

**LA FACULTAD DEL ACREEDOR DE ELEGIR PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EN CASO DE
HIPOTECA SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL DEL DEUDOR:
¿UNA LIBERTAD ABSOLUTA O CONDICIONADA?¹**

Margarita Castilla Barea

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

TITLE: *The creditor's ability to choose an enforcement procedure regarding a mortgage on the debtor's primary residence. Is it an absolute or a determined licence?*

RESUMEN: Con la finalidad principal de hacer efectivo su crédito sin que el deudor hipotecario pueda invocar los beneficios que le concede el art. 579 LEC cuando la hipoteca recae sobre su vivienda habitual, de un tiempo a esta parte están proliferando las demandas de ejecución ordinaria por parte de los acreedores, que eligen este procedimiento para hacer efectivo el patrimonio del deudor, en detrimento de la ejecución hipotecaria. Frente a la idea de partida de que el acreedor tiene un lícito derecho a elegir el procedimiento ejecutivo que más convenga a sus intereses, algunas resoluciones recientes de Audiencias Provinciales califican esta conducta como constitutiva de un fraude de ley o procesal o como un ejercicio abusivo del propio derecho por parte del acreedor. En este trabajo tratamos de identificar y sistematizar los argumentos jurídicos tanto sustantivos, como adjetivos, que permitirían, en su caso, sostener que el acreedor que tiene a su disposición el proceso ejecutivo especial hipotecario debe seguirlo, sin que sea lícito que recurra al proceso ejecutivo ordinario, cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual del deudor ejecutado.

ABSTRACT: *Recently, mortgagees have increased claims for ordinary enforcement procedures, aiming mainly at implementing the accomplishment of the credit but regardless of the mortgage holder's possibility to claim those benefits observed in the art. 579 LEC, provided the mortgage is on the main residence. Creditors opt for this procedure to use the debtor's assets to file the mortgage foreclosure. Taking into account the credit holder has the lawful right to opt for the most suitable executive procedure matching his/her own interest, some recent provincial court decisions label this line of action as fraud in connection with a matter of law or procedure or as an abusive use of the law on the creditor's side. This document intends to identify and standardise both the substantive and adjective law grounds which, given the case, highlight the creditor's obligation to enforce the special mortgage procedure at their disposal, considering that the use of the ordinary executive procedure is not legal when the debtor's primary residence is the mortgaged property.*

PALABRAS CLAVE: Procedimiento ejecutivo ordinario, procedimiento ejecutivo especial hipotecario, derecho de elección del acreedor, fraude de ley, fraude procesal, abuso del derecho, doctrina de los propios actos.

¹ ORCID: 0000-0002-5397-8374. Este trabajo es fruto del contrato de investigación celebrado al amparo del art. 83 LOU entre la autora y la sociedad comitente en el contrato de referencia OT2017/023: «Dictamen jurídico sobre la posible consideración como fraude procesal de la opción del acreedor hipotecario por el proceso ejecutivo ordinario y el posible carácter abusivo de la cláusula de renuncia por los fiadores a los beneficios de orden, excusión y división».

KEY WORDS: *ordinary enforcement procedure, special mortgage enforcement procedure, creditor's right to choose, fraudulent use of the law, procedural fraud, abuse of rights, principle of stoppel, doctrine of one's own acts.*

SUMARIO: 1. LA PREMISA DE PARTIDA: ES FACULTAD DEL ACREEDOR ELEGIR LA VÍA PROCESAL QUE LE PAREZCA MÁS CONVENIENTE PARA LOGRAR LA SATISFACCIÓN DEL CRÉDITO IMPAGADO. 2. LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO PUEDE CONSTITUIR UN FRAUDE DE LEY O PROCESAL. 3. LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO PUEDE CONSTITUIR UN ABUSO DE DERECHO. 4. LA ELECCIÓN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO PUEDE VULNERAR LA CONFIANZA LEGÍTIMA DEL DEUDOR EN EL USO DEL PROCESO ESPECIAL HIPOTECARIO: LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS. 5. LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE DÉBIL. 5.1. *El principio de especialidad aplicado al procedimiento ejecutivo aplicable.* 5.2. *El principio de especialidad de las normas concernientes a la ejecución de la vivienda habitual del deudor hipotecario.* 5.3. *El principio general de protección del contratante débil, en nuestro caso, del deudor hipotecario.* 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

1. LA PREMISA DE PARTIDA: ES FACULTAD DEL ACREEDOR ELEGIR LA VÍA PROCESAL QUE LE PAREZCA MÁS CONVENIENTE PARA LOGRAR LA SATISFACCIÓN DEL CRÉDITO IMPAGADO

Desde la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) tanto la doctrina², como la jurisprudencia³, han venido sosteniendo de forma prácticamente unánime que el titular de una hipoteca inmobiliaria en garantía de un préstamo (el acreedor hipotecario) goza de plena libertad a la hora de decidir el procedimiento a través del cual hacer efectivo su derecho, del que dimanar tanto

² En este sentido se pronuncian, entre otros, ADÁN DOMÉNECH, FEDERICO (*La ejecución hipotecaria*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 2008, pp. 53 y 54), FAJARDO FERNÁNDEZ, JAVIER («Comentario al art. 681 de la LECiv. Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, CORDÓN MORENO, FAUSTINO, ARMENTA DEU, TERESA, MUERZA ESPARZA, JULIO J., TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL (Coordinadores), Tomo II, Cizur Menor, 2011; disponible en www.westlaw.es, BIB 2011/5165, p. 2), ZURITA MARTÍN, ISABEL (*Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 83-85), GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS («Capítulo V. El procedimiento especial de Ejecución Hipotecaria. Últimas reformas», en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA Y OLMEDO CARDENETE, MIGUEL (Directores): *Presente y futuro del mercado hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 247-286, en concreto, p. 251), CALLEJO CARRIÓN, SORAYA (*Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas*, La Ley, Madrid, 2015, p. 64, nota 79), SIGÜENZA LÓPEZ, JULIO («Capítulo VIII. La necesidad de repensar el actual sistema de ejecución hipotecaria», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL Y MURGA FERNÁNDEZ, JUAN PABLO (Directores): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 497-524, en concreto, pp. 498-501 y 504, nota 11).

³ Los Autos de la AP de Barcelona (Sección 16ª), núm. 277/2013 de 14 de noviembre (JUR/2014/293850) y núm. 316/2013, de 12 de diciembre (JUR 2014/293458), se refieren a esta premisa como punto de partida: «Suele partirse de que, en principio, nada impide al acreedor hipotecario dejar de lado el ejercicio de la acción específica de realización del bien hipotecado que le brinda el ordenamiento jurídico, por sorprendente que pueda resultar esa postura dada la posición privilegiada que ese procedimiento asigna al ejecutante, y elegir la vía ejecutiva común fundada en su mera condición de tenedor de un título extrajudicial que goza de fuerza ejecutiva por imperativo del artículo 517.2.4ª LEC». (FJ Segundo, en ambos casos). Por su parte, los Autos de la AP de Madrid (Sección 12ª), núm. 138/2016 (JUR/2016/210725) y 139/2016 (JUR/2016/210133), de 6 de junio, añaden en este mismo sentido que «la mayoría de las Audiencias se inclinan por considerar que existe una posibilidad de elección para el acreedor que le permite optar por uno u otro procedimiento» (FJ Tercero).

acciones personales declarativas y ejecutivas –derivadas de la titularidad de la posición acreedora en la obligación garantizada con la hipoteca-, como la acción real –derivada de la propia garantía real-, de suerte que se han venido considerando a disposición del acreedor hasta cinco tipos de procedimiento diferentes⁴:

- En el ámbito judicial: a) el juicio declarativo ordinario (arts. 399 y ss. LEC); b) el juicio ejecutivo ordinario (arts. 517 y ss. LEC); c) el proceso ejecutivo hipotecario o especial (arts. 681 y ss. LEC) y d) el juicio monitorio (arts. 812 y ss. LEC)⁵.
- En el ámbito extrajudicial: la venta extrajudicial del bien hipotecado (arts. 129 LH y 234 a 236 RH), que depende de la existencia de un pacto expreso al respecto en la escritura constitutiva de la hipoteca.

Que el acreedor es libre para elegir a cuál de estos procedimientos recurre y, específicamente, que tiene la potestad de decantarse por el procedimiento ejecutivo ordinario en lugar de acudir necesariamente al proceso ejecutivo hipotecario o especial⁶, es una idea que se asienta básicamente en el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no establece con claridad la preferencia de este último, ni la obligatoriedad de su incoación, a diferencia de lo que sucedía bajo el régimen de la ley rituarial anterior, cuyo art. 1447 disponía que: «*Si hubiere bienes dados en prenda o hipotecados especialmente, se procederá contra ellos en primer lugar*», lo que se interpretaba como una preferencia legal clara por el ejecutivo hipotecario. La norma correspondiente en el texto procesal actualmente vigente, el art. 592 LECiv, ha omitido una referencia similar, limitándose a establecer el orden de embargo de los bienes a

⁴ Para un mayor desarrollo de las características y particularidades de cada uno de ellos, cfr. ADÁN DOMÉNECH, FEDERICO, *ob. cit.*, pp. 56 y ss.

⁵ A este respecto, puntualiza ADÁN DOMÉNECH, FEDERICO (*ob. cit.*, p. 53) que la posibilidad de recurrir al juicio monitorio es el único mecanismo procesal de satisfacción del derecho del acreedor hipotecario que introduce la LEC 2000, ya que todos los demás eran también accesibles bajo la vigencia de la LEC 1881.

⁶ No obstante, como reconoce FAJARDO FERNÁNDEZ, JAVIER (*ob. cit.*, p. 2), la paz doctrinal sufre cierta quiebra cuando se trata de sostener la libertad de elección del acreedor entre el proceso ejecutivo ordinario y el especial hipotecario: «Más discutido es el margen de elección entre los procedimientos ejecutivos ordinario e hipotecario. Tradicionalmente se entendía que ambas vías son totalmente alternativas: el acreedor puede hacer uso de su título hipotecario o bien de su crédito escriturario, nacido de la misma escritura pública en que se documenta la hipoteca, pero conceptualmente distinto de ella, que le permite ejercitar el juicio ejecutivo ordinario de carácter personal. Un sector de la doctrina mantiene, sin embargo, que el acreedor hipotecario debe emplear primero la acción hipotecaria y sólo subsidiariamente la ejecución ordinaria, con base en el antiguo artículo 1447.1 (que mandaba proceder en primer lugar contra los bienes hipotecados o pignorados) y en el perjuicio que se le produciría al deudor y a sus otros acreedores si el hipotecario pudiera ejecutar primero otros bienes. A esto se puede responder que la hipoteca no altera la responsabilidad del deudor (art. 105 LH), la ley no parece imponer el juicio hipotecario cuando dice “podrá ejercitar” (antiguo art. 129 LH, hoy en el 681.1 LECiv), y la preferencia en ejecutar lo hipotecado no es incompatible con la libertad de elegir la vía de ejecución, ya que al legislador le interesa el orden de agresión de los bienes del deudor, no el procedimiento por el que puede tener lugar».

falta de pacto especial entre las partes, lo que se ha interpretado como un giro en pro de la mayor libertad de elección de procedimiento por parte del acreedor⁷. Y el argumento parece reforzarse con el carácter potestativo⁸ con el que el art. 681.1 LECiv de 2000 se refiere al *Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca*⁹, al disponer que: «1. La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca **podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este Título, con las especialidades que se establecen en el presente Capítulo**». (La negrita es nuestra).

No obstante, por si esta libertad pudiera ponerse en tela de juicio conforme a lo expuesto y a la luz de las normas en liza, no faltan acreedores hipotecarios que la establecen por medio de cláusulas contractuales como ésta, inserta en una póliza de préstamo hipotecario¹⁰:

«La Caja se reserva el derecho de ejercitar las acciones judiciales que se deriven del presente contrato, a su elección, en cualquiera de los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, tanto de naturaleza personal como hipotecaria. Incluso en caso de ejecución, y dado que por la naturaleza de este contrato la deuda generada se considera líquida y exigible desde su origen bastará que a la demanda se acompañe los documentos a los que hace referencia el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes a efectos de seguir acción ejecutiva, bien sea la ordinaria o especial sobre bienes hipotecados (...)»¹¹.

⁷ En tal sentido, cfr. por todos, FAJARDO FERNÁNDEZ, JAVIER, *ob. cit.*, p. 2.

⁸ Destacando el carácter potestativo de la norma transcrita, razona Adán Doménech, Federico (*ob. cit.*, p. 54) que: «El término podrá es clarividente, la utilización por parte del acreedor hipotecario del proceso específico regulado por la LEC para la ejecución hipotecaria en los arts. 681 y ss LEC, no es en caso alguno preceptivo, de modo que el titular del crédito podrá elegir entre las diferentes vías procesales aptas que ostenta para su reclamación pecuniaria».

⁹ Al respecto, destaca FAJARDO FERNÁNDEZ, JAVIER (*ob. cit.*, p. 1) que: «El artículo 681 es el primero del nuevo Capítulo V del Libro III, dedicado a las especialidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. De la regulación contenida en este Capítulo puede decirse que “mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente” (Exp. Motivos, XVII) (II), atrae a la legislación procesal el régimen del juicio ejecutivo hipotecario (III), confirma y depura algunas cuestiones últimamente discutidas acerca de su validez y constitucionalidad (IV), y aplica este régimen como común para unificar la regulación de las principales garantías reales típicas (hipotecas inmobiliaria, mobiliaria y naval, y prendas con y sin desplazamiento) (V), lo que exige, a su vez, diferenciar los distintos registros en que consta cada una (VI)».

¹⁰ Respecto a las cláusulas de este tipo, puntualiza CALLEJO CARRIÓN, SORAYA (*ob. cit.*, p. 71) que a pesar de ser usuales, resultan superfluas salvo por lo que concierne al pacto de ejecución o venta extrajudicial del bien hipotecado, «ya que la determinación de las vías procesales adecuadas, siempre que se cumplan sus presupuestos, viene establecida por normas imperativas que se escapan a la voluntad de las partes».

¹¹ Esta cláusula se transcribe tal cual del contrato suscrito entre las partes litigantes en el caso resuelto por el AAP de Madrid (Sección 12ª), núm. 139/2016, de 6 de junio (JUR/2016/210133), en el que la citada Audiencia consideró que la opción del acreedor por incoar el procedimiento ejecutivo ordinario en detrimento del especial hipotecario, a raíz del incumplimiento de la obligación de pago del préstamo

Es evidente que el proceso ejecutivo hipotecario (y, en su caso, la venta extrajudicial del bien hipotecado) está concebido para favorecer al máximo la rapidez de la realización de la garantía frente a la lentitud de los procesos declarativos, a los que, por otra parte, no parece lógico que recurra un acreedor que no necesita preconstituir un título ejecutivo¹² –la sentencia resultante del proceso– al contar ya, por definición, con un título público dotado de fuerza ejecutiva –la escritura pública de constitución de la hipoteca– que, por tanto, le da acceso directo al juicio ejecutivo ordinario. Además, su condición de acreedor especialmente privilegiado por la reina de las garantías reales – la hipoteca– le abre directamente la puerta al proceso ejecutivo hipotecario, en el que puede hacer efectiva su preferencia crediticia haciendo suyo el importe obtenido con la subasta y eventual adjudicación del bien a un tercero o adjudicándose conforme a determinadas reglas, propiciando con ello una extinción cuando menos parcial del crédito garantizado. Sin embargo, pese a las evidentes ventajas para el acreedor que tradicionalmente se han venido adosando al juicio ejecutivo hipotecario¹³, en determinadas circunstancias éste podría decantarse por el proceso ejecutivo ordinario¹⁴, orillando de este modo las reglas especiales que se aplican en caso de proseguirse el primero. Así podría ocurrir, por ejemplo, cuando el acreedor desee reclamar otras deudas del mismo obligado, además de la hipotecaria.

concedido para la adquisición de la vivienda habitual de los deudores ejecutados, constituía un fraude de ley. Esta decisión y otras similares de la jurisprudencia menor, serán analizadas a lo largo de estas páginas.

¹² Razones por las cuáles la eventual utilización por el acreedor hipotecario del proceso declarativo ordinario se ha tildado de «superflua», «infrecuente» o «más teórica que práctica». Cfr. ADÁN DOMÉNECH, FEDERICO, *ob. cit.*, p. 69, texto y nota 81.

¹³ Tras cuestionarse si realmente el proceso de ejecución hipotecaria está pensado en beneficio del acreedor, concluye afirmativamente SIGÜENZA LÓPEZ, JULIO, «Capítulo VIII. La necesidad de repensar el actual sistema de ejecución hipotecaria», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL Y MURGA FERNÁNDEZ, JUAN PABLO (Directores): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 497-524, en concreto, pp. 501-505. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS («Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción», en ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL Y MURGA FERNÁNDEZ, JUAN PABLO (Directores): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 259-301, en concreto, p. 280) y HERRERO PEREZAGUA, JUAN FRANCISCO («Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor», en la misma obra, pp. 303-344, en concreto, pp. 305-306) consideran justificado, en abstracto y desde la lógica del sistema, que el procedimiento ejecutivo hipotecario propenda al beneficio del acreedor, dado que está pensado para la protección de sus intereses, como contrapartida del hecho de que, por su parte, ha cumplido *ab initio* con las prestaciones que para él se derivaban del contrato de préstamo hipotecario al entregar al deudor el principal prestado.

¹⁴ Como ventajas de este proceso apunta ADÁN DOMÉNECH, FEDERICO (*ob. cit.*, pp. 82-90) las siguientes: posibilidad de utilizarlo aun cuando la escritura de hipoteca esté parcialmente perjudicada, la ampliación de los bienes sujetos a la ejecución y la posibilidad de acumulación de ejecuciones. Por su parte, señala Fajardo Fernández, Javier (*ob. cit.*, p. 2) que el acreedor recurrirá al proceso ejecutivo ordinario: «cuando la escritura constitutiva carezca de los requisitos del artículo 682.2 LECiv (cosa que ocurrirá pocas veces), el acreedor quiera reclamar otras deudas junto a las hipotecarias o la insuficiencia del bien hipotecado aconseje una acción personal que permita dirigirse contra otros bienes del deudor además de los hipotecados (art. 682.1 LECiv)».

No obstante, y sean cuales fueren las razones que puedan inclinar la decisión del acreedor de optar por uno u otro procedimiento a la hora de realizar el crédito hipotecario, no puede olvidarse que el ejercicio de los derechos, tanto de crédito, como reales, ha de efectuarse por su titular siempre de acuerdo con las exigencias de la buena fe (*ex art. 7.1 CC*), lo que puede traducirse en la exigibilidad al acreedor de un comportamiento leal. Desde el prisma que ofrece el análisis del ajuste de la conducta del acreedor a las exigencias de la buena fe, cabe cuestionarse si la elección por su parte del procedimiento ejecutivo ordinario para hacer efectivo un crédito garantizado con hipoteca puede ser rechazable con base en distintos expedientes técnicos, todos ellos manifestaciones concretas de aquel principio general elaboradas como doctrinas específicas por los autores y la jurisprudencia¹⁵. Y así, a la vista de algunos autos de ciertas Audiencias Provinciales que han planteado la cuestión, merece la pena explorar si tal elección puede resultar contraria a la prohibición del fraude de ley (y del fraude procesal) y a la proscripción del abuso del derecho, cuando el bien objeto de la hipoteca es la vivienda habitual del deudor¹⁶.

Avanzando, además, algunos pasos en el análisis de los argumentos jurídicos que pudieran barajarse para sustentar la idea de que la meritada libertad de elección de proceso por parte del acreedor no es en todo caso ilimitada o incondicionada, parece también oportuno plantearse si hay un margen de aplicación de la doctrina que impide contravenir los propios actos y si existen razones de tipo teleológico que permitan

¹⁵ Tras poner de relieve la estrecha relación entre la noción general de la buena fe y el concepto más específico de buena fe procesal, advierte CACHÓN CADENAS, MANUEL («La buena fe en el proceso civil», en *Justicia: Revista de derecho procesal*, Núm. 1-2/2005, Febrero 2005, pp. 7-44, versión electrónica disponible en <http://vlex.com/vid/buena-proceso-civil-283876>; en concreto, p. 23) de la cercanía entre estos expedientes técnicos que se consideran derivados del principio de buena fe: «A pesar de las diferencias existentes entre las figuras jurídicas mencionadas, concurre en las mismas el rasgo común de tratarse de supuestos en que se da primacía a la interpretación legal basada en la finalidad perseguida por una determinada norma o por un concreto conjunto de normas. En los casos de abuso procesal, se lleva a cabo una actuación procesal que, si bien aparece formalmente amparada en un derecho (o facultad) previsto en una determinada norma, va dirigida, en realidad, a conseguir un resultado opuesto al que persigue dicha norma al otorgar el derecho o facultad de que se trate. Asimismo, en los supuestos de fraude de ley procesal y fraude procesal, se lleva a efecto una actuación procesal (fraude de ley procesal) o un entero proceso (fraude procesal) bajo el amparo formal de una determinada norma de cobertura (fraude de ley procesal) o del conjunto de normas reguladoras del proceso en cuestión (fraude procesal), pero con la finalidad de lograr un resultado que no sólo es distinto del perseguido por esa norma o conjunto normativo, sino que también resulta contrario al ordenamiento jurídico». Por su parte, CASTILLO BLANCO, FEDERICO A., *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho*; Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2007, p. 205: «Y es que parece evidente que hay una clara conexión entre el abuso de derecho, la buena o la mala fe, y el fraude de Ley».

¹⁶ Respecto al concepto normativo de vivienda habitual, resulta interesante e ilustrativo el trabajo de DELGADO RAMOS, JOAQUÍN: «Especialidades en la constitución y ejecución de hipoteca sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013», en *Revista de Derecho Civil*, 2014, Vol. 1, Núm. 2; disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/70/43>.

inferir de las normas en liza un principio de especialidad de las disposiciones tuitivas del deudor cuando el bien hipotecado es su vivienda habitual, basado, principalmente, en el propósito de tutelarle especialmente como parte débil de esta relación jurídica.

Al análisis y desarrollo de estas cuestiones dedicaremos los apartados siguientes.

2. LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO PUEDE CONSTITUIR UN FRAUDE DE LEY O PROCESAL

Dispone el art. 6.4 CC que: «*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*».

A primera vista, parece difícil encajar en el supuesto de hecho del fraude de ley que contempla este precepto el hecho de que el acreedor -a quien el ordenamiento parece reconocer plena libertad de elección del procedimiento aplicable de entre los que la ley pone a su disposición para satisfacer su derecho de crédito- se decante por el procedimiento ejecutivo ordinario, en detrimento del especial hipotecario. Y ello porque tal conclusión depende de que pueda justificarse debidamente que el recurso a aquel procedimiento -que, obviamente, se ampara en una norma jurídica-, produce a fin de cuentas un «*resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él*¹⁷», lo que, una vez sentado, traería como consecuencia la inaplicación de las reglas del proceso ejecutivo ordinario (norma de cobertura) y la aplicación de las propias del proceso hipotecario especial (norma eludida), a pesar de que el acreedor hubiese intentado sortear las de este último¹⁸. Lógicamente, de aceptarse este planteamiento,

¹⁷ Con puridad técnica puntualiza CARRASCO PERERA, ÁNGEL FRANCISCO («Capítulo III. Eficacia general de las normas jurídicas. Comentario de los arts 6 y 7», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Director), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 141 a 180; en concreto, p. 164) que: «También es preciso que la norma defraudada prohíba el resultado perseguido por el negocio de elusión, pues en caso contrario no habrá fraude, sino optimización de una opción entre varias legítimas y posibles». Otra obra más reciente del mismo autor, titulada *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, se ha convertido en los últimos tiempos en referencia obligada de cualquier estudio que pretenda profundizar en cualquiera de estas figuras.

¹⁸ Como expresa Carrasco Perera, Ángel Francisco, «Capítulo III...», *cit.*, p. 163: «La esencia de la regla del fraude es, pues, que la contravención se realiza mediante el empleo artificial de una cobertura normativa que se toma de otro de los recursos normativos del sistema legal en su conjunto». Añade por su parte PINTO FONTANILLO, JOSÉ ANTONIO («La desviación de poder, el fraude de ley y el abuso del derecho: Marco normativo de los actos ilícitos atípicos y valoración dentro del sistema», en *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*, HOYO SIERRA, ISABEL Y SÁNCHEZ DE LA TORRE, ÁNGEL (Editores), Dykinson, S.L., Madrid, 2006, pp. 47-62, en concreto, p. 53) que: «En principio es una acción revestida de legitimidad, en tanto no infringe ni viola ninguna regla. Sí es contraria, sin embargo, a algún principio, y lo es en la medida en que éste dé cobertura o fundamento a la regla en cuestión». Para este último autor (*ob. cit.*, p. 59) tanto el fraude de ley como el abuso del derecho sirven al propósito de responder a los denominados «ilícitos atípicos», esto es, actos formalmente legítimos, pero que resultan contrarios al sentido del Derecho.

la conclusión que cabe colegir inmediatamente es que aquella pretendida libertad de elección de procedimiento ejecutivo por parte del acreedor no es tal o no puede ejercerse en todo caso.

La jurisprudencia se ha ocupado de precisar algo más los contornos de la figura a que se refiere el art. 6.4 CC indicando que:

*«Son requisitos esenciales del fraude de ley y fraude procesal: a) que el acto o actos cuestionados sean **contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue** y supongan, en consecuencia, su violación efectiva; b) que la norma en la que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerlo, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser el referido un medio de vulneración de otras normas, bien por ir dirigido a perjudicar a otros, y c) manifestación notoria e inequívoca de la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida como fundamental en la regulación de la materia»¹⁹.*
(La negrita es nuestra).

En el caso que aquí nos ocupa –ejecución de vivienda habitual hipotecada-, el argumento teleológico se erige en pieza fundamental del enfoque, pues lo decisivo es

¹⁹ Cfr. STC 1984/75; SSTS 3 noviembre 1992 (Tol 1655390); 23 enero 1999 (Tol 170430); 31 octubre 2006 (Tol 1009773). «De igual modo, en la jurisprudencia encontramos esta definición de fraude de ley: así, la STS de 29 de diciembre de 2011 (CENDOJ 28079110012011100867), en su f.j. 5º, afirma: “[...] el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley (sentencias, entre otras, de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 2000). Se caracteriza (sentencias, entre otras, de 4 de noviembre de 1994, 23 de enero de 1999, 27 de mayo de 2001, 13 de junio de 2003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada «de cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada «eludible o soslayable», amén que ha de perseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (sentencia de 27 de marzo de 2001 y 30 de septiembre de 2002). Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley (sentencias de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998 y otras), pero es preciso que la Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente (sentencia de 23 de febrero de 1993) y que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (sentencias de 4 de noviembre de 1982 y 30 de junio de 1993)” y La STS de 21 de diciembre de 2000 (RA 1082/2001), en su f.j. 7º afirma que “el fraude de ley, es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas e implica, en el fondo, un acto contra legem, por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal, sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, de forma que el *fraus alterius* o *fraus homini* implica, con carácter general, un *fraus legis*, que requiere como elemento esencial, una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley; con lo que se ha de ver si concurre o se halla ausente el presupuesto del denunciado fraude, que no es otro que el logro de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico”».

que el acreedor opte por el ejecutivo ordinario con el fin de desactivar los beneficios o prerrogativas que el legislador ha querido conceder al deudor hipotecario que se enfrenta a la ejecución de la que es su vivienda habitual y que están previstos en el seno del proceso ejecutivo hipotecario y no en el ordinario²⁰. Desde este punto de vista y parafraseando las expresiones de la jurisprudencia transcritas en el párrafo anterior, parece claro que la opción del acreedor por este último procedimiento no solamente resulta contraria *al fin práctico que la norma defraudada persigue* (la aplicación de tales beneficios o prerrogativas), sino también que recurriendo al mismo obtiene un resultado contrario al que propende otra *norma tenida como fundamental en la regulación de la materia*, como lo es el art. 579 LEC, precepto en que el legislador ha introducido importantes beneficios para el deudor que asiste a la ejecución de su vivienda habitual²¹. Parece, pues, claro que el procedimiento ordinario se explota de modo oportunista por el acreedor en este caso, lo que puede considerarse como un acto realizado en fraude de ley²².

Lo cierto es que si bien en época anterior a la gran crisis económica y del mercado inmobiliario que se desató a partir de 2008, las Audiencias Provinciales se inclinaban de forma prácticamente unánime por considerar que el acreedor hipotecario puede optar libremente por uno u otro procedimiento ejecutivo²³ y que esta concepción continúa aún hoy siendo la mayoritaria²⁴, en fechas recientes se ha abierto una pequeña brecha

20 Como indica CARRASCO PERERA, ÁNGEL FRANCISCO («Capítulo III...», *cit.*, p. 167), lo esencial es la existencia «...de una cobertura artificial por la que se pretende que la conducta en cuestión se halla amparada por una regla del sistema. Éste es el *quid disputandum*, porque la pretensión del sujeto del que se predica el fraude será justamente la contraria, a saber, que no existe ninguna cobertura artificialmente buscada, sino una legítima estrategia de optimización de opciones de conducta que se ampara en el Ordenamiento en su conjunto. (...) Para desempeñar esta tarea de interpretación de normas sólo nos servirá el llamado criterio teleológico de la interpretación, pues es el único que postula la racionalidad del conjunto del sistema».

²¹ Algunos de estos beneficios son los siguientes: la condonación, en ciertas condiciones, de parte del pago de la deuda que aún quede pendiente con el acreedor tras la ejecución de la vivienda habitual cuando lo obtenido en la subasta no hubiese bastado para saldar íntegramente la deuda preexistente; el derecho del deudor a participar en cierta medida en la revalorización futura de la vivienda ejecutada y las medidas tendentes a establecer tipos en las subastas y para la adjudicación del bien al acreedor en caso de ausencia de postores.

²² En este sentido apunta CARRASCO PERERA, ÁNGEL FRANCISCO, «Capítulo III...», *cit.*, p. 167: «Hay fraude, cuando se explota oportunistamente el tipo de cobertura».

²³ En este sentido, cfr., entre otros, el AAP de Barcelona (Sección 14ª), de 30 julio 2013 y el AAP de Valencia (Sección 6ª), de 25 febrero 2014.

²⁴ Absolutamente tajante al respecto se pronuncia el Auto de la AP de Barcelona (Sección 19ª), núm. núm. 127/2017, de 15 junio (JUR 2017\225516): «El acreedor que tiene garantizado el crédito con una garantía real como es la hipoteca puede, que no debe, acudir al proceso de ejecución hipotecaria, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el título IV (ejecución dineraria), con las especialidades que se establecen en el capítulo V. Como reza literalmente el art. 681.1 LEC, " La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se

en la jurisprudencia menor, en favor de la opinión de que cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual de un deudor que prácticamente carece de otros bienes cuya ejecución pudiera reportar un beneficio claro al acreedor, si éste opta por el procedimiento de ejecución ordinario, en lugar de ejecutar la hipoteca de acuerdo con el ejecutivo especial, esta elección constituye un fraude de ley, pues la finalidad última que envuelve no es otra que la de privar al deudor ejecutado de los escasos beneficios que en su favor ha introducido el legislador en el procedimiento ejecutivo hipotecario de la vivienda habitual en los últimos años²⁵.

Justamente éste parece ser el planteamiento que adopta el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª), núm. 105/2015, de 7 mayo (JUR/2015/209289):

«...al acudir a la vía de la ejecución ordinaria, la parte ejecutante está obviando los medios que el legislador ha considerado convenientes poner a disposición del deudor hipotecario, inspirados todos ellos en el principio favor debitoris. [...]

Por lo tanto, la Sala entiende que el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria en el supuesto de vivienda habitual hipotecada, cuando lo que se pretende con la petición de embargo contenida en la demanda es dirigir la ejecución contra la finca hipotecada, constituye un fraude de ley, se utiliza la cobertura de una norma, la que permite ejercitar la acción ejecutiva ordinaria, para evitar así la aplicación de otras, las reseñadas anteriormente, por lo que es de aplicación el art. 6.4 del C. Civil de manera que esta actuación no puede obtener la tutela judicial. La recurrente no puede pretender la ejecución forzosa del título por el cauce procesal elegido, porque ello supone privar al deudor de los derechos que le confiere la legislación promulgada al

establecen en el presente capítulo". Quiere esto decir que un acreedor que disfruta de una garantía hipotecaria, tiene a su disposición varios cauces procesales que le ofrece el ordenamiento jurídico. La doctrina es clara al respecto (Andrés de la Oliva, Vicente C. Guzmán, Montero, Oliver López, entre otros): podría acudir a un proceso declarativo ordinario, incluso a un procedimiento monitorio, al proceso de ejecución dineraria común, al procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial y, por supuesto, al judicial. Esta libertad de elección no precisa siquiera que sea justificada o explicitada por el demandante, aunque sea evidente que acudir al proceso de ejecución dineraria común se deba generalmente a que la realización de la garantía previsiblemente no sea suficiente para satisfacer su derecho. Por tanto, elegir un cauce procesal u otro ni es abuso de derecho y menos un fraude de ley» (Cfr. Fundamento Jurídico Sexto). En sentido similar, cfr. el Auto de la AP de Córdoba (Sección 1ª), Auto núm. 148/2017 de 3 abril (JUR 2017\182470) y los Autos de la AP de Jaén (Sección 1ª), Auto núm. 327/2017, de 21 septiembre (JUR 2018/18043).

²⁵ Como es sabido, la actual redacción del art. 579 LEC es fruto de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, concretamente, de su art. 7.5. Cfr., en esta línea, las siguientes resoluciones: AAP de Sevilla (Sección 6ª), núm. 105/2015, de 7 mayo (JUR/2015/209289); AA de la AP Madrid (Sección 12ª), de 6 junio, núms. 138/2016 (JUR/2016/210725) y 139/2016 (JUR/2016/210133).

efecto²⁶, lo que vulnera el principio de defensa y de derecho a la igualdad ante la ley, por lo que el recurso debe ser desestimado y la resolución confirmada».

Muy expresivos de esta tendencia y especialmente sistemáticos a la hora de desbrozar los argumentos jurídicos que les llevan a considerar que esta opción del acreedor hipotecario por el proceso ejecutivo ordinario constituye un fraude de ley, pues su finalidad es la de privar al ejecutado de los beneficios legales que se le conceden cuando el bien hipotecado es su vivienda habitual, son los Autos de la AP de Madrid (Sección 12ª), núm. 138/2016 (JUR/2016/210725) y 139/2016 (JUR/2016/210133), de 6 de junio que, tras hacerse eco del planteamiento anterior, exponen la fundamentación jurídica de tal conclusión. Las razones que expresan son las siguientes²⁷:

«1) La regulación del procedimiento hipotecario concede una posición privilegiada al acreedor, de manera, que la previsión del Legislador, es que dicho acreedor ejercitará de manera preferente la acción real de realización del bien, acudiendo de forma subsidiaria a la ejecución común sobre el resto del patrimonio del deudor cuando la ejecución de dicho bien no sea suficiente para la satisfacción de la deuda contraída, como claramente se desprende de la redacción dada al artículo 579 de la LEC, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ya citada, que permite la complementariedad entre la acción real hipotecaria y la acción ejecutiva.

2) Esta idea de ejercicio preferente por el acreedor hipotecario de la acción real, sobre el ejercicio de la ejecución común explica que los beneficios introducidos en favor del deudor hipotecario en los casos de realización de la vivienda habitual, se han llevado a cabo mediante modificaciones del procedimiento de ejecución hipotecario regulado en los artículos 681 y ss. y no en el procedimiento de la ejecución común. Sin que, por otra parte, la entidad ejecutante razone las razones de la utilización de la ejecución común.

3) La utilización de la ejecución común priva al deudor hipotecario, en caso de realización de la vivienda habitual, de las garantías previstas por el Legislador, con las que ha tratado de paliar el impacto social de la crisis, posibilitando en la medida de lo posible evitar la pérdida de la vivienda habitual o que su venta se haga en las mejores condiciones económicas para satisfacer la deuda.

²⁶ Precisamente ése es el argumento invocado por los deudores que se oponen a la ejecución ordinaria de un préstamo garantizado con hipoteca en el caso que dio lugar al Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), núm. 148/2017 de 3 abril (JUR 2017\182470) y en el que puede leerse el siguiente razonamiento: *«La parte ejecutada plantea que la entidad de crédito ejecutante tenía que haber ejercitado la acción hipotecaria, donde los ejecutados podrían haber invocado las instituciones de protección de la vivienda habitual que se han introducido en las últimas reformas de la normativa de ejecución como consecuencia de la jurisprudencia comunitaria. Considera la parte apelante que, al haber acudido al procedimiento de ejecución de título no judicial ordinario, le priva de poder hacer valer la normativa de protección de la vivienda habitual».* Sin embargo, esta otra Audiencia Provincial andaluza, no da la razón a los deudores, como sí lo hace la de Sevilla.

²⁷ Cfr. el Fundamento de Derecho Cuarto, en su parte final.

4) Esta ventaja que otorga al deudor hipotecario es reconocida por la STS de fecha 18 de febrero de 2016, destaca los beneficios para el deudor del procedimiento hipotecario, declarando: «De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados». (Se refiere la sentencia a la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC, al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Aún más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo art. 693 LEC, éste no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario).

5) Igualmente, mediante la vía de ejecución común se ha privado al deudor hipotecario, en el supuesto que fuera de aplicación, de los beneficios otorgados en el Anexo del Real Decreto-Ley 6/2012, ya citado. Así como del límite a la tasación de costas, que en el procedimiento de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual la tasación de costas no podrá superar el 5% del valor de la cantidad que se reclame.

Por todo ello, esta Sala estima, como ya ha resuelto en Auto dictado en el Rollo de Apelación nº 501/2015, que el ejercicio por la entidad ejecutante del procedimiento de ejecución común, eludiendo el procedimiento de ejecución hipotecario para la realización de la vivienda habitual hipotecada, constituye un fraude de Ley, prohibido en el artículo 6.4 del Código Civil, prohibido por el Ordenamiento Jurídico, lo que invalida el despacho de ejecución dictado».

Por su parte, el fraude procesal puede considerarse como una manifestación concreta del fraude de ley en el ámbito jurisdiccional, para el que queda proscrito por los arts. 11 LOPJ y 247 LEC²⁸. Ambos preceptos, tras imponer como regla general la actuación de buena fe de los litigantes en todo tipo de proceso²⁹, denotan explícitamente el fraude de ley o procesal y el abuso de derecho. Así, el art. 11.2 LOPJ dispone que: “2. *Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*”; en tanto que el art. 247.2 LEC establece que: «2. *Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*».

La doctrina especializada³⁰ ha tenido ocasión de destacar la relación de instrumentalidad que existe entre el proceso y los derechos positivos que se ejercitan a través del mismo, lo que posibilita que de igual modo que en el ámbito sustantivo cabe el fraude de ley, la posibilidad se traslade también al ámbito procesal, en el que – según se indica– caben dos formas del mismo: el fraude en el proceso, que cabe definir como aquel «que en el marco de un litigio tiene por objeto burlar la eficacia de una norma procesal, y que viene a ser el equivalente del fraude de ley (procesal)»³¹ y «el fraude por el proceso (o fraude procesal), esto es, aquel que pretende vulnerar el ordenamiento jurídico valiéndose del proceso»³².

²⁸ El art. 11.1 LOPJ dice así: «1. *En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*». Por su parte, el art. 247.1 LECiv dictamina que: «1. *Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe*». CALLEJO CARRIÓN, SORAYA (*ob. cit.*, pp. 73-74) enfatiza la aplicabilidad del principio de buena fe al proceso ejecutivo hipotecario, a pesar de la desaparición de la regla contenida en el antiguo art. 131 LH, regla 2ª.

²⁹ La doctrina procesalista ha puesto de relieve la cercanía entre la noción general de buena fe y la buena fe procesal, ambos conceptos jurídicos indeterminados y, así, para CACHÓN CADENAS, MANUEL (*ob. cit.*, p. 4 del citado documento electrónico), se trata en ambos casos de conceptos potencialmente omnicomprendidos, de modo que la buena fe procesal no se circunscribe a una concreta fase del proceso, ni a una especie de actos procesales, sino que «en teoría, puede referirse a cualquier actuación procesal de las partes y de los restantes intervinientes en el proceso distintos del órgano judicial. En principio, cualquier acto procesal de un litigante, o de su abogado, o de su procurador, o de un tercero que participa en el proceso, sería susceptible de valoración de acuerdo con aquel parámetro (247.1 LEC), sin perjuicio del resultado positivo o negativo que arroje dicha valoración».

³⁰ Cfr. a este respecto PICÓ I JUNOY, JOAN: *El principio de la buena fe procesal* (2ª ed), J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 2013; pp. 119 a 121.

³¹ Cfr. PICÓ I JUNOY, JOAN, *ob. cit.*, p. 119.

³² Respecto a esta segunda modalidad, añade Picó i Junoy, Joan (*ob. cit.*, p. 121), que «Suele tener un carácter bilateral, e intenta utilizar el proceso como mecanismo para perjudicar a terceros mediante la creación de una resolución judicial firme con eficacia de cosa juzgada, o proceder a la ejecución del bien perteneciente a un tercero con el fin de privárselo fraudulentamente».

Admitida esta distinción, en el caso que nos ocupa, la elección del proceso ejecutivo ordinario por el acreedor hipotecario respondería al primer tipo, por cuanto –como se ha explicado más arriba– tendría por finalidad burlar en el marco del proceso ejecutivo la aplicación de las normas procesales tendentes a la protección específica del deudor hipotecario que asiste a la ejecución de su vivienda habitual. En consecuencia, siendo rituaría la norma infringida, cabe concluir que el fraude de ley que envuelve la elección del procedimiento ejecutivo ordinario por parte del acreedor puede asimismo calificarse como fraude procesal (fraude en el proceso).

3. LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO PUEDE CONSTITUIR UN ABUSO DE DERECHO

El art. 7.2 CC determina 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*».

Debe destacarse convenientemente la idea de que la doctrina del abuso del derecho descansa sobre la premisa básica de que el eventual «abusador» cuenta efectivamente en su acervo jurídico con un derecho del que efectúa un ejercicio ilegítimo³³; es decir, no cabe abuso allí donde no hay derecho³⁴. Por esa razón, el planteamiento de la posible incidencia de la doctrina del abuso del derecho en el ámbito de la facultad de elección de procedimiento ejecutivo por parte del acreedor hipotecario, descansa sobre la previa aceptación de que, con carácter general y en abstracto, el titular del

³³ En este sentido y como señala PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, JUAN IGNACIO («Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, pp. 925 a 949, en concreto, p. 927), la alocución «abuso del derecho» se emplea por comodidad expresiva, pero constituye una *contradictio in terminis*, «porque el derecho no puede ser nunca abusivo».

³⁴ Por eso compartimos plenamente las apreciaciones de CARRASCO PERERA, ÁNGEL FRANCISCO («Capítulo III..., cit., p. 173), cuando advierte de que: «Muchísimas veces los tribunales desestiman la excepción de abuso mediante la aplicación de una sedicente regla: no hay abuso de derecho, porque no abusa del derecho quien se limita a ejercitar las prerrogativas que le concede la norma. Es evidente que esta sedicente regla es una perogrullada sin sentido, pues es una pura descripción tautológica. Si fuera cierta, nunca habría abuso. (...) Para dar un sentido aparente a esta afirmación hay que convertirla en esta otra: como regla, no abusa de su derecho quien lo ejercita, y el que pretende la aplicación del art. 7 CC ha de probar la concurrencia de especiales circunstancias concurrentes que hacen reprochable la conducta objetivamente adecuada a la norma». Y en sentido similar, aplicando la idea a la opción de remedios, LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, «El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 19, diciembre 2012; pp. 13-62; en concreto, p. 17: «...si no se calificara la opción como un derecho, no podría sostenerse que, en ciertas ocasiones, el acreedor ejerza tal opción fuera de los límites previstos por el ordenamiento jurídico».

crédito lo es también de la posibilidad de elegir libremente entre uno u otro procedimiento³⁵. Así, aun partiendo de la base de que el acreedor contase efectivamente con la libertad de optar entre el procedimiento ejecutivo ordinario y el hipotecario especial, tratándose de la ejecución de la hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor, la elección del primer procedimiento podría también calificarse como un ejercicio abusivo del derecho del acreedor³⁶, ya que dicha opción comporta para el deudor hipotecario un perjuicio claro y manifiesto³⁷, cual es el de no poder beneficiarse de las ventajas que para tal supuesto le conceden la legislación de protección del deudor hipotecario y, especialmente, el art. 579 LEC³⁸. Un perjuicio que, dicho sea de paso, no requiere de una especial intención de dañar, puesto que nos parece evidente que el propósito del acreedor es maximizar su ventaja, minorando las del deudor³⁹.

³⁵ De acuerdo con el planteamiento expuesto por PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, JUAN IGNACIO (*ob. cit.*, p. 929) respecto a la actual tendencia a la reconstrucción de la categoría del derecho subjetivo como un poder de elección o un poder de la voluntad del sujeto titular, la libertad de elección de procedimiento por parte del acreedor hipotecario constituiría un auténtico derecho subjetivo del mismo.

³⁶ El planteamiento se efectúa correctamente en los AA de la AP de Barcelona (Sección 16ª), núm. 277/2013, de 14 noviembre y núm. 316/2013, de 12 de diciembre, en los que, partiendo de la premisa de que el acreedor hipotecario puede dejar de lado la acción hipotecaria y recurrir al procedimiento ejecutivo ordinario se añade: «Ahora bien, es sabido que los derechos de toda índole deben ejercitarse con arreglo a los postulados de la buena fe (artículo 7 CC), a cuyo efecto los tribunales deben rechazar fundadamente toda petición o incidente que se formule con manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude de ley o procesal (artículo 247.2 LEC)» (FJ Segundo).

³⁷ Para PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, JUAN IGNACIO (*ob. cit.*, p. 938) «es obvio que el abuso del derecho solamente es jurídicamente relevante cuando la conducta abusiva incide en la esfera de intereses de otro sujeto, lo cual significa que el fenómeno del abuso se coloca en una dimensión necesariamente relacional o que el abuso se encuentra dentro de las dinámicas de las relaciones intersubjetivas», por lo que concluye cuando el titular del derecho sobrepasa los límites normales del mismo, esta actuación se torna en ilícita y el daño que deriva de la misma es antijurídico.

³⁸ Así lo concluyen rotundamente los Autos de la AP de Madrid (Sección 12ª), núm. 138/2016 (JUR/2016/210725) y 139/2016 (JUR/2016/201133), de 6 de junio: «La utilización de la ejecución común priva al deudor hipotecario, en caso de realización de la vivienda habitual, de las garantías previstas por el Legislador, con las que ha tratado de paliar el impacto social de la crisis, posibilitando en la medida de lo posible evitar la pérdida de la vivienda habitual o que su venta se haga en las mejores condiciones económicas para satisfacer la deuda» (FJ Cuarto).

³⁹ Aclara DE LA IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL («Abuso de derecho: nacimiento y evolución jurisprudencial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 738, pp. 2583 a 2595, en concreto, p. 2583) que la inmoralidad o antisocialidad de ese daño puede manifestarse en forma subjetiva, lo que requiere intención de perjudicar o carencia de un fin serio y legítimo, o bien en forma objetiva, cuando al margen de dicha intención el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho. Como indica la autora (*ob. cit.*, p. 2584) no es preciso que exista mala fe deliberada en el ejercicio del derecho por parte de su titular. En este mismo sentido, puntualiza CARRASCO PERERA, ÁNGEL FRANCISCO (*ob. cit.* p. 173), «...que la buena fe no es sólo un estado de ignorancia, sino una situación de corrección y equidad en la conducta, y que existe mala fe cuando se ejercita el derecho de forma desproporcionada, aunque no exista una especial malicia de ánimo».

La invocación del abuso del derecho como límite extrínseco a la libertad de elección del acreedor entre varios remedios jurídicos puestos a su disposición ante el incumplimiento del deudor no es una idea nueva, ya que en el ámbito del incumplimiento contractual en general (y no debemos olvidar que la ejecución tanto ordinaria como hipotecaria trae siempre causa de un incumplimiento previo de la obligación contraída por el deudor ejecutado) se ha puesto en tela de juicio en múltiples ocasiones que el acreedor pueda libremente escoger un remedio que, aunque puesto a su disposición en abstracto por la legislación aplicable, propenda a su satisfacción produciendo un perjuicio o decremento patrimonial del deudor que otros remedios no comportarían. Se trata, de este modo, de conciliar el derecho del acreedor a obtener justa satisfacción de su derecho de crédito, con una «*gestión razonable de los remedios contractuales*» que no incremente injustificadamente el quebranto patrimonial que el deudor experimenta a consecuencia del incumplimiento⁴⁰.

En este sentido, y presupuesta en abstracto la libertad del acreedor de elegir el procedimiento ejecutivo más adecuado para sus intereses, la aplicación de la doctrina del abuso del derecho al ámbito del procedimiento ejecutivo aplicable, nos permitiría recurrir a la noción de «*abuso del derecho de opción*»⁴¹ que se patentaría en el caso concreto de la ejecución de la vivienda habitual del deudor ejecutado -e incluso fuera de tal supuesto- cuando el acreedor no pueda exponer razones legítimas para optar por el procedimiento ejecutivo ordinario⁴².

⁴⁰ En este sentido, cfr. LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *ob. cit.*, p. 15: «El tópico del abuso del derecho de opción reviste trascendental importancia, dado que puede ocurrir que frente al incumplimiento contractual el acreedor escoja un remedio que, si bien satisface su interés, desconoce aquél del deudor, impidiéndole liberarse del vínculo obligatorio e, incluso, exigiéndole incurrir en costos excesivos o desproporcionados».

⁴¹ Figura «prácticamente desconocida entre nosotros, pero útil y necesaria para establecer un justo equilibrio de los intereses de las partes contratantes», como señala LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, *ob. cit.*, p. 15. Aclara esta autora (*ob. ult. cit.*, pp. 35-36) que en su opinión existirá abuso del derecho de opción cuando el acreedor «escoge un remedio por incumplimiento, no con la finalidad de satisfacer su interés contractual, sino con el propósito de causar perjuicio al deudor o cuando sin desear tal perjuicio lo acepta, existiendo una extrema desproporción entre el interés del titular y el efecto negativo que produce en otra persona el ejercicio del Derecho». A nuestro juicio y trasladando el planteamiento a la libertad de elección de procedimiento ejecutivo, el elemento fundamental en el caso que nos ocupa es justamente este último: el acreedor logra una tutela exorbitante de su derecho, aceptando el efecto negativo que supone para el deudor la privación de los beneficios que la ley le dispensa.

⁴² En el caso de que el acreedor pudiera justificar su recurso al procedimiento ejecutivo ordinario, no existiría abuso de derecho. A esta falta de justificación aluden tanto los Autos de la AP de Barcelona (Sección 16ª), núm. 277/2013, de 14 noviembre (JUR/2014/293850) y núm. 316/2013, de 12 de diciembre (JUR/2014/293458), cuando se refieren a la necesidad de que el acreedor exponga «de modo somero, pero comprensible, las razones legítimas que le impulsan a ello» (FJ Cuarto), como el AAP de Madrid (Sección 12ª), núm. 139/2016 (JUR/2016/210133), de 6 junio: «Sin que, por otra parte, la entidad ejecutante razone las razones de la utilización de la ejecución común» (FJ Cuarto).

Trasplantando el mismo planteamiento de fondo al ámbito procesal, la doctrina especializada se ha cuestionado también de modo más concreto y específico si «cabe la idea de que puede abusarse de los remedios jurisdiccionales»⁴³, obteniendo la conclusión de que, en efecto, cabe abuso del derecho en el proceso cuando «dentro de los límites formales de un derecho o expectativa procesal reconocido en una norma, hay una violación de los valores contenidos en ella o de las finalidades de la institución procesal que se pretende abusar, y además una voluntariedad en conseguir efectos u objetivos adicionales y diferentes a los previstos por la norma procesal de la que se abusa en perjuicio de la parte contraria»⁴⁴. Dos son, pues, las condiciones que deben concurrir para que pueda apreciarse un abuso del proceso: que se traicione la finalidad perseguida por la norma procesal, pero sin infringirla directamente y que el «abusador» tenga la voluntad de conseguir efectos u objetivos distintos a los previstos por la norma de que se abusa en perjuicio de la contraparte⁴⁵.

Además, existen pronunciamientos judiciales que aplican al ámbito procesal la doctrina del abuso del derecho convertida, por esta vía, en abuso del proceso. Así lo ha hecho reiteradamente la Audiencia Provincial de Barcelona, que veta al acreedor ejecutante su opción por el procedimiento ejecutivo ordinario de unas fincas hipotecadas a su favor, por considerar que el único propósito que le animaba a ello era el de burlar la valoración convencional de los bienes hipotecados, lo que se considera en el caso concreto como un ejercicio abusivo de una facultad procesal⁴⁶. Por su parte, también los ya citados Autos de la Audiencia Provincial de Madrid invocan la aplicación de la doctrina del abuso del derecho para limitar la libre elección de procedimiento por parte del acreedor hipotecario, si bien con mucha menor claridad y desarrollo que la del fraude de ley⁴⁷. Pero a pesar de que el aparato argumentativo de estos pronunciamientos no sea tan contundente, lo cierto es, que con base en ellos, cabe

⁴³ A este respecto, cfr. PICÓ I JUNOY, JOAN (*ob. cit.*, p. 103), quien continúa la senda iniciada por Taruffo.

⁴⁴ La cita es de PICÓ I JUNOY, JOAN, *ob. cit.*, p. 104.

⁴⁵ Cfr. PICÓ I JUNOY, JOAN, *ob. cit.*, pp. 104-105.

⁴⁶ Cfr. en este sentido, el FJ Quinto de los AA de la AP de Barcelona (Sección 16ª), núm. 277/2013, de 14 noviembre (JUR/2014/293850) y núm. 316/2013, de 12 de diciembre (JUR/2014/293458). En el caso litigioso resuelto por el primero, no se trataba de ejecución de vivienda habitual; en el segundo, se trataba de la ejecución de la vivienda habitual de los fiadores de la obligación principal.

⁴⁷ En este sentido, la referencia al abuso del derecho se contiene al inicio del Fundamento Jurídico Cuarto en el que se razona bajo la rúbrica de la «*existencia de fraude de ley al utilizarse el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales para la reclamación de un préstamo garantizado con hipoteca sobre la vivienda habitual*». La referencia es genérica y se acompaña de un desarrollo muy escueto en lo que concierne al abuso del derecho, respecto del cual se limita a señalar que: «*La jurisprudencia posterior a la reforma de 1974 del Código Civil, ha conformado un cuerpo doctrinal al exigir para su apreciación la concurrencia de determinados requisitos. Unos, de “carácter objetivo” y el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (SSTS de 28 de enero de 20005, 7 de junio de 2011, y las más antiguas de 5 de abril de 1986 y 9 de febrero y 25 de junio de 1983) y otros, de “carácter subjetivo” la intención de perjudicar o la falta de finalidad*». Cfr. el FJ Cuarto de los Autos de la AP de Madrid (Sección 12ª) núms. 138/2016 (JUR/2016/210725) y 139/2016 (JUR/2016/210133), de 6 de junio.

también afirmar que la elección del procedimiento ejecutivo ordinario por el acreedor hipotecario que tiene la posibilidad de incoar el especial hipotecario, constituye un supuesto de abuso del derecho⁴⁸.

4. LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO PUEDE VULNERAR LA CONFIANZA LEGÍTIMA DEL DEUDOR EN EL USO DEL PROCESO ESPECIAL HIPOTECARIO: LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS

Como viene sosteniendo autorizada doctrina civilista:

«una consecuencia del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente. La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella», por lo que concluye su estudio destacando que «la exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza»⁴⁹.

Cabe considerar que el acreedor genera una confianza legítima⁵⁰ de su deudor respecto al uso del procedimiento hipotecario en el momento en que se constituye la hipoteca y, en virtud de esta garantía, el deudor asume que su vivienda habitual pueda ser ejecutada en caso de impago, al tiempo que afronta una serie de gastos que el

⁴⁸ Y es que, como bien advierte PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, JUAN IGNACIO, *ob. cit.*, p. 946: «los términos en que aparecen redactados los criterios legales para juzgar como abusiva la conducta del sujeto otorgan al juez una amplia discrecionalidad a la hora de aplicar la fórmula abuso del derecho, puesto que en última instancia la valoración judicial deberá efectuarse en contacto directo con el caso concreto».

⁴⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 142.

⁵⁰ Habitualmente la expresión «confianza legítima» sirve para denominar a un principio general del Derecho especialmente aplicable en el ámbito del Derecho Administrativo y de las relaciones entre organismos y administraciones públicas y los administrados. Sin embargo, poco a poco la expresión ha ido extendiendo su uso a otros ámbitos del Derecho, como en el caso que aquí nos ocupa, donde simplemente designa el estado psicológico o la disposición anímica que determinados actos de un contratante suscitan en el otro. A este respecto, cfr., por todos, CASTILLO BLANCO, FEDERICO A., *La protección de la confianza en el Derecho administrativo*; Marcial Pons, Madrid, 1998, *passim*. Desde una perspectiva mucho más amplia y general, cfr. BERNAL FANDIÑO, MARIANA, «El deber de coherencia en los contratos y la regla del *Venire contra Factum Proprium*», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 13, noviembre, 2008, pp. 291-321. Con independencia del aspecto terminológico y por lo que aquí interesa, es claro que el bien jurídico que protege la doctrina de los propios actos es la legítima confianza de un contratante en que el comportamiento futuro de su contraparte no se apartará esencialmente de las conductas previamente desarrolladas por ésta en el contexto de la propia relación contractual. En este sentido, cfr. PADILLA PAROT, RICARDO ANDRÉS, «Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 20, 2013, pp. 135-183.

acreedor le repercute para obtener la posición de especial protección jurídica que aquélla le brinda⁵¹.

Este argumento entronca con la idea de que el acreedor contrae la obligación de recurrir a dicho procedimiento ejecutivo especial cuando acuerda con el deudor el tipo para la subasta y se prevén en la escritura las demás condiciones de la eventual ejecución hipotecaria que obligatoriamente deben consignarse para que el recurso al proceso ejecutivo hipotecario resulte factible. En efecto, en la doctrina procesalista hay quien destaca el fundamento convencional del juicio de ejecución hipotecaria⁵² que, desde esta perspectiva, no sólo se agotaría en la necesidad de que las partes (acreedor y deudor hipotecario) acuerden expresamente la posibilidad de recurrir al mismo en caso de incumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca, ni tampoco en la exigencia de que, a tales efectos, queden predeterminados en la escritura constitutiva de la misma una serie de datos concretos como lo son el domicilio del deudor a efectos de notificación de la ejecución y el tipo para la subasta, sino que tendría como derivada otra consecuencia ulterior que es la que aquí nos interesa: la fuerza vinculante de ese pacto no sólo para el deudor, sino también para el acreedor, que no podría de este modo optar libre y unilateralmente por el proceso ejecutivo ordinario, ya que con la previsión del recurso al juicio ejecutivo especial hipotecario y la repercusión de todos los gastos en el deudor, estaría contribuyendo de modo determinante a la creación en éste de una confianza legítima en que dicho juicio ejecutivo especial hipotecario será el que, en su caso, deba seguirse.

Teniendo en cuenta el sentido general de la doctrina de los propios actos⁵³, que consiste en dotar de fuerza vinculante a la conducta previa de un sujeto en un momento dado, capaz de generar en otro la confianza legítima de que dicha conducta no se modificará en el futuro, la doctrina viene considerando que es susceptible de aplicación no solamente en el ámbito sustantivo de las relaciones jurídico-privadas, sino también en el ámbito procesal⁵⁴. En este último sentido y por lo que aquí interesa,

⁵¹ Respecto a la regla de los propios actos, apunta CARRASCO PERERA, ÁNGEL FRANCISCO («Capítulo III...», *cit.*, p. 174) que «Actúa contra la buena fe el que contradice sin razón objetiva su conducta anterior, sobre la que la otra parte fundó una legítima confianza, en cuya virtud tomó determinadas disposiciones patrimoniales o contrajo gastos».

⁵² Cfr. ÁLVAREZ ALARCÓN, ARTURO: «Uso y abuso del juicio hipotecario», en RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (Director), *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 225-244 y «El fundamento abusivo del juicio de ejecución hipotecaria», *Revista Práctica de Tribunales*, núm. 113, 2015; pp. 58-73.

⁵³ Excede de nuestro propósito en este trabajo adentrarnos en la definición de esta doctrina, sus presupuestos, ámbito de aplicación y consecuencias, aspectos todos que se dan por conocidos habida cuenta la amplia doctrina que existe al respecto, tanto patria como foránea.

⁵⁴ Así lo estima PICÓ I JUNOY, JOAN (*ob. cit.*, p. 126) cuando afirma que «La doctrina de los actos propios es de plena aplicación no sólo en el ámbito de las relaciones privadas sino también en el marco del proceso». La influencia de este autor en la doctrina procesalista en la materia que nos ocupa es

la aplicación de esta doctrina vendría a impedir al acreedor decantarse por el procedimiento ejecutivo ordinario sobre la base de que el pacto previamente suscrito entre las partes relativo a los extremos que necesariamente deben concretarse al constituir la hipoteca para posibilitar el recurso ulterior a dicho procedimiento impediría al acreedor contradecir el sentido que cabe inferir de esta conducta, sorteando dicho procedimiento en pro del ejecutivo ordinario.

5. LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE DÉBIL

5.1. *El principio de especialidad aplicado al procedimiento ejecutivo aplicable*

Afirmar que el acreedor puede *ab initio* optar entre el procedimiento ejecutivo ordinario y el especial hipotecario supone negar que la aplicación de aquel deba excluirse en virtud del principio de especialidad, según el cual *lex specialis derogat generalis*. Tal conclusión sí podía sostenerse –como ya se ha indicado– al amparo del art. 1447 de la anterior Ley rituarial pero, según parece, no encuentra cobertura en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que el correspondiente art. 592, ha silenciado la preeminencia del procedimiento ejecutivo hipotecario.

Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que alguna resolución judicial se plantee que dicha preferencia está implícita en la regulación del procedimiento hipotecario, que confiere importantes ventajas al acreedor:

«Habida cuenta que el procedimiento de realización de la garantía hipotecaria confiere una posición privilegiada al acreedor de esa clase (así lo constató la ya lejana STC 41/1981), cabe afirmar que la previsión del legislador descansa implícitamente en la idea de que dicho acreedor ejercitará de modo preferente la acción real de realización del bien y que solo de manera complementaria acudirá a la acción ejecutiva común sobre el resto del patrimonio del deudor»⁵⁵.

La idea expuesta avalaría igualmente que el legislador hubiera incluido precisamente en el ejecutivo hipotecario algunas de las importantes medidas que últimamente se han consignado en beneficio del deudor ejecutado⁵⁶, como también ha destacado la jurisprudencia menor⁵⁷:

indiscutible y supera nuestras fronteras, como lo pone de relieve, entre otros muchos, el trabajo de CARRETTA MUÑOZ, FRANCESCO: «Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia», *Revista de Derecho*, vol. XXI, núm. 1, 2008, pp. 101-127, en particular, p. 117.

⁵⁵ El texto transcrito aparece en los AA de la AP de Barcelona (Sección 16ª), núm. 277/2013, de 14 noviembre y núm. 316/2013, de 12 de diciembre, FJ Tercero.

⁵⁶ Como recuerda GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS (*ob. cit.*, p. 247 y p. 249, texto y nota 2), el procedimiento de ejecución hipotecaria recogido en la actual LEC está vigente en lo sustancial desde hace más de un siglo,

«Esta idea de ejercicio preferente por el acreedor hipotecario de la acción real, sobre el ejercicio de la ejecución común explica que los beneficios introducidos en favor del deudor hipotecario en los casos de realización de la vivienda habitual, se han llevado a cabo mediante modificaciones del procedimiento de ejecución hipotecario regulado en los artículos 681 y ss. y no en el procedimiento de la ejecución común»⁵⁸.

De acuerdo con este planteamiento, cabe más bien considerar que todos los esfuerzos del legislador encaminados a compatibilizar el ejercicio de la acción real hipotecaria con el posterior de la acción ejecutiva común, al amparo de normas como los actuales arts. 692.1 y 579 LEC, deben interpretarse en pro de la preferencia del procedimiento ejecutivo hipotecario, que es el que permite conciliar de modo más justo los intereses de acreedor y deudor⁵⁹, restando peso este criterio teleológico al argumento de la libre

ya que la ley rituarial no presenta diferencias sustanciales con respecto a lo previsto en la LH de 1909, salvo por lo que respecta a las recientes reformas que tienen en cuenta la condición de consumidor del deudor hipotecario.

⁵⁷ Parece oportuno consignar aquí que, fuera del caso específico que nos ocupa, pero aún en el contexto de las particularidades del procedimiento ejecutivo hipotecario y en referencia a los posibles beneficios que la legislación reciente otorga al deudor ejecutado, especialmente cuando el objeto de la garantía es la vivienda habitual, algunas Audiencias Provinciales tienen menos reparos a la hora de identificar concretamente «ventajas» o beneficios que dicho procedimiento comporta para el deudor y que pierde en el caso de que el acreedor le obligue a pasar por la ejecución ordinaria. En este sentido, en el Auto de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª), núm. 48/2017, de 23 de noviembre (JUR 2018/30461) se puede leer lo siguiente: «Dos presupuestos condicionan la sustitución de la cláusula abusiva por una disposición legal de derecho nacional, el primero que la nulidad de la cláusula arrastre la nulidad del contrato, y el segundo, que esta última conlleve un perjuicio para el consumidor.

La vía ejecutiva hipotecaria contiene **ciertas prerrogativas** para el ejecutado de las que **no dispondría en la vía declarativa**: la posibilidad de enervar por propia voluntad y **sin consentimiento del acreedor** (incluso no solo una vez, sino en segunda o ulterior ocasión, siempre que medien tres años entre la fecha de la primera liberación y la del posterior requerimiento de pago, judicial o extrajudicial) si bien, únicamente cuando la ejecución hipotecaria lo sea sobre vivienda habitual ([art. 693.3, párrafo segundo](#), LEC). Enervación que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado.

Se otorgan también al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el [art. 579 LEC](#) en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el [art. 682-2-1.ª LEC](#), al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo (que ya no se restringe al supuesto de vivienda habitual).

El deudor hipotecario no dispone de estas ventajas si al acreedor se le priva de la vía ejecutiva y se le conmina a la declarativa. En este sentido **sí que se produce un perjuicio** (que será mayor para los supuestos de vivienda habitual) para el consumidor al declarar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado al no disponer ya de aquellas ventajas.» (Las negritas proceden de la propia resolución judicial. FJ Segundo).

⁵⁸ El texto transcrito se ha extraído del AAP de Madrid (Sección 12ª), núm. 139/2016, de 6 junio, FJ Cuarto.

⁵⁹ Como señala la AP de Barcelona (Sección 16ª) en su Auto núm. 277/2013, de 14 noviembre, FJ Cuarto: «No cabe olvidar que la actividad procesal de ejecución de bienes para la satisfacción del interés de un acreedor dinerario debe ser proporcionada a los fines de la ejecución, por lo que no deben embargarse bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución; además, en el embargo debe procurarse la menor onerosidad para el ejecutado (artículos 584 y 592.1 LEC)».

elección de proceso por el acreedor, que se residencia en la literalidad del art. 592 LEC, y más por lo que calla, que por lo que dice.

El Auto de la AP de Sevilla (Sección 6ª), núm. 105/2015, de 7 de mayo (JUR/2015/209289) insiste en que la libertad de elección de procedimiento de que goza en el plano teórico el acreedor debe ceder en pro de la ejecución hipotecaria cuando se trata de la realización de la vivienda habitual hipotecada del deudor, porque es justamente en el seno de ésta donde el legislador ha introducido «especialidades» dirigidas a su protección que no pueden hacerse ilusorias:

«La recurrente muestra su disconformidad con la resolución judicial dictada que niega la posibilidad del despacho de ejecución ordinaria. Ha de convenirse en que, como señala la prestamista, la escritura de préstamo hipotecario confiere al acreedor la posibilidad de ejercitar tres acciones, la de ejecución hipotecaria, la de ejecución ordinaria y la declarativa.

Si esto es así en el plano teórico, también lo es que tras la promulgación de la Ley 1/2013, la ejecución hipotecaria en el caso de vivienda habitual presenta una serie de especialidades que tratan de hacer frente al problema de la crisis económica y sus efectos en el mercado inmobiliario. Las especialidades tienden a facilitar el pago a los deudores e impedir que por la pura aplicación de la legislación procesal relativa a la ejecución por impago de préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual, se produzcan situaciones de desprotección o de clara indefensión. Como se indica en la exposición de motivos de la Ley indicada, las numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones lo que "exige la adopción de medidas, que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios".

Pues bien, al acudir a la vía de la ejecución ordinaria, la parte ejecutante está obviando los medios que el legislador ha considerado convenientes poner a disposición del deudor hipotecario, inspirados todos ellos en el principio favor debitoris». (FJ Segundo).

5.2. El principio de especialidad de las normas concernientes a la ejecución de la vivienda habitual del deudor hipotecario

Bajo la cobertura del principio de especialidad podría también considerarse que, tratándose de la ejecución de la vivienda habitual del deudor, todas las normas que confieren al deudor ejecutado especiales facultades, prerrogativas o derechos, resultan igualmente aplicables con independencia de que el procedimiento ejecutivo incoado por el acreedor sea el ordinario o el especial hipotecario, de suerte que el deudor podría siempre beneficiarse de su aplicación. De este modo, no tendría sentido para el acreedor optar por uno u otro procedimiento o más exactamente aún, carecería de sentido que éste se apartara de la privilegiada posición que le confiere el

procedimiento hipotecario para conducir su demanda de ejecución por el proceso ordinario, ya que con ello no lograría sortear los beneficios específicos concedidos por la ley al deudor que asiste a la ejecución de su vivienda habitual. Desde esta perspectiva, sería la condición del bien ejecutado –la vivienda habitual– la que determinaría la aplicación de las normas correspondientes concebidas como un régimen especial de ejecución, desplazando el recurso al procedimiento ejecutivo ordinario⁶⁰.

El argumento principal que subyace en este planteamiento es que la vivienda habitual del deudor –a menudo, el único elemento económicamente importante de su patrimonio– constituye un bien digno de especial protección por parte del legislador y al que éste ha querido por consiguiente tutelar de modo más intenso en las últimas reformas legislativas sobre la materia, idea esta última que ha refrendado recientemente el Tribunal Supremo, al declarar que el grado de protección que merece la vivienda habitual del deudor no puede ser el mismo que el que se dispensa a los otros inmuebles que no revisten tal carácter⁶¹.

5.3. El principio general de protección del contratante débil, en nuestro caso, del deudor hipotecario

Es bien sabido que uno de los principios generales vigente en nuestro Derecho Privado desde tiempo inmemorial es el del *favor debitoris* y que la generalización de la contratación en masa ha traído de la mano el principio *pro consumatore* que puede, en cierto sentido, considerarse derivado del anterior, aunque lo haya desbordado. Se trata, en cualquier caso, de principios que tratan de reequilibrar la evidente desigualdad en que

⁶⁰ A una conclusión parecida parece llegar ADÁN DOMÉNECH, FEDERICO («Capítulo I. Parte General Introductoria» en IZQUIERDO BLANCO, PABLO Y PICÓ I JUNOY, JOAN (Directores): *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 49-148, en concreto, p. 54) tras mostrarse abiertamente contrario a la inadmisión *a limine* de las demandas ejecutivas ordinarias interpuestas por el acreedor hipotecario para hacer efectivo el crédito garantizado con hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor. Por consiguiente, este autor se posiciona en contra de la doctrina que late en los autos de las Audiencias Provinciales que venimos citando en estas páginas y que han acogido precisamente tal solución. Pero ello no le impide dar prioridad al argumento finalista de protección del deudor hipotecario en situación de vulnerabilidad mediante una solución distinta, que consiste para él en extender los efectos previstos en las normas tuitivas no en la fase de admisión a trámite de la demanda, sino en la final del proceso de ejecución. De hecho, concluye (*ob. cit.*, p. 56) que la posibilidad de que el acreedor acuda al proceso de ejecución ordinario «deja de tener virtualidad práctica desde que se regula la norma 579 LEC».

⁶¹ En efecto, en referencia a las sucesivas reformas legislativas en materia de ejecución hipotecaria, en la STS de 23 mayo 2017 (RJ 2017, 2708) puede leerse lo siguiente: «Al tratarse “de actuaciones urgentes”, el legislador obró con precipitación, y debió apreciar después que no había distinguido algo elemental en la mens legislatoris, que era entre la vivienda habitual del deudor y los inmuebles diferentes de la vivienda habitual, pues en atención a los bienes jurídicos objeto de protección el grado de esta no podía ser él [sic, el] mismo» (Cfr. Fundamento Jurídico Sexto). La invoca expresamente el Auto de la AP de Valencia (Sección 9ª), núm. 964/2017, de 26 julio (JUR 2017/286838).

se encuentran las partes contratantes, situación de partida que ha justificado que a la posición acreedora se la tenga por la «parte fuerte» de la relación contractual, en tanto que se cataloga al deudor –y más aún cuando es un consumidor–, como el “contratante débil”⁶². Y el esquema descrito parece describir a la perfección la situación en que mayoritariamente se produce la contratación del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual: frente a la «fuerte» entidad crediticia, al débil prestatario no le queda más que aceptar las condiciones que se le imponen si desea convertirse en propietario, entre las cuáles estará la fijación de todos los elementos que permiten al acreedor recurrir al procedimiento especial de ejecución hipotecaria⁶³.

Que el prestatario hipotecante es deudor es obvio; pero a la altura del tiempo presente, parece ya indiscutible –a pesar de la pertinacia de la literalidad de las normas en mantenerle al margen de la especial tuición que se dispensa al adquirente de bienes muebles y al usuario de servicios, también bancarios– que también cabe considerarle como un consumidor, siquiera sea a los efectos de otorgarle una protección jurídica similar, sobre todo cuando es la vivienda habitual el bien para cuya adquisición solicita el préstamo y asume la carga de la garantía hipotecaria. En nuestra doctrina⁶⁴, se ha dado ya la voz de que los principios del Derecho del Consumo se han infiltrado en el ámbito de la

⁶² Como recuerda Callejo Carrión, Soraya, *ob. cit.*, p. 526: «Con carácter general, el TC ha declarado recientemente en la sentencia 119/2012, de 4 de junio, que, tratándose de contratos de adhesión, las condiciones generales de esos 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».

⁶³ Esta idea del desequilibrio jurídico y económico que existe entre el acreedor y el deudor hipotecario, especialmente cuando se trata de la adquisición de la vivienda habitual, es unánimemente admitida por la doctrina. Como muestra, cfr. entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, *ob. cit.*, pp. 263-265 y 280. La idea es asumida igualmente por la jurisprudencia menor, como ha podido comprobarse a lo largo de estas páginas.

⁶⁴ En este sentido, cfr. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN: «La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 746, pp. 3109 a 3143. Concluye esta autora (*ob. cit.*, pp. 3109 y 3119) que esta Ley «da entrada a la intervención pública, preventiva y judicial, propias del Derecho del consumo en la contratación del préstamo y crédito hipotecarios, de modo que la admisión del principio pro-consumatore y el control judicial del equilibrio contractual en la ejecución hipotecaria, podría resultar igual o más relevante para la protección del deudor que la propia previsión de la dación en pago retroactiva. En los sistemas de contratación europeos del siglo XXI, la seguridad jurídica contractual no puede basarse en la intangibilidad de lo pactado, sino en el cumplimiento de la función económico-social de cada contrato, por lo que deben, todos ellos, arbitrar instrumentos efectivos que garanticen el equilibrio de las partes en el momento de la contratación, pero también en el de cumplimiento del contrato, atendiendo a la buena fe y a la equidad. Esto es ineludible cuando una de las partes es consumidor y es obligada su protección para los ordenamientos nacionales de los países miembros de la Unión Europea, y de este planteamiento no puede escapar nuestro sistema de contratación y garantía hipotecarias. Es preciso, entonces, que en la ejecución hipotecaria el juez considere, no solo la concurrencia de condiciones abusivas a la hora de contratar, también las circunstancias sobrevenidas que afecten a la relación causal que garantiza la hipoteca, y la oportunidad de aplicar, o no, determinadas normas, en atención a la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho».

ejecución hipotecaria y que, de su mano, no puede soslayarse el poder que asiste al juez para recurrir a buena parte de los mecanismos jurídicos que permiten restaurar la interna justicia contractual⁶⁵.

En este orden de ideas y como ya se ha indicado anteriormente, en la actualidad, puede decirse que el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual propende a un cierto equilibrio entre las posiciones de las partes, de suerte que se trata de contrapesar los privilegios o ventajas del acreedor con toda una serie de medidas limitativas de los derechos de éste que tienden a la vez a una tuición del deudor que hipoteca su vivienda habitual, superior a la que asiste a cualquier otro deudor hipotecario⁶⁶. Pero este equilibrio quiebra en el caso de que la aplicación del proceso correspondiente dependa sola y exclusivamente de la voluntad del acreedor hipotecario.

De ahí que también invocando los citados principios generales (*favor debitoris* y *pro consumatore*) quepa concluir que la libertad de opción de proceso ejecutivo por parte del acreedor debe cercenarse cuando se trata de la ejecución de la vivienda habitual hipotecada del deudor, caso en el cual deberá proseguirse la ejecución por los trámites del juicio hipotecario especial.

6. CONCLUSIONES

De acuerdo con los argumentos expuestos y desarrollados a lo largo de las páginas precedentes, entendemos que existen argumentos jurídicos de peso para sostener las siguientes:

1ª.- La pretendida libertad de elección de procedimiento ejecutivo por parte del acreedor no es tal o no puede ejercerse en todo caso, ya que deben tenerse en cuenta las limitaciones que impone la general exigencia de buena fe en las relaciones jurídicas. Una buena fe que, de no concurrir, permite considerar que la elección del procedimiento ejecutivo ordinario en detrimento del hipotecario especial para

⁶⁵ Sólo desde esa perspectiva se comprende la cierta revolución que la jurisprudencia –al ritmo marcado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea- ha producido en cuestiones propias de la contratación de préstamos hipotecarios, como es el caso –entre otros pactos estipulados habitualmente mediante condiciones generales de la contratación- de las cláusulas suelo y de vencimiento anticipado del préstamo garantizado mediante hipoteca.

⁶⁶ A este respecto y en referencia a las diversas reformas legales que se han ido sucediendo en el ámbito que nos ocupa, concluye MORAL MORO, MARÍA JOSÉ («La protección al deudor en las ejecuciones hipotecarias tras la crisis económica sufrida en España», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 40, 2014, pp. 179-226, en concreto, p. 225) que: «...han ido poco a poco armonizando los diversos procedimientos de ejecución hipotecaria existentes y atenuando los excesos detectados en beneficio del acreedor, tratando de proteger, cada vez más y en mayor medida al deudor hipotecario y sobre todo su vivienda habitual». A lo largo de este artículo, la autora analiza todas las medidas que se han introducido en el ámbito de los procedimientos ejecutivos –ordinario, especial hipotecario y venta extrajudicial de bienes hipotecados- para la mayor protección del deudor.

promover la ejecución de la vivienda habitual del deudor hipotecario puede constituir fraude de ley o procesal o abuso del derecho; al tiempo que puede contravenir la doctrina de los propios actos y los principios generales de especialidad y de protección del deudor hipotecario.

2ª.- Va abriéndose paso en la jurisprudencia menor la opinión de que cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual de un deudor que prácticamente carece de otros bienes cuya ejecución pudiera reportar un beneficio claro al acreedor, si éste opta por el procedimiento de ejecución ordinario en lugar de ejecutar la hipoteca de acuerdo con el ejecutivo especial, esta elección constituye un fraude de ley, pues la finalidad última que envuelve no es otra que la de privar al deudor ejecutado de los escasos beneficios en su favor que ha introducido el legislador en el procedimiento ejecutivo hipotecario de la vivienda habitual en los últimos años.

3ª.- Cabe también concluir que el fraude de ley que envuelve la elección del procedimiento ejecutivo ordinario por parte del acreedor puede asimismo calificarse como fraude procesal, ya que tendría por finalidad burlar en el proceso ejecutivo la aplicación de las normas procesales tendentes a la protección específica del deudor hipotecario que asiste a la ejecución de su vivienda habitual.

4ª.- Puede afirmarse igualmente que la elección del procedimiento ejecutivo ordinario por el acreedor hipotecario que tiene la posibilidad de incoar el especial hipotecario, constituye un supuesto de abuso del derecho, por cuanto provoca un perjuicio injusto de la posición deudora.

5ª.- Partiendo de que quepa admitir que el procedimiento ejecutivo hipotecario tiene un fundamento convencional y que, una vez pactado entre las partes, genera una expectativa legítima del deudor de que la hipoteca sobre su vivienda habitual será ejecutada a través del mismo, la aplicación de la doctrina de los propios actos al caso que nos ocupa vendría a impedir al acreedor decantarse por el procedimiento ejecutivo ordinario, sobre la base de que el pacto previamente suscrito entre las partes, relativo a los extremos que necesariamente deben concretarse al constituir la hipoteca para posibilitar el recurso ulterior al ejecutivo hipotecario especial, impediría al acreedor contradecir el sentido que cabe inferir de esta conducta, sorteando dicho procedimiento en pro del ejecutivo ordinario.

6ª.- Cabe también sostener que la libertad de opción de proceso ejecutivo por parte del acreedor debe cercenarse cuando se trata de la ejecución de la vivienda habitual hipotecada del deudor, caso en el cual deberá proseguirse la ejecución por los trámites del juicio hipotecario especial, no sólo en virtud del principio de especialidad, sino también en aplicación del principio general de protección del deudor hipotecario, como contratante débil.

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN DOMÉNECH, FEDERICO:

- *La ejecución hipotecaria*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 2008.
- «Capítulo I. Parte General Introdutoria» en Izquierdo Blanco, Pablo y Picó i Junoy, Joan (Directores): *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 49-148.

ÁLVAREZ ALARCÓN, ARTURO:

- «Uso y abuso del juicio hipotecario», en Ramos Méndez, Francisco (Director), *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 225-244.
- «El fundamento *abusivo* del juicio de ejecución hipotecaria», *Revista Práctica de Tribunales*, núm. 113, 2015; pp. 58-73.

BERNAL FANDIÑO, MARIANA: «El deber de coherencia en los contratos y la regla del *Venire contra Factum Proprium*», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 13, noviembre, 2008, p. 291-321.

CACHÓN CADENAS, Manuel: «La buena fe en el proceso civil», *Justicia: Revista de derecho procesal*, Núm. 1-2/2005, febrero 2005, pp. 7-44, versión electrónica disponible en <http://vlex.com/vid/buena-proceso-civil-283876>

CALLEJO CARRIÓN, SORAYA: *Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas*, La Ley, Madrid, 2015.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL FRANCISCO:

- «Capítulo III. Eficacia general de las normas jurídicas. Comentario de los arts 6 y 7», en *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Director), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 141-180.
- *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

CARRETTA MUÑOZ, FRANCESCO: «Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia», *Revista de Derecho*, vol. XXI, núm. 1, 2008, pp. 101-127.

CASTILLO BLANCO, FEDERICO A.:

— *La protección de la confianza en el Derecho administrativo*; Marcial Pons, Madrid, 1998.

— *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho*; Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2007.

DE LA IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL: «Abuso de derecho: nacimiento y evolución jurisprudencial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 738, pp. 2583-2595.

DELGADO RAMOS, JOAQUÍN: «Especialidades en la constitución y ejecución de hipoteca sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013», en *Revista de Derecho Civil*, 2014, Vol. 1, Núm. 2; disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/70/43>

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963.

FAJARDO FERNÁNDEZ, JAVIER: «Comentario al art. 681 de la LECiv. Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cordón Moreno, Faustino, Armenta Deu, Teresa, Muerza Esparza, Julio J., Tapia Fernández, Isabel (Coordinadores), Tomo II, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011; disponible en www.westlaw.es, BIB 2011/5165

GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS: «Capítulo V. El procedimiento especial de Ejecución Hipotecaria. Últimas reformas», en Sánchez Ruiz de Valdivia, Inmaculada y Olmedo Cardenete, Miguel (Directores): *Presente y futuro del mercado hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 247-286.

HERRERO PEREZAGUA, JUAN FRANCISCO: «Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor», en Espejo Lerdo de Tejada, Manuel y Murga Fernández, Juan Pablo (Directores): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 303-344.

LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA: «El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 19, diciembre 2012; pp. 13-62.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS: «Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción», en Espejo Lerdo de Tejada, Manuel y Murga Fernández, Juan Pablo (Directores): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 259-301.

MORAL MORO, MARÍA JOSÉ: «La protección al deudor en las ejecuciones hipotecarias tras la crisis económica sufrida en España», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 40, 2014, pp. 179-226.

PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, JUAN IGNACIO: «Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código civil español», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, pp. 925-949.

PINTO FONTANILLO, JOSÉ ANTONIO: «La desviación de poder, el fraude de ley y el abuso del derecho: Marco normativo de los actos ilícitos atípicos y valoración dentro del sistema», en *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*, Hoyo Sierra, Isabel y Sánchez de la torre, Ángel (Editores), Dykinson, S.L., Madrid, 2006, pp. 47-62.

PICÓ I JUNOY, JOAN: *El principio de la buena fe procesal* (2ª ed), J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 2013.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN: «La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 746, pp. 3109 a 3143.

SIGÜENZA LÓPEZ, JULIO: «La necesidad de repensar el actual sistema de ejecución hipotecaria», en Espejo Lerdo de Tejada, Manuel y Murga Fernández, Juan Pablo (Directores): *Vivienda, préstamo y ejecución*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 497-524.

ZURITA MARTÍN, ISABEL: *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*, La Ley, Madrid, 2014.

Fecha de recepción:

Fecha de aceptación: