

## **Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisiónjurisprudencial y problemasprácticos: dación en pago**

**Gemma VIVES MARTÍNEZ**

Magistrada y Doctora en Derecho Civil, Profesora de la Universidad Abat Oliba San Pablo CEU de Barcelona (1)  
Diario La Ley, Nº 7908, Sección Doctrina, 24 de Julio de 2012, Año XXXIII, Ref. D-291, Editorial LA LEY

**LA LEY 7901/2012**

A inicios del año 2011 los medios de comunicación se hicieron eco de la primera resolución de la AP de Navarra (en una ejecución hipotecaria) que confirmaba la del Juzgado de 1a Instancia de Estella avalando la figura de la dación en pago. Varios juzgados en Valladolid, Barcelona, Ciudad Real, Lleida, Vinaroz, Torrejón de Ardoz, Mataró o Figueras y Audiencias Provinciales como Girona y Navarra han seguido analizando las circunstancias de los préstamos hipotecarios y las ventajas obtenidas tras la subasta por las entidades financieras y resolviendo a favor de la dación en pago: este planteamiento, ¿se debe a la crisis o acaso hemos tolerado un abuso histórico?

### **I. REPASO DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA (2)**

El repaso jurisprudencial al tema de la ejecución hipotecaria implica una mirada hacia los años 2009, 2010 y 2011 si bien el debate no ha trascendido hasta ahora, el TS abordó el tema en los años 90 y muy particularmente en una Sentencia del año 2006 que la AP Navarra toma como referencia para revocar la del juzgado de Estella. Lejos de describir la situación de un modo autocomplaciente, hay que analizar la causa por la que algunos jueces nos hemos posicionado en el tema de las ejecuciones hipotecarias. Estas son las principales resoluciones dictadas hasta la fecha.

#### **1. Análisis del Auto de la AP Ciudad Real sección 1.ª de fecha 17 de octubre de 2003 (LA LEY 164722/2003) (3)**

Se refiere al anterior procedimiento del art. 131 LH. Dice la AP que el 579 da cobertura legal a la pretensión de la ejecutante y que el apelante ejecutado no tiene razón cuando sostiene que no puede interpretarse el 579 en el sentido de que el producto sea el equivalente a la vivienda hipotecada. Se trata de la confrontación entre el valor de adjudicación y el valor real del bien y que este último supera con creces el valor de la deuda reclamada y en virtud del art. 11 LOPJ (LA LEY 1694/1985) que proscribe el ejercicio antisocial del derecho (el abuso del mismo) se deniega la ejecución porque lo contrario llevaría a cifras con un interés de carácter leonino y lo que es más destacado, dice la Sala «que bajo la apariencia de la legalidad formal se extralimita como consecuencia real y se debe privar de protección que supondría un claro perjuicio para el ejecutado».

#### **2. Análisis del Auto de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de enero de 2011 (LA LEY 216/2011) (4)**

Revoca la resolución de instancia que denegaba la prosecución de la ejecución y se basa en el art. 117 CE (LA LEY 2500/1978) (el deber del juez de someterse a la ley aplicable como parte de su estatuto esencial de juez constitucional). El préstamo concedido lo fue por importe de 180.000 euros. La finca se tasó en 203.000 euros (a efectos de subasta) y la escritura pactaba, además, la responsabilidad personal del deudor (1911 CC) con todos sus bienes presentes y futuros y remarca la Sala que se prestó libremente el consentimiento. Se incumplen los plazos de pago, se ejecuta la vivienda, se despacha ejecución por 181.846,43 euros de principal más el 19% anual de intereses. La finca se subasta y se declara desierta por lo que la entidad ejecutante tenía la opción legal de adjudicarse aquélla por el 50% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todo. Se pide la adjudicación por 137.350 euros, superior al 50% del valor tasación y con facultad de ceder remate a tercero de la que se hizo uso y se aprobó la cesión del remate a favor del Fondo de titulación de activos. La ejecutante pide que siga la ejecución por la suma no cobrada (5) y el juzgado la denegó. Este es el punto y objeto del debate. La Sala se basa en el citado 1911 CC y en el 579 LEC y afirma que el contenido de dichos preceptos es de tal evidencia que no se comprende por qué la juez de instancia eludió la aplicación al caso de la preceptiva norma y que con independencia de la opinión personal que merezcan esos preceptos (sic) el caso de autos obligaba sin duda a aplicarlos y lo contrario atenta contra la seguridad jurídica. La Sala remite a idénticos casos del mismo juzgado en los que se ha revocado la misma decisión por las mismas razones. Razona sobre el valor real de mercado (el valor, a juicio de la Sala, que en un momento determinado alguien está dispuesto a pagar por un inmueble) y el valor de tasación (que puede no coincidir con el anterior) y que son la clave de este tema. Remite

a la S de 16 de febrero de 2006 que afirmaba que «una cosa es que se ejercite un derecho y otra bien distinta es que bajo la apariencia de ejercicio de buen derecho se esté actuando en contra de la ética y la justicia», a su vez basada en la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa y entendía que la tasación cubría con creces la deuda total contraída y que la ejecutante pretenda luego cobrar parte de esa deuda cuando se ha adjudicado las fincas por un precio ridículo es un abuso de Derecho (6) : «la jurisprudencia ha reservado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a subastas judiciales en las que el bien adjudicado lo fue comprendiendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación pero no le ha reconocido relevancia cuando, seguido correctamente el proceso por sus trámites, sólo puede apreciarse una divergencia entre el valor de tasación y el de adjudicación, aun cuando esta sea notable, ni siquiera en un supuesto en el que el precio del remate fue irrisorio y absolutamente desproporcionado».

El asunto no es nuevo. Situar el problema en su lugar exacto es un acto de responsabilidad porque si el debate ha llegado al Parlamento y se ha promulgado el reciente RD 6/2012 se debe a que la trascendencia es superior a lo imaginable. No estamos ante un caso de «aplicación desviada de la ley» como parece sostener la AP de Navarra. La Sala sigue diciendo que el TS ha negado viabilidad a la doctrina del enriquecimiento *injusto cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos o hay una expresa disposición legal que lo autoriza*. No obstante hay algo más que «pactos libremente asumidos» como razonamiento para negar o dar carta de validez a la teoría del enriquecimiento injusto puesto que las cláusulas de redondeo o la discutida cláusula suelo son resultado de aparentes pactos libremente asumidos y en el primer caso el TS ha sido claro al declarar su nulidad absoluta y proscribirla de todo contrato que la incluya. La evolución al interpretar la ley, siempre dentro de la misma y nunca fuera de ella, significa que la Jurisprudencia va siempre rezagada y en un momento dado, como fuente del Derecho que es, aceptar ciertas realidades consumadas.

### **3. Análisis del Auto de Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010 (LA LEY 227016/2010) (7)**

Se plantea el mismo caso de subasta desierta si bien no se hizo uso de la facultad de ceder el remate a un tercero y finalmente el Banco se adjudicó la finca por 42.895 euros. La Sala sostiene que la ley ampara la solicitud. No obstante y en cuanto a la segunda alegación relativa a que el bien ejecutado en subasta no cubre la deuda total, es contundente afirmando que «el propio Banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria valoraba la finca en la suma de 71.225,79 euros». Y comparten las razones de la juez porque «es circunstancial que en la subasta, al resultar desierta, se haya adjudicado la finca por la suma de 42.895 euros». De nuevo nos encontramos con el dilema «valor real *versus* valor de tasación» y la Sala afirma que no consta otro valor en el expediente, excepción hecha del valor de tasación, que el que consta en la escritura de préstamo y por ello la ejecución sólo debe seguir por intereses y costas. Así las cosas la Sala razona a modo de «reflexión» (*obiter dictum*), y deja patente su intranquilidad (dice: «reflexión moralmente intranquilizante») y se pronuncia acerca del valor real de mercado, la crisis económica e incluso las declaraciones del entonces Presidente del Gobierno y el de EEUU acerca de la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias (8) . Deja claro, por si hubiera dudas, que la Sala no culpa al Banco ejecutante de la crisis económica pero afirma que no se puede desconocer su condición de tal y de integrante de dicho sistema y que dicha mala gestión ha desembocado en una crisis sin precedentes desde la de 1929. Se basa en el art. 3.1.º CC (LA LEY 1/1889) aun cuando la construcción jurídica posterior discurre por un terreno delicado al decir que «si bien no hay abuso de derecho, es moralmente rechazable que se alegue, para intentar que la ejecución prosiga, la pérdida de valor de la finca que otrora era la garantía del préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiese tenido un valor suficiente para garantizarlo y que fue fijado por el propio Banco o al menos aceptado, y siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis, fruto de la mala praxis del sistema financiero, aun cuando no quepa imputarla directamente al Banco ejecutante, si no deja de ser una realidad que es parte del sistema financiero y resulta especialmente doloroso que lo que alega en su favor esté basado en unas circunstancias que como vulgarmente se dice, han suscitado gran sensibilidad y levantado ampollas». Como reflexión inicial hay que reconocer que las circunstancias han cambiado, que el juego de la equidad ha entrado en lid en el procedimiento de las ejecuciones hipotecarias y que la fundamentación pivota en la cruenta crisis económica que ha puesto encima de la mesa de los jueces la deficiente regulación, hasta ahora asumida, de las subastas judiciales. La justicia del caso concreto ha modificado totalmente el escenario y han entrado en él factores que antes no se contemplaban como la gestión bancaria, las leyes del mercado o la implacable realidad de desalojos, crecientes deudas de intereses moratorios y a menudo la indefensión del consumidor o usuario.

### **4. Análisis del Auto de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 10 de febrero de 2011 (9)**

La subasta quedó desierta y la ejecutante solicitó la adjudicación de la finca por el 50% de su valor de tasación con reserva de la cesión de remate a tercero y finalmente se adjudicó la finca por 78.000 euros. La ejecutante

pidió que siguiera la ejecución por la diferencia ya que el principal reclamado ascendía a 88.360,63 euros y el Juzgado de Estella lo denegó y finalizó la ejecución hipotecaria. La ejecutante sostiene que instó la prosecución por la diferencia (10.360,63 euros) ya que no se había cubierto con la adjudicación de la finca y el texto legal ofrece la posibilidad de adjudicación de la misma por el 50% del valor de tasación o por la cantidad que se le debía y autoriza a seguir la ejecución en su caso por lo que falte. La Sala afirma que la ejecutante instó la valoración de la finca a efectos de subasta y que el Juzgado resolvió diciendo que la finca estaba tasada en la escritura y así se fijó su valor en 156.000 euros (art. 671 LEC (LA LEY 58/2000)). La Sala, escuetamente, afirma que no hay abuso de derecho ni enriquecimiento injusto cuando precisamente la ejecutante ha seguido los requerimientos del Juzgado y se adjudicó la finca por un precio de tasación indicado por aquél y se aprobó judicialmente el remate y además el propio Juzgado se refirió a la posibilidad de pedir la prosecución de la ejecución, ante lo cual la ejecutante se amparó en el art. 579 LEC (LA LEY 58/2000), que es el precepto en el que la Sala se basa para concluir que este es el caso de autos ya que el producto de la adjudicación no cubre la deuda y se remite a las SS 16 de febrero de 2006, 18 de noviembre de 2005 y 25 de septiembre de 2008. Aunque la AP de Navarra sea un caso paradigmático en cuanto a disparidad total de resoluciones sobre supuestos idénticos y en recursos contra autos del mismo Juzgado con igual contenido, lo cierto es que la inseguridad que genera esta discrepancia es evidente.

### **5. Análisis del Auto de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011 (LA LEY 183814/2011) (10)**

Analiza el problema del valor real y el valor de tasación. La finca se tasó en escritura en la suma de 325.000 euros y el Banco se la adjudicó por el 50% de dicha suma (162.500 euros). El deudor ejecutado sostiene en el recurso que siendo el principal de 303.658,10 euros, la ejecutante ha satisfecho con creces su crédito porque ha ingresado en su patrimonio el bien que tiene fijado un valor en la escritura (fijado por el propio Banco) superior al importe del débito por lo que no hay deuda pendiente. El Banco sostiene, por su parte, que se acoge al art. 579. La Sala concluye que en este caso «el producto» obtenido por el Banco no es insuficiente para cubrir el crédito ya que no recibe 162.500 de un tercer postor que se adjudica el bien sino que lo hace suyo para reducir o extinguir el crédito y el bien pasa a integrar su patrimonio de suyo que el Banco obtiene el valor que el bien hipotecado posee en la escritura de concesión del préstamo (325.000 euros). Y aquí aplica la Sala la doctrina de **los actos propios**, de manera que las afirmaciones de la AP de Navarra imputando a la juez de instancia poco menos que una «ilegalidad» (apartarse de la ley y aparcarse, en cierta medida, su papel de juez constitucional) no pueden compartirse porque, sin perjuicio de que la resolución se revoque o se confirme, en el fondo, lo que subyace es la doctrina de los actos propios y como el Banco se acoge a la escritura para hacer valer su derecho de crédito (que de ahí nace) pero en cambio la soslaya para valorar el bien que al fin y al cabo, se ha adjudicado por el 50% de su valor de tasación [y ello no porque le bien valga o no ese 50% sino porque quedó desierta (11)]. No se entiende con un discurso lógico que la escritura valga para reclamar el crédito pero no para valorar la finca. En realidad, asistimos a un ficticio baile de números sobre un bien (el inmueble) que ha sufrido unos cambios de valor tan bruscos como sobredimensionados. Ese desconcierto en las cifras es lo que lleva a la decisión equitativa de ponderar tanto los pactos libremente asumidos como las consecuencias de los mismos y en consonancia con ello se deniega la prosecución de la ejecución. El Banco siempre se acoge al art. 579 para denunciar civilmente que el importe no cubre su derecho de crédito, plasmado en esa escritura, pero de ahí que, al considerar que la finca ingresa en su patrimonio con el valor que el propio Banco le dio, se estuviera dando paso a la dación en pago aunque no se mencionase. El deudor es deudor y lo sabe. No se trata sólo de condonar una deuda porque la crisis haya estallado (eso lo podrá hacer el Gobierno si así lo regula, véase el RD 6/2012) sino de ajustar el valor recibido con el valor reclamado. Si el Banco, parte fuerte en el contrato de adhesión que firma con el deudor, tasa la finca hipotecada en una determinada suma, no puede luego apartarse de ello si no quiere infringir la doctrina de los actos propios: es el valor que el propio Banco dio al bien que ahora infravalora. Se relaciona el art. 579 con el RDL 1/2007 de 16 noviembre que aprueba el TR de la defensa de consumidores y usuarios y recuerda lo que son cláusulas abusivas: «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», y en su art. 85.6 en el que se establece que son cláusulas abusivas, y por tanto nulas, aquellas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Esto, cualquiera que sea el *nomen iuris* que quiera darse al caso que tratamos, es lo que acontece en el supuesto que ahora es objeto de enjuiciamiento. Aquí, por el juego de lo dispuesto en los arts. 105 y 140 LH, no hablaríamos tanto de la nulidad de una cláusula en concreto sino de la nulidad parcial de aquellas de las que se deriva una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito». La AP Girona invoca el abuso de derecho del art. 7 CC (LA LEY 1/1889) y 11 LOPJ (LA LEY 1694/1985) por el ejercicio antisocial del mismo (12) ya que la finalidad de la ejecución hipotecaria es que el acreedor, ejecutando el bien gravado en garantía, cobre la deuda que el prestatario tiene pendiente. Y va más allá diciendo que el Banco

pretende una interpretación del art. 579 que contraviene la finalidad misma del proceso procurando al acreedor un beneficio no justificado que la norma no ampara. Y asimismo invoca el enriquecimiento injusto porque después de haber cobrado lo adeudado podría —sin justa causa— obtener otras sumas que no le corresponden ya que ha ingresado en su patrimonio **un bien al que las partes han dado un valor superior a la cantidad adeudada**. La Sala se basa en la justicia material del caso pues se trata de un «tribunal de justicia» y pese a ser conscientes de la disparidad de resoluciones recaídas al respecto lo cierto es que **la justicia del caso supone no permitir un beneficio injustificado para la parte más fuerte en la firma de un contrato de adhesión**. La misma Sala en resolución de 7 de abril de 2011 decidió en el mismo sentido en un caso en el que el Banco incluso había vendido la finca a tercero obteniendo un nuevo beneficio y pese a ello pidió que siguiera la ejecución contra el antiguo deudor reclamando «lo no cobrado» por razón de la subasta celebrada. Añade que aunque no es posible saber si se han cubierto los intereses, en caso de existir una cuantificación de los mismos, no debería sobrepasar el 2,5 del interés legal del dinero (Acuerdos de la AP de Girona de 30 de septiembre de 2005 y 14 de septiembre de 2009).

## **6. Análisis del Decreto de la Secretaría Judicial del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Lleida (13)**

Realiza un exhaustivo repaso a las resoluciones sobre el tema contemplando tanto la decisión a favor de seguir la ejecución como la de denegarla. A favor de la primera tendencia siempre aparece el art. 1911 CC (LA LEY 1/1889) que consagra la responsabilidad universal del deudor. Sin embargo, siendo ello correcto no es exacto porque, como hemos comprobado antes, no queda claro que el deudor adeude a la entidad bancaria cantidad alguna cuando la misma entidad es quien fijó el valor de la vivienda tiempo atrás y de acuerdo con ese valor, la deuda aparece saldada. No obstante la escritura de este caso (y de la mayoría) contempla expresamente el art. 1911 CC (LA LEY 1/1889) en una de sus cláusulas. El segundo argumento es el art. 579 LEC (LA LEY 58/2000) que otorga legitimidad a la reclamación por parte del ejecutante si el crédito no está cubierto con la entrega de la vivienda ejecutada. Es decir, que el ejecutante puede seguir pidiendo el embargo de derechos, bienes, saldos... hasta cubrir el importe de la cantidad que falte por pagar. Ello supone que no puede verse abusiva o contraria a la buena fe la actuación del Banco (u otro). La tesis contraria pone en juego el art. 671 LEC (LA LEY 58/2000) y sostiene que si el ejecutante ha hecho uso de dicho precepto y se ha adjudicado la vivienda por un precio inferior al valor de tasación pactado en su día en la escritura, no cabe pedir que se haga uso del art. 1.911 CC (LA LEY 1/1889) (14) . Son resoluciones contrarias a la aplicación del art. 579 LEC (LA LEY 58/2000) y se basan en el pacto previo del precio en la escritura y en concreto el auto de 4 de febrero de 2011 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 44 de Barcelona sostiene que no podemos quedarnos en la aplicación rigurosa y formalista del citado precepto y en los casos del art. 671 el acreedor está ingresando en su patrimonio un inmueble que la propia entidad tasó libremente en su día pero que ahora se tasa en un valor muy inferior a aquél, lo cual le permite seguir instando la traba sobre bienes del deudor. Separemos estos casos de aquellos en los que la subasta no ha quedado desierta o cuando el ejecutante cede el remate a tercero porque entonces no incorpora nada a su patrimonio, sino que recupera una parte del crédito en dinero en metálico o líquido y no ha lugar a discutir sobre el valor recuperado. En cambio cuando el ejecutante se adjudica la vivienda sí estamos ante el caso que aquí se analiza: en el supuesto de este Decreto el Banco se adjudicó la vivienda por 100.000 euros menos de los que valía la misma cuando se concedió el préstamo hipotecario. El Banco, en un acto propio, valora la vivienda en 200.000 euros y ahora la incorpora por 100.000 euros y pretende, además, seguir contra el deudor por los 100.000 euros que supuestamente se le deben. Asimismo el Decreto se refiere al art. 7.1 CC (LA LEY 1/1889) porque si el fin de la ejecución es «cobrar» la deuda, no se puede permitir que se beneficie de ello ejercitando su derecho de un modo antisocial proscrito por la ley. Las Sentencias del TS que se invocan para apoyar la primera tesis se dictaron, ciertamente, en un contexto económico totalmente distinto al actual. Y si las normas se deben interpretar teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que deben aplicarse no cabe sostener esa tendencia rigorista. Probablemente la vivienda no valía en el 2007 (por ejemplo) los 200.000 euros en los que se tasó pero no es justo que sólo el deudor soporte el descenso del valor. Los economistas convienen en afirmar que las pérdidas de valor de los inmuebles las han provocado las propias entidades financieras y por ello y de acuerdo con el art. 3.1 CC (LA LEY 1/1889) un juez ha de tener en cuenta todo el ordenamiento y no solo un par de preceptos del mismo. Máxime cuando una de las partes del contrato es la fuerte y el contrato es de adhesión porque no se ha negociado en absoluto con el deudor. **Y por ello no se computa en pago de la deuda el valor de adjudicación sino el de tasación de la finca: si se tasó en 200.000 euros, esa es la suma que en realidad está recibiendo el Banco**. Examinado caso por caso, la solución parece justa y equilibrada conforme a lo que el propio Banco consideró adecuado cuando concedió el préstamo (15) .

## **7. Análisis del Auto de 10 de enero de 2012 (LA LEY 9155/2012) del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Torrejón de Ardoz (Madrid) (16)**

Como premisa esencial dice que el art. 671.1.º LEC (LA LEY 58/2000) permite al acreedor cuando la subasta

queda desierta la adjudicación del bien por la mitad de su valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos y dice el auto que en principio la petición de la ejecutante estaría amparada por un texto legal y no habría abuso ni enriquecimiento injusto. Ahora bien el auto va más allá afirmando que la conclusión es otra si se tiene en cuenta la crisis económica que rodea el caso y hace que la petición del ejecutante devenga abusiva y pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto, algo que resulta meridianamente claro si se utiliza el art. 3.1 CC (LA LEY 1/1889). Sostiene que *es un hecho notorio, exento de prueba (e invoca el 281.4 LEC), que al menos durante una década, que podría situarse entre la segunda mitad de los años 1990 y el año 2008, tomando como hitos las fechas de aprobación, en el ámbito estatal, de sucesivas leyes del suelo en nuestro país (Ley 6/1998, de 13 de abril (LA LEY 1489/1998), de Régimen del Suelo y Valoraciones, derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo (LA LEY 5678/2007), de Suelo, derogada, a su vez, por el actual Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (LA LEY 8457/2008)), que el mercado inmobiliario nacional e internacional ha sido utilizado como moneda de cambio. Las entidades bancarias y otros operadores del mercado financiero concedían préstamos para sufragar cualquier tipo de operación (empresa, negocio o contrato) en la que hubiera de por medio un bien inmueble que le sirviera de garantía. Frente a un eventual impago del crédito financiado, la entidad confiaba en no tener problema en ver satisfecho su crédito, pues la garantía que se le ofrecía a cambio valía la cantidad prestada, si no más. Haciendo un paralelismo histórico, parecía que un nuevo patrón-oro iba a descubrirse: el patrón-inmueble. Sin embargo, al igual que ocurría con el patrón-oro, la moneda de cambio terminó por devaluarse por una situación de crisis económica internacional, todavía vigente y que puso y ha puesto de manifiesto que el bien en el que se confiaba como sustento del sistema económico había sido valorado artificialmente y que no valía aquello que quienes habían fijado su precio —las entidades de crédito— decían que valía. Estalló la denominada «burbuja inmobiliaria» propiciada por tales entidades, haciendo tambalearse al sistema económico. Llegados a este punto la solución del caso pasa por aplicar la ley teniendo en cuenta la realidad social excepcional existente. Claro que podría decirse en contra de ello que no hay motivo para no aplicar literalmente el art. 671 LEC (LA LEY 58/2000). No obstante esta crisis es comparable al crack de 1929 o a la crisis del petróleo de 1973, lo cual es difícil de rebatir y lo corrobora la manera de legislar a base de Decretos-leyes desde el 2008 cuya inmensa mayoría van dirigidos a paliar los efectos de la crisis: paro, endeudamiento y falta de liquidez pública y privada. Solo en el 2008 se dictaron 10 decretos-leyes, en el 2009 subieron a 14 y a 15 se llegó en el 2010, mientras que en el 2011 se dictaron 20 y en el actual 2012 llevamos (a fecha de mediados de abril) 3 de enorme calado económico (en particular el RD 6/2012). No tener en cuenta lo anterior significa dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes, como entidad financiera, en la causación de la situación y por haber valorado el bien objeto de la garantía de modo absolutamente especulativo e irreal y encima le permitiría adquirirlo por un precio ridículo e irrisorio y poder seguir adelante contra el deudor y sus bienes o derechos exigiendo un importe que rozaría el del préstamo concedido. Es decir, entre todos daríamos cobertura legal a una auténtica situación de usura proscrita desde la Ley de 23 de julio de 1908. El ejecutante actúa, al pedir que siga la ejecución como si se le debiera más dinero, totalmente ajeno a la sobrevaloración de las garantías inmobiliarias y a su propia participación en la causación de la crisis. Los tribunales tenemos el deber constitucional de rechazar las peticiones abusivas o antisociales. No está imputando a la entidad financiera del caso como si fuera la única causante de la crisis pero el juez no puede desconocer su condición de entidad bancaria que como tal es protagonista del caos actual. Es rechazable que la entidad financiera alegue para poder seguir contra el deudor que la finca ha perdido valor, cuando en realidad nunca hubiese concedido el préstamo si la finca no hubiera tenido el valor suficiente para garantizarlo, valor que fue fijado por la propia entidad bancaria o al menos lo aceptó, y sabiendo que la pérdida de valor de la finca es directamente achacable a la crisis económica aunque no se le pueda imputar al Banco. Finalmente da la razón al deudor recurrente y deniega la continuación de la ejecución estimando el recurso de aquél.*

#### **8. Análisis del auto de fecha 4 de febrero de 2011 (LA LEY 1692/2011)(aclarado por auto de 18 de febrero de 2011) dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 44 de Barcelona (17) y revocado por la AP de Barcelona**

La ejecución no puede sostenerse en meros criterios formales y rigoristas y que haciendo uso estricto del art. 671 LEC (LA LEY 58/2000) y sin tener en cuenta que la entidad bancaria se ha adjudicado la vivienda por la mitad del valor que en su día ella misma le dio al inmueble, nos abocamos a una situación injusta que la Constitución prohíbe. Si la vivienda valía 200.000 euros cuando se firmó el préstamo, no puede ser que su pérdida de valor beneficie al acreedor y que el deudor adeude esa cantidad. No se trata de eludir una obligación. Y en su caso y a mi juicio el único que elude responsabilidad es el Banco que a sabiendas de la pérdida de valor de la vivienda, pretende seguir contra el deudor máxime cuando ingresa en su patrimonio el primer valor otorgado a la misma. El valor de mercado del bien superaba con creces la propia deuda puesto que en la escritura se tasó en 312.500 euros y aunque el Banco nominalmente lo ingrese en su patrimonio por la mitad de su valor, en realidad el valor es el pactado en la escritura. Porque el propio Banco así lo quiso y lo aceptó. La AP Barcelona que revoca no

analiza lo relativo al valor de mercado o de tasación ni tampoco el resto de resoluciones recaídas en esta materia. No alude a los arts. 3.1 (LA LEY 1/1889) y 7.1 CC (LA LEY 1/1889) sino que se ciñe rigurosamente al 671 LEC y al 579. Se cita una resolución de la misma Sala 1.ª de fecha 14 de junio de 2011 en la que se afirmaba que el art. 579 consagra el derecho del acreedor a continuar la ejecución cuando el producto de la subasta fuera insuficiente para saldar la deuda. Pero ha obviado lo esencial: la oscilación de valor de la vivienda, que pasa por sobredimensionarse en ciertos años a infravalorarse en la actualidad y claramente ha pasado por alto el importe que el banco ingresa en su activo. Entonces, ¿de qué valor estamos hablando? ¿Cuánto vale una vivienda y dónde está el criterio de referencia? ¿Por qué una vivienda en su momento con valor suficiente para garantizar un préstamo, posteriormente no cubre ni siquiera la mitad del importe del mismo? Y finalmente, ¿cuál es la razón de que todas estas cambiantes circunstancias beneficien a quienes han propiciado la crisis y perjudiquen a quienes la soportan? Dice la Sala que no se puede dar al art. 579 una interpretación distinta de la que se deduce de su propia literalidad. Y aquí la Sala olvida el art. 3.1 CC (LA LEY 1/1889). Sí se puede: la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada una norma. *Obiter dictum* la Sala menciona normas posteriores como la Ley 37/2011, de 10 octubre (LA LEY 19111/2011), de agilización procesal y lo que me resulta más sorprendente, el RD 6/2012 de medidas de protección de los deudores hipotecarios e interpreta esta última como si proscribiese la dación en pago salvo para casos de deudores ubicados en ese peculiar limbo creado por el Consejo de Ministros y refrendado por el Parlamento en fecha 11 de abril de 2012 llamado «umbral de exclusión». Trae la Sala a colación el reciente auto del TC de fecha 19 de junio de 2011 dictado en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Sabadell que no la admitió a trámite sosteniendo que «no es el cauce procesal idóneo para que los jueces puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la constitucionalidad de un régimen o sistema legal (por lo que aquí interesa el proceso de ejecución hipotecaria) por contraste con un hipotético modelo alternativo, que no le compete formular al órgano proponente ni corresponde valorar a este TC por ser materia de la exclusiva competencia del legislador, dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal ni puede ni debe restringir». Asimismo cita la SS de 25 de septiembre de 2008 como reciente, sentencia conocida por rechazar el enriquecimiento injusto como fundamento para denegar la ejecución pero que se dictó en unas circunstancias sociales totalmente diferentes a las que nos ocupan: dicha sentencia niega la existencia del abuso de derecho y relaciona el caso con la regulación de la LH en sus arts. 105 y 140 a los que alude para sostener que solo y únicamente en el último supuesto cabe admitir una limitación de responsabilidad del deudor y de otro modo es ineludible el contenido del art. 105 (LA LEY 1/1889) que a su vez conduce al 1911 CC (LA LEY 1/1889). A mi juicio, sostener como ejemplo la cita del TS cuando afirma que «no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho desde el punto de vista de su función económico social por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y al propio tiempo trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial» no responde a las actuales circunstancias económicas ni el ejercicio de dicho derecho es lo mismo ahora que en el 2008. La Sala afirma que dicha doctrina «es más que suficiente» para revocar la resolución de instancia a la que acusa de apartarse de las previsiones legales y de la jurisprudencia que las interpreta e invoca, *obiter dictum*, la modificación legislativa del RD 8/2011 (18) e incluso el reciente RD 6/2012 que al parecer de la Sala proscribía la dación en pago salvo que se trate de un caso incurrido en ese limbo que se ha denominado «umbral de exclusión». Insiste en que «el legislador» ha querido que el acreedor pueda seguir con la ejecución adjudicándose el inmueble sin que ello conlleve merma alguna de su derecho a cobrar. Y se apoya, sorprendentemente, en el reciente RD 6/2012 para concluir que la dación en pago no existe en estos casos ni puede llegar a existir. Discrepo que la solución del legislador nos aboque a los jueces a una solución unívoca que nos impida pensar e interpretar dentro del marco legal más estricto, por supuesto. Porque la Sala se apoya en el art. 3.2 CC (LA LEY 1/1889) pero soslaya por completo el 3.1 del mismo precepto. Y desde aquí no solo mantengo lo que en su día decidí sino que lo considero aún más justo, si cabe. Y no abrigo duda alguna de que dicha solución se enmarca dentro de la ley, como no puede ser de otra manera.

### **9. Análisis del Auto de fecha 4 de febrero 2012 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Mataró (19)**

Importe del préstamo: 285.000 euros, del máximo de 34.200 euros en concepto de intereses ordinarios, del máximo de 102.600 euros de intereses moratorios y del máximo de 48.450 euros para costas. El ejecutado impagó los plazos y se dio por vencido el préstamo subyacente en la escritura, resultando un saldo deudor pendiente de pago de 280.305,19 euros de capital (20) que sumado a los intereses daba una cantidad total de 286.743,42 euros. Se dictó Decreto de aprobación de las costas y el decreto aprobando intereses y finalmente por decreto se adjudicó la finca a la ejecutante por importe de 300.000 euros. El Banco imputó esa suma al pago de costas e intereses y reclamó el saldo deudor pendiente de pago por importe de 47.813,46 euros con cargo a la escritura de préstamo. El demandado se opone al haberse adjudicado la entidad por 300.000 euros la finca que fue tasada en escritura en 447.000 euros lo que determina que debe darse por saldada ya que el producto obtenido es muy superior a la deuda del ejecutado. Dice el magistrado que **este planteamiento no es nuevo**

**para los Tribunales ya que en los últimos años se trata de dar una solución jurídica al problema económico y social como en definitiva corresponde dar al poder judicial.** Se inicia su exhaustivo razonamiento con el 3.1 CC y efectúa un detalladísimo repaso jurisprudencial a todas y cada una de las resoluciones dictadas hasta la fecha sobre el tema. Hace una precisión a mi juicio muy relevante porque afirma que aunque la moral puede influir en la decisión del juez, no puede fundamentarla existiendo normas jurídicas aplicables al caso o doctrina jurisprudencial que las interpreta y deviene inexcusable analizar la doctrina de los actos propios ya que la SS 25 de septiembre de 2008 (21) incardina la solución del problema en la actuación previa y precedente del Banco y al concepto del valor del producto obtenido fruto de la ejecución precedente. Siguiendo las SS de 21 de abril de 2006, 17 de julio de 2007 y 10 de abril de 2003 la doctrina de los actos propios supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que se den los requisitos para aplicarla, a saber: actos inequívocos y una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. En este caso, la conducta previa de la entidad bancaria al fijar el precio de la finca en la escritura es el más claro, libre y voluntario en cuanto a que acepta que vale 447.000 euros. Las entidades de crédito están sometidas a la disciplina del Banco de España y no pueden actuar libremente al fijar el valor de tasación de una finca sobre la que constituyen una garantía real y así la circular 3/2008, de 22 de mayo (LA LEY 7677/2008) establece:

*a) Derechos reales sobre inmuebles.*

54. Cuando la técnica de reducción del riesgo de crédito empleada se base en derechos reales sobre inmuebles, residenciales o comerciales, el valor de la garantía real (C) vendrá determinado por su valor de tasación, que deberá ser el valor de mercado del inmueble hipotecado o su valor hipotecario, reducidos de manera adecuada a fin de reflejar los resultados de la revisión del valor de los inmuebles prevista en la letra b del apartado 6 de la *NORMA CUADRAGÉSIMA TERCERA* y de tener en cuenta cualquier posible gravamen preferente sobre el inmueble. En caso de que en la legislación aplicable en el país donde se encuentre la garantía se consideren ambos valores, el valor de la garantía real a considerar será el menor.

55. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá por:

**a) Valor de mercado**, el valor estimado al que podría venderse el inmueble hipotecado en la fecha de tasación mediante contrato independiente entre un vendedor y un comprador voluntarios que actuaran con conocimiento de causa, de forma prudente y sin restricción alguna.

**b) Valor hipotecario**, el valor del inmueble determinado mediante una evaluación prudente de su posible venta futura, teniendo en cuenta los aspectos duraderos a largo plazo del mismo, las condiciones normales del mercado y las locales, su uso en el momento de la tasación y sus correspondientes usos alternativos. Los elementos especulativos no serán tenidos en cuenta en el cálculo del valor hipotecario.

Se entenderá que el valor de mercado y el valor hipotecario definidos en la *Orden Ministerial 805/2003* cumplen con las definiciones anteriores.

*En ambos casos, la entidad documentará el valor de mercado o el valor hipotecario de manera clara y transparente.*

Es decir, teniendo en cuenta lo anterior no cabe duda de que la entidad de crédito que fija el valor hipotecario como valor de subasta de la finca está aceptando que es un valor prudente de su posible venta futura, contemplando los aspectos duraderos a largo plazo del mismo, las condiciones normales del mercado y las locales de la plaza en la que se integra el mismo, su uso residencial o comercial en el momento de tasación y sus correspondientes usos alternativos con exclusión de los elementos especulativos que no se tendrán en cuenta en el cálculo del valor hipotecario. Consecuentemente la fijación en la escritura del valor por 447.000 euros conforme a la anterior normativa bancaria es el primer acto propio de la entidad de crédito que no puede eludir ni desconocer, si bien es un argumento insuficiente para entender que solo este acto equivale a que la entidad asuma que el valor hipotecario de la finca es el mismo valor del producto resultante de la subasta del mismo practicada en la ejecución hipotecaria (22) . El segundo acto relevante es el coetáneo, o sea, la inacción de la acreedora del art. 117 LH o acción de devastación por deterioro doloso o culposo. En este caso es evidente que los deudores tuvieron una conducta diligente durante el tiempo que vivieron en la finca. Sin embargo el magistrado cita la circular 3/2008, de 22 de mayo (LA LEY 7677/2008), del Banco de España en la que se establece la obligación de las entidades financieras de calcular el valor de mercado de la garantía real y lo evaluarán con una frecuencia mínima semestral (23) y si detectan una minusvaloración del bien en relación a su garantía, como consecuencia de las fluctuaciones del mercado, proceder de inmediato a efectuar valoraciones complementarias a la inicial con el fin de solicitar mayores garantías al deudor que la propia finca hipotecada o llevar las conductas de ajuste de riesgo que considere prudentes. En suma, el Banco ni activó el mecanismo legal del 117 LH ni se ha

probado que haya considerado que durante el proceso de ejecución o antes incluso de que el deudor impagase, que la fluctuación del mercado inmobiliario afectaba al valor de tasación del inmueble sobre el que el Banco ostentaba su garantía real.

Aun siendo, dice el magistrado, por omisión, dicha inactividad es un segundo acto propio del Banco coetáneo a la ejecución que no se puede desconocer en esta resolución, valorado con el precedente y el siguiente que es ya posterior a la adjudicación de la finca. **Y este último acto es el valor por el que la entidad financiera ha incorporado a su patrimonio el activo patrimonial adjudicado a través de la subasta:** puesto que el Banco defiende que es el mismo importe de licitación de la finca en dicha subasta y la normativa bancaria no indica precisamente eso y como la ejecutante tampoco ha cumplido dos requerimientos del juzgado relativos a que exhiba y acredite documentalmente por vía de certificación cuál es ese valor con el que incorpora a su activo la finca adjudicada, solo cabe aplicarle los efectos del art. 329 LEC (LA LEY 58/2000) ya dichos. La circular 4/2004, de 22 de diciembre (LA LEY 1719/2004) del Banco de España sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros (complementada por la circular 3/2010, de 29 de junio (LA LEY 14787/2010)), ambas de obligado cumplimiento para las entidades de crédito, impone que **los bienes adjudicados en subasta por las entidades de crédito** (los activos no corrientes adquiridos exclusivamente con el objetivo de volver a venderlos que cumplan los requisitos para ser calificados como activos no corrientes en venta) **se incorporarán a su patrimonio, no por el valor de licitación en subasta y posterior adjudicación en el decreto aprobando el remate, sino conforme al valor razonable de los mismos, menos los costes de venta necesarios** (24) . Ello puede equipararse al valor de mercado de los mismos, descontados los costes de venta citados. El Banco se ha negado dos veces a exhibir ese documento en relación a saber cuál es el valor por el que incorpora la finca que se adjudicó en subasta, y ello impide valorar a ciencia cierta el importe por el que el propio Banco valora el bien en dicha fecha conforme a las normas de disciplina bancaria que la afectan y obligan y por tanto hay que concluir que se ha incorporado a su patrimonio por el valor de mercado del mismo y no por el precio de licitación de 300.000 euros como defiende y justifica. Solo hay un valor acreditado en el expediente y es el que el propio Banco aceptó en la escritura en fecha 4 de diciembre de 2007 por importe de 447.000 euros y si bien desde ese año hasta la actualidad los inmuebles han experimentado una minusvaloración fruto de la crisis económica, no se ha cuantificado en autos mediante nueva tasación pericial, y ello constituye un hecho notorio que está excluido de necesidad de prueba conforme al 281.4 LEC (no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general). Y como los jueces no pueden resolver al margen de la sociedad en la que viven y participan y a quien se dirigen las resoluciones que dictan, el magistrado va más allá y considera que la realidad económica indica claramente que la vivienda se ha minusvalorado en un 25% a 30% por lo que se objetiva de los datos del INE (en este caso se aplicó un 21%) a lo que se suman los gastos de venta de la vivienda que de modo prudencial se fijan en un 1% de su valor, lo que implica un importe total negativo de -93.870 euros y un precio teórico de incorporación a su activo patrimonial de 353.130 euros que no es desproporcionado con el valor de 300.000 euros por el que se la adjudicó y por el que licitó en subasta, pero que impide seguir la ejecución ya que el importe reclamado de 47.813,46 euros como exceso no cubierto con el importe de la licitación de la finca, si se halla cubierto con el importe de incorporación del bien al activo de la acreedora ejecutante. Concluye el auto que por ello hay tres actos propios del Banco que, relacionados, unidos a la normativa bancaria a la que está sujeto imperativamente, a sus propias inacciones en el proceso de ejecución hipotecaria previa o la injustificada negativa a aportar el valor por el que incorpora la finca a su activo, convencen al juez del valor por el que lo ha hecho y ello sigue la doctrina de la AP Girona de 16 de septiembre de 2011 y se corrobora que el producto del bien adjudicado, determinado conforme a su propia normativa y a sus propios actos, es superior al importe del crédito que el Banco tiene constituido contra el deudor y no se le puede permitir que inste la ejecución ordinaria o la siga persiguiendo bienes del ejecutado por cuanto el valor de los bienes que se ha adjudicado superan con creces el importe del crédito que reclama, al menos en este caso y de acuerdo con los cálculos efectuados en los que el Banco se ha mostrado de modo abierto y reiterado, obstructivo o nada colaborador con el Juzgado en cuanto a la información que se le solicitaba.

Sostiene finalmente el juez, que no se ignora el art. 579 LEC (LA LEY 58/2000) ni su eficacia y el derecho de los Bancos a seguir la ejecución ordinaria pero habrá que analizar caso por caso y valorar los actos anteriores, coetáneos y posteriores al proceso de ejecución para saber si el Banco ha acomodado su conducta procesal a la imperativa normativa bancaria que le obliga y de acuerdo con ello, determinar si el valor del bien adjudicado es el mismo que el de mercado menos los gastos de venta al que se refieren las circulares citadas y solo cuando se tenga el convencimiento de que el valor del bien adjudicado es superior al importe del crédito que se reclama, impedir el referido exceso.

## **10. Análisis del Auto de fecha 11 de marzo de 2011 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Vinaroz (25)**

El juez afirma que aun cuando el art. 579 LEC (LA LEY 58/2000) parece no ofrecer dudas interpretativas, ello no

significa que sea en todo caso aplicable. Se remite al expediente de ejecución hipotecaria en el que se dictó auto despachando ejecución por 182.452,14 euros en concepto de principal y la finca se subastó por 201.660,55 euros, adjudicándose la ejecutante por el 50% de su valor, esto es, por 112.087,95 euros. Sigue la doctrina recaída desde el auto del juzgado de Estella de 13 de noviembre de 2009 y confronta el valor real o tasado por la ejecutante con el valor de adjudicación y siendo el principal inferior al valor de tasación. El fundamento del juez es que el valor por el que entra en el patrimonio del Banco no es el de licitación sino el valor real de mercado que se refleja en la escritura y es de 224.175,91 euros. Finalmente recoge la doctrina de la AP Navarra que confirmó en fecha 17 de diciembre de 2010 el auto anterior, ya expuesta al inicio de este trabajo.

### **11. Análisis del Auto de fecha 7 de abril de 2011 de la Audiencia Provincial de Girona (LA LEY 67109/2011) (26)**

La AP confronta los datos habituales: importe del préstamo hipotecario, valor de licitación de la vivienda y precio por el que se la adjudica el Banco ejecutante. En este caso, además, el Banco vende a tercero la misma junto con otra sin que se conozcan datos del precio de cada finca. Refiere el auto, en primer lugar, la teoría del abuso del derecho en cuanto a que supone sobrepasar los límites normales del ejercicio del mismo. Rememorando el anterior art. 131 LEC (LA LEY 58/2000) la AP recuerda que este precepto pretendía que el acreedor cobrase el crédito sin que pudiera convertirse en un procedimiento para obtener un lucro indebido ni por el ejecutante ni por terceros adquirentes de la finca. Así pues y pese a ello en la práctica se vendían las fincas por un precio muy inferior al de tasación (en tercera subasta) y lo aceptaba el propio legislador al permitir que en la tercera subasta no hubiera sujeción a tipo (mitigado por la opción de que el deudor presentase un tercero que mejorase la postura, de apenas viabilidad práctica). La LEC supuso la novedad al introducir la posibilidad de que el juez no apruebe el remate y se levante el embargo si la postura es inferior al 50% y no cubre la deuda (670.4.º) y el 671 solo permite al acreedor, si no hay postor, pedir la adjudicación por el 50% de su valor de tasación o por la suma que se le deba por todos los conceptos. Aclara la Sala que el TS ha dejado claro que no se trata de analizar si hay enriquecimiento injusto porque lo que se debe determinar es si el ejercicio del derecho de la ejecutante es abusivo o no y concluye que la finca se tasó en 98.662,15 euros y el Banco se la adjudicó por 21.035,42 euros. Y aunque cuando tuvo lugar la ejecución no estaba la LEC en vigor, no se halla justificado que en el tiempo transcurrido el inmueble haya reducido tan sustancialmente su valor (poco más del 20% del valor de tasación). Aplicando la doctrina del abuso del derecho al anterior 131 LH la pretensión es claramente abusiva y no hay razón para no ofrecer como mínimo lo que se le deba por todos los conceptos. Aparentemente el Banco ejercita el 1911 CC, pero en un tiempo escaso el ejecutante lo vende por un precio superior de modo que puede afirmarse que ha hecho un uso abusivo de su derecho, ha ejercitado de manera anormal el mismo y de modo contrario a los fines económico sociales de aquél.

### **12. Análisis del Auto de fecha 27 de febrero de 2012 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Valladolid (LA LEY 16601/2012) (27)**

El Juez deja claro que el art. 579 no se desconoce y lo pone en relación con el 570 y el 1911 CC, sin embargo, entra en juego el art. 3.1 CC (LA LEY 1/1889) lo que obliga a tener en cuenta la problemática social que se ha suscitado en torno a las ejecuciones hipotecarias y que incluso ha provocado que por el Ejecutivo se promueva un Código de Buenas Prácticas dirigido a las entidades bancarias. Se refiere al auto de la AP Navarra de 17 de diciembre de 2010 y sostiene que en el caso de autos no puede aceptarse que el producto obtenido por el Banco sea insuficiente para cubrir el crédito ya que la entidad no recibe 162.500 euros de un tercer postor que se adjudica el bien sino que lo hace suyo para extinguir el crédito y el inmueble pasa a integrar su patrimonio y de ese modo está obteniendo el valor que la escritura reflejaba como valor del mismo y que el Banco usó como criterio para conceder el préstamo hipotecario. Por ende, se aplica la doctrina de los actos propios ya que fue el Banco quien le dio su valor. Hay que interpretar el 579 junto al RDL 1/2007 que aprueba el texto refundido para la defensa de consumidores y usuarios (algo que la AP Barcelona niega rotundamente que pueda hacerse) y lo fundamenta en su art. 82.1 que proscribía la utilización de cláusulas abusivas de suyo que lo sería aquella no negociada individualmente y que en contra de las exigencias de la buena fe, causen perjuicio al usuario. Sería una nulidad parcial de las cláusulas de las que se deriva una asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubre sobradamente el crédito. Asimismo la entidad financiera incurre en abuso de derecho y por el contrario, sí aprecia también enriquecimiento injusto. Son los razonamientos de la ejecutada y «compartidos por el juzgador». Incluso se aporta como documento la página Web de la entidad en la que aparece que puso a la venta dicha vivienda por un precio muy superior al importe de adjudicación y ello evidencia que la entidad bancaria, pese a la crisis, otorga a la finca un valor real de mercado y actual bastante superior a la deuda que reclama. Añade que aunque se suelen adjudicar el bien por el 50% del valor de tasación, lo ingresan en su patrimonio con un valor del 100% de la misma y concluye que aunque parezca que lo solicitado se ajusta al art. 579 LEC (LA LEY 58/2000), no es así porque si la finalidad del precepto es que el acreedor cubra la deuda pendiente, es evidente que dicha deuda está satisfecha y ello se deriva exclusivamente de la propia conducta del

Banco y permitir lo contrario sería dar validez a un beneficio injustificado en detrimento del deudor y en este caso del avalista (28) .

## II. CONCLUSIONES DE ESTE ESTUDIO / PROPUESTAS

Estos son los fundamentos de la nueva interpretación del art. 579 LEC (LA LEY 58/2000):

- a)** Realidad social del momento en que debe aplicarse la norma (579 y 571 LEC). Por mor del art. 3.1 CC (LA LEY 1/1889).
- b)** Inexcusable ejercicio no abusivo del derecho de suyo que está prohibido el ejercicio antisocial del mismo (art. 11 LOPJ (LA LEY 1694/1985)).
- c)** La doctrina de los actos propios que, junto a lo anterior, delimita la calificación de la conducta de la entidad financiera. Aplicación de las Circulares del Banco de España (preceptivas para las entidades financieras).
- d)** Evitar el enriquecimiento injusto por parte del Banco pues la deuda está saldada.

Lo contrario implicará, a mi juicio, otorgar una suerte de beneplácito a la conducta del Banco que bajo la apariencia de legalidad exige un importe que no es justo porque no se adeuda.

- (1)** Ponencia impartida en el XVII Congreso de Abogados Jóvenes celebrado en Granada los días 15 y 16 de junio de 2012: Mesa de debate sobre Ejecuciones hipotecarias.

---

- (2)** Resoluciones analizadas en este trabajo:  
Auto de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de enero de 2011, Auto de Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010, Auto de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 10 de febrero de 2011, Auto de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011, Decreto de la Secretaria Judicial del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Lleida, Auto de 10 de enero de 2012 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Torrejón de Ardoz (Madrid), Auto de fecha 4 de febrero de 2011 (aclarado por auto de 18 de febrero de 2011) dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 44 de Barcelona, Auto de fecha 4 de febrero de 2012 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Mataró, Auto de fecha 11 de marzo de 2011 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Vinaroz, Auto de fecha 7 de abril de 2011 de la Audiencia Provincial de Girona, Auto de la AP Ciudad Real sección 1.ª de fecha 17 de octubre de 2003 y Auto de fecha 27 de febrero de 2012 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Valladolid y Auto de 12 de abril de 2012 del Juzgado mixto de Figueras.

---

- (3)** El último analizado fue el primero en abordar este tema recurso 365/2005.

---

- (4)** El Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 2 de Estella (Navarra) dictó auto en fecha 9 de diciembre de 2009 denegando la continuación de la ejecución hipotecaria por las sumas que la ejecutante solicitaba (ejecución n.º 831/2008).

---

- (5)** La diferencia entre la suma por la que se despachó ejecución y la suma de la adjudicación que ascendía a 44.496,43 euros.

---

- (6)** Sala 1.ª 16 de febrero de 2006 (LA LEY 18059/2006) (Rec. 2557/1999) y se remite a la SS 21 de octubre de 2005 y 18 de enero de 2000 entre otras muchas.

---

- (7)** Recurso de apelación contra auto dictado por el mismo Juzgado de Estella en 13 de noviembre de 2009 denegando la prosecución de la ejecución hipotecaria.

---

- (8)** Directamente menciona «las hipotecas basuras» del sistema financiero norteamericano.

---

- (9)** De nuevo en vía de recurso de apelación contra un Auto del mismo Juzgado de Estella, auto de 4 de mayo de 2010 en el que se denegaba la continuación de la ejecución sino solamente por intereses y costas y que resulten superiores al precio de tasación.

---

- (10)** Auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Girona en 22 de febrero de 2011 que ordenó seguir la ejecución y recurre el deudor ejecutado. Voto particular del Magistrado Ilmo. Sr. José Rey Huidobro.

---

- (11)** Actualmente y tras la reforma de la LEC por el RDL 8/2011 (LA LEY 14238/2011), de 1 de julio, es el 60%

del valor de tasación.

- (12)** SS. 21 de diciembre de 2000.
- (13)** Fecha 29 de diciembre de 2011: resuelve el recurso de reposición presentado por la ejecutada contra el Decreto que ordenaba proseguir la ejecución a instancia del Banco ejecutante.
- (14)** Remite a las siguientes: autos de 4 de febrero de 2011 y 18 de febrero de 2011 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 44 Barcelona, auto 17 de diciembre de 2010 AP Navarra, auto 16 de diciembre de 2011 AP Girona.
- (15)** Y sin perjuicio de lo que resulte en concepto de intereses, que, a mi juicio, no deberían superar el 2,5 del interés legal del dinero.
- (16)** Recurso de revisión interpuesto por la ejecutada contra el Decreto de adjudicación dictado por el Secretario judicial: solicita que se dé por terminada la ejecución declarando saldada la deuda por todos los conceptos ya que debe tomarse como referencia el valor por el que se despachó ejecución y no el 50% del mismo por el que el Banco se adjudica la vivienda.
- (17)** Analizaré mi propio auto que fue de los primeros, junto con el del Juzgado de Estella confirmado por la AP de Navarra, en abrirse paso en el proceloso ámbito de la ejecución hipotecaria y que ha sido revocado por la AP Barcelona mediante auto de 26 de marzo de 2012 como se verá posteriormente.
- (18)** Este RD modificó el art. 671 LEC (LA LEY 58/2000) precisamente tras la presión ejercida por diversos sectores de la sociedad y elevó el porcentaje de adjudicación de la vivienda del 50% al 60%. Fue una tímida reforma a todas luces insuficiente por cuanto se reclamaba que subiera al 80% del valor de tasación para evitar situaciones como la que nos ocupa.
- (19)** Tampoco la menciona la AP Barcelona. En este caso la ejecutada se opuso a la ejecución y con un dato relevante y excepcional: en fase de prueba la ejecutada pidió que la acreedora fuera requerida para aportar al expediente de certificación acreditativa del valor por el que la finca objeto de ejecución se había incorporado a los balances contables de la entidad bancaria, bajo apercibimiento de que si nada contestaba podría entenderse en virtud del art. 329 LEC (LA LEY 58/2000) lo que prevé la norma 34 apartado A3)-11, C)-25 y 26 de la circular 4/2001, de 22 de diciembre del Banco de España complementada por la circular 3/2010 de 29 de junio (LA LEY 14787/2010) del citado organismo, sin que la ejecutante cumpliera el requerimiento. Fue reiterado el mismo mediante providencia sin resultado alguno.
- (20)** Más 6.195,28 euros intereses ordinarios, 242,95 euros intereses moratorios antes de la demanda.
- (21)** Es la SS en la que únicamente se apoya la AP Barcelona eludiendo las demás (8 de julio de 2005 y 18 de noviembre de 2005).
- (22)** Es notorio que en 1992 una vivienda se tasaba con un valor que fue sensiblemente superior en los primeros años del siglo XXI y en cambio una vivienda tasada con un valor en el 2006 pudo disminuir su valor real en el 2010 como consecuencia de las circunstancias económicas existentes. Es decir, el valor de tasación puede o no coincidir con su valor real de mercado que es el dinero que una persona está dispuesta a pagar por él en un momento determinado.
- (23)** 4. Requisitos específicos de las garantías reales.
- 4.1 Requisitos específicos comunes de los activos admisibles.
4. Las garantías reales de naturaleza financiera descritas en los apartados 5 a 9 de la NORMA TRIGÉSIMA NOVENA sólo serán admisibles como técnicas de reducción del riesgo de crédito si, aparte de los establecidos en el apartado 1 anterior, se cumplen los siguientes requisitos:
- c. Requisitos operativos.
- o Los acuerdos en los que se instrumenten las garantías reales deberán estar debidamente documentados, estableciendo un procedimiento claro y efectivo que permita la rápida ejecución de la garantía.
- o Las entidades de crédito acreedoras emplearán procedimientos y procesos adecuados para el control de los riesgos derivados del uso de garantías reales de naturaleza financiera, incluidos los que se originen como consecuencia de una eventual reducción o extinción de la cobertura del riesgo de crédito, así como de los riesgos de valoración y concentración derivados del uso de esas garantías.

o Las entidades de crédito acreedoras adoptarán políticas y prácticas debidamente documentadas en relación con los distintos tipos de garantía real de naturaleza financiera que hayan sido aceptados y sus importes respectivos.

o Las entidades de crédito acreedoras calcularán el valor de mercado de la garantía real de naturaleza financiera y lo reevaluarán con una frecuencia mínima semestral, así como en todos los casos en que la entidad de crédito tenga motivos para considerar que se ha producido una disminución considerable de su valor de mercado.

4.2 Requisitos específicos de los derechos reales sobre inmuebles.

6. A efectos de lo dispuesto en esta sección, los derechos reales sobre inmuebles, a los que se refieren los apartados 11 y 12 de la NORMA TRIGÉSIMA NOVENA, deberán cumplir, además de los establecidos en dichos apartados, los siguientes requisitos:

b. Valoración de los inmuebles.

Al inicio de la operación, la valoración del inmueble radicado en España deberá ser realizada por una entidad de tasación homologada, y de acuerdo con los requisitos establecidos en la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo (LA LEY 645/2003), sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. En el caso de los inmuebles radicados en otros países, la valoración corresponderá a las entidades o personas reconocidas en los respectivos países para llevar a cabo dichas valoraciones con fines hipotecarios.

Posteriormente, el valor del bien hipotecado será revisado con una frecuencia mínima de un año, cuando se trate de inmuebles comerciales, y de tres años, en el caso de inmuebles residenciales. Esta revisión podrá realizarse mediante métodos estadísticos, salvo en el caso de inmuebles singulares o no susceptibles de producción repetida.

Adicionalmente, siempre que las condiciones del mercado u otras circunstancias indiquen que los precios pueden estar experimentando variaciones significativas con respecto a los precios generales del mercado que pudieran afectar a la reducción del riesgo de crédito conseguida mediante las garantías de derechos reales sobre inmuebles, se deberán efectuar valoraciones adicionales del conjunto de inmuebles vinculados a los préstamos afectados, por un tasador independiente que podrá utilizar procedimientos muestrales, salvo en el caso de inmuebles singulares o no susceptibles de producción repetida; el tasador deberá cumplir también los requisitos del primer párrafo de esta letra b.

Para los préstamos que superen los 3 millones de euros o el 5% de los recursos propios de la entidad de crédito, la valoración del bien hipotecado será revisada, al menos una vez cada tres años, por un tasador independiente; el tasador deberá cumplir también los requisitos del primer párrafo de esta letra b.

En las revisiones a que se refiere el párrafo precedente, no será necesaria la inspección ocular del inmueble cuando el valor del préstamo, a causa de su amortización, sea inferior al 50% del valor de la garantía en el caso de inmuebles residenciales, o al 40% en el caso de inmuebles comerciales.

- 
- (24)** Los activos no corrientes adquiridos con dicha finalidad, se valorarán inicialmente por el menor importe entre aquel que se reconocería de no clasificarse como tal y su valor razonable menos los costes de venta necesarios.
- 
- (25)** La ejecutante solicita la continuación de la ejecución ordinaria alegando el art. 579 LEC (LA LEY 58/2000).
- 
- (26)** Interpuso recurso de apelación la parte ejecutada frente al Banco.
- 
- (27)** Se interpuso recurso por el ejecutado (de revisión contra el Decreto acordando la continuación de la ejecución).
- 
- (28)** Recién finalizado este trabajo ha recaído el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 6 de Figueras (Girona) de 12 de abril de 2012 que deniega la prosecución de la ejecución, revocando el Decreto del Secretario, y apoyándose en las resoluciones de la A Provincial de Girona ya citadas.
-