



Roj: **AAP MA 81/2016 - ECLI: ES:APMA:2016:81A**

Id Cendoj: **29067370052016200078**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **21/10/2016**

Nº de Recurso: **92/2014**

Nº de Resolución: **344/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE JAVIER DIEZ NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN QUINTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CUATRO DE MÁLAGA.

EJECUCIÓN HIPOTECARIA NÚMERO 1894/2010.

RECURSO DE QUEJA. ROLLO NÚMERO 92/2014.

**AUTO Nº 344/2016**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don José Javier Díez Núñez

Magistrado/as:

Don Melchor Hernández Calvo

*Doña Soledad Velázquez Moreno*

En la Ciudad de Málaga, a veintiuno de octubre de dos mil dieciséis. Por dada cuenta, se declaran en el presente Rollo de Apelación los siguientes,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

*PRIMERO* .- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Málaga se siguió procedimiento de ejecución hipotecaria número 1894/2010, del que este Rollo dimana, en el que con fecha 28 de junio de 2013 se dictó auto en el que se acordaba en su parte dispositiva: "ACUERDO: Desestimar el recurso directo de revisión interpuesto por la procuradora de los tribunales doña María del Rocío Ruiz Pérez, actuando en nombre y representación de la entidad Tashara S.L., contra el Decreto de fecha 10 de abril de 2013, y mantener lo resuelto en él, condenando a la parte recurrente a las costas procesales causadas en este recurso".

*SEGUNDO* .- Contra la indicada resolución se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, por la representación procesal de la parte ejecutada, oponiéndose a su fundamentación la adversa ejecutante, remitiéndose seguidamente las actuaciones originales, previo emplazamiento de las partes, a esta Audiencia en donde al no solicitarse práctica probatoria alguna y considerarse innecesaria la celebración de vista pública, se señaló para deliberación del este tribunal la audiencia del día de ayer, quedando a continuación conclusas las actuaciones para el dictado de la oportuna resolución.

*TERCERO* .- En la tramitación de este recurso han sido cumplidos cuántos requisitos procesales quedan previstos por la Ley, siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



*PRIMERO.* - Para una mejor comprensión del asunto litigioso que es sometido a deliberación de este tribunal colegiado de alzada, parece conveniente establecer las siguientes consideraciones fácticas que se desprenden del procedimiento especial de ejecución hipotecaria que bajo el número 1840/2010 fuera tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Málaga, del que trae causa el presente recurso de apelación: 1º) Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, a través de su representación procesal, en fecha 5 de octubre de 2010 presentó demanda de tal naturaleza frente a la mercantil "Señorío de Tashara S.L." en reclamación de un principal de ciento ochenta y dos mil doscientos nueve euros con noventa y nueve céntimos (182.209#99 €), más otra adicional de cincuenta y cuatro mil seiscientos sesenta y dos euros con noventa y nueve céntimos (54.662#99 €) en concepto de intereses, gastos y costas, todo ello derivado de que con fecha 30 de junio de 2006 mediante escritura pública autorizada por el Notario don Miguel Prieto Fenech, con el número 2400 de su protocolo, la entidad financiera expresada concedió a "Señorío de Tashara S.L." préstamo con garantía hipotecaria, que fue ampliado mediante escritura posterior de 15 de noviembre de 2006 ante el mismo fedatario público bajo protocolo número 5042, formalizándose novación el 4 de abril de 2008 mediante nueva escritura intervenida por el mismo Notario bajo el número de protocolo 1047, en la que se pactaron, entre otros extremos, (i) que el importe del préstamo fuera de ciento sesenta mil euros (160.000 €), (ii) que el plazo de duración fuera hasta el 15 de agosto de 2008, (iii) que el pago del capital del préstamo se efectuaría mediante una única cuota final del plazo de duración del contrato, periodo durante el cual el préstamo sólo devengaría intereses, (iv) que el tipo de interés nominal lo fue del 5#215% anual, variable durante toda la vida del préstamo, determinándose por períodos semestrales, siendo el tipo a aplicar para semestres sucesivos, el establecido en el apartado primero de la cláusula financiera tercera bis, (v) que en caso de demora, el préstamo devengaría un tipo de 4 puntos porcentuales superior al nominal anual, recogiendo que los intereses ordinarios y demás pagos legítimos que fueran consecuencia del contrato, se consideraban capital, en su totalidad, desde que se produjera la morosidad, intereses moratorios y no satisfechos que podrían capitalizarse por trimestres naturales vencidos, a los efectos del cómputo de dicho interés en lo sucesivo, de conformidad con el artículo 317 del Código de Comercio y (vi) que el préstamo se consideraría vencido y, consiguientemente resuelto, y la entidad acreedora podría proceder al reintegro de las cantidades entregadas, intereses, e intereses de demora, por medio del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, hoy por medio del procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca regulado en los artículos 681 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el supuesto de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la escritura, entre ellas, el impago de una cuota cualquiera de amortización; 2º) Que, como garantía se constituyó hipoteca sobre los siguientes inmuebles y bajo las siguientes responsabilidades (a) la finca registral número 1630, respondería de (i) setenta y ocho mil ochocientos sesenta y cuatro euros (78.864 €) del principal, (ii) de 24 meses de intereses a un tipo de 5#215%, salvo modificación pactada de acuerdo con los términos del contrato, sin que en ningún caso pudiera sobrepasar el límite máximo del 15%, (iii) de la cantidad de quince mil setecientos setenta y dos euros con ochenta céntimos (15.772#80 €) que se estipulaban para costas y gastos y (iv) de 36 meses de intereses moratorios al tipo de los que resultasen establecidos para su cálculo en la estipulación 6ª, sin que en ningún caso pudiera sobrepasar el límite máximo del 15%, y (b) la finca registral 6264 de (i) ochenta y un mil ciento treinta y seis euros (81.136 €) del principal, (ii) de 24 meses de intereses a un tipo de 5#215%, salvo modificación pactada de acuerdo con los términos del contrato, sin que en ningún caso pudiera sobrepasar el límite máximo del 15%, (iii) de la cantidad de dieciséis mil doscientos veintisiete euros con veinte céntimos (16.227#20 €) estipulados para costas y gastos, y (iv) de 36 meses de intereses moratorios al tipo de los que resultasen establecido para su cálculo en la estipulación 6ª, sin que en ningún caso pudieran sobrepasar el límite máximo del 15%; 3º) Que, en la escritura de constitución de hipoteca, a los efectos prevenidos en el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se determinó el precio en que los interesados tasaban la finca número 1630 a los fines de servir de tipo de subasta judicial, en la suma de cuatrocientos catorce mil ciento cuarenta y nueve euros con sesenta y nueve céntimos (414.149#69 €), mientras que la número 6264 se tasó en cuatrocientos veintiséis mil ciento cuarenta y cinco euros con cincuenta y siete céntimos (426.145#57 €); 4º) Que la hipoteca se encuentra inscrita en el tomo 1902, folio 27, finca 1630-R, inscripción 21ª y en el tomo 1855, folio 146, finca 6264, inscripción 18, y la novación se inscribió en el tomo 1902, folio 28, finca 1630-R, inscripción 22ª, y en el tomo 1855, 147, finca 6264, inscripción 19ª; 5º) Que, la prestataria incumplió las obligaciones de pago que le incumbían, por lo que Caja Madrid dio por vencido el préstamo el 22 de octubre de 2009, resultando una deuda de ciento ochenta y dos mil doscientos nueve euros con noventa y nueve céntimos (182.209#99 €), cantidad de la que ciento sesenta mil euros (160.000 €) correspondían al capital del préstamo, dos mil cuatrocientos noventa euros (2.490 €) a los intereses nominales y diecinueve mil setecientos diecisiete euros con ochenta y cinco céntimos (19.719#85 euros €) a intereses de demora; 6º) Que el préstamo de la presente reclamación fue liquidado, según aparece en la certificación que se acompañaba a la demanda, comprensivo de las operaciones de cálculo de los intereses pactados en la escritura; 7º) Que la entidad prestamista procedió a notificar el importe de la deuda a la prestataria en fecha 22 de octubre de 2009; 8º) Así las cosas, por auto de 2 de noviembre de 2010, ya en curso de actuaciones judiciales, se



acordó despachar ejecución frente a la mercantil prestataria por un principal de ciento ochenta y dos mil doscientos nueve euros con noventa y nueve céntimos (182.209#99 €), más la adicional de cincuenta y cuatro mil seiscientos sesenta y dos euros con noventa y nueve céntimos (54.662#99 €) en concepto de intereses, gastos y costas de la ejecución, acordándose, entre otras, requerir a la deudora del pago de las cantidades por las que se despachaba ejecución; 9º) Efectuada la anterior diligencia, junto con las restantes exigidas legalmente, por escrito presentado el 23 de marzo de 2011 la parte ejecutante solicitó, de conformidad con lo previsto en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se señalara día y hora para la celebración de la subasta de la/s finca/s objeto de autos, no obstante lo cual, posteriormente, por escrito presentado el 24 de junio siguiente se interesó del Juzgado la suspensión de la subasta señalada para el 14 de julio, a las 10#00 horas, 10º) Que, nuevamente, por escrito presentado el 27 de junio del mismo año, la representación procesal de la ejecutante solicitó se acordara sacar a pública subasta por el precio señalado en la escritura de constitución de hipoteca, las fincas registrales 1630 y 6264 del Registro de la Propiedad número 9 de Málaga, siendo el 15 de diciembre de 2011 que la interesada ejecutante justifica ante el Juzgado las cantidades por las que respondía cada una de las expresadas fincas, la registral número 1630, respondería de (i) setenta y ocho mil ochocientos sesenta y cuatro euros (78.864 €) del principal, (ii) de 24 meses de intereses a un tipo de 5#215%, salvo modificación pactada de acuerdo con los términos del contrato, sin que en ningún caso pudiera sobrepasar el límite máximo del 15%, esto es de once mil ochocientos veintinueve euros con sesenta céntimos (11.829#60 €), (iii) de la cantidad de quince mil setecientos setenta y dos euros con ochenta céntimos (15.772#80 €) que se estipulaban para costas y gastos y (iv) de 36 meses de intereses moratorios al tipo de los que resultasen establecidos para su cálculo en la estipulación 6ª, sin que en ningún caso pudiera sobrepasar el límite máximo del 15%, esto es de once mil ochocientos veintinueve euros con sesenta céntimos (11.829#60 €), y (b) la registral 6264 de (i) ochenta y un mil ciento treinta y seis euros (81.136 €) del principal, (ii) de 24 meses de intereses a un tipo de 5#215%, salvo modificación pactada de acuerdo con los términos del contrato, sin que en ningún caso pudiera sobrepasar el límite máximo del 15%, esto es de doce mil ciento setenta euros con cuarenta céntimos (12.170#40 €) (iii) de la cantidad de dieciséis mil doscientos veintisiete euros con veinte céntimos (16.227#20 €) estipulados para costas y gastos, y (iv) de 36 meses de intereses moratorios al tipo de los que resultasen establecido para su cálculo en la estipulación 6ª, sin que en ningún caso pudieran sobrepasar el límite máximo del 15%; esto es de doce mil ciento setenta euros con cuarenta céntimos (12.170#40 €); 11º) Que, por diligencia de ordenación de 9 de febrero de 2012 se acordó señalar día y hora para la celebración de subasta pública de las dos referidas fincas, registrales 1630 y 6264, del Registro de la Propiedad número 9 de Málaga, valoradas en cuatrocientos catorce mil ciento cuarenta y nueve euros con sesenta y nueve céntimos (414.149#69 €) y en cuatrocientos veintiséis mil ciento cuarenta y cinco euros con cincuenta y siete céntimos (426.145#57 €), respectivamente; 12º) Publicados edictos y notificada la deudora prestataria, en el día y hora señalado se celebró subasta sin comparecencia de licitadores, recogiendo el acta literalmente que *"conforme al art. 671 y Disposición Adicional 6ª se declara desierta la subasta"* y que *"la parte actora solicita la adjudicación del bien objeto de la presente subasta por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, en calidad de ceder el remate a tercero"*; 13º) Practicada tasación de costas y aprobada por decreto de 23 de enero de 2013, subsanado por otro de 18 de febrero, es en fecha 4 de octubre siguiente que la representación procesal de la parte ejecutada, reiterando lo ya solicitado el 25 de febrero anterior, presenta escrito solicitando que la deuda se considere completamente liquidada y pagada mediante la adjudicación a la ejecutante Bankia de la finca registral 1630, por lo debido por todos los conceptos reclamados den el procedimiento hipotecario, librándose mandamiento de cancelación de la hipoteca que pesa sobre la finca registral 6264, que no fue objeto de adjudicación, pretensión a la que se opone la adversa ejecutante en escrito presentado el 1 de marzo, y 14º) Incidente que es resuelto por decreto 230/2013, de 10 de abril, por el que se acuerda adjudicar a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid las fincas registrales subastadas por todos los conceptos debidos, ciento ochenta y dos mil doscientos nueve euros con noventa y nueve céntimos (182.209#99 €) de principal, treinta y cuatro mil ciento ochenta y un euros con sesenta y ocho céntimos (34.181#68 €) por intereses y quince mil cuatrocientos trece euros con dos céntimos (15.413#02 €) por costas, resolución que es recurrida en revisión, siendo dictado auto desestimatorio en fecha 28 de junio de 2013 contra el que se alza la representación procesal de la entidad mercantil "Señorío de Tashara S.L.", a tenor del cual *"por diligencia de ordenación de fecha 9 de febrero de 2012 se acordó la subasta de las dos fincas embargadas"*, no negando lo evidente ajeno a lo argumentando por la ejecutada que le llevó a concluir que Bankia sólo se adjudicó una de las fincas subastadas, concretamente la número 1630, lo que no se cuestiona, sí haciéndolo del resto, al resultar imposible el remate conjunto de dos fincas subastadas independientemente, con tasaciones o valores distintos, conforme los artículos 119 a 123 de la Ley Hipotecaria y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de octubre de 2000,, a cuyo tenor *"... el hecho de que las dos fincas hipotecadas pertenezcan al mismo deudor y no hayan pasado a manos de diferentes terceros poseedores en el momento de la ejecución y el hecho de que se hallen hipotecadas para garantizar la misma deuda no justifica que se ejecuten conjuntamente, dado que fueron hipotecada como fincas diferente y como tales deben ser ejecutadas ..."*, debiendo hacerse constar que al adjudicarse las dos fincas den el decreto



recurrido en revisión por todos los conceptos debidos, 182.209#99 euros de principal, 34.181#698 euros para intereses y 15.413#02 euros para costas, supone una ejecución conjunta al hacerse por un único precio total, lo que expresamente prohíben los artículos 119 a 123 de la Ley Hipotecaria, lo que además abocaría a que dicho decreto fuera rechazado por el Registrador de la Propiedad y no inscrito el testimonio el decreto de adjudicación por valor o precio conjunto, lo que equivale a remate conjunto, a todo lo cual procede añadir las palabras de la Secretaria Judicial contenidas en la diligencia de ordenación de 19 de abril de 2013, a cuya virtud "... en orden a la aplicación del art. 6 del CC y del principio general del derecho de que el deudor no debe sufrir mayor quebranto económico que el estrictamente necesario para satisfacer el derecho del ejecutante", lo que significaría, denuncia, que el Juzgado es consciente de que adjudicarse el banco dos fincas que tienen un valor de tasación sumado de 840.295#46 euros por una deuda total (principal, intereses y costas) de 213.804#69 euros, es en este caso un supuesto de abuso de derecho que no puede ser tutelado judicialmente, habiendo sido el banco quien ha incrementado artificiosamente el importe total de la deuda, ya que teniendo la subasta señalada para el año 2011, solicitó la suspensión de la misma para, posteriormente, pedir de nuevo señalamiento, dando lugar así al devengo de una anualidad más de intereses, a lo que añade que si Bankia solicitó en el acto de la subasta la adjudicación tan sólo de la primera de las fincas que salían a subasta fue por una lógica razón, y es que la misma calculó que la deuda origen de la ejecución, cuyo principal asciende de 182.209#99 euros, estaba perfectamente cubierta con la adjudicación de una finca tasada por el mismo banco en la suma de 4124.149#69 euros, ocurriendo con posterioridad que se apercibiera que por poco diferencia y tasadas costas, superaba el 50% del valor de tasación de dicha finca subastada en primer y único lugar, lo que intentó corregir con su escrito posterior a la subasta pretendiendo que se había adjudicado las dos fincas y no sólo la número 1630, motivos en base a los cuales peticiona del tribunal de alzada el dictado de resolución por la que acuerde recovar el auto apelado en el sentido de que se adjudique al banco ejecutante únicamente la finca número 1630 por todos los conceptos debidos (182.209#99 euros de principal, 34.181#68 euros para intereses y 15.413#02 euros por costas), librando mandamiento de cancelación de la hipoteca que pesa sobre la finca propiedad de los ejecutados, es decir, la número 6264, que no fue objeto de adjudicación.

SEGUNDO.- Así las cosas, expuesto cronológicamente el desarrollo de los hechos objeto de enjuiciamiento, a nuestro entender se debe proceder a confirmar la resolución combatida en apelación, auto de 28 de junio de 2013, resolutorio del recurso de revisión directa entablado contra el decreto de 10 de abril anterior, por cuanto que de lo relatado queda sobrada constancia de que la prestamista, parte ejecutante, a través de su representación procesal, por escrito presentado el 27 de junio de 2011, solicitó fueran sacadas a subasta las dos fincas registrales que garantizaban el préstamo hipotecario, las número 1630 y 6264, ambas del Registro de la Propiedad número 9 de Málaga, y no de tan solo la primera de ellas, tal y como se acordó por diligencia de ordenación de 9 de febrero de 2012 y quedara reflejado en los edictos publicados, de manera que si bien en el acta de la subasta celebrada en el día y hora señalado no se consigna con la claridad que era exigible tal extremo, es lo cierto que una y otra finca fueron objeto de venta judicial en un solo acto, sin que, en absoluto, se consigne que la adjudicación a la acreedora lo fuera de la 1630, cual pretende la ahora recurrente, como tampoco que lo fuera de la 6264, en el bien entendido sentido de que lo fue de las dos, subastadas al unísono y en aplicación de la normativa contenida en el artículo 671 de la precitada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor "si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos", es decir, la normativa legal establece una disyuntiva en favor de la acreedora ante la no comparecencia de licitadores a la subasta, cual sucedió en nuestro caso, bien la adjudicación de los bienes subastados por el 50% de su valor de tasación "o" la adjudicación por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, quedando patente que la ahora apelada accedió a la segunda de las alternativas que le eran concedidas, sin que, en modo alguno, sea de observar infracción normativa alguna, por cuanto que la posibilidad de llevar a cabo subasta conjunta de bienes queda amparada en el artículo 643 de la comentada Ley Procesal, y las disposiciones contenidas en los artículos 119 a 125 de la Ley Hipotecaria han sido observadas, ya que: (a) El artículo 119 establece que "cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un sólo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder", aspecto que fue respetado en la escritura de constitución de la hipoteca al recoger por separado qué garantizaban las dos fincas registrales 1630 y 6264, (b) el artículo 120 determina que fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, (c) lo que se entiende sin perjuicio de que, si la hipoteca no alcanzare a cubrirla totalidad del crédito, podrá el acreedor del crédito repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder, pero sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas (artículo 121), (d) la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre los cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido (artículo



122), (e) para los casos en los que una finca hipotecada se divida en dos o más, no se distribuye entre ellas el crédito hipotecado sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor (artículo 123), (f) dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuvieren gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca, y (g) cuando sea una la finca hipotecada, o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el artículo 123, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho (artículo 125), reglas hipotecarias todas ellas que como es de ver ningún alcance y eficacia producen sobre el supuesto que nos ocupa, más al contrario, sucede que la cantidad por la que responde cada una de las fincas por los conceptos de principal, intereses, gastos y costas que aparece consignado en la escritura de constitución de la hipoteca no cubre, una y otra, el principal reclamado, lo que exigía la subasta de ambas a fin de dar cumplida satisfacción al crédito en favor de la ejecutante prestamista, no siendo de recibo pretender imponer a la adjudicataria que optara por la primera de las alternativas que expone el artículo 671 comentado, pues, aparte de tratarse de una opción, facultad, que se confiere al acreedor, le hubiera supuesto abonar a la deudora ejecutada una concreta suma dineraria; consideraciones que corroboradoras de las contenidas en la resolución impugnada en apelación, conducen a la confirmación de la misma por ser ajustada a derecho.

*TERCERO* .- De conformidad con lo previsto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procederá imponer las costas procesales devengadas en esta alzada a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

#### **LA SALA ACUERDA:**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad "Señoría de Tashara S.L.", representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Ruiz Pérez, contra el auto de 28 de junio de 2013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Málaga en procedimiento de ejecución hipotecaria número 1894 de 2010, confirmando íntegramente lo en él acordado, imponiendo las costas procesales devengadas en esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de este auto, al Juzgado de Primera Instancia de donde dimanar, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados del margen, de que doy fe.

E/