

# La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social

## I. PLANTEAMIENTO

La Ley de Enjuiciamiento Civil dedicó un capítulo especial, arts. 681 a 698, a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, manteniendo en lo sustancial el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta, por entender, según se recoge en la Exposición de Motivos, que “[E]l Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable”.

El legislador se limitó así a reforzar el carácter propiamente jurisdiccional de los procedimientos de ejecución hipotecaria, a unificar las ejecuciones de créditos con garantía real y a concretar las causas de suspensión de la ejecución, con la idea siempre de que estamos ante un proceso sumario y expeditivo, cuya razón de ser consiste en proporcionar al acreedor una satisfacción rápida y segura de su crédito.

Al paulatino desarrollo de la legislación de protección de consumidores se ha unido, de un lado, el papel más activo de los jueces en la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a los abusos cometidos en la época de las burbujas financiera e inmobiliaria, en lo que supone un cambio en la concepción tradicional del juez como mero espectador, y, de otro lado, las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de nuestro Tribunal Supremo, todo lo cual ha provocado una oleada de demandas y, consiguientemente, de pronunciamientos judiciales, sobre todo referidos a cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, inédita en la historia procesal española.

Ahora bien, el origen esencialmente judicial de este fenómeno (“activismo judicial”, según algunos), que el legislador no ha sabido o podido encauzar, alumbrando normas ya superadas en el momento de su promulgación, está originando como efectos colaterales la paralización generalizada de las ejecuciones hipotecarias y, sobre todo, la quiebra de la seguridad jurídica, puesto que, al perder el punto de referencia que es la ley, la protección tanto del derecho del acreedor a cobrar la deuda garantizada a través de un expediente acelerado, como del deudor a invocar los derechos que el ordenamiento material le reconoce, quedan al albur de la interpretación del juez, cuyo margen de discrecionalidad se incrementa

desproporcionadamente, vaciando de alguna manera el sentido que pudiera tener el procedimiento de ejecución hipotecaria.

A su vez, si la confianza del acreedor padece, el valor de los títulos emitidos con base en las hipotecas constituidas por la banca se resiente igualmente, incidiendo de forma negativa en los balances del sector y, en última instancia, en la solidez del sistema financiero.

La jurisprudencia del TJUE nos ha venido de alguna manera a liberar del corsé procedimental, esto es, de la superposición del derecho procesal al derecho sustantivo; nos recuerda cuál es el papel del Juez a la hora de interpretar y aplicar las normas.

Las normas procesales son imprescindibles como vehículo para plantear y resolver los conflictos intersubjetivos, pero no son un fin en sí mismo, sino un medio para aplicar la norma de fondo. El TJUE proclama reiteradamente que incumbe al tribunal nacional determinar cuáles son las normas procesales internas aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho propio y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la norma sustantiva que aplica y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C 282/10, apartado 27 y jurisprudencia citada, o la sentencia de 3 de octubre de 2013, Duarte, C-32/12, apartado 42, entre otras muchas).

El marco normativo diseñado por las normas del Derecho de la Unión y la jurisprudencia del TJUE, en lo que atañe al procedimiento de ejecución hipotecaria, se puede resumir así:

**a.** Los procedimientos de ejecución nacionales, tales como los procedimientos de ejecución hipotecaria, están sujetos a las exigencias relativas a la protección efectiva de los consumidores que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

**b.** Con independencia de la naturaleza del procedimiento, la existencia de cláusulas abusivas debe apreciarse de oficio tan pronto como el juez nacional disponga de los elementos de hecho y derecho necesarios para ello.

**c.** La Directiva 93/13 se opone a una normativa nacional que no permite al juez que sustancia la ejecución, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, examinar, tanto de oficio como a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, ni adoptar medidas cautelares, en particular, la suspensión de la ejecución, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del correspondiente proceso declarativo, quien es competente para apreciar el carácter abusivo de dicha

cláusula y tampoco puede acordar medidas cautelares que afecten al procedimiento de ejecución<sup>14</sup>.

d. El principio de igualdad de armas o igualdad procesal, lo mismo que, en particular, el de contradicción, forma parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables (art. 47 de la Carta) y es el corolario del concepto mismo de proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria<sup>15</sup>.

e. Se opone a la Directiva 93/13 una regulación procesal que introduzca o incremente la desigualdad entre partes a la hora de interponer recursos contra la resolución judicial en función del sentido de la decisión, n perjuicio del consumidor.

A partir de estos postulados, vemos cómo desde el año 2013, se vienen produciendo cambios importantes en la normativa hipotecaria de nuestro país y en su aplicación judicial, cambios que responden al designio de otorgar una mayor protección a los consumidores frente a la posición de superioridad que tenían las entidades otorgantes de los préstamos hipotecarios, y a intentar paliar y encontrar soluciones alternativas al abundante número de ejecuciones hipotecarias y posterior lanzamiento de los propietarios de sus viviendas. Así, los **hitos fundamentales** que marcan esos cambios son:

**1 º. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013**, por la que se declaraba la vulneración por el sistema español de ejecución hipotecaria de la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que ha tenido como consecuencia la **aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección de los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social**. Ha supuesto una profunda modificación del procedimiento de ejecución hipotecaria con el fin de garantizar que se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución.

Igualmente, ha supuesto, aunque en menor medida, la **modificación de la Ley Hipotecaria**, así como de la **Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario** y del **Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos**.

**2 º. La ya famosa Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013**, donde se declara la **nulidad de las cláusulas suelo y techo establecidas en un préstamo hipotecario** en aquellos supuestos en los que haya existido una falta de transparencia al consumidor y que ha tenido como resultado que las entidades demandadas hayan retirado de sus contratos dichas cláusulas a todos sus clientes y que aquellos consumidores

que firmaron su hipoteca con este tipo de cláusulas con otras entidades tengan una base sólida y puedan hacer fuerza frente a las mismas para instar su nulidad o retirada de los contratos.

**3 º.** La aprobación de la **Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial** y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n o 1093/2010, cuyo ámbito de aplicación es el de:

a) Los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable, comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de usos residenciales o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial.

b) Los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.

**4 º-** La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014**, que establece como criterio interpretativo el de que el **artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993**, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el **artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a un sistema de procedimientos de ejecución**, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el **consumidor**, en la medida en que éste, **en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.** La misma dio lugar a la modificación del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, para permitir la formulación por parte del ejecutado del recurso de apelación.

**5 º.** La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015**, que, en relación con la **Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo**, sienta el criterio de que

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

—no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y

—no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

### **6.º. Medidas urgentes en materia concursal. Ley 9/2015, de 25 de mayo. Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1 / 2000 , de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**

El apartado 4 del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, queda redactado en los siguientes términos :

4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1 . 4.º anterior , podrá interponerse recurso de apelación .

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.

### **Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio en los procedimientos de ejecución**

1. Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la disposición final tercera de la presente Ley serán de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. En los procedimientos de ejecución en curso antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, en los que se hubiere dictado el auto desestimatorio a que se refiere el párrafo primero del apartado 4 del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por el citado Real Decreto-ley, que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble, las partes ejecutadas dispondrán de un nuevo plazo preclusivo de dos meses para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y en el apartado 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley.

**La Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social**, es el resultado de

**(1) la Proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social, presentada por la vía de la iniciativa legislativa popular**

**(2) Proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto y el Grupo Parlamentario Socialista**

**(3) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013,** dictada en el asunto por el que se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores, al amparo de lo dispuesto en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En dicha Sentencia se declaró que *«la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final».*

La Ley trata muchas cuestiones. Esta intervención se centrará especialmente en la reforma de la ejecución judicial, ordinaria e hipotecaria.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo no se ha fundamentado en las propuestas contenidas en la Proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social, y, en consecuencia, no ha previsto que, si el bien ejecutado es la vivienda habitual, el deudor pueda comparecer con anterioridad a la celebración de la subasta solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada, esto es, no ha regulado la pretendida dación en pago en la ejecución hipotecaria a instancia del deudor. No obstante, se debe destacar que, recogiendo gran parte de los postulados recogidos en la Proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha reformado diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria, para una mejor protección de los derechos e intereses del deudor hipotecario, y para agilizar y flexibilizar los procedimientos de ejecución, con el doble propósito de permitir la obtención de un mayor precio en la venta forzosa del bien hipotecado y la mayor liberación del deudor con cargo al mismo.

## **II. LOS EFECTOS DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO SOBRE LA EJECUCIÓN DINERARIA ORDINARIA**

La Ley 1/2013 no solo ha reformado el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, sino también el procedimiento ordinario de ejecución dineraria, cuya normativa reguladora es de aplicación supletoria al primero, en virtud de lo dispuesto por el art. 681.1 LEC.

De la **reforma de la ejecución dineraria ordinaria** podemos destacar los siguientes aspectos – 8 -:

- a) El control judicial de oficio de la existencia de cláusulas abusivas para decidir sobre el despacho de la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales.
- b) El carácter abusivo de una cláusula como nueva causa de oposición, por motivos de fondo, a la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales.
- c) La limitación del importe de las costas exigibles al deudor ejecutado en el supuesto de ejecución de vivienda habitual.
- d) La condonación parcial del pago de la deuda remanente y la participación del deudor en la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada, cuando tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se inicia la ejecución dineraria ordinaria.
- e) La facilitación del acceso de los postores a las subastas y la rebaja de los requisitos que se imponen a los licitadores.
- f) La imputación de pagos y la certificación de deuda pendiente en caso de insuficiencia de la ejecución.
- g) La duplicación del plazo de tiempo para que el rematante de una subasta de bienes inmuebles consigne el precio de la adjudicación.
- h) La modificación de los porcentajes de adjudicación del bien inmueble si la subasta del mismo concluye sin ningún postor.

## **1. El control judicial de oficio de la existencia de cláusulas abusivas para decidir sobre el despacho de la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales**

Tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, se podían plantear alguna de las siguientes situaciones (4), en función de que el control sobre la existencia de cláusulas abusivas se atribuyera al juez de la ejecución o al juez que conociera del proceso declarativo:

1. a) Que el juez de la ejecución denegara de oficio el despacho de la ejecución por considerar abusiva alguna cláusula que figurara en el título ejecutivo —por ejemplo, la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo, sin necesidad de previo requerimiento, y de exigencia de la inmediata devolución total del capital, más los intereses, demoras y gastos, por incumplimiento del prestatario del plan de

amortización del capital, del pago de intereses o del pago de cualesquiera otras obligaciones contraídas con el banco, o la cláusula de intereses moratorios por excesivos.

2. <sup>a</sup>) Que el juez de la ejecución permitiera al ejecutado oponerse, con efectos suspensivos, a la ejecución despachada, fundamentando su oposición en el carácter abusivo de dicha cláusula.

3. <sup>a</sup>) Que el juez de la ejecución suspendiera la ejecución por considerar abusiva dicha cláusula, con remisión al deudor al proceso declarativo correspondiente.

4. <sup>a</sup>) Que el juez que conozca del procedimiento declarativo de oposición a la ejecución (art. 564 LEC) por el carácter abusivo de la cláusula pudiera acordar, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución.

La Ley 1/2013 ha optado por la primera y segunda de las soluciones propuestas. Para ello, en primer lugar, ha modificado el procedimiento ejecutivo a los efectos de que el órgano jurisdiccional competente para decidir sobre el despacho de la ejecución pueda apreciar, de oficio, la existencia de cláusulas abusivas en los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales —entre los que se encuentra la escritura pública de constitución de la hipoteca (art. 517.2.4 <sup>o</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil) -.

A diferencia de lo que sucede cuando la denegación del despacho de ejecución se deba a la apreciación judicial oficio de la carencia de un presupuesto o requisito general, cuando lo que advierta de oficio sea el carácter abusivo de alguna cláusula del título de ejecución, entonces el tribunal no podrá dictar directamente el auto denegatorio del despacho de ejecución. Así, se dice que si el Tribunal de la ejecución considera que una de las cláusulas puede resultar abusiva dará audiencia a las partes y, una vez oídas estas por plazo de quince días, en cinco días deberá decidir entre decretar la improcedencia de la ejecución o despacharla, y, en último este caso, determinar si la ejecución continúa con o sin la aplicación de la cláusula en cuestión (art. 552.1, II Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 561.1.3 <sup>a</sup> de la misma norma). Debe reiterarse que la cuestión se regula en sede de disposiciones generales aplicables a cualquier proceso de ejecución, por lo que también lo es a la ejecución hipotecaria.

Aun cuando el precepto no especifica con claridad si esa audiencia in limine litis se ha de articular por escrito o a través de la celebración de una vista ad hoc, se viene haciendo por escrito, sin que quepa acudir aún al trámite de una vista que el artículo 560 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo contempla para la sustanciación de la oposición a la ejecución por motivos de fondo, y únicamente cuando alguna de las partes la solicite y el Tribunal entienda que la decisión sobre el carácter abusivo de la cláusula no puede adoptarse sólo con los documentos aportados por aquéllas. En todo caso, para formular sus alegaciones los ejecutados deberán cumplir los requisitos generales de postulación del artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con posibilidad de instar en su caso el nombramiento de procurador y abogado de oficio en los términos de la LAJG, artículos 16 y 20 – **cuestión que algunos discuten en la medida de que consideran que no afecta al derecho de defensa ni comporta preclusión para los derechos del consumidor, pues el artículo 552.2 LEC prevé que el “auto que deniegue el despacho de la ejecución será directamente apelable,**

**sustanciándose la apelación únicamente con el acreedor”, sin contemplar en ningún momento la presencia del deudor.**

Para resolver este incidente en el artículo 552.1. II se remite a lo establecido en el también reformado artículo 561.1. 3ª, a cuyo tenor *Cuando se aprecie el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Por tanto, son tres las decisiones que caben:*

**1ª.** Que el tribunal estime que la cláusula sometida a la consideración de las partes no es abusiva ni, por ende, nula; en este caso habrá de dictar el correspondiente auto conteniendo la orden general de ejecución y el despacho de ésta – artículo 551 -.

**2ª.** Que el tribunal considere que la cláusula es abusiva y determine la improcedencia del despacho de la ejecución. Ello dependerá de si dicha cláusula constituye o no el fundamento de la ejecución.

**3ª.** Que el tribunal considere que la cláusula abusiva ha de determinar el despacho de la ejecución pero sin aplicación de ésta, por ejemplo cuando la cláusula considerada abusiva sea la que determina el porcentaje de los *intereses moratorios* derivados del incumplimiento de la obligación principal.

**La inaplicación de las cláusulas abusivas tendrá lugar cuando se trate de cláusulas relativas a la determinación de la cantidad exigible (intereses remuneratorios, intereses de demora, reclamación de gastos o comisiones, conversión de divisas...). Sin embargo, en este último caso la solución no es tan sencilla ya que pueden darse dos situaciones en función de la cláusula de que se trate:**

**1.1.** Si la abusividad se predica de una cláusula que impone al consumidor determinados pagos, gastos o intereses perfectamente cuantificados (v.gr. comisiones por devolución de cuotas, inclusión de tributos indebidos...), de forma que su exclusión se pueda efectuar mediante una operación aritmética sencilla, el juez podrá despachar ejecución previo descarte de la cláusula y de sus consecuencias económicas o jurídicas.

**1.2** El obstáculo aparece si la exclusión de la cláusula obliga a recalcular la cantidad exigible mediante operaciones complejas o que requieran la aportación de elementos ajenos al título (v.gr. cotización de divisas, índices bancarios atípicos, intereses compuestos...), lo que aboca a una disyuntiva: o bien considerar que no procede despachar ejecución, o bien entender que se trata de un defecto subsanable y que procede requerir al ejecutante para que, con carácter previo al despacho de ejecución, formule un nuevo cálculo con arreglo a los parámetros que se fijen, posición esta última que parece más respetuosa tanto con la naturaleza del título privilegiado que se pretende ejecutar, como con el tenor del art. 575.2 LEC (según el cual, el tribunal “no podrá denegar el despacho de la ejecución porque entienda que la cantidad debida es distinta de la fijada por el ejecutante en la demanda ejecutiva”) y del art. 6 de la Directiva, cuyo objetivo es reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio

real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas.

En relación con el control de oficio en trámite de admisión se plantean varias **cuestiones:**

### **1 º Si esa actuación de oficio constituye un deber o una facultad del órgano jurisdiccional**

El **Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló en la sentencia de 17 de julio de 2014:** “En lo que atañe al control que a este respecto ejerce el juez que sustancia la ejecución, cabe observar, por una parte, que, según confirmó el Gobierno español en la vista, **a pesar de las modificaciones que la Ley 1/2013 introdujo en la LEC como consecuencia del pronunciamiento de la sentencia Aziz (EU:C:2013:164), el artículo 552, apartado 1, de la LEC no impone a dicho juez la obligación de examinar de oficio** el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales que constituyan el fundamento de la demanda, sino que le **atribuye meramente la facultad de efectuar tal examen**” (STJUE de 17 de julio de 2014, BBVA, C-169-14, apartado 39).

De lo expuesto se deduce que el TJUE interpreta que el **art. 552.1 LEC** incorpora **una simple facultad del Juez**, lo que vulnera la doctrina del propio Tribunal, que ha recordado reiteradamente que “el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello” (véase la sentencia Pannon GSM, apartado 32).

### **2 º. Naturaleza de la actuación judicial. Limitaciones temporales.**

La citada **sentencia de 17 de julio de 2014** introduce **dudas** sobre el alcance de la **intervención del juez** al indicar que está sometida “a **condicionantes temporales**, tales como la obligación de dar audiencia por quince días a las partes y la de acordar lo procedente en el plazo de cinco días” (apartado 41) y que “el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un **examen somero** de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda” (apartado 43), lo que abre dos interrogantes: ¿el juez queda limitado por el plazo legal o puede apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula en cualquier momento? ¿Cómo debe ser el examen, superficial, al modo de indicios “prima facie”, o de fondo, con posibilidad de practicar de oficio las diligencias de prueba a que haya lugar?

La **jurisprudencia del TJUE** obliga a interpretar las dos cuestiones en el sentido más favorable para garantizar la efectividad de los derechos que la **Directiva 93/13** confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas, lo que supone, por una parte, que **no estamos ante un trámite sujeto a preclusión**, sino una indicación

al juez para que actúe desde el primer instante, sin que ello condicione o impida una intervención posterior, con los límites que puedan derivarse del principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento; y, por otra parte, el examen será tan profundo como lo exija la protección del consumidor

La norma tampoco deja claro **si en este trámite es posible acordar, de oficio o a iniciativa de las partes, la práctica de prueba**. En principio, el TJUE no deja margen a la duda sobre la facultad (deber) del juez de acordar las diligencias necesarias para averiguar si una cláusula se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, si bien habrá de cuidar que la actuación no altere el curso del procedimiento ni origine o anticipe incidentes contradictorios cuya ubicación es más propia de la fase de alegación y prueba en el marco del procedimiento.

### **3 º. Posibilidad de presentar nueva demanda ejecutiva tras la inadmisión a limine.**

En el supuesto de que se inadmita la ejecución por hallarnos ante una cláusula abusiva vinculada al fundamento de la ejecución, ¿puede el ejecutante interesar nuevamente la ejecución, previo descarte de la cláusula abusiva?

El ejemplo lo tenemos en la cláusula de vencimiento anticipado. Si el ejecutante ha declarado vencido anticipadamente el contrato por alguno de los diferentes motivos consignados en la póliza (v.gr. impago de la prima del seguro de daños del inmueble, muerte del fiador...) que el órgano judicial ha calificado como abusivo, denegando el despacho de ejecución, puede ocurrir que, simultánea o posteriormente, concorra otra causa prevista como determinante del vencimiento anticipado (v.gr. el impago de varias cuotas), no necesariamente abusiva y al amparo de la cual se reitere la demanda ejecutiva.

A priori no parece que debieran plantearse obstáculos a tal posibilidad, pero el art. 552.3 es tajante al establecer que “[U]na vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor solo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a éste la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución”.

En consecuencia, parece que, denegado el despacho de ejecución, el acreedor queda privado definitivamente del cauce privilegiado que supone el procedimiento de ejecución hipotecaria. Probablemente, ello obedezca a la idea de que si se permitiera al acreedor presentar nuevas demandas ejecutivas quizá se estaría contribuyendo a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales la pérdida del derecho al procedimiento especial, en la medida en que podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas y la consiguiente denegación del despacho de ejecución, siempre podrían reiterar su pretensión, lo que pondría en peligro la consecución a largo plazo del objetivo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 y que no es otro que el de que no se utilicen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

#### 4 º Cosa juzgada

El auto que resuelve sobre la denegación o admisión del despacho de ejecución por apreciar o rechazar, respectivamente, el carácter abusivo de una o varias cláusulas contenidas en el título ejecutivo, ¿tiene efectos de cosa juzgada, positivos o negativos, respecto de las resoluciones que puedan dictarse en el mismo procedimiento de ejecución o sobre un declarativo ulterior?

En principio, ni el hecho de que el juez haya apreciado el carácter abusivo de una cláusula debería condicionar la actuación posterior del acreedor, que podrá cuestionar la decisión al apelar el auto que resuelva la oposición, ni la circunstancia de que el juez haya afirmado la validez de la cláusula debería impedir al deudor plantear nuevamente la cuestión al oponerse a la ejecución (es más, deberá reiterarla para poder, en su caso, hacerla valer de cara a un hipotético recurso de apelación). Y lo mismo puede decirse en relación con el proceso declarativo que pudiere sustanciarse entre las partes

En los casos en los que el despacho de la ejecución se deniega, en todo o en parte, el ejecutante puede interponer recurso de reposición, facultativo, y en su caso de apelación, conforme al artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En intervenciones anteriores hemos sostenido que en esa eventual apelación sí podrá intervenir el ejecutado, quien se ha podido personar en el trámite de audiencia para formular alegaciones, en los términos previstos en el artículo 461, y ello aun cuando pueda ser dudoso que pueda a su vez impugnar la resolución apelada, dados los términos del artículo 551.4, que sólo le permite formular oposición a la ejecución. Ello no obstante, en aras del principio pro actione y de la naturaleza devolutiva del recurso de apelación, entiendo que nada debe impedir al tribunal ad quem la revisión general de la cuestión, en posición idéntica a la del órgano a quo. Esta interpretación se ve reforzada con el criterio que ha establecido la STJUE de 17 julio 2014 - TJCE\2014\106 – en relación con la improcedencia de las limitaciones a la apelación que la Ley de Enjuiciamiento Civil impone a los ejecutados en el ámbito de la ejecución hipotecaria.

#### **2. El carácter abusivo de una cláusula como nueva causa de oposición, por motivos de fondo, a la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales**

La Ley 1/2013 ha reformado también el procedimiento de ejecución forzosa a los efectos de que el Tribunal de la ejecución pueda apreciar, esta vez a instancia de parte, la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo. Para ello, se ha previsto que el ejecutado puede fundamentar la oposición a la ejecución en que el título ejecutivo contenga cláusulas abusivas (art. 557.1.7 º LEC). Hay que destacar que, por la aplicación del art. 557.2 LEC, esta oposición a la ejecución producirá la suspensión de la misma hasta que dicha oposición sea resuelta. En el ámbito de la ejecución hipotecaria, que es el tema que hoy nos ocupa, haremos una breve referencia pormenorizada a algunas de las que más frecuentemente se invocan.

El art. 561.1, 3ª LEC dispone que «cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter decretando, bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.

En sede de ejecución ordinaria la oposición no conlleva necesariamente la celebración de vista – artículo 560 -, mas en el caso de celebrarse no rigen las limitaciones probatorias que el artículo 695 impone en la oposición a la ejecución hipotecaria, pues sólo contempla prueba documental. Asimismo, en la ejecución ordinaria la resolución que decida sobre la oposición es recurrible en apelación por cualquiera de las partes – artículo 561.3 -, vía de recurso que en la ejecución hipotecaria hasta la reforma de 2014 sólo ha tenido abierta el ejecutante – artículo 695 -.

**En cuanto al Derecho transitorio**, se contiene en los apartados 2, 3 y 4 de la Disposición Transitoria 4ª, en los siguientes términos:

- Procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de la Ley en los que haya transcurrido el período de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las partes ejecutadas disponían de un plazo preclusivo de un mes para formular incidente extraordinario de oposición basado en las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7ª del artículo 557.1 y 4ª del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se computa el plazo desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley y su formulación produce la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente.
- Procedimientos ejecutivos en curso en los que, a la entrada en vigor de la Ley se hubiera iniciado el período de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las partes ejecutadas disponían del mismo plazo preclusivo de un mes.
- La publicidad de la Disposición tiene carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos referidos anteriormente, sin que sea necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto.

Por tanto, para los procesos en curso en los que no se haya iniciado el plazo de diez días para formular oposición, no existe ampliación y la parte deberá formular en su caso la misma con invocación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, conforme a la Disposición Transitoria 4ª.1

De otro lado, si precluyen esos plazos la única posibilidad procesal que le queda a la parte ejecutada es la de acudir al proceso declarativo correspondiente previsto en el artículo 564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se viene intentando asimismo la formulación de un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, cuya admisibilidad es dudosa vistos los términos del artículo 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien puede ser vía adecuada para que el Tribunal pueda plantearse una revisión “de oficio” de cláusulas claramente abusivas – por ejemplo, interés de demora superiores al límite del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, resolución por impago de

menos de tres cuotas a que se refiere el artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc. -.

Finalmente, decir que el hecho de que el Tribunal haya tramitado el incidente previo al despacho de la ejecución previsto la Ley para el control de oficio, no impide al ejecutado formular los motivos de oposición que estime procedentes en este momento procesal, pues la Ley no establece limitaciones de ningún tipo.

### **3. La limitación del importe de las costas exigibles al deudor ejecutado en el supuesto de ejecución de su vivienda habitual**

El art. 575.1 bis LEC establece una limitación del importe de las costas exigibles al deudor ejecutado en el supuesto de ejecución de su vivienda habitual, disponiendo que aquellas no podrán superar el 5% de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva. Es decir, si en el procedimiento de apremio se produce el embargo y la subasta de la vivienda habitual del deudor, no de otros bienes, automáticamente se produce la limitación de las costas procesales, limitación que es subjetiva y que entiendo que no beneficia a otros ejecutados respecto de los que su vivienda habitual no se haya visto afectada. Esta limitación es aplicable con independencia del origen de la deuda que se reclama, es decir, **que la vivienda habitual afecta a la ejecución haya sido adquirida mediante el préstamo, hipotecario o no, cuyo incumplimiento sea el que origine la interposición de la demanda ejecutiva**.

### **4. La condonación parcial del pago de la deuda remanente y la participación del deudor en la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada, cuando tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se inicia la ejecución dineraria ordinaria**

El art. 579.2.a) LEC ha previsto la posibilidad de que, si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual, todavía quedara una parte de la deuda por pagar, durante el procedimiento de ejecución dineraria posterior se podrá condonar parte del pago de la deuda remanente, siempre que se cumpla con ciertas obligaciones de pago.

En concreto, adjudicada la vivienda habitual hipotecada en el proceso especial de ejecución hipotecaria, si el remate aprobado resulta insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, en el supuesto de que se despache la ejecución dineraria ordinaria por la cantidad que falte, dicha ejecución, que no se suspenderá, se ajustará a las siguientes previsiones:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o de la adjudicación, por el 65% de la cantidad total que entonces quede pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago.

b) El ejecutado quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65% dentro del plazo de cinco años, satisface el 80% dentro de los diez años.

De no darse las circunstancias expuestas, el acreedor podrá reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y las normas que resulten de aplicación.

No aclara la Ley 1/2013 si la cantidad pendiente incluye los intereses de demora devengados hasta el decreto de aprobación del remate o de adjudicación y las costas de la ejecución hipotecaria y si el remanente se debe entregar al ejecutado cuando existen acreedores posteriores.

Por otra parte, cuando tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se inicie la ejecución dineraria ordinaria, el art. 579.2.b) LEC permite que el deudor participe de la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada.

De esta forma, si se ha aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le haya cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, proceden a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50% de la plusvalía obtenida en dicha venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Cuando en los plazos expuestos se produzca una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente.

El secretario judicial encargado de la ejecución hipotecaria hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en el art. 579.2.b) LEC. **Ello plantea si, en tal caso, deberá previamente realizarse una liquidación de intereses de demora devengados hasta ese momento y una tasación de costas de la ejecución hipotecaria, aun cuando no se cubran las responsabilidades reclamadas.**

Finalmente, la Disposición Transitoria 4ª dispone en su apartado 5 que

Lo dispuesto en el artículo 579.2 a) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil será de aplicación a las adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y que no hayan transcurrido los plazos del apartado 2 a) del citado artículo. En estos casos, los plazos anteriores que vencieran a lo largo de 2013 se prolongarán hasta el 1 de enero de 2014.

La aplicación de lo previsto en este apartado no supondrá en ningún caso la obligación del ejecutante de devolver las cuantías ya percibidas del ejecutado.

No se contienen previsiones procesales específicas sobre la tramitación de las controversias que puedan suscitarse entre las partes en orden a determinar la concurrencia de los presupuestos de esta condonación parcial. La norma general del artículo 545.6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **5. La facilitación del acceso de los postores a las subastas y la rebaja de los requisitos que se imponen a los licitadores**

Con el objeto de facilitar el acceso de los postores a las subastas —y, por lo tanto, de mejorar los resultados de las mismas—, se ha ampliado el contenido del anuncio y la publicidad de la subasta de bienes inmuebles.

En los edictos que den publicidad a la subasta de bienes inmuebles se deberán expresar los datos registrales y la referencia catastral de la finca si la tuviera (art. 668.I LEC).

Sin perjuicio de la publicidad que se realice por otros medios, la subasta de bienes inmuebles se anunciará en el portal de subastas judiciales y electrónicas existentes y dependiente del Ministerio de Justicia. Para ello, en la publicación del anuncio se hará expresa mención al portal y a la posibilidad de consulta más detallada de los datos (art. 668.II LEC).

Por otro lado, para rebajar los requisitos que se imponen a los licitadores, el art. 647.1 LEC disminuye el depósito o el aval bancario necesario para pujar del 20% al 5% del valor de tasación de los bienes.

#### **6. La imputación de pagos y la certificación de deuda pendiente en caso de insuficiencia de la ejecución**

El art. 654.3 LEC prevé que, en el supuesto de que el precio del remate resulte insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se haya despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la misma, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas.

La finalidad es impedir que los intereses remuneratorios primero, y el principal después, puedan seguir devengando intereses de demora en perjuicio del ejecutado.

Asimismo, el Tribunal de la ejecución expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas. Se trata de facilitar al deudor un conocimiento exacto de lo que debe.

## **7. La duplicación del plazo de tiempo para que el rematante de una subasta de bienes inmuebles consigne el precio de la adjudicación**

Cuando en la subasta de bienes inmuebles la mejor postura sea igual o superior al 70% del valor por el que el bien haya salido a subasta, el secretario judicial responsable de la ejecución, mediante decreto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate en favor del mejor postor. En este caso, para favorecer el éxito de las subastas, se amplía de veinte a cuarenta días el plazo en que el rematante habrá de consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate (art. 670.1 LEC).

## **8. La modificación de los porcentajes de adjudicación del bien inmueble si la subasta del mismo concluye sin ningún postor**

La medida más próxima a la dación en pago reclamada ha sido la modificación de los porcentajes de adjudicación del bien inmueble si la subasta del mismo concluye sin ningún postor.

En el supuesto de que la subasta del bien inmueble concluya sin postor alguno, el art. 671.I LEC incrementa o reduce, en función de si dicho bien es la vivienda habitual del deudor o no, los porcentajes de adjudicación del mismo.

Antes de la reforma el porcentaje de adjudicación de los bienes inmuebles debía ser igual o superior al 60% de su valor de tasación. Tras la reforma, cuando no se trate de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50% del valor por el que el bien haya salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. De tratarse de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien haya salido a subasta o, si la cantidad que se le debe por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

En cualquier caso será de aplicación la regla de imputación de pagos contenida en el art. 654.3 LEC.

### **III. LOS EFECTOS DE LA LEY 1/2013 SOBRE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

La Ley 1/2013 ha modificado la Ley Hipotecaria, introduciendo una serie de medidas favorables a los derechos del deudor hipotecario. Cabe resaltar – **6** -:

**a)** El establecimiento de un tipo mínimo para la subasta de los bienes en el proceso especial de ejecución hipotecaria.

- b) La inspección del bien hipotecado con anterioridad a la subasta por parte de los interesados y la reducción de la deuda hipotecaria en caso de colaboración en la inspección y en la subasta.
- c) La ampliación de las mensualidades impagadas para poder acceder a la ejecución hipotecaria y para reclamar la totalidad de lo adeudado.
- d) La reducción del requisito temporal mínimo entre las liberaciones del bien de la subasta por parte del deudor.
- e) La limitación del importe de las costas exigibles al ejecutado en caso de pago.
- f) El carácter abusivo de la cláusula como nueva causa de oposición, por motivos de fondo, a la ejecución hipotecaria.

### **\*1. El establecimiento de un tipo mínimo para la subasta de los bienes en el proceso especial de ejecución hipotecaria**

Para que se pueda seguir el proceso de ejecución hipotecaria, en la escritura de constitución de la hipoteca se deberá determinar el precio en que los interesados tasán la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún supuesto, al 75% del valor señalado en la tasación realizada de acuerdo con las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario – artículo 682.2.1.º Ley de Enjuiciamiento Civil -. Hay que decir que con anterioridad a la reforma, no existía ningún límite para el tipo de subasta.

La cuestión no es menor y afecta tanto al acceso al Registro de la Propiedad de la escritura de constitución de la hipoteca, con eficacia constitutiva, como posteriormente al proceso especial de ejecución hipotecaria. Sobre la trascendencia de este requisito y su consideración como norma de derecho imperativo, inderogable por voluntad de las partes, podemos traer a colación las consideraciones que se contienen en la Resolución num. 1547/2014 de 22 enero 2014, de la DGRN - JUR\2014\41329 –

#### SEGUNDO

La Resolución de este Centro Directivo de 29 de octubre de 2013 ya indicó que toda escritura de constitución de préstamo hipotecario o pacto posterior relativo a la ejecución directa de los bienes sobre los que recae la garantía, precisa, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de la incorporación del certificado de tasación de la finca a que se refiere el artículo 682.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como requisito de la escritura de constitución de hipoteca para la ejecución directa, en la nueva redacción de la norma. Dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca que supone que el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales, el tipo para subasta no sólo se hará constar en la escritura de constitución de hipoteca sino también en la propia inscripción causada por ésta (artículo 130 de la Ley Hipotecaria).

#### TERCERO

En efecto, la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, impone, para toda hipoteca ya se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación.

#### CUARTO

En el caso que motiva este recurso, el acreedor, persona física que mantiene relaciones comerciales y de servicios con la deudora, persona jurídica, acepta la tasación de los bienes presentados por ésta y la tasación realizada por técnico que no obstante carece del carácter oficial que prevé la Ley 2/1981. Se vulnera con ello el régimen diseñado por el legislador, de carácter imperativo, inderogable por la voluntad de las partes. Su infracción implicaría la nulidad de la estipulación que incurre en tal infracción, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales (cfr. artículo 130 de la Ley Hipotecaria).

Este criterio interpretativo – exigencia de certificado de tasación ajustado a las previsiones de la Ley 2/1981 y pacto de tasación a efectos de subasta no inferior al 75 % ha sido reiterado en diversas resoluciones posteriores, como la 1546/2014 y 1547/2014, de 22 de enero, 3338/2014, de 18 de febrero, 4713/2014, de 31 de marzo, etc.

La cuestión que se plantea es la de determinar las consecuencias que el incumplimiento de este nuevo requisito sustantivo y procesal tiene sobre la eficacia de las hipotecas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, su consideración como defecto procesal del título o como motivo de fondo como cláusula abusiva, ante la ausencia de normas transitorias específicas. En este sentido las normas de derecho transitorio de la citada Ley 1/2013 arrojan poca luz. La **Disposición Transitoria primera**, referida a los “**procedimientos en curso**”, dispone que esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento. La **Disposición Transitoria segunda**, relativa como veremos a los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual sólo confiere eficacia retroactiva a su nueva regulación de los mismos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. La **Disposición Transitoria cuarta** se refiere al régimen transitorio en los procesos de ejecución, en el sentido de que las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.

Finalmente, la **Disposición Transitoria 4ª del Código civil** establece que las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que los reconociera la legislación precedente; pero sujetándose en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en este Código. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fueren diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros.

A partir de estos presupuestos, podría ser razonable entender que para los **procesos de ejecución hipotecaria en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013**, al haberse despachado ya la ejecución, no debe regir el requisito de tasación que se introduce ex novo. Y ello sin perjuicio de que la cuestión de la tasación se plantee como motivo de oposición como cláusula abusiva, pues es claro el designio del Legislador de permitir al ejecutado una mayor liberación de la deuda con cargo a la

finca. Así, el **Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 5ª, 59/2014 de 21 marzo - AC\2014\618** – parte de la consideración de que la reforma es aplicable al no haberse señalado aún la subasta en el caso examinado, con cita de la disposición transitoria primera de la Ley 1/2.013 (“es aplicable a los procesos de ejecución hipotecaria que se hubiesen iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento”) y de la disposición transitoria cuarta (tales modificaciones “serán de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar”).

En segundo lugar, sostiene que **es admisible este concreto motivo de oposición** en un procedimiento de ejecución hipotecaria, al amparo del **artículo 695.4 de la LEC**, pues dicha norma alude al “carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”, y considera que

la fijación de un valor de tasación del inmueble en la escritura, de conformidad con los artículos 682 LEC y 129 LH es un requisito imprescindible para que el acreedor pueda optar para reclamar su deuda por el procedimiento de ejecución hipotecaria. Por este motivo considera que afecta “al fundamento de la oposición”, y más atendiendo la finalidad de dicha normativa de “garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada en su conjunto, y en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución”, tal como se expone en la declaración de motivos de dicha Ley, así como el ampliar los motivos de oposición, y no diferirlos a un procedimiento declarativo ulterior.

En cuanto a la **calificación de la cláusula como abusiva**, razona:

La valoración del inmueble es un aspecto relevante en la concesión de un préstamo, y por tal motivo el legislador regula el funcionamiento de dichas sociedades, y, si bien es cierto que el artículo 682 de la LEC en la normativa vigente en la fecha del otorgamiento de la escritura no exigía ninguna relación o porcentaje del valor de tasación en relación con el tipo de subasta fijado en la escritura, ello no es óbice para que pueda considerarse abusiva la cláusula, pues la fijación de un valor de tasación a efectos de subasta que equivale al 39,07% del valor real del inmueble conforme al informe de tasación, comporta un claro beneficio a favor del prestamista y correlativo perjuicio de los deudores, cual es que, en caso de impago, se subasten los bienes hipotecados por un precio muy inferior al real, en particular por adjudicación a la entidad bancaria, y si se adjudica a un 70% del valor de tasación, resultaría que tal precio supondría un 27,35% del valor de tasación, lo que supondría que demandados continúen siendo deudores de la misma por una cantidad relevante, tal como acaecería en el supuesto que nos ocupa. El desequilibrio a favor del banco y correlativo perjuicio de los deudores en relación con su vivienda habitual es muy relevante y de la suficiente entidad para considerar que la cláusula es abusiva. Apreciamos que esta cláusula es abusiva porque se trata de una estipulación no negociada individualmente, que en contra de las exigencias de la buena fe, causa en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, y determino lo falta de reciprocidad en el contrato (art. 82 LGDCU ). A tenor del artículo 83 la cláusula abusiva será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta.

Y por lo que hace a las **consecuencias de la declaración del carácter abusivo**, argumenta:

En cuanto a las consecuencias de la nulidad de la cláusula, consideramos que es la inadecuación del procedimiento. Podría suscitarse si se debería sustituir la tasación a efectos de subasta por la equivalente al 70% del valor de tasación, pero tal hipótesis la consideramos improcedente, pues la

consecuencia de la nulidad es que no obra en la escritura un valor de tasación a efectos de subasta, que constituye un requisito imprescindible para que la actora pueda acudir a este procedimiento, y en ausencia del mismo, procede dictar la inadecuación del procedimiento y el acreedor podrá acudir al procedimiento ordinario o al ejecutivo, pero sin que se tenga en cuenta el valor de tasación pactado.

**Ello no obstante, existen resoluciones de Audiencias Provinciales que discrepan de este criterio y sostienen que en los procesos hipotecarios iniciados con anterioridad, la fijación de un valor de salida de la subasta inferior al 75% del valor de tasación no impide su prosecución, pero, como mucho, antes de los anuncios de la subasta, se ha de fijar el nuevo precio de salida, resultante de aplicar, cuando menos, el 75% del valor de tasación. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (12ª) de 21 de mayo de 2015 (D. José María Torres Fernández de Sevilla). CUARTO.- La solución a ello viene dada por la regla "tempus regit actum" que concentra la doctrina sobre eficacia transitoria de las normas procesales.**

Tal principio es el que justifica las disposiciones transitorias más generales (artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Disposiciones Transitorias de la Ley 1/2000, e incluso la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil, tenida durante largo tiempo como la transitoriedad común en esta materia), y es el que también se percibe en las dos Disposiciones Transitorias de la Ley 1/2013 antes citadas.

Conforme a tal principio, los actos procesales realizados con anterioridad a la reforma, conservan plena validez; pero los posteriores se tienen que adaptar necesaria e ineludiblemente a la nueva normativa.

Por eso, la Disposición Transitoria Primera deja fuera ya del alcance de la reforma a los procesos ejecutivos que se hayan agotado mediante el lanzamiento, y la Disposición Transitoria Cuarta, teniendo en cuenta que el proceso es una serie o sucesión concatenada de actos procesales, limita su eficacia a "aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar".

Por tanto, habría que distinguir aquellos supuestos en que el proceso de ejecución, basado en una hipoteca constituida con anterioridad, se inicia tras la vigencia de la Ley 1/2013, en cuyo supuesto será exigible que en la propia demanda ejecutiva se acompañe la tasación realizada y se señale como valor a efectos de subasta al menos el 75% de ese valor, pues esa demanda es ya y de por sí la primera actuación ejecutiva a realizar, de aquellos otros que estuvieran en curso cuando se promulgó la Ley 1/2013.

En éstos, a los que pertenece el presente, la fijación de un valor de salida de la subasta inferior al 75% del valor de tasación no impide su prosecución, pero, como mucho, antes de los anuncios de la subasta, se ha de fijar el nuevo precio de salida, resultante de aplicar, cuando menos, el 75% del valor de tasación.

Para los **procesos de ejecución hipotecaria de hipotecas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y que se inicien tras ésta**, considero que deben **distinguirse los aspectos sustantivos de los estrictamente procesales** a la hora de abordar el fenómeno hipotecario. La **hipoteca** es un **derecho real de garantía** cuya única finalidad es la de sujetar los bienes sobre los que se impone al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye – artículos 1876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria – y su eficacia sustancial, auténtico **elemento esencial** definidor del derecho, es la de posibilitar el cumplimiento forzoso de la obligación a través de su **ejecución mediante la venta en subasta** del bien hipotecado – artículos 129 y 130 de la Ley Hipotecaria -. Por tanto, la exigencia para su

ejecución del nuevo requisito de tasación supone una **aplicación retroactiva** de la norma, **no prevista** en la misma en los términos del **artículo 2.3 del Código civil**, y la atribución de un **efecto expropiatorio de un derecho subjetivo**, al margen de las previsiones contenidas en el **artículo 33.3 de la CE 1978**. Sobre esta cuestión se ha pronunciado en estos términos el **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19ª, num. 193/2013 de 18 diciembre - JUR\2014\198774 -**.

La aplicación de las normas procesales a los procesos iniciados a la entrada en vigor de la Ley 1/2003 (DT Primera y Cuarta) no puede suponer una retroacción máxima incluso afectante a actos y situaciones producidas antes de la iniciación del proceso, de forma que tal aplicación retroactiva las deje sin efecto. Es lo que sucede con los títulos hipotecarios y la necesidad de que contenga la determinación del precio de tasación para que sirva de tipo en la subasta, según el art. 682 LEC en su modificación llevada a cabo por la mencionada Ley. El título tiene, obviamente, una proyección sobre el proceso pero no es acto del proceso, no es acto producido a raíz de él, al que pueda aplicarse una normativa procesal que contenga innovaciones.

Aplicar el criterio del juzgado supondría dejar sin efecto ejecutivo todas las escrituras de hipoteca otorgadas antes de la Ley 1/2003, y que están redactadas conforme a la normativa del momento de su otorgamiento, que desde luego no comprendía la previsión actual del tipo de subasta. Eso, o modificar la escritura, lo que supone la concurrencia del deudor, que, por razones obvias, no siempre estará dispuesto a colaborar, lo que deja a las entidades acreedoras en la indefensión.

La interpretación de la eficacia temporal de una ley no puede producir tales efectos pues atenta al principio constitucional de seguridad jurídica. Ver STS de 11/1/2013 (ponente Gimeno Bayón), que declara que "La seguridad jurídica, principio inspirador del ordenamiento y uno de los valores reconocidos por la Constitución Española (art. 9.3 ), exige el conocimiento previo de la norma que ha de aplicarse a las situaciones y relaciones jurídicas, de acuerdo con el viejo axioma "tempus regit actum". Del mismo ponente, la STS de 26/11/2011, que dice: "Certeza, predecibilidad y confianza en el ordenamiento vigente son exigencias por razón de la seguridad jurídica que, de acuerdo con el viejo axioma "tempus..." , conducen a establecer el principio general de que las normas son, por regla general, irretroactivas, salvo que excepcionalmente en ellas se diga lo contrario".

Por su parte, el **Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, de 30 de junio de 2014**, argumenta asimismo que se parte de un título ejecutivo válidamente constituido conforme a las normas aplicables en ese momento y se refiere asimismo a la **Disposición transitoria 5ª de la Ley 1/2013**, relativa a las ventas extrajudiciales, para las que se dice de forma expresa que los nuevos requisitos serán exigibles "cualquiera que sea la fecha en la que se hubiera otorgado la escritura de constitución de la hipoteca", previsión que **no se incorpora para las ventas judiciales**. En el mismo sentido, la **RDGRN 29/10/2013**.

**Como supuesto límite se puede plantear si dicho requisito es exigible a las novaciones hipotecarias posteriores al 14 de mayo de 2013.**

## **2. La inspección del bien hipotecado con anterioridad a la subasta por parte de los interesados y la reducción de la deuda hipotecaria en caso de colaboración en la inspección y en la subasta**

Otra mejora en el procedimiento de subasta, que también puede beneficiar al ejecutado, es la contemplada en el art. 691.2 LEC, que prevé la inspección del bien hipotecado con anterioridad a la subasta y una reducción de la deuda hipotecaria en caso de colaboración del deudor hipotecario en dicha inspección y en la posterior subasta.

Durante el plazo que medie entre el anuncio de la subasta del bien hipotecado y su celebración, cualquier persona interesada en la misma podrá solicitar del Tribunal inspeccionar el inmueble o inmuebles hipotecados, quien lo comunicará a quien esté en la posesión, solicitando su consentimiento.

En el supuesto de que el poseedor consienta la inspección del inmueble y colabore adecuadamente ante los requerimientos del Tribunal, para facilitar el mejor desarrollo de la subasta del bien hipotecado el primero podrá pedir al segundo una reducción de la deuda hipotecaria de hasta un 2 % del valor por el que el bien haya sido adjudicado. En este caso, el Tribunal, atendidas las circunstancias, y previa audiencia del ejecutante por un plazo no superior a cinco días, decidirá lo que proceda dentro del máximo deducible. **No se determina el tipo de resolución y recursos – parece que conforme al artículo 545.7 debería ser una Diligencia de ordenación, recurrible en reposición, por aplicación del artículo 451.**

### **3. La ampliación de las mensualidades impagadas para poder acceder a la ejecución hipotecaria y para reclamar la totalidad de lo adeudado**

Antes de la reforma, el vencimiento de un plazo mensual sin que el deudor cumpliera su obligación permitía la reclamación de la totalidad de lo adeudado. La legalidad de las cláusulas de vencimiento anticipado fue declarada expresamente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009

DECIMO.-...La parte recurrente entiende que la cláusula se subsume en las hipótesis de cláusula abusiva de los Apartados 2, inciso segundo, 3, inciso segundo, y 17 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, por falta de reciprocidad y desproporción en la sanción que se aplica (la resolución del contrato). El motivo se desestima porque, sin necesidad de tener que analizar las diversas eventualidades jurídicas a que se refiere el recurso, sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 Código civil la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa –verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008.

Tras la reforma se requiere, como mínimo, el vencimiento de tres plazos mensuales sin que el deudor cumpla. En concreto, el art. 693.2 LEC dispone que podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se ha convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin que el deudor cumpla su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, siempre que este convenio conste en la escritura de constitución de la hipoteca.

**La cuestión que se plantea es si, dados los términos del precepto y la prohibición de integración judicial del contrato conforme a la STJUE sobre la Directiva de protección de consumidores, puede acceder al proceso de ejecución**

hipotecaria una escritura pública en la que se pactó la resolución por impago de un solo plazo mensual – incluso cuando haya tres o más impagos -.

Algunas resoluciones se decantan sobre la imposibilidad absoluta de aplicar en tales casos el vencimiento anticipado. Así, el Auto de 14 Jul. 2014 del Juzgado de Primera Instancia N.º. 1 de Fuenlabrada - Rec. 254/2014 – declara la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota por limitación de los derechos básicos del prestatario reconocidos por normas imperativas, en este caso, el art. 693.2 LEC, que en la redacción del mismo introducida por la Ley 1/2013, condiciona el vencimiento total a la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales. Además, es necesaria la adaptación de la escritura de constitución de la hipoteca a la nueva norma, haciendo constar en la misma el convenio de vencimiento total por impago de tres cuotas, que también ha de inscribirse en el Registro. Aplicación retroactiva de la nueva Ley a las cláusulas de vencimiento pactadas con anterioridad ya que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado es posterior a su entrada en vigor. Imposibilidad de integración de la cláusula. No es posible acudir a la nueva norma infringida para recomponer la cláusula. Tampoco puede convalidarse mediante un comportamiento moderado y adaptativo del acreedor, que esperara varios vencimientos. Efectos de la nulidad. Procede continuar la ejecución exclusivamente por el principal e intereses de las cuotas vencidas y por las cuotas e intereses que vayan venciendo durante la ejecución.

#### **Argumenta:**

...no es posible aplicar la norma imperativa en modo sustitutivo si las partes no han convenido en la adaptación de la escritura porque se mantendría la ineficacia procesal explicada en el apartado anterior. Además, en las nulidades del Derecho del consumo opera la doctrina de la nulidad eliminadora que impide integrar las cláusulas abusivas cuando el préstamo puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado (art. 83 LCyU, redacc. L. 3/2014; STJUE 30.4.2014 , Kásler y Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt ).

A nuestro juicio, tampoco puede convalidarse la cláusula mediante un comportamiento moderado y adaptativo del acreedor, estratégico o no, que esperara, de hecho, varios vencimientos. La automoderación solo evita la nulidad del acto jurídico potestativo de hacer perder el beneficio del plazo al prestatario, pero ello no sana la ineficacia, sustantiva y procesal, de la cláusula.

La interpretación mayoritaria, por el contrario, es la de que si no se produce la aplicación concreta de la cláusula la misma deviene irrelevante y es factible la ejecución hipotecaria, criterio este avalado incluso por las Conclusiones del Encuentro de Magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de mayo de 2013.

Sobre esta cuestión considero interesantes los argumentos que se contienen en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (16ª) de 29 de enero de 2015., en el que se razona

Exigencias del ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado frente al consumidor de crédito.

Partiendo de la doctrina contenida en la antes mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (en particular, teniendo en cuenta que el pacto de vencimiento anticipado sitúa al consumidor en una posición peor que la resultaría de no existir el mismo, ya que el Código civil, concebido a modo de

derecho supletorio, no autoriza en su artículo 1129 la pérdida de plazo en las obligaciones periódicas por el mero incumplimiento del deudor de la obligación de pago, para cuya hipótesis rige la norma general del artículo 1124), y visto que la abusividad de una cláusula debe apreciarse por sí sola pero teniendo en cuenta además los restantes pactos contractuales (artículo 82.3 LGDCU), parece adecuado supeditar en esos casos la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado a la concurrencia de unas exigencias estrictas:

1ª/ una demora en el pago prolongada durante como mínimo tres plazos tratándose de un préstamo o crédito que cuente con garantía hipotecaria o prendaria, tal como prescribe el artículo 593.2 LEC;

2ª/ si la financiación carece de garantías se requiere que el volumen del impago alcance una proporción significativa respecto del importe de la operación, lo que, siguiendo un ejemplo de derecho comparado (Alemania), supondrá que el impago rebase el 10% de la deuda -calculada sobre la base únicamente del capital prestado- o el 5% si la operación tiene un plazo de duración superior a tres años;

3ª/ en todo caso, concesión por el acreedor de un plazo razonable al deudor para liquidar la deuda antes de reclamar por anticipado el cumplimiento íntegro (la notificación de la liquidación unilateral de la deuda exigida por el artículo 573.1, 3º LEC puede servir igualmente para esa finalidad), no en vano el propio TJUE juzga ineludible que el consumidor cuente con "medios adecuados y eficaces" que le permitan poner remedio a los económicamente gravosos efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

#### **4. La reducción del requisito temporal mínimo entre las liberaciones del bien de la subasta por parte del deudor**

En el supuesto de reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se ha convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de plazos diferentes, el deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses se encuentre 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.

Con la reforma del art. 693.3, III LEC, liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años —antes eran cinco— entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago, judicial o extrajudicial, efectuada por el acreedor

#### **5. La limitación del importe de las costas exigibles al ejecutado en caso de pago.**

Si el deudor paga en las condiciones descritas, el art. 693.3, IV LEC establece una limitación del importe de las costas exigibles, ya que, por la remisión al art. 575.1 bis LEC, aquellas no podrán superar el 5% de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva.

#### **\*6. El carácter abusivo de la cláusula como nueva causa de oposición, por motivos de fondo, a la ejecución hipotecaria**

Como hemos visto, el artículo 695.1.4<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil introduce el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que haya determinado la cantidad exigible, como nueva causa de oposición, por motivos de fondo, a la ejecución hipotecaria.

Aunque no está previsto expresamente para la ejecución hipotecaria, el control de oficio de las cláusulas abusivas a la hora de despachar la ejecución también podrá realizarse en dicha ejecución por lo dispuesto en el art. 681.1 LEC en relación con el art. 552.1, II de la misma norma.

Esta nueva causa de oposición es una consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona.

Hay que destacar que, por la aplicación del art. 695.2 LEC, esta oposición producirá la suspensión de la ejecución hasta que la misma sea resuelta. Se sustancia en una comparecencia en la que sólo es factible articular prueba documental, conforme al artículo 695.2.

En el auto que decida sobre la oposición a la ejecución por esta causa el Tribunal deberá decidir entre decretar el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la misma, o acordar la continuación de la ejecución, y, en último este supuesto, determinar si la ejecución continúa con o sin la aplicación de la cláusula en cuestión (art. 695.3, II Ley de Enjuiciamiento Civil).

Inicialmente, **sólo** contra el auto que ordene el **sobreseimiento** de la ejecución **o la inaplicación** de una cláusula abusiva podía interponerse **recurso de apelación** (art. 695.4, I LEC). Sin embargo la **Sentencia de 17 julio 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** - Caso Sánchez Morcillo y Abril García contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. - ha declarado que

49

En efecto, constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de igualdad de armas, lo mismo que, en particular, el de contradicción, no es sino el corolario del concepto mismo de proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria (sentencia Suède y otros/API y Comisión C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, EU:C:2010:541, apartado 88).

50

En tales circunstancias, es preciso declarar que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución

de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía.

El **artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE** del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, **en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a un sistema de procedimientos de ejecución**, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, **en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución**, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.

Es por ello que el **Real Decreto Ley 11/2.014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal** - BOE-A-2014-9133 -, ha modificado la **Ley de Enjuiciamiento Civil**

#### **Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.**

El apartado 4 del artículo 695 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda redactado en los siguientes términos:

«4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.»

#### **Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio en los procedimientos de ejecución.**

1. La modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la disposición final tercera del presente real decreto-ley serán de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. En todo caso, en los procedimientos de ejecución en curso a la entrada en vigor de este real decreto-ley en los que se hubiere dictado el auto desestimatorio a que se refiere el párrafo primero del apartado 4 del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por este real decreto-ley, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y en el apartado 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de este real decreto-ley.

3. La publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en el apartado 2 de

**En relación con el efecto suspensivo o no del recurso de apelación que pueda interponer el ejecutado, nada dice expresamente el artículo 695. Si se entiende que es de aplicación subsidiaria el art. 561.3 o, en su caso, del art. 567 (conforme al cual, la interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, el curso de las actuaciones ejecutivas, salvo que, pudiéndose producir daños de difícil reparación, el deudor preste caución suficiente), habría que entender que no hay efecto suspensivo, mas lo cierto es que, a falta de una disposición expresa que diga lo**

**contrario, cabe entender que la ejecución no se reanuda hasta la firmeza de la resolución que recaiga en segunda instancia.**

En este sentido, recordar que el artículo 698 dispone que «cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo».

#### **IV. SUPUESTOS CONCRETOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

Con carácter previo deben efectuarse varias precisiones. La primera, que **en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria no es factible realizar una revisión general del contrato y de cada una de sus cláusulas**, como frecuentemente se intenta. Su ámbito aparece claramente definido en el artículo 695.4<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere al carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Como hemos dicho, la prueba admisible en la comparecencia sólo es documental; la resolución que se dicte, auto, sólo es recurrible en apelación por el ejecutante; y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten. En este sentido, el (JPI n.º 20 de Barcelona, A 15 Ene. 2014), argumenta

que este incidente no se pueda entender como una puerta abierta para alegar la abusividad de cualquier cláusula pactada en la hipoteca. Lo contrario, además de desnaturalizar este procedimiento, atentaría contra el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva tanto de las partes como de los terceros afectados por la validez de las cláusulas en el supuesto, por ejemplo, de contratación de seguros en que hay partes interesadas que no están ni pueden estar en el procedimiento hipotecario. Si hubiese otra cláusula abusiva y se reclamase su cumplimiento, en el momento en que se aplicase, el tribunal correspondiente realizaría el control de oficio. Además, si el ejecutado considera que otra cláusula es abusiva puede acudir al procedimiento ordinario y para evitar el posible perjuicio derivado de la mayor tardanza de este procedimiento frente al hipotecario, puede pedir una medida cautelar para evitar los daños que se le causen en la aplicación de dicha cláusula.

En segundo lugar, que los destinatarios de la protección jurídica frente a las posibles cláusulas abusivas no son sólo los consumidores en sentido estricto sino que también lo pueden ser los profesionales. Así, respecto de éstos el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción vigente desde el 29/3/2014, dispone que

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, establece que

1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-.
2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.
3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

### **1. Intereses de demora desproporcionados**

Una de las cláusulas abusivas más habituales es la que impone unos intereses de demora desorbitados. El problema es que nuestros tribunales no secundan un criterio uniforme para determinar qué porcentaje de intereses resulta desproporcionado. En la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona celebrada en fecha 4 de abril de 2013 se acordó que en los préstamos y créditos hipotecarios se puede considerar abusivo el interés de demora cuando sea superior a 2,5 veces el interés legal del dinero vigente a la fecha de contratación, salvo si el interés remuneratorio es superior a dicho límite, en cuyo caso se estimará abusivo el interés de mora que supere en dos puntos el remuneratorio, sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de cada Juez para estimar otros límites.

Respecto de las hipotecas para la adquisición de vivienda habitual que recaigan sobre la misma vivienda, como hemos visto el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, reformado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, previene que los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y que sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago – se prohíbe el anatocismo -. Conforme a la Disp. Trans. 2.ª de la citada Ley, esta limitación también resulta aplicable cuando habiéndose constituido la garantía hipotecaria antes de su entrada en vigor, los intereses de demora se devenguen con posterioridad, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieren sido satisfechos.

El problema es que los intereses de demora no ostentan naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como sanción o pena cuya finalidad es indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que supone que no se pueda analizar si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos o usurarios, ni encuadrarlos en la Ley de la Usura de 23 de julio de 1908 [SSTS de 2 de octubre de 2001 y de 4 de junio de 2009. En todo caso, resultaría de aplicación el art. 85.6 RDLeg. 1/2007, texto refundido de la Ley de Consumidores y usuarios que califica como abusivas las cláusulas que imponen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumpla sus obligaciones.

Por su interés podemos traer a colación las consideraciones que se contienen en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 26 de julio de 2013 (ponente Sr. García García)

El TJUE señaló en sentencia de 14 de marzo de 2013 (C-415-11) que el tipo de interés de demora debería ser el adecuado para garantizar los objetivos perseguidos.

El interés de demora tiene un componente resarcitorio para el acreedor (en la medida en que el cumplimiento es tardío) pero también goza, como ha señalado la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS 2 de octubre de 2001 y de 4 de junio de 2009), de una importante función sancionatoria, que tiende a desincentivar el incumplimiento o el cumplimiento tardío. Como referencia podemos considerar que todo lo que supere el interés legal al que se refiere el artículo 1108 del C. Civil, participará precisamente de la condición de sanción.

La Directiva 93/13/CEE considera, en su anexo, que sería abusivo imponer al consumidor que no cumpla con sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. Éste es el principio que orienta la redacción del artículo 85.6 del RDL 1/2007 del TRLGDCU, conforme al cual debe ser considerada abusiva una cláusula que suponga la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no hubiera cumplido con sus obligaciones. A su vez, el artículo 87.6 del mismo cuerpo legal es contrario a la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Para comprender si existe desproporción podemos tomar en cuenta las referencias más significativas que nos proporciona el propio ordenamiento jurídico, tales como: 1º) el artículo 20.4 de la Ley 16/2011 de Crédito al consumo (que suplió a la Ley 7/1995 y ya contenía una regla similar en su art. 19.4), que se refiere a 2,5 veces del interés legal del dinero; 2º) el artículo 7 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, contempla el tipo de interés del BCE más 7 puntos; 3º) la Ley 50/1980 del contrato de seguro contempla un interés de demora que será el tipo legal incrementado en un 50 % (y sólo si la aseguradora dejase pasar dos años sin indemnizar al asegurado, se aplicaría al empresario asegurador la gravosísima y excepcional consecuencia de un interés muy similar al que aquí tratamos - 20 % vs. 19%); 4º) la regla dispositiva sobre los intereses moratorios que está señalada por ley, con carácter general, en el artículo 1108 del C. Civil, contempla, a falta de otra específica, el pago del interés legal; y 5º) los denominados intereses procesales están señalados por ley, en el artículo 576 de la LEC, a falta de norma especial o previsión convencional, en el tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

Es cierto que cada norma tiene su propio ámbito de referencia, cada uno de ellos con sus propias peculiaridades. Pero todas ellas tratan el problema de cómo penalizar proporcionalmente a la contraparte por su incumplimiento. Por otro lado, consideramos que precisamente el caso de las operaciones a las que se refiere la cláusula aquí impugnada, que son préstamos hipotecarios, no debería merecer un tratamiento en esta materia más gravoso que el de esos otros supuestos a los que nos hemos referido, pues precisamente el acreedor goza en ellas de garantías más fuertes (en concreto, la del derecho real de hipoteca, que afecta la propia finca al pago del préstamo) que en otras relaciones contractuales, significadamente, por ser los más próximos en su finalidad, con relación a los de concesión de crédito a los consumidores sin garantía real, por lo que no se justificaría que los intereses moratorios fuesen más altos que en otras operaciones que no gozasen de tal privilegio.

Por otro lado, el propio legislador, en la reciente reforma por Ley 1/2013 (tras el precedente que significó el RD 6/2012 que, aunque para un tipo determinado de sujetos en condiciones económicas particularmente delicadas, señalaba la procedencia de establecer como límite la suma al interés remuneratorio de un 2.5 % sobre el capital pendiente del préstamo), ha decidido modificar el artículo 114 de la LH para establecer como límite al interés moratorio el de tres veces el interés legal del dinero. Estamos ante una norma posterior al inicio del litigio, pero que resulta bastante reveladora de la contención que debe predicarse en una materia donde las entidades bancarias han venido incurriendo en manifiestos excesos.

La imposición de un interés moratorio del 19% resulta en el contexto descrito tanto una penalización como una indemnización excesiva, pues no es fruto, y quedaría, en principio, muy lejos de poder ser el resultado de ello, de un criterio similar a los diversos patrones que hemos señalado como referencia (para comprender su trascendencia podemos tener en cuenta que el interés legal ha estado moviéndose en la década previa al inicio del proceso, lo que constituye período significativo, en un horquilla comprendida entre el 3,75, como mínimo, y el 5,5 %, como máximo). El tipo de interés fijado en la cláusula impugnada ni guarda relación con ninguna de las fórmulas expresadas, ni con otras que pudieran significar una proporcionalidad parangonable a ello. Francamente, resulta difícil de justificar que la necesidad de compensar los perjuicios causados al banco por el retraso y la de desincentivar el incumplimiento, finalidades éstas que no cuestionamos, necesiten de una estipulación de intereses moratorios del rango que contempla la cláusula impugnada, sin consideración al empleo de una fórmula

que guarde una adecuada proporción a tales fines, cuando precisamente el pago de la cuota de la vivienda habitual (siendo así que éste precisamente es el contexto de la cláusula que estamos analizando, pues se inserta en una operación de ese tipo) es una obligación que, por razones de conservación del techo familiar, se intenta atender con especial cuidado por parte de los usuarios de servicios bancarios. La apreciación del carácter abusivo de la cláusula conlleva la nulidad de la misma, sin que proceda, como luego explicaremos con más detalle a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (UE), su moderación por vía judicial (lo que no impedirá, en cambio, que el banco pudiera reclamar lo que procediese en aplicación de la regla legal supletoria para los casos de mora, pero no porque aquí debamos establecer ninguna previsión para suplir la previsión abusiva). Tal efecto arrastra consigo, sin necesidad de especial consideración al respecto, la nulidad del inciso relativo al anatocismo, ya que el mismo estaba previsto, en el seno de la propia cláusula, para su aplicación sobre lo que ha sido considerado nulo.

Cuando se declara nula la cláusula de intereses de demora, pudiera parecer que el Juez puede integrar el contenido del contrato estableciendo otro interés no pactado, pues así se deriva de lo dispuesto en el art. 83.2 RDLeg. 1/2007, en cuyo primer apartado establece que «la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva». Asimismo, en el segundo apartado del mismo precepto se predica que «el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato». En similares términos, el art. 10 LCGC previene que la parte del contrato afectado por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 del CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

El problema es que el TJUE no permite al Juez integrar o modificar las cláusulas declaradas abusivas. Así, en la Sentencia de 14 de junio de 2012 (C-618/2010) dicho tribunal declaró la incompatibilidad del art. 83 RDLeg. 1/2007 con el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE, pues si el juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, dado que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario. **Este criterio ha sido confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, que excluye todo interés de demora y sólo permite a la entidad financiera percibir el tipo retributivo.**

En este orden de consideraciones, y conforme a la doctrina antedicha, si se declara nula la cláusula de intereses de demora deberá excluirse sin más del contrato, desprovveyendo al mismo de toda previsión al respecto, solución que se revela problemática y que se ha puesto en tela de juicio. De todos modos, si se optare por fijar otro interés, integrando la cláusula abusiva, tampoco resulta pacífico a cuál acudir, pues el interés de mora procesal del art. 576 LEC (interés legal aumentado en dos puntos), tan sólo opera para títulos ejecutivos procesales, arbitrales y acuerdos de mediación. Pudiera pensarse en aplicar el interés legal, ya que conforme al art. 1108 Código civil «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el

deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio el interés legal».

También pudiere ser oportuno rebajar los intereses hasta los límites que prevé el art. 114 LH (en la redacción dada por la Ley 1/2013) - tres veces el interés legal del dinero -. En pro de esta interpretación se podría alegar lo dispuesto en la Disp. trans. 2.ª Ley 1/2013, que prevé que en los procedimientos de ejecución o de venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de dicha ley en que se hubiera fijado ya la cantidad por la que se despacha ejecución o por la que se procede a la venta extrajudicial, el Secretario Judicial o el Notario habrán de conferir traslado al ejecutante por plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el art. 114 LH.

El problema de esta disposición transitoria es que el legislador no está contemplando los casos en que haya existido una declaración de nulidad de la cláusula sino los supuestos en que se haya fijado la cantidad por la que se solicita el despacho de ejecución o la venta extrajudicial del bien hipotecado por el Notario, por lo que alguna resolución, como el AJPI núm. 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013 (dictado en la ejecución hipotecaria 418/2012) ya se ha pronunciado en el sentido de considerar que el efecto de la nulidad de los intereses de demora no puede ser el traslado al acreedor para un nuevo cálculo de los intereses en los términos que prevé la disp. trans. 2.ª. En similares términos, la SJM núm. 3 de Barcelona de 2 de mayo de 2013 (Rec. 13/2011) considera que, siendo abusivos los intereses de demora, las cantidades reclamadas por dicho concepto deberán sin más excluirse y en estos mismos términos se pronuncia la SAP Girona, Secc. 1.ª, 111/2013, de 19 de marzo), Rec. 13/2013, en un caso de nulidad por excesiva de la cláusula penal de resolución anticipada.

En todo caso, para los procedimientos de ejecución iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 la Disposición Transitoria 2ª supone una auténtica integración legal del contrato. Dicha Disposición ha sido objeto de sendas cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena en Auto de fecha 16 de agosto de 2013, y por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, en Auto de fecha 19 de noviembre de 2013. Sucintamente, se plantean al TJUE **dos cuestiones:**

1) Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional como pueda ser el artículo 1.108 del Código Civil, la DT 2ª de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, o el artículo 4 del RDL 6/2012 y sin

entenderse vinculado por el recálculo que pueda haber realizado el profesional conforme la DT 2ª de la L 1/13».

«2) Si la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del interés del consumidor».

Finalmente, decir que para los deudores situados en el umbral de exclusión definido por el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes protección de deudores hipotecarios sin recursos, tras la reforma del mismo por la ley 1/2013, en los mismo términos que para la suspensión de los lanzamientos, se dispone

«Artículo 3 bis. Fiadores e hipotecantes no deudores.

Los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.»

Cuatro. El artículo 4 queda redactado del siguiente modo:

«1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo.

## **2. Redondeo al alza del tipo de interés**

Es nula la cláusula que prevé el redondeo al alza del tipo de interés que se toma de referencia para las revisiones anuales y cualquier otra análoga que tenga el mismo efecto de redondear al alza el tipo de interés para las revisiones de los préstamos hipotecarios a tipo variable. Conforme a las SSTs de 4 de noviembre, 1 de diciembre, 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011 estas estipulaciones son abusivas dado que no habiendo sido negociadas individualmente provocan un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, mientras que se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio, por lo que dicho desequilibrio, provocado por la entidad bancaria, se califica de contrario a la buena fe

## **3. Cláusulas suelo.**

El Tribunal Supremo en la paradigmática sentencia de 9 de mayo de 2013 y Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013, Rec. 485/2012, avala en términos generales la licitud de las cláusulas suelo siempre que sean claras y transparentes con independencia de que exista desequilibrio o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo o incluso si no coexiste con cláusulas techo.

El art. 4.2 Directiva 93/13/CEE dispone que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...]

siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», por lo que en la referida Sentencia del TS se declara la ilicitud de las cláusulas suelo sólo cuando se observe la falta de transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores, correspondiendo la prueba de que se ha facilitado una adecuada y clara información a la parte predisponente y no al adherente; no obstante, el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un período de tiempo no la convierte en transparente.

En el supuesto enjuiciado se considera que las cláusulas denunciadas no superan ese control de transparencia por falta de información suficientemente clara de que se referían a un elemento definitorio del objeto principal del contrato que incidía o podía incidir en el contenido de su obligación de pago, ya que, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, se convertían en préstamos a interés mínimo fijo, de modo que la oscilación del tipo mínimo de referencia daba cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja, frustrando las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito. En la sentencia de 18 de junio de 2012 el TS ya había manifestado que «el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte».

Dichos postulados y, por ende el control de transparencia, no solo se debe circunscribir al supuesto en que el deudor sea un consumidor o usuario sino también cuando sea un profesional, habida cuenta de que el art. 5.5 LCGC prescribe que «la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción o sencillez» y dado que el fundamento del control de transparencia también se contiene en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación su ámbito de aplicación debe ser el propio de dicha norma.

La Sentencia de 9 de mayo de 2013 constituye un hito importante, aunque a nuestro juicio incurre en un defecto harto reprobable, cual es la prohibición de todo efecto retroactivo, lo que no permite a los interesados afectados recuperar las cantidades pagadas en exceso en virtud de una cláusula nula. No se alcanza a comprender esta decisión de nuestro Alto Tribunal, pues en otras sentencias similares como la de de 29 de diciembre de 2010, en que se declaró nula la condición general de la contratación que tenía como efecto el redondeo al alza el tipo de interés tomado de referencia para las revisiones del interés aplicable a los préstamos hipotecarios a tipo variable, se condenó a la entidad bancaria a abstenerse de utilizarlas en el futuro así como a la devolución del importe cobrado en exceso más el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la sentencia de primera instancia.

Asimismo, deben tenerse en cuenta las previsiones de la OM de 5 de mayo 1994. - RCL 1994\1322 -, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios – folleto informativo, oferta vinculante, etc. -. Así como que,

para los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados desde el día 2 de abril de 2009, rigen los requisitos de información previa contenidos en el artículo 14 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Dicho precepto establece:

Artículo 14. Información previa al contrato.

1. La empresa deberá suministrar de forma gratuita al consumidor, con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato y, en todo caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de préstamo o crédito hipotecario, al menos la siguiente información:

b) En cuanto al préstamo o crédito hipotecario ofrecido:

1.º Una descripción de las principales características del contrato de préstamo o crédito.

2.º El precio total que debe pagar el consumidor a la empresa con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio, así como la tasa anual equivalente expresada mediante un ejemplo representativo.

3.º Una advertencia que indique que el préstamo o crédito ofrecido está relacionado con instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales, tales como que el precio del contrato se incremente de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control de la empresa y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. En todo caso, el consumidor, a través de tal advertencia, deberá obtener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con especial referencia al riesgo de tipo de interés asumido.

#### **4. Vencimiento anticipado por impago de una cuota.**

En nuestro ordenamiento jurídico las cláusulas de vencimiento anticipado se contemplaron en la Ley Hipotecaria de 1861, de donde pasaron al art. 135 Ley Hipotecaria 1946 y, posteriormente, al art. 693 de la vigente LEC. En un principio, el TS declaró la nulidad de este tipo de cláusulas (STS de 27 de marzo de 1999) pero nuestro Alto Tribunal abandonó esta doctrina en posteriores resoluciones e incluso en su Sentencia de 16 de diciembre de 2009 llegó a concluir que «el impago de una cuota es justa causa de vencimiento anticipado y cláusula válida».

La Ley 1/2013, de 14 de mayo ha modificado el art. 693 LEC estableciendo un mínimo de tres mensualidades impagadas para que puedan cobrar eficacia este tipo de estipulaciones de vencimiento anticipado de todo el préstamo, previsión que a nuestro juicio resulta insuficiente. De hecho, la SJM núm. 3 de Barcelona de 2 de mayo de 2013 (Rec. 13/2011), cuyo titular es el Magistrado que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la citada STJUE de 14 de marzo de 2013 ha considerado que: «No tiene sentido que en el contexto de la crisis económica, cuando se debate sobre si es o no suficiente una moratoria de dos años en el lanzamiento respecto de personas especialmente vulnerable, se entienda como no abusiva una cláusula que permite el vencimiento anticipado de un préstamo con un solo incumplimiento de una cuota, incluso con tres o cuatro incumplimientos, cuando los mismos tienen su origen en circunstancias no previstas por el deudor». No debe olvidarse que en el caso concreto que supuso el planteamiento de la cuestión prejudicial que motivó la STJUE de 14 de

marzo de 2013 las mensualidades impagadas habían sido cuatro y que en dicha sentencia, atendiendo a lo señalado por el Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones se dispuso que «la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo».

No obstante, también es cierto que si se fijaran legalmente un elevado número de cuotas impagadas para que procediera el vencimiento anticipado, no sólo se podría llegar a potenciar la morosidad sino que incluso se estaría perjudicando al ejecutado, ya que cuanto mayor sea la cantidad adeudada más difícil le resultaría liberar el bien en los términos previstos en el art. 693.3 LEC.

#### **5. Otros supuestos de cláusulas de vencimiento anticipado declaradas abusivas**

- Embargo de bienes del prestatario o disminución de su solvencia. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de diciembre de 2009 declaró que esta cláusula es abusiva porque «supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías».
- Por incumplimiento de obligaciones accesorias. De todos modos, la STS 1124/2008 de 12 de diciembre, no consideró abusiva la cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago de un recibo de los impuestos que graven la finca o de una prima de seguro de incendios o de todo riesgo a la construcción.
- Prohibiciones de arrendar, enajenar o gravar la finca hipotecada.

#### **6. Oposiciones relacionadas con aspectos formales del título. Inscripción de la cesión del crédito hipotecario. Tasación conforme a la Ley del Mercado Hipotecario. El problema de los contratos de compraventa con subrogación hipotecaria. Pacto de liquidez.**

Se trata de cuestiones más formales que de fondo, pues afectan a la legitimación activa del ejecutante – la primera - y a la ejecutividad del título – las otras tres -. Su planteamiento correcto es el de la oposición por defectos procesales, conforme al artículo 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, planteamiento que se considera admisible al considerarse que el artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sujeta el ejercicio de la acción para exigir el pago de deudas garantizadas con hipoteca a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de dicho Texto procesal, (con las especialidades que se establecen en el Capítulo V de tal Título IV), resultando que la especialidad que se establece en el artículo 695 de la Ley viene a afectar a la oposición por motivos de fondo, no a la oposición por defectos procesales. Es más, con anterioridad a la reforma del *artículo 132 de la Ley Hipotecaria* las cuestiones

determinantes de nulidad del procedimiento se remitían al proceso declarativo posterior, lo que ahora no acontece.

En cuanto a la **inscripción de la cesión del crédito hipotecario**, se plantea habitualmente en los supuestos en los que se ha producido una reestructuración societaria, con cesión global de activos y pasivos regulada en los artículos 81 y 89 de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. La cuestión atinente a la eficacia constitutiva de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión del crédito hipotecario, conforme a los artículos 130 y 149 de la Ley Hipotecaria, ciertamente, no es pacífica en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Ello no obstante, considero que dicho requisito sólo es exigible en aquellos casos en los que se produce una cesión individual del derecho de crédito garantizado, que es lo que regula el artículo 1526 del Código civil, que es el precepto al que específicamente se remite el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, pero no cuando la transmisión se produce en el seno de un proceso de modificación estructural de una sociedad mercantil, sujeto a sus propios requisitos formales y registrales, criterio que es el que se expone en el Auto de 6 de junio de 2013 de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8ª ejecutante. Así, como recoge la **Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989**, el presupuesto de la inscripción solo es atendible en función de terceros.

De ahí que, como refiere la sentencia citada, cuando el art. 32 LH indica que los derechos reales no inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a tercero, lo que en realidad determina es que "los títulos no inscritos en el registro pueden y deben ser estimados, cuando las personas a quienes perjudican no ostentan frente a ellos otros inscritos, dado que, en virtud de lo establecido en el artículo 33 LH la inscripción en el Registro de la Propiedad no es por sí un título de derecho, sino corroboración y garantía de los que revisten tal solemnidad, y en tal sentido el artículo 1.526 del Código civil al indicar que "la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227.

En este sentido se ha pronunciado igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, de 11 de enero de 2013, cuyos argumentos más relevantes son:

En cualquier caso, la cesión se configura en nuestro ordenamiento como la trasmisión de un crédito concreto y, así, el artículo 1.526 del Código Civil se refiere siempre en singular al "crédito, derecho o acción" cedidos. Se trata, pues, de una cesión singular.

La cesión universal responde a otro fenómeno distinto. La sustitución de una persona (causante) en la posición que mantenía otra (causahabiente) en relación a la totalidad de su patrimonio, en su más amplio sentido, con inclusión del activo y del pasivo.

Son los casos de sucesión mortis causa, respecto a las personas físicas, y de determinadas transformaciones de persona jurídicas en virtud de las cuales una transmite a otra todo su activo y pasivo, de modo que, en relación a ese todo y a todas y cada una de las partes que lo forman, se produce un cambio de titularidad, sin ningún otro efecto sobre el crédito, pues la causahabiente asume, por así decirlo, la personalidad de la causante.

Por eso, en esa cesión global no cabe el denominado retracto de créditos litigiosos, ni rigen las reglas sobre la garantía de la solvencia del deudor ni, en fin, ninguna otra de las que los artículos 1.526 a 1.536 del Código Civil establecen para la transmisión de créditos, ni siquiera la que regula la denominada cesión "alzadamente o en globo de ciertos derechos rentas o productos", a que se refiere el artículo 1.532, pues, por general que sea, no comprende el pasivo no existe sucesión en la personalidad.

La Ley Hipotecaria se ciñe a la cesión singular, como lo revela, ya sin ninguna duda, la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 diciembre al artículo 149 de la Ley Hipotecaria, al referir la cesión que regula a la prevista precisamente en el artículo 1.526 del Código Civil.

Por el contrario, cuando se trata de una sucesión universal, no se requieren más requisitos que los que deriven de la propia norma que defina y regule el mecanismo sucesorio.

Ello no obstante, la Resolución de 8 de julio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha establecido que

En el ámbito de la ejecución judicial, será también necesario cumplir el tracto sucesivo en relación a la hipoteca cuando se pretenda inscribir cualquier vicisitud jurídica de trascendencia real en relación a la misma o a la ejecución de la finca derivada de ella (cesión de crédito, pago con subrogación, adjudicación de la finca como consecuencia del procedimiento de ejecución directa, etcétera). De manera que el decreto de adjudicación no podrá inscribirse sin la previa inscripción a favor del causahabiente del titular registral de la hipoteca que se subroga en la posición de demandante.

Esa necesaria inscripción, en la forma determinada en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria de la titularidad sobre el crédito hipotecario a favor del ejecutante o de su sucesor, es la que permitirá que puedan tener acceso al Registro las vicisitudes ulteriores del procedimiento, y singularmente el decreto de adjudicación, pudiendo hacerse esa inscripción de la nueva titularidad bien con anterioridad a la inscripción de la vicisitud procesal o simultáneamente a esta, pero sin que la legitimación registral derivada de la inscripción pueda ser suplida, en el ámbito del propio Registro, por la legitimación procesal en el procedimiento, legitimación que está sujeta a requisitos diferentes, y que es generadora de efectos también distintos (vid. artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «versus» artículo 130 de la Ley Hipotecaria)

Por lo que hace a la **tasación conforme a la Ley del Mercado Hipotecario**, nos remitimos lo expuesto anteriormente, y a las posibilidades de subsanación como defecto procesal sobrevenido.

### **El problema de los contratos de compraventa con subrogación hipotecaria.**

Generalmente, las entidades de crédito financian la construcción inmobiliaria a través de préstamos con garantía hipotecaria sobre la finca en la que se va a ejecutar la obra, pactándose que la promotora prestataria podrá disponer del capital conforme se acredite la evolución de la edificación, en función de las sucesivas certificaciones de obra.

En las referidas escrituras de préstamo suelen cumplirse los requisitos del art. 682.2 LEC, fijando un precio de tasación de la finca a los efectos de la hipotética subasta y consignando el domicilio de la prestataria.

El debate surge cuando, finalizada la obra, la promotora vende los pisos y locales a terceros. Normalmente, habrá mediado una escritura de declaración de obra nueva y distribución de la hipoteca entre las fincas resultantes.

Pero en la escritura de compraventa del piso o local con subrogación hipotecaria se suele aludir a la hipoteca matriz mediante una referencia genérica a la subrogación en las cláusulas de la hipoteca, sin expresar ni la concreta carga hipotecaria de la que responde la finca, ni el precio en que se tasa la finca a efectos de

subasta, ni el domicilio del comprador prestatario a los efectos legalmente previstos, lo que, llegado el caso del ejercicio de la acción hipotecaria, plantea varios interrogantes: ¿es posible tener por cumplido el requisito relativo al tipo para la subasta por remisión genérica a las cláusulas de la escritura inicial de la que a su vez trae causa la escritura de distribución de la hipoteca que quizá aluda al tipo para subasta? ¿Es suficiente la mención al domicilio del prestatario que se contiene en el encabezamiento de la escritura para llenar la exigencia del art. 682.2.2º?

No cabe la fijación de un tipo para la subasta por remisión o por aplicación supletoria de unos pactos alcanzados por personas ajenas a las que celebraron el contrato de compra con subrogación hipotecaria, sino que la exigencia legal debe cumplirse en la escritura que es objeto de ejecución. Piénsese, además, que entre la escritura de préstamo, la posterior distribución de la hipoteca entre las distintas fincas y la ulterior escritura de compraventa con subrogación hipotecaria, pueden transcurrir años, de forma que la tasación realizada no guarde relación con la realidad del mercado, en contra del objetivo esencial de la reforma.

Y lo mismo cabe señalar respecto del domicilio del prestatario. Si lo que se pretende es garantizar que el interesado tiene conocimiento del requerimiento de pago y del saldo deudor, a fin de que pueda actuar en consecuencia, habrá de constar expresamente que los actos de comunicación realizados en el domicilio designado permitirán acudir a la vía de la ejecución hipotecaria, de modo que el destinatario sea consciente de las consecuencias que pueden derivarse, sin que sea suficiente la mera mención del domicilio consignada como simple dato accesorio a la identificación.

En uno y otro caso, el efecto es idéntico: el documento carece de fuerza ejecutiva y la demanda no cumple los requisitos legalmente exigidos, sin que sea susceptible de subsanación.

### **Renuncia o reducción unilateral de los efectos de una cláusula calificable como abusiva.**

Finalmente, en relación con el **pacto de liquidez**, baste decir que su legalidad fue declarada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, con el siguiente razonamiento, que nos excusa de otros:

El denominado "pacto de liquidez" -o "de liquidación"- es válido porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma -SS. 30 de abril y 2 de noviembre de 2.002, 7 de mayo de 2.003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2.005; arts. 520.1, 550.1, 4º, 572.2 y 573.1, 3º LEC-. Esta es la finalidad del pacto - despacho de ejecución- y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de prueba

El ejecutado podrá oponerse a la ejecución si entendiera que la cantidad reclamada no es la debida por incluirse intereses, comisiones o conceptos no pactados o porque dichos conceptos no hayan sido calculados debidamente. Asimismo, podrá oponerse por defectos procesales en caso de falta de notificación o de notificación irregular (art. 559.1.3º).

## **7. Criterios interpretativos Tribunal Supremo.**

Se trata de unas pautas interpretativas que fueron recogidas en las conclusiones de la *JORNADA SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA*, cuya eficacia creo que es indudable a la hora de encarar las diferentes cuestiones que plantea la reforma que nos ocupa. Al día de hoy las más relevantes considero que son las siguientes:

1.- El Juez debe actuar de oficio en protección del consumidor, utilizando todos los instrumentos previstos en nuestras leyes para conseguir una solución acorde al derecho europeo y a la interpretación que del mismo hace el TJUE.

2.- Aunque el problema de las cláusulas abusivas trasciende a todo el ordenamiento, las reflexiones o propuestas analizadas se refieren al ámbito de ejecuciones hipotecarias en contratos entre profesionales y consumidores.

3.- De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo las cláusulas abusivas nulas no vinculan a ningún efecto. El juez no puede integrar o moderar dichas cláusulas, que deben ser tenidas por no puestas.

4.- Para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual se atenderá, además de a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato y a las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, a las demás cláusulas del contrato y a los parámetros contenidos en las normas de derecho interno en relación con situaciones similares a la que se plantea. En particular, se atenderá a los parámetros recogidos en la proposición de ley sometida hoy a la aprobación del Senado.

5.- Con relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas:

- En cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se contempla en el nuevo artículo 114 LH.

- En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula.

-En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio, de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia.

6.- Por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad:

-En el caso de las cláusulas de intereses de demora, la nulidad comportará la expulsión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (intereses del artículo 1108 CC) o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria (interés del nuevo artículo 114 LH).

-En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, la declaración de nulidad determinará la aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia de resolución contractual (artículos 1124 y 1129 CC), sin que proceda despachar ejecución.

7.- El deber de los tribunales españoles consistente en el control de oficio de las cláusulas abusivas incluidas en contratos con consumidores, tiene especial relevancia en el proceso de ejecución y en el juicio monitorio. Por exigencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hay que acomodar los trámites procesales al efectivo control por parte del juez de los derechos del consumidor.

8 .- En el procedimiento de ejecución el control de oficio debe, de entrada, ejercitarse en la fase de admisión de la demanda, siguiendo la pauta contenida en la proyectada reforma del artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El juez, si advierte que el título ejecutivo contiene alguna cláusula abusiva, deberá ponerlo en conocimiento de las partes y darles una audiencia de cinco días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, sin necesidad de abrir ningún incidente.

El juez, si aprecia el carácter abusivo de alguna de las cláusulas, determinará las consecuencias de ello y declarará, bien la denegación de la ejecución bien el despacho de la misma sin aplicación de aquellas cláusulas que estime abusivas.

Frente al auto despachando ejecución sin aplicar la cláusula abusiva cabrá recurso de apelación, respecto de la denegación parcial del despacho de ejecución.

Lo anterior es un criterio orientativo que debe aplicarse hasta la entrada en vigor de la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, que prevé expresamente este control al tiempo de despachar la ejecución.

9 .- En el proceso monitorio, sin perjuicio de las competencias del Secretario Judicial, corresponde al juez el examen del carácter abusivo de una cláusula incluida en el documento que sustente la reclamación del crédito. Este examen se realizará en la fase de admisión de la solicitud. Si el juez considera que la cláusula puede ser abusiva lo pondrá en conocimiento del solicitante, especificando la cláusula afectada y le concederá un plazo de cinco días para formular alegaciones. Si como consecuencia de la apreciación de la cláusula abusiva procediera la reclamación por una cantidad inferior a la inicial, se procederá conforme establece el artículo 815.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## **V. LOS EFECTOS DE LA LEY 1/2013 SOBRE LA VENTA EXTRAJUDICIAL DE BIENES HIPOTECADOS**

La Ley 1/2013 modifica la regulación de la venta extrajudicial de bienes hipotecados, y otorga al deudor determinadas garantías. De estas garantías podemos destacar:

- a) El establecimiento de un tipo mínimo para la venta extrajudicial de los bienes hipotecados.
- b) La facultad del notario de advertir a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva.
- c) La suspensión de la venta extrajudicial por la impugnación judicial de la venta por existir cláusulas contractuales abusivas.

### **1. El establecimiento de un tipo mínimo para la venta extrajudicial de los bienes hipotecados**

Según dispone el art. 129.2.a) LH el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al **75%** del valor señalado en la **tasación** realizada de acuerdo con lo previsto en la **Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario**.

### **2. La facultad del notario de advertir a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva**

Cuando el notario entienda que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que haya determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y, en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos (art. 129.2.f), I LH).

### **3. La suspensión de la venta extrajudicial por la impugnación judicial de dicha venta por existir cláusulas contractuales abusivas**

El notario deberá suspender la venta extrajudicial del bien hipotecado cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, conforme a lo establecido en el art. 684 LEC, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario (art. 129.2.f), II LH).

Sin embargo, el procedimiento para resolver sobre la impugnación judicial de la venta por existir cláusulas contractuales abusivas no será el previsto en el art. 698 LEC, sino que dicha cuestión se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el art. 695.1.4.ª LEC (art. 129.2.f), III LH).

Resuelta dicha impugnación, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el notario podrá proseguir con la venta extrajudicial del bien hipotecado a requerimiento del acreedor (art. 129.2.f), IV LH).

#### **4. Otras cuestiones de índole procesal**

Concluido el procedimiento, el notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el art 654.3 LEC. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el notario será dilucidada por las partes en el juicio verbal (art. 129.2.g) LH).

En la venta extrajudicial del bien hipotecado será de aplicación supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo en todo caso de aplicación su art. 579.2.

#### **V. RÉGIMEN TRANSITORIO EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O EXTRAJUDICIALES DE EJECUCIÓN**

La Ley 1/2013 será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hayan iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se haya ejecutado todavía el lanzamiento (DT 1.ª), y únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar (DT 4.ª.1).

En cuanto al régimen de la oposición a la ejecución, y a los efectos de la adjudicación en pago en los supuestos de continuación de la ejecución como ordinaria. Artículo 579 - nos remitimos a lo expuesto con anterioridad. Debe recordarse que, conforme a la DT 4ª, se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya finalizado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo contemplado en el art. 675 LEC.

En las ventas extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y en las que no se haya producido la adjudicación del bien hipotecado, el notario acordará su suspensión cuando, en el plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a su entrada en vigor, cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el juez competente, conforme a lo previsto por el art. 129 LH, el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que determine la cantidad exigible (DT 5.ª, II).

Según la DT 5.ª, I la facultad del notario de advertir a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva se aplicará a las ventas extrajudiciales que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de la esta Ley, cualquiera que fuese la fecha en que se haya otorgado la escritura de constitución de hipoteca.

Por último, la limitación de los intereses de demora de las hipotecas constituidas sobre la vivienda habitual, conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (DT 2.ª, I), y a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor aquella, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos (DT 2.ª, II).

\* En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculé aquella cantidad conforme a lo expuesto (DT 2.ª, III). No se dice cómo se resuelve el recálculo efectuado y las consecuencias procesales de la resolución que se dicte, pues si afecta al despacho de la ejecución el recálculo debería estar sujeto a los requisitos formales de fehaciencia exigidos por los artículos 572 y 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y habría que dictar Auto que rectifique del anterior, de nuevo despacho de la misma sujeto a la posible oposición del deudor. Ello no obstante, en la práctica se viene confiriendo traslado del recálculo a los ejecutados conforme a lo previsto en el artículo 712, 714 y 715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **\*VI. LA SUSPENSIÓN DE LOS DESAHUCIOS DE LAS FAMILIAS QUE SE ENCUENTREN EN UNA SITUACIÓN ESPECIAL DE RIESGO DE EXCLUSIÓN**

La Ley 1/2013 ha derogado tácitamente el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. El art. 1.1 Ley 1/2013, tras su modificación por el artículo 3 del Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, prevé la suspensión inmediata y por un plazo de cuatro años desde su entrada en vigor de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión.

Esta suspensión será de aplicación tanto en el proceso judicial de ejecución hipotecaria como en el procedimiento de venta extrajudicial por el que se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a colectivos que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad, e impedirá que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas.

Para que se pueda considerar que un deudor hipotecario se encuentra dentro de una situación de especial vulnerabilidad será necesario el cumplimiento de **dos tipos de requisitos**.

En **primer lugar**, los **colectivos sociales** que van a poder acogerse son, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.2 Ley 1/2013, las familias numerosas; las familias monoparentales con dos hijos a su cargo; las familias que tengan un menor de tres años o algún miembro con discapacidad, en situación de dependencia, o con

enfermedad que le impida permanentemente el desempeño de una actividad laboral; las familias en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales por desempleo; las familias en las que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, o enfermedad grave le impida, temporal o permanentemente el desempeño de una actividad laboral; y, finalmente, las familias con víctimas de violencia de género.

A estos efectos, por familia o unidad familiar se entenderá la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar (art. 1.4.b) Ley 1/2013).

En **segundo lugar**, en las familias que se beneficien de esta suspensión, deberá concurrir, **acumulativamente, las circunstancias económicas previstas** en el art. 1.3 Ley 1/2013:

- a) Los ingresos no podrán superar el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Este límite se eleva respecto de unidades familiares en las que en el ejecutado padezca determinadas enfermedades o discapacidades.
- b) La alteración significativa de las circunstancias económicas de la unidad familiar, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud. La alteración significativa de sus circunstancias económicas se mide en función de la variación de la carga hipotecaria sobre la renta familiar (art. 1.4. a) Ley1/2013).
- c) La cuota hipotecaria debe resultar superior al 50% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- d) El crédito o préstamo garantizado con hipoteca debe recaer sobre la única vivienda en propiedad del deudor y haber sido para la adquisición de la misma.

La conurrencia de los requisitos expuestos se acreditará por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el juez o el notario encargado del procedimiento, mediante la presentación de los documentos contemplados en el art. 2 Ley 1/2013.

## VII. CONCLUSIONES

De la reforma de la **ejecución dineraria ordinaria** se puede subrayar el control de oficio de las cláusulas abusivas para decidir sobre el despacho de la ejecución; el carácter abusivo de la cláusula como causa de oposición a la ejecución; la limitación del importe de las costas exigibles al ejecutado en la ejecución de su vivienda habitual; la condonación parcial del pago de la deuda remanente y la participación del deudor en la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada; la facilitación del acceso de los postores a las subastas y la rebaja de los requisitos impuestos a los licitadores; la

duplicación del plazo de tiempo para que el rematante de una subasta de bienes inmuebles consigne el precio de la adjudicación; y la modificación de los porcentajes de adjudicación del bien inmueble si la subasta concluye sin ningún postor.

Las modificaciones en la ejecución hipotecaria más significativas son el establecimiento de un tipo mínimo para la subasta de los bienes; la inspección del bien con anterioridad a la subasta y la reducción de la deuda en caso de colaboración en la inspección y en la subasta; la ampliación de las mensualidades impagadas para poder acceder a esta ejecución y para reclamar la totalidad de lo adeudado; la reducción del requisito temporal mínimo entre las liberaciones del bien de la subasta; la limitación del importe de las costas exigibles al ejecutado en caso de pago; y el carácter abusivo de la cláusula como nueva causa de oposición a la ejecución.

Asimismo, la Ley 1/2013, de 14 de mayo modifica la regulación de la venta extrajudicial de bienes hipotecados, y otorga al deudor determinadas garantías, entre las que cabe destacar el establecimiento de un tipo mínimo para dicha venta; la facultad del notario de advertir a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva; y la suspensión de la venta extrajudicial a consecuencia de la impugnación judicial de la misma por existir cláusulas contractuales abusivas.

Por último, sin modificación de los procedimientos —judicial o extrajudicial— de ejecución hipotecaria, la Ley 1/2013 contempla la suspensión inmediata y por un plazo de cuatro años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión.