados para fijar el valor de tasación, es incuestionable que el referido valor lo fija sólo una de las partes, la entidad prestamista: en la práctica totalidad de los casos, la tasación viene efectuada por sociedades elegidas por esta cuya imparcialidad es más una declaración de intenciones que un hecho verídico. En este sentido, afirmar que el deudor hipotecante tiene capacidad de decisión en este aspecto no deja de ser una ficción jurídica más.

Por ello, una opción deseable a fin de introducir cierto equilibrio entre las partes podría ser la de instaurar una tasación judicial al principio del proceso de ejecución hipotecaria por perito experto e independiente designado por el órgano judicial. La independencia de dicho profesional favorecería una tasación real al margen de los intereses concretos de ambas partes e introduciría cierta imparcialidad en la fijación del valor inmobiliario.

En lo que concierne a la fijación de un domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos, no puede más que concluirse que cuando la LEC alude al *domicilio vigente en el Registro*, se ocupa de imponer un domicilio imaginario, formal, es decir, un lugar donde poder practicarse las notificaciones, sin perjuicio de si son efectivas o no. Como quiera que la propia LEC impone al deudor la obligación de notificar a la acreedora el cambio que se produzca, entendemos que si no se comunica el cambio por parte del deudor, está más que justificada, dentro del proceso de ejecución, la declaración del artículo 686.3 LEC en el sentido de poder tener por notificado al demandado y completar la comunicación mediante edictos. No es intención de la LEC obligar a la ejecutante a verificar labores de averiguación de domicilios de la parte ejecutada. No tiene por qué hacerlo dados los términos en que en este punto se pronuncia la Ley procesal y únicamente razones de buena fe justifican la aportación de otros domicilios conocidos por la entidad ejecutante.

## XII. DEMANDA EJECUTIVA

La demanda es el primer acto formal a través del cual se delimita la *pretensión ejecutiva hipotecaria*, al tiempo que se pone en marcha el proceso. Al amparo de la regulación derogada, en la que se afirmaba que el procedimiento iba dirigido únicamente a la realización del bien, podía discutirse con cierto fundamento si debían ser parte pasiva el deudor y el tercer poseedor. Hoy, la discusión no tiene sentido dado que el artículo 685 LEC expresamente los menciona y su presencia en el supuesto concreto determina la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario. En definitiva, ya no es defendible que únicamente haya que demandar al propietario de la finca hipotecada.

Es de hacer notar que la ejecución se despacha sin oír al ejecutado; a pesar de que éste tiene la oportunidad de oponerse a la ejecución en un momento posterior por cau-

sas muy tasadas (realmente muy limitadas), lo cierto es que la gravedad del proceso de ejecución hipotecaria justificaría por sí sola, una primera audiencia de éste a fin de darle la oportunidad de alegar la improcedencia material de la ejecución instada en su contra.

La falta de audiencia se agrava si consideramos que contra el auto que despacha ejecución no cabe recurso alguno.

### XIII. EL REQUERIMIENTO DE PAGO

La problemática que encierra el requerimiento de pago en el seno de la ejecución hipotecaria es constante, a pesar de que la LEC se muestra más concluyente en este aspecto al decantarse por un requerimiento que puede no ser real; prueba de ello es la reconocida validez de aquellos que se producen a través de familiares u otras personas y, en último término el que se materializa a través de los edictos.

Sin embargo, en contra de lo estipulado expresamente en la Ley, muchos Juzgados exigen una y otra vez sucesivos intentos de comunicación en distintos domicilios. En ese punto suele complicarse el procedimiento en extremo y puede decirse que la crisis económica ha agudizado el miedo de los Juzgados a continuar el procedimiento ante eventuales nulidades. Ello no obstante, no debe olvidarse que aun reconociendo la importancia del requerimiento, las meras irregularidades formales detectadas en su realización no bastan para provocar la nulidad si cumple el objetivo esencial de poner en conocimiento del deudor y demás sujetos pasivos la existencia del procedimiento judicial.

La controversia judicial, dados los términos literales de la LEC, es gratuita toda vez que parece clara la voluntad del legislador de permitir las notificaciones que se producen personalmente al ejecutado, pero también a pariente más próximo, familiar o dependiente mayor de catorce años que se hallaren *en la habitación del que hubiere de ser requerido y si no se encontrare a nadie en ella, al portero o al vecino más próximo que fuere habido*.

En definitiva, si se considera que este sistema puede generar indefensión, lo correcto por parte de los tribunales sería plantear cuestiones de inconstitucionalidad o propugnar un cambio legislativo. Puede parecer desproporcionado, seguramente lo es, que un proceso como el de ejecución hipotecaria pueda llegar al final sin una notificación efectiva del ejecutado, que puede llegar a ver subastada su vivienda sin haber tenido conocimiento del proceso. No obstante, como quiera que los términos de la Ley son claros y concisos, la vía para orillar esta regulación no puede ser otra que la de cambiarla siguiendo los cauces legales; nunca inaplicar sin más el texto y el espíritu de la Ley vigente.

Es incuestionable que la ley debe arbitrar mecanismos para no colocar a ninguna de las partes en situación de indefensión, pero dado que el deudor tiene la obligación de comunicar el cambio de domicilio, el incumplimiento de este deber, nunca debe favorecerle a él. Le bastaría con «desaparecer» voluntariamente para frustrar los fines del proceso, tal y como viene sucediendo muchas veces en la práctica, dilatándolo hasta extremos impropios; por tanto, puede instarse directamente la realización del requerimiento por edictos, tal y como permite la LEC, sin tener que pasar por todo un elenco de sucesivos intentos de comunicación.

En consecuencia, se debe tener por requeridos a los demandados que se han ausentado haciendo imposible la comunicación para impedir la efectividad del proceso,

pues algún mecanismo debe adoptarse para evitar que al socaire de una sola voluntad, la de aquel que tiene contra él un crédito vencido y exigible, el proceso se convierta en un instrumento inútil y sin virtualidad practica alguna.

El artículo 686 LEC no especifica un plazo concreto dentro del cual el ejecutado deba efectuar el pago tras ser requerido. Ante esta laguna legal, lo propio es que el ejecutado pueda verificar el pago, ya sea total, ya parcial, regularizando en los términos del artículo 693.3 LEC, en cualquier momento desde el requerimiento hasta la aprobación del remate.

#### XIV. LA REGULARIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Desde el punto de vista procesal, la regularización que establece el artículo 693.3 LEC produce el efecto enervatorio de la *pretensión ejecutiva hipotecaria* y, por tanto, sustrae el bien garantizado con la hipoteca del poder realizador del tribunal; en definitiva, en términos legales, libera el bien de la ejecución, que no de la hipoteca, la cual no se ve afectada por dicha regularización.

Partiendo de la opción real de verificar una regularización del préstamo hipotecario siempre que las partes lo quieran y lo consientan, el matiz reside en que tratándose de una vivienda familiar el deudor puede imponer dicha regularización al acreedor cuando se produce respetando ciertos presupuestos.

Caben regularizaciones sucesivas, únicamente con una condición: que medie entre ellas o, concretamente, entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago cinco años. Ante esta declaración de intenciones hecha por la Ley procesal puede argüirse que no se comprende muy bien dicho plazo en la medida que podría haber fijado otro superior o inferior. En este punto la ausencia de ponderación o justificación por parte del legislador es notable.

La previsión normativa anterior debería eliminarse permitiendo la liberación del bien tantas veces cuantas se inicie el procedimiento hipotecario, a menos que se aprecie mala fe en el ejecutado.

Parte de la doctrina trata de separar nítidamente la regulación contenida en el artículo 22 de la LEC respecto de la que supone el artículo 693.3; no obstante, también puede entenderse que lo dispuesto en el último precepto citado no es más que una simple modalización del primero en el seno del proceso de ejecución hipotecaria y, en definitiva, un ejemplo claro de satisfacción extraprocésal

#### XV. LA OPOSICION DEL EJECUTADO

El artículo 695 de la vigente LEC regula la oposición en el proceso de ejecución hipotecaria. Si hay un ejemplo concreto en este proceso especial de manifiesta inferioridad o indefensión del ejecutado es precisamente el régimen de oposición que configura este precepto.

Puesto en tela de juicio de manera notoria en los últimos tiempos (pero asumido durante años por todos los operadores jurídicos) este régimen ha desencadenado el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal europeo.

La oposición del artículo 695 LEC es una oposición limitada, dado que el precepto contiene en realidad dos causas para la ejecución hipotecaria de bienes inmuebles, que, además, son distintas de las causas de suspensión previstas en los artículos 696 (tercerías de dominio) y 697 (prejudicialidad). Asimismo, la gravedad de la limitación se eleva exponencialmente por su propia configuración legal, pues las causas previstas resultan muy difíciles de aplicar en la práctica.

En este punto resulta conveniente enfatizar la idea de que ésta es la única fase procesal en la que existe una mínima contradicción entre las partes y una mínima actividad cognoscitiva por parte del juez.

Si bien la LEC no alude a la opción de plantear motivos de oposición de tipo procesal y los que establece de tipo material son muy limitados, es ésta una opción reconocida por la mayor parte de la doctrina y la Jurisprudencia en la medida que hacen referencia a la correcta constitución de la *litis*, exigibilidad aplicable a todo tipo de proceso al margen de cuál sea su naturaleza jurídica. Dicho de otro modo, el hecho de que nos encontremos ante un proceso sumario especial no implica que el órgano judicial no deba vigilar el cumplimiento de los presupuestos procesales así como la regular constitución de la relación procesal. Y el ejecutado puede, asimismo, ponerlos de manifiesto. Sería injusto no permitirlo así, obligando al deudor a incoar un proceso declarativo para poner de manifiesto defectos procesales hallados en otro procedimiento.

De cualquier manera, el alcance de los motivos de oposición regulados en el artículo 695 LEC configura más bien un trámite dilatorio del proceso que un verdadero sistema de alegaciones y/o defensa por parte del ejecutado.

## XVI. LA CONFLICTIVA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 579 LEC *VERSUS* DACIÓN EN PAGO

La ampliación del objeto del proceso a través de la aplicación estricta del artículo 579 LEC ha puesto de manifiesto una regulación injusta, para unos, una realidad legal incontestable, para otros. El hecho de que el proceso de ejecución hipotecaria finalice sin haberse satisfecho el derecho de crédito en su totalidad responde en la actualidad, esencialmente, a la depreciación del valor de los inmuebles. Tal depreciación está suponiendo que muchas familias después de perder sus viviendas se encuentren avocadas a seguir siendo deudoras de la entidad que les había concedido el préstamo. Este precepto lleva aplicándose desde la entrada en vigor de la actual LEC en el año 2001, habiendo sido asumida desde entonces por todos los operadores jurídicos. Podía encontrarse alguna resolución aislada que denegaba la continuación de la ejecución contra otros bienes del deudor con fundamento en el artículo 579 LEC, pero lo normal, en aplicación de la letra estricta del precepto, era la prosecución del procedimiento.

Sin embargo, la situación se ha tornado drásticamente la contraria; desde hace meses asistimos a la emisión de muchas resoluciones por parte de los Juzgados que por distintas razones deniegan la continuación de la ejecución dictaminando la extinción de la deuda con la adjudicación del inmueble al acreedor. Y, ello, ha propiciado toda una polémica mediática, judicial y doctrinal de dimensiones inimaginables.

Al tiempo que se sucedían las resoluciones judiciales con motivo de la aplicación del artículo 579 LEC, la mayoría de las veces para cuestionarla, se elevaba exponencial-

mente el clamor popular que a través de plataformas de afectados ejercían una presión sin precedentes.

El artículo 579 LEC encuentra su fundamento en el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del CC y conecta igualmente con lo dispuesto en el artículo 105 LH. Nuestro sistema jurídico en materia de reclamación de deudas pivota sobre estos tres pilares fundamentales. La regulación puede tildarse de injusta, no obstante, si lo es por su esencia y naturaleza, llama la atención que haya sido asumida de forma incontrovertida por Jueces, legisladores, Notarios y Registradores. Y solamente en un contexto de aguda crisis económica se haya cuestionado aludiendo a la *dación en pago* como modelo ideal a integrar en nuestro ordenamiento. Tanto más si se toma en consideración que nuestro sistema ya contempla la posibilidad de que las partes limiten la responsabilidad hipotecaria únicamente al bien hipotecado, es decir, al bien dado en garantía. El hecho de que el artículo 140 de la Ley Hipotecaria no se aplique generalmente obedece a que, de un lado, no interesa a las entidades y, de otro, el cliente-deudor aun cuando tuviera conocimiento de la disposición, no tiene capacidad de negociación contractual alguna. Por tanto, la propia esencia del contrato de préstamo hipotecario como contrato de adhesión es un lastre para la situación hipotecaria del consumidor la cual se eleva a la máxima potencia cuando se inicia el proceso ejecutivo.

Sin dudar de la bondad de las diversas resoluciones judiciales que han rechazado la aplicación del artículo 579 LEC, en un intento por *hacer justicia*, introduciendo elementos de equidad, lo cierto es que las distintas resoluciones que siguieron la estela del primer Auto de Navarra (111/2010) no han hecho sino confirmar una tendencia *contra legem*. La principal crítica que puede hacerseles es que al apartarse de la letra de la Ley son contrarias a Derecho. Ello, sin perjuicio de que los argumentos o reflexiones puramente morales que esgrimen algunos de ellos no son los más idóneos cuando de lo que se trata es de administrar recta e imparcial Justicia.

Asimismo, el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Europeo y la Sentencia de 14 de marzo de 2013 ponen bajo sospecha el sistema hipotecario español al tiempo que permiten vaticinar que se impondrán cambios en la legislación para adaptarlas a las exigencias marcadas por las directivas comunitarias y, muy especialmente, la Directiva 93/13 CEE.

## XVII. INSUFICIENCIA DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO: PROPUESTAS DE REFORMA

Al margen de las reformas puntuales acometidas con cierta precipitación, a nuestro juicio, la necesidad de acometer una reforma del sistema hipotecario español debe centrarse en dos planos diferentes: el contractual y el procesal.

La naturaleza del contrato de préstamo hipotecario como contrato de adhesión impide en la práctica cualquier margen de negociación para el cliente-deudor-ejecutado. Y si su relación con quien asume una posición de manifiesta ventaja y preponderancia (la entidad financiera) evoluciona hasta el proceso de ejecución, esa desigualdad se torna si cabe mucho más intolerable especialmente si consideramos que el nulo margen de actuación que ya se manifestó en fase contractual, se reproduce en el seno del proceso ejecutivo, con limitadas medidas de defensa por parte del ejecutado y unas consecuencias absolutamente dramáticas para el ejecutado de buena fe.

De ahí que se preconice la puesta en marcha de una política de estimulación de concesión prudente del crédito y de políticas de alquiler adecuadas.

Situados ya en un plano de opción por la hipoteca, asimismo, urge la implantación de mecanismos protectores del cliente-deudor tales como el consentimiento informado. Hasta la fecha ha quedado patente que la gran mayoría de los prestatarios desconocen el alcance y el sentido verdadero de las cláusulas contractuales, sin que la labor de entidades, Notarios y Registradores haya suplido las carencias y asimetrías informativas de que adolece todo el proceso contractual.

Por tanto, en fase negocial, urge la implantación del *consentimiento informado* a fin de procurar un verdadero conocimiento por parte del deudor del alcance y las consecuencias de aquello a lo que se compromete frente a la entidad prestamista.

El principio de autonomía de la voluntad, cuya incidencia por lo demás es escasa, no puede servir de coartada para subyugar al deudor hasta extremos diabólicos y la realidad ha demostrado ser muy tirana cuando de deudores de buena fe se trata.

No obstante lo anterior, por encima de todo, la ejecución hipotecaria es un proceso y como tal debe estar sometido a las exigencias constitucionales, muy en particular, las derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que su configuración como proceso sumario pierda razón de ser por el hecho de que se otorgue mayor intervención al ejecutado en el proceso, al menos en una de sus fases. Así las cosas, en gran parte se mitigarían las sospechas de inconstitucionalidad con la sola ampliación de las causas de oposición del artículo 695 LEC que en realidad se ha convertido en un trámite dilatorio sin ningún tipo de virtualidad defensiva, pues más que auténticas causas de oposición el precepto contempla causas de extinción de difícil acreditación por parte del ejecutado.

Desde un punto de vista procesal, la reforma pasa por conceder primacía al título ejecutivo, *el título de crédito*, en detrimento del Registro de la Propiedad. No se postula anular el papel desempeñado por el Registro, sino devolverlo a su esencia y naturaleza, pues la *transcripción* de cláusulas no puramente reales, sino financieras, poco aporta desde el punto de vista de la seguridad jurídica al estipularse que la inscripción lo sea a efecto de mera noticia. Sin embargo, puede llegar a entorpecer el proceso de ejecución si no hay coincidencia exacta entre el título y los asientos del Registro.

En ese punto, la reforma del artículo 130 LH de incidencia directa en el proceso ejecutivo, se hace urgente, dado que toda ejecución encuentra su fundamento capital en el título ejecutivo; sin título no hay ejecución, pero de la literalidad de este precepto se desprende la mayor importancia de los asientos del Registro de la Propiedad.

Una vez iniciado el proceso ejecutivo, urge la implantación de nueva tasación por entidad independiente, designada en sede judicial.

Si se garantiza la existencia de una fase precontractual informada por el principio de autonomía de la voluntad y una información adecuada, esta fase de oposición podría ser tan sumaria como el propio proceso.

Mejorar el sistema de publicidad e información de las subastas, aumentar el porcentaje de adjudicación al acreedor por el 80%, limitar los intereses de demora durante el proceso; modificar la facultad de enervar la pretensión ejecutiva hipotecaria que regula el artículo 693.3 LEC para no imponer límites en cuanto al número de regularizaciones ni el tiempo transcurrido entre unas y otras, son reformas que favorecerían la constitucionalidad de un proceso del que se ha repetido tradicionalmente su constitucionalidad,

quizás para no resquebrajar todo el sistema de crédito, pero que presenta rasgos evidentes de inconstitucionalidad.

Si todo lo anterior falla, la regulación del denominado *derecho de rescate* del bien a favor del ejecutado, así como la instauración de una nueva facultad moderadora del Juez pueden ayudar a subsanar la situación de quienes por haber perdido su vivienda se encuentran condenados a la exclusión social.

Una Ley de segunda oportunidad para las personas físicas, como existe en la mayoría de países de nuestro entorno jurídico, permitiría que los ciudadanos de buena fe, que no pueden cumplir los compromisos asumidos, establezcan un plan de pagos adecuado a sus posibilidades sin quedar lastrados con la deuda de por vida.

En definitiva, hay que abordar la reforma de nuestro sistema hipotecario con urgencia, huyendo de improvisaciones como las plasmadas en los últimos reales decretos; desde la seriedad y el rigor técnico es el momento de procurar una regulación más justa para el ejecutado sin obviar los intereses de los acreedores ejecutantes. En toda ejecución hipotecaria subyace un incumplimiento contractual, existen intereses legítimos en conflicto que hay que tutelar sin perder de vista la perspectiva procesal de lo que es, tiene que seguir siendo un proceso expeditivo y ágil, lo cual es perfectamente compatible con la implantación de mecanismos que conviertan a la tutela judicial efectiva en un derecho veraz y no puramente imaginario.