

FECHA RECEPCION : 28/02/2012
FECHA NOTIFICACION: 29-02-2012
FINE PLAZO/TERMINO:
(n/ref: A09/436) Art. 151.2 L.E.C.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NUMERO 3 DE ARENYS DE MAR

Magistrado: Francisco José del Pozo Sánchez

Procedimiento: Ejecución Hipotecaria

De:

Procurador:

Contra:

AUTO 38/2.012

En Arenys de Mar, a veintidos de Febrero de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad representada por el Procurador D. se presentó demanda de ejecución hipotecaria contra y que basaba en los hechos que enumeradamente exponía, y que aquí se dan por reproducidos en aras de la brevedad y tras invocar los fundamentos legales que consideraba aplicables terminaba suplicando se despachara ejecución contra la misma hasta la completa satisfacción de la deuda pendiente, costas e intereses.

SEGUNDO.- Por auto de 23 de Febrero de 2010 se acordaba despachar ejecución contra los ejecutados.

TERCERO.- Requeridos de pago y transcurrido el plazo previsto en el art. 691.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), se procedió a señalar subasta, fijándose el tipo de la subasta en la cantidad de 459.253 euros y, celebrada el pasado día 29 de Abril de 2011, se dictó Decreto en fecha 6 de Junio de 2011 acordando la adjudicación definitiva a la ejecutante de la finca objeto de autos por la cantidad de 241.000 euros.

CUARTO.- Mediante escrito presentado en fecha 7 de Febrero de 2012 la parte ejecutante interesa la continuidad de la ejecución y el embargo de la cantidad faltante con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución y según las consideraciones que son de ver en el referido escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Las tímidas reformas efectuadas por el Gobierno de España a medio del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios dista mucho de las más audaces fórmulas que se observan en el

Derecho Comparado:

1. La posibilidad conferida al ejecutado para seguir disfrutando de la vivienda tras la ejecución en calidad de arrendatario (Bélgica).
2. La posibilidad de posponer el desalojo en determinados casos: número de parientes residentes, personas con enfermedad... (Francia).
3. Posibilidad, una vez iniciado el procedimiento judicial, de sustituir éste por una venta voluntaria bajo supervisión judicial y un aplazamiento de hasta dos años, siendo superior el mínimo en que puede adjudicarse (70%) si es residencia del deudor (Francia).
4. Dar audiencia a deudor y acreedor con presencia de los servicios sociales y ofreciendo al deudor la posibilidad de que venda la vivienda o proponga una solución alternativa (Dinamarca).
5. Fijación del valor del inmueble a subastar por el órgano judicial y no por el banco ejecutante como viene siendo habitual (Alemania).

Nuestro sistema de ejecución hipotecaria, a pesar de haber sido refrendado constitucionalmente (recientemente Auto del TC de 19 de julio de 2.011), está aquejado de un barroco y abigarrado inmovilismo que parece moverse en una única dirección y presenta serias deficiencias y lagunas que pueden ser abordadas desde distintas perspectivas:

1. La doctrina sobre el abuso del derecho.
2. La infracción de la Ley Reguladora del Mercado Hipotecario.
3. La ruptura del equilibrio contractual y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Segundo.- Argumentos sobre la doctrina del abuso del derecho.

Los recientes pronunciamientos de los autos de 17 de diciembre de 2.010 de la Audiencia Provincial de Navarra, y el más recientes de los Juzgados de Primera Instancia número 44 de Barcelona de 24 de enero de 2.011 giran entorno a un argumento que encuentra apoyo en la doctrina del abuso del derecho consagrado en el artículo 7.2 del Código Civil al establecer que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

En círculos académicos y doctrinales y entre los operadores jurídicos han surgido voces críticas frente al anterior hilo argumentativo, calificándolo de etéreo, metafísico e insustancial frente a una regulación tan técnica y detallada como la establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la Ley Hipotecaria y su Reglamento. En esta corriente crítica, de marcado carácter positivista, parece subyacer un predominio del derecho positivo sobre los principios generales que lo inspiran, al tiempo que se viene a restar importancia a la gran tragedia personal que se produce como consecuencia del modelo de ejecución hipotecaria que plasma la Ley.

El vigente sistema de ejecución hipotecaria no solo ampara y tolera prácticas viciadas, sino que estas siempre se producen en perjuicio de la posición más débil: la del deudor hipotecario. Late en el fondo un beneficio evidente que actúa como sostén beneficioso para la conservación de la cesión de remate consistente en la ventaja fiscal para el primer rematante de no tener que tributar por el bien adquirido en concepto de transmisión patrimonial, puesto que la única transmisión que va a existir a estos efectos va a ser la que se produzca del deudor ejecutado al tercero cesionario del remate y que es la sujeta a liquidación mediante el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o bien al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Un sistema de subastas garante de la conservación económica del valor de mercado del bien inmueble que se ejecuta repercute directamente en el momento procesal con la expectativa de un posible excedente de distribución del precio del remate y que redundaría en la protección, indirecta -ya que no son ellos los agentes activos que propician la absorción de la deuda- de otros acreedores posteriores al tenedor de la garantía ejecutada, y ello porque es sabido, y fácilmente demostrable el hecho de que la hipoteca garantiza entre un 60 y un 75% del valor de mercado de un bien inmueble, más los intereses y costas que no debieran suponer, en condiciones normales, más allá del 15% del valor total, concluyendo por tanto que debería, y se recalca el uso de la expresión <<debería>>, aparecer en casi todas las ejecuciones judiciales por garantía hipotecaria sobre un bien inmueble un excedente en torno al 10% que habría de repercutir beneficiosamente, bien en el deudor ejecutado, bien en otros acreedores comunes en caso de haberlos.

Es en esa banda de previsible excedente junto con la correlativa disminución de la cobertura de los mínimos a disposición del ejecutante donde las prácticas viciadas que se observan en la habitual dinámica de funcionamiento de subastas, arrasa con cualquier vestigio de respeto al valor de mercado del bien, depreciándolo hasta conseguir que el valor de mercado sea una quimera irrealizable.

Así debería ser, pero en perjuicio del deudor no lo es, y las más de las veces la práctica forense demuestra que no es poco frecuente que el deudor, tras la realización del bien, aún no pueda cubrir sino una cantidad muy lejana de lo adeudado.

Se considera que ante tan manifiesta y absoluta desproporción, y ante el ostensible y notorio desequilibrio que se produce entre ejecutante y ejecutado, cobra plena vigencia la doctrina del abuso del Derecho.

Tercero.- Infracción de Ley Reguladora del Mercado Hipotecario.

El segundo argumento que puede emplearse para denunciar las prácticas expuestas en el anterior razonamiento jurídico tiene su punto de partida en la legislación reguladora del mercado hipotecario.

El artículo 3 bis de la Ley 2/1.981, de 25 de marzo, introducido por la Ley 41/2.007 de 7 de diciembre dispone que las sociedades de tasación y las entidades de crédito que dispongan de servicios propios de tasación deberán respetar las normas aplicables en las valoraciones de bienes que tengan por objeto el mercado

hipotecario u otras finalidades financieras, redactar con veracidad los certificados e informes que emitan y operar en todo momento con diligencia profesional. El incumplimiento de cualesquiera de sus obligaciones determinará la aplicación del régimen sancionador previsto en este artículo.

El apartado 5º del artículo 3 bis añade que se consideran infracciones muy graves << *La emisión de certificados o informes de tasación en cuyo contenido se aprecie de forma manifiesta:*

- a) *La falta de veracidad en la valoración y, en particular, la falta de concordancia con los datos y pruebas obtenidos en la actividad de valoración efectuada.*
- b) *La falta de prudencia valorativa cuando la emisión de dichos documentos se haga a efectos de valorar bienes aptos, ya sea para servir de garantía de créditos que formen o vayan a formar parte de la cobertura de títulos hipotecarios, ya sea para la cobertura de las provisiones técnicas de las entidades aseguradoras o del patrimonio inmobiliario de los fondos de pensiones, o para cualquier otra finalidad en la que sea exigible la aplicación del principio de prudencia valorativa. En todo caso, se presumirá la existencia de manifiesta falta de veracidad o, en su caso, de manifiesta falta de prudencia valorativa cuando, como consecuencia de las valoraciones reflejadas en alguno de dichos documentos, se genere la falsa apariencia de que una entidad de crédito, una entidad aseguradora, un fondo de pensiones, u otra entidad de naturaleza financiera cumplen las garantías financieras exigibles a las mismas >>.*

Aún cuando pueda admitirse que las infracciones en las que incurren los operadores no han de ser enjuiciadas o corregidas en la presente sede, resulta paradójico que quien tan escrupulosa aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil pretende, en cambio, se aparte sustancialmente de las normas que disciplinan la tasación y valoración de los bienes hipotecados.

La realidad demuestra de forma insistente que en la práctica no existe libertad para el consumidor a la hora de elegir tanto notario como sociedad de tasación o gestoría que son impuestas por la entidad financiera con diversos argumentos, principalmente entorno a la simplificación los trámites administrativos. Sin embargo estas ventajas para la entidad no se reflejan en un menor coste para el consumidor, que es quien finalmente sufraga los costes de dichos profesionales. Del mismo modo, la objetividad e imparcialidad de las sociedades de tasación queda comprometida por las fuertes dependencias y vinculaciones existentes entre las entidades de crédito y las referidas sociedades de tasación. En este contexto se considera una falacia pretender que la tasación del bien responda a auténticos criterios de mercado. Más aún, se antoja caprichoso y arbitrario pretender que esa misma tasación, ya de por sí manipulada y alterada, pueda incidir negativamente en las expectativas del deudor que pretende saldar la deuda y asiste impasivo a un proceso de ejecución hipotecaria en el que dicho valor se ha reducido sustancialmente no guardando ya ninguna semejanza con lo que se tasó al tiempo de contraer la deuda.

Cuarto.- La quiebra del equilibrio contractual.

En cuanto a la aplicación o no al caso de la cláusula "rebus sic stantibus", dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1991 que << *la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la*

obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula "rebus sic stantibus" como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, y 5 de junio de 1945, la de 17 de mayo de 1957 establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) Que la cláusula "rebus sic stantibus" no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones"; doctrina que se mantiene en posteriores resoluciones de esta Sala -sentencias, entre otras, de 29 de mayo de 1996, 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003-.>>.

Así acontece en el presente supuesto. Se hace ocioso justificar la gran alteración que se ha producido en el mercado inmobiliario como consecuencia de la crisis financiera que nos afecta, tratándose de un hecho notorio. Este mismo argumento se hace extensivo al tercero de los requisitos mencionados, <<que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles>>, pues aunque el colapso del sistema económico y financiero a nivel mundial fue previsto por algunos analistas económicos, es obvio que ha pasado desapercibido a gobiernos y ciudadanos.

Como se exponía con anterioridad, esta situación ha conllevado esa <<desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones>> a la que se refiere la sentencia de 23 de abril de 1.991. En este sentido puede argumentarse que el mercado hipotecario es uno de los segmentos del sistema financiero con mayor influencia en la estabilidad macroeconómica y financiera. De su funcionamiento depende la financiación de la vivienda, que representa alrededor de dos tercios del valor de la riqueza total de los hogares españoles y condiciona sus decisiones de consumo e inversión. Al mismo tiempo, el crédito hipotecario tiene un gran peso en el balance de las entidades de crédito y supone más de la mitad del total del crédito al sector privado residente. No puede desconocerse que los actores implicados en este procedimiento se encuentran en una posición de absoluta desigualdad. Mientras para la entidad de crédito la operación reviste un carácter mercantil, haciendo del crédito hipotecario gran parte de su actividad social, para el consumidor representa una carga financiera de gran magnitud que se destina a satisfacer un derecho y una necesidad vital. Sin llegar a caer en argumentos de reivindicación social, puede mantenerse que acreedor y deudor no concurren al contrato en una situación de equilibrio, existiendo aspectos de índole técnico-jurídica que escapan de la comprensión del

consumidor medio.

En idéntico sentido cabe sostener que los más que evidentes desajustes que la crisis económica ha producido no repercuten de la misma forma en los intereses de las partes implicadas. La repercusión negativa para el acreedor hipotecario no guarda parangón con la quiebra que se produce para la economía familiar.

Quinto.- La clamorosa necesidad de regular la figura de la dación en pago en el ámbito hipotecario.

Según cifras del Consejo General del Poder Judicial, desde el año 2007 hasta el primer trimestre de 2011 se producen unos 200 desahucios diarios. Sólo en los primeros 3 meses del año 2011 se han producido 15.491 desahucios. Dejando a un lado aquellos supuestos que obedecen al impago de rentas en el ámbito del proceso por desahucio -que excede del objeto de la presente resolución y a los que no sería aplicables los anteriores considerandos-, resulta indiscutible la honda brecha social que produce un sistema de ejecución hipotecaria tan rígido e inflexible como el descrito en los anteriores fundamentos de derecho.

Resulta inconcebible que mientras en el Derecho Comparado se encuentran fórmulas alternativas que de un modo u otro giran en torno al instituto de la dación en pago, el ordenamiento jurídico español no haya sido capaz de responder ante la quiebra de la economía familiar, y ello cuando de forma paradójica, contamos con siglos de tradición jurídica en los que se viene admitiendo la suspensión de pagos y la quiebra en el ámbito empresarial arbitrando un sistema en el que se realizan los bienes del empresario o comerciante para satisfacer a sus acreedores sin que dicho empresario deba responder con sus propios bienes personales.

No se entiende ni concibe que con la aquiescencia del legislador, se haya tolerado que sencillas sociedades mercantiles hayan podido operar en el tráfico inmobiliario contrayendo obligaciones que excedían con creces su capital social. Tampoco que esas mismas sociedades hayan podido acogerse a procesos universales de ejecución donde su responsabilidad se agotaba con los pocos recursos con los que se les había permitido operar en el tráfico económico. Menos aún casa con la lógica racional que a las personas físicas -*familias en definitiva*-, les esté jurídicamente vetada dicha posibilidad cuando la adquisición del bien -vivienda en este caso-, no obedecía a razones o motivos especulativos sino a un fin tan primordial y humano como satisfacer la necesidad de vivienda.

Ni la dación en pago ni la suspensión de pagos es algo extraño o ajeno a nuestro Derecho, la primera tiene reconocimiento legal en los artículos 1.166, 1.175, 1.521 y 1.849 del Código Civil. Sólo una apuesta decidida y firme del legislador para afrontar una auténtica demanda social podrá permitir que la rígida ejecución hipotecaria se flexibilice para dar cabida a lo que es posible, imperioso y necesario.

En aplicación de las anteriores consideraciones y argumentos jurídicos, se estima que no procede acceder a la petición efectuada por la entidad ejecutante sin que proceda continuar la presente ejecución hipotecaria como ordinaria.

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda el archivo de los presentes autos de ejecución hipotecaria seguidos a instancia de [REDACTED] representado por el Procurador D. [REDACTED] contra [REDACTED] y [REDACTED]

Se deniega la continuación de la presente ejecución como ejecución ordinaria sin perjuicio de solicitar tasación de costas y liquidación de intereses.

MODO DE IMPUGNACIÓN : mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Barcelona (artículo 455 LEC). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en la entidad Banesto.

Así lo acuerdo, mando y firmo, don Francisco José del Pozo Sánchez, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de los de Arenys de Mar.

EL MAGISTRADO
SECRETARÍA JUDICIAL

LA