

## NUEVA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS

MARÍA ENCARNACIÓN PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN y ANTONIO JOSÉ MOYA FERNÁNDEZ

Abogados\*

### Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios

Este artículo tiene por objeto analizar el nuevo marco legal de protección de los deudores hipotecarios existente tras las entrada en vigor, el pasado 15 de mayo de 2013, de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección de Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social («Ley 1/2013») por la que se introduce una serie de reformas de orden sustantivo y procesal en distintas disposiciones legales para «aliviar la situación de los deudores hipotecarios» —según dicción literal del preámbulo— que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual y que, hoy, en la actual coyuntura económica, encuentran dificultades para el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

El legislador ha aprovechado la oportunidad para adaptar nuestro ordenamiento procesal a los requerimientos del Derecho comunitario, especialmente tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») de 14 de marzo de 2013 que, en respuesta a una cuestión prejudicial sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria español, declaró que la imposibilidad de plantear como motivo de oposición la eventual existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo debe reputarse contraria a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en Contratos Celebrados con Consumidores.

Este artículo aborda el análisis de los aspectos principales del nuevo régimen legal, poniendo el acento en la incidencia de la reforma en el procedimiento de ejecución hipotecaria y en aquellas cuestiones que tienen que ver con la práctica procesal diaria.

### 1 • INTRODUCCIÓN

El pasado 15 de mayo se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social (la «Ley 1/2013»). La nueva disposición ha reformado la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC») y otras disposiciones legales con la finalidad, dice su preámbulo, de «aliviar la situación de los deudores hipotecarios» que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda y que, en la actual coyuntura económica, están encontrando dificultades para el cumplimiento de las obligaciones que asumieron.

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2013 se dictó la Sentencia del Tribunal de Justicia

### New regulation on the protection of mortgagors

This article is intended to analyze the new legal framework on the protection of mortgagors following the entry into force of the Law on Measures to Strengthen the Protection of Mortgagors, Debt Restructuring and Social Renting (Law 1/2013 of 14 May 2013). The Law introduces a number of procedural and substantive reforms on different legal provisions in order to «alleviate the situation of mortgagors», according to the wording of the Preamble, who took out a mortgage for the purchase of their main residence and who, in the current complex economic climate, experience difficulties fulfilling their contractual obligations.

The legislature used the opportunity to adapt Spain's procedural system to requirements under European regulations. This was especially relevant following the judgment of the Court of Justice of the European Union issued on 14 May 2013 which, in response to a preliminary question referred to the Spanish regulation on foreclosure proceedings, held that the impossibility of citing unfair terms under the enforceable instrument as grounds to challenge foreclosures is incompatible with Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

This article analyzes the main issues surrounding the new legal regulations, focusing on the impact on foreclosure proceedings and on issues related to the procedural practices.

de las Comunidades Europeas de 14 de marzo de 2013 que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona sobre la adecuación del procedimiento de ejecución hipotecaria a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en Contratos Celebrados con Consumidores, y que concluyó que la imposibilidad de plantear en este procedimiento un motivo de oposición fundado en la posible existencia de cláusulas abusivas en la escritura de constitución no se ajustaba a la referida disposición. Se aprovechó entonces la oportunidad que ofrecía la nueva norma, en aquel momento en tramitación, para adecuar la regulación del procedimiento hipotecario a los requerimientos del Derecho comunitario.

La Ley 1/2013 se estructura en cuatro capítulos que introducen una serie de reformas de orden sustantivo y procesal. Antes de entrar en su análisis, parece oportuno destacar que, transcurridos menos de tres meses desde su publicación, ya ha experimentado su primera reforma. En efecto, por virtud de la

\* De las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (la «Ley 8/2013»), se ha introducido alguna mejora técnica, como, por ejemplo, la ampliación del plazo para formular oposición con fundamento en la posible existencia de cláusulas abusivas en la escritura de constitución.

## 2 · CAMBIOS DE ORDEN SUSTANTIVO CON TRASCENDENCIA PROCESAL

### 2.1 · Limitación de los intereses de demora

La Ley 1/2013 introduce un párrafo tercero en el artículo 114 de la LH por virtud del cual los intereses de demora de los préstamos o créditos destinados a la adquisición de vivienda habitual y que son garantizados con un derecho real de hipoteca constituida sobre la propia vivienda (i) no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero; (ii) solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago; y (iii) no podrán ser capitalizados, salvo en el caso contemplado en el artículo 579.2.a) de la LEC, que faculta al acreedor en la ejecución ordinaria subsiguiente a la ejecución hipotecaria a reclamar toda la deuda cuando no concurran los supuestos de liberación parcial de responsabilidad del deudor previstos en ese precepto.

Adviértase que el ámbito de aplicación de la reforma del artículo 114 LH se circunscribe a los préstamos o créditos hipotecarios concedidos para la adquisición de vivienda habitual, no siendo por tanto de aplicación al resto de préstamos o créditos hipotecarios.

Es novedoso el establecimiento para estos contratos de un límite máximo del tipo de interés de demora (equivalente al triplo del interés legal del dinero), ya que, hasta ahora, el artículo 114 LH, junto con el artículo 220 del Reglamento Hipotecario («RH»), solo limitaba frente a terceros —pero no *inter partes*, ya que estas podían pactar los intereses y su garantía sin limitación— la cuantía total de intereses garantizados por la hipoteca (equivalente a cinco anualidades), pero no el tipo de interés.

Además, se introduce la prohibición en estos contratos del anatocismo o capitalización de intereses (salvo en el supuesto del artículo 579.2 a) de la LEC), que se seguirá admitiendo en el resto de contratos. Consecuencia lógica de lo anterior es otro de los cambios introducidos en la norma, que colma parcialmente una laguna legal existente sobre la determinación de la base de cálculo a utilizar para

liquidar los intereses de demora en la ejecución hipotecaria, lo que había dado lugar a una práctica judicial discrepante<sup>1</sup>. La reforma, que solo se aplica a contratos para la adquisición de vivienda habitual, establece expresamente la regla general de que la base de cálculo será únicamente el principal pendiente de pago, con exclusión, por tanto, de intereses vencidos (remuneratorios y moratorios), si bien nada impide que en el cómputo del principal se sigan incluyendo las cuotas de capital vencidas e impagadas y las vencidas anticipadamente. Excepcionalmente, en el caso del artículo 579.2 a) de la LEC se podrán incluir los intereses vencidos en la base de cálculo.

### 2.2 · Mayor protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos

Otro de los aspectos novedosos introducidos por la Ley 1/2013 (artículo 6) es el de exigir que, en los préstamos hipotecarios que recaigan sobre la vivienda habitual del deudor o que tengan por objeto la adquisición o conservación de la propiedad sobre inmuebles, el notario recabe del prestatario su expresión manuscrita de haber sido advertido del riesgo derivado del contrato. Este requisito deberá cumplirse en los siguientes casos: (i) cuando se incluyan cláusulas suelo y techo, (ii) cuando se contrate un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o (iii) cuando el préstamo se conceda en una o varias divisas.

## 3 · PRINCIPALES MODIFICACIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Las modificaciones introducidas en la LEC buscan una más adecuada protección de los derechos e intereses del deudor en el proceso de ejecución hipotecaria, así como la agilización y flexibilización de la tramitación del procedimiento.

Ahora bien, en ocasiones, los preceptos modificados no son los específicos del procedimiento de ejecución hipotecaria, sino los generales que regulan los procedimientos ejecutivos o la realización

<sup>1</sup> A favor de incluir en la base de cálculo el principal y excluir los intereses remuneratorios vencidos véase el AAP de Vizcaya (Sección 4.<sup>a</sup>), 27 de junio de 2008 [JUR\2008\390510]. En sentido contrario véase la SAP Barcelona (Sección 17.<sup>a</sup>) de 23 de marzo de 2007 [JUR\2007\244020].

de bienes inmuebles. En estos casos, las nuevas medidas son de aplicación a todo procedimiento de ejecución —como ocurre, por ejemplo, con el nuevo importe que se exige para tomar parte en la subasta—, o a todo aquel en el que se vaya a realizar un bien inmueble —como ocurre con el nuevo plazo para consignar el precio de remate o con el límite mínimo de adjudicación al acreedor hipotecario—.

### 3.1 · Requisitos para acceder al proceso de ejecución hipotecaria

Hasta la reforma introducida por la disposición en estudio, el artículo 682 de la LEC establecía como requisitos específicos para acceder al proceso especial de ejecución hipotecaria que en la escritura de constitución de la hipoteca o prenda constase (i) el precio en el que los interesados tasaron el bien hipotecado o pignorado que servirá de tipo en la subasta y (ii) un domicilio fijado por el deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones.

Hoy, tras la reforma del indicado artículo, ese precio en el que los interesados tasaron el bien hipotecado o pignorado y que servirá de tipo en la subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75% del valor señalado en la tasación que se realice conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario. Se trata de una medida dictada para la protección de los deudores hipotecarios, con la que se quiere acabar con la práctica de algunas entidades financieras que equiparaban el tipo de subasta al principal de la deuda y que podía conducir a que el valor fijado resultase muy inferior al que realmente correspondía al bien hipotecado o pignorado.

La tasación prevista en la legislación reguladora del mercado hipotecario, a la que remite el artículo 682 de la LEC en su nueva redacción, es la prevista en el artículo 8 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario y otras Normas del Sistema Hipotecario y Financiero, que se refiere a un informe de tasación en el que *«se recogerán los aspectos jurídicos y técnicos que influyen en la valoración del bien y que constituyen las características básicas definitorias del mismo, así como el conjunto de cálculos técnico-económicos conducentes a determinar el valor final de la tasación»*. El artículo añade que el informe de tasación y el certificado en el que se sintetizará su contenido deberán ser firmados por

un arquitecto, aparejador o arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico de la especialidad correspondiente en función del régimen competencial profesional determinado por la naturaleza del bien a tasar. No se requiere el visado de Colegio Oficial respectivo y caduca a los seis meses desde su fecha.

Al acudir a las normas reguladoras del Mercado Hipotecario se comprueba que ya existía una norma de mayor protección para el deudor hipotecario. En efecto, el apartado 2 del artículo 8 del Real Decreto 716/2009 establece que en los créditos hipotecarios sometidos a su clausulado —todos aquellos destinados a titulación y puesta en circulación en el mercado hipotecario como vía de financiación de las entidades de crédito— el tipo de subasta para el caso de ejecución no podrá ser inferior al valor que resulte de la tasación oficial.

La norma no ha querido llegar tan lejos en la protección al deudor hipotecario, por lo que para acceder al procedimiento de ejecución hipotecaria será suficiente con que el tipo de subasta no resulte inferior al 75% del valor de tasación. Al configurarse el requisito como presupuesto para acceder al procedimiento hipotecario puede concluirse que la Ley 1/2013 ha venido a generalizar la exigencia de esta tasación oficial al tiempo de la constitución del derecho real de hipoteca o prenda, ya que no tendría sentido constituir un derecho de esta naturaleza sin cumplir con los requisitos para acceder al procedimiento especial de ejecución. Se plantea el problema de aquellas escrituras ya otorgadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 que no cuenten con la referida tasación, y que se analizará al estudiar el régimen transitorio.

### 3.2 · Existencia de cláusulas abusivas como nueva causa de oposición a la ejecución de títulos no judiciales

A raíz de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz [TJCE 2013\89]), la Ley 1/2013 modifica la regulación de los procedimientos de ejecución ordinaria e hipotecaria para introducir la posibilidad de que, de oficio o a instancia de parte, el juez que conozca de ellos pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo.

A este efecto se modifican los artículos siguientes:

- (i) El artículo 552 de la LEC, para recoger la facultad judicial de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo.

(ii) Los artículos 557 y 695 de la LEC, para incluir la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo como nueva causa de oposición del ejecutado a la ejecución ordinaria y a la ejecución hipotecaria, respectivamente. El planteamiento de oposición a la ejecución hipotecaria por este motivo acarreará la suspensión del proceso hasta la resolución del incidente (artículo 695.2 de la LEC).

En los dos casos (apreciación de oficio o a instancia de parte), se establece que el juez confiera un trámite de audiencia a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga (artículos 552.1.II y 695.2 de la LEC). Aunque en la ejecución hipotecaria se prevé la celebración de una comparecencia ante el juez, es previsible y razonable que, en la práctica, no sea necesaria si hay acuerdo de las partes en la tramitación escrita del incidente<sup>2</sup>. Tras oír a las partes, el juez resolverá el incidente de oposición<sup>3</sup>. Ante el silencio que guarda la Ley al respecto, para valorar el carácter abusivo de una cláusula contractual, el juez atenderá a los criterios establecidos en el artículo 82.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias («TRLGDCU»)<sup>4</sup>, así como a los parámetros contenidos en normas de Derecho interno en relación con situaciones similares a la que se plantea en cada caso y, especialmente, a los recogidos en la Ley 1/2013.

Si finalmente el juez declara abusiva una o varias cláusulas del título ejecutivo, deberá determinar las

consecuencias que se derivan de tal carácter y decretar:

(i) En el caso de la ejecución ordinaria, bien la improcedencia de la ejecución, o bien su despacho sin aplicación de la cláusula abusiva (artículo 561.1.3.<sup>a</sup> de la LEC).

(ii) En el caso de la ejecución hipotecaria, su sobreseimiento (cuando la cláusula considerada abusiva fundamente la ejecución) o, en otro caso (debe entenderse que se refiere a cuando la cláusula abusiva determine la cantidad exigible), su continuación con la inaplicación de la cláusula abusiva (artículo 695.3.ii de la LEC).

Los autos que decidan la oposición no serán recurribles —a salvo los que acuerden el sobreseimiento o la inaplicación de una cláusula abusiva, que lo serán en apelación— y sus efectos se limitarán al proceso de ejecución en que se dicten (artículo 695.4 de la LEC).

Es indudable que la reforma operada en esta materia supone un refuerzo de la protección de la parte ejecutada. Con todo, y aunque habrá que esperar a que se consolide la práctica judicial para poder calibrar mejor su alcance, hay razones para pensar que la novedosa introducción de la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual puede tener una incidencia práctica limitada. Ello es así, básicamente, porque (i) ni todos los ejecutados pueden hacer uso de esta causa de oposición, (ii) ni a través de ella pueden ser objeto de impugnación todas las cláusulas contractuales contenidas en la escritura de préstamo o crédito hipotecario (ni siquiera todas las potencialmente abusivas), (iii) ni puede apreciarse —ya sea a instancia de parte o de oficio— la existencia de una cláusula abusiva en cualquier fase del procedimiento, sino que el momento procesal oportuno está acotado temporalmente.

Al objeto de poder dimensionar correctamente la incidencia práctica de esta reforma, se procede a continuación a delimitar su ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y temporal.

— Ámbito de aplicación subjetivo: ¿qué ejecutados pueden alegar la causa de oposición introducida en el artículo 695.1.4.<sup>a</sup> de la LEC?

En recta interpretación de la Ley 1/2013 y de la LEC, solo está legitimada para plantear oposición a la ejecución hipotecaria por existencia de cláusula abusiva la parte ejecutada que ostente la condición de consumidor.

<sup>2</sup> Véase el acuerdo de unificación de criterios adoptado por la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia el 24 de mayo de 2013: «6) No será necesaria la comparecencia del art. 695.2<sup>o</sup> para tramitar la oposición del deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria si todas las partes están conformes en presentar alegaciones por escrito, teniendo en cuenta que la única prueba admisible es la documental».

<sup>3</sup> Nótese que, con posterioridad a la reforma introducida por la Ley 1/2013, la LEC ha sido modificada de nuevo por la Ley 8/2013. Tras ambas reformas, el artículo 552.1.II de la LEC prevé que en la ejecución ordinaria el juez dará a las partes un plazo de 15 días para realizar alegaciones y tras ello resolverá en el plazo de 5 días. En la ejecución hipotecaria, el artículo 695.2 de la LEC dispone que el juez convocará a las partes a una comparecencia (en la que solo se admitirá prueba documental), debiendo mediar 15 días desde la citación, y tras oír a las partes resolverá dentro del segundo día.

<sup>4</sup> El artículo 82.3 del TRLGDCU dispone: «El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa».

Abona esta tesis el hecho de que, en nuestro Derecho, la regulación de las cláusulas contractuales abusivas se recoge en la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios, en particular, en los artículos 82 a 91 del TRLGDCU<sup>5</sup>. Por tanto, para determinar quién debe ser considerado consumidor y puede formular la oposición a la ejecución hipotecaria por la vía del artículo 695.1.4.<sup>a</sup> de la LEC debe atenderse al concepto de consumidor recogido en el artículo 3 del TRLGDCU, conforme al cual «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

Además, no cabe otra interpretación a la vista de la exposición de motivos de la Ley 1/2013<sup>6</sup>, y de que esta a su vez hace referencia a la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz [TJCE 2013\89]), que trae causa de una ejecución hipotecaria en la que la parte ejecutada era un consumidor.

En apoyo de esta interpretación se encuentra igualmente la abundante jurisprudencia que excluye la aplicación de la normativa de consumidores a la parte demandada que no ostente tal condición<sup>7</sup>.

Especialmente ilustrativa resulta en este punto la STS de 9 de mayo de 2013 [RJ\2013\3088] que, en su párrafo 233, dice expresamente que «es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario».

En conclusión, solo puede plantear oposición a la ejecución hipotecaria por abusividad de una cláusula quien sea consumidor. Corolario lógico de lo anterior es que, cuando el ejecutado no sea consumidor, el juez no podrá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula. Si, pese a ello, la parte ejecutada formulare oposición por esta causa, deberá ser inadmitida o, en su caso, desestimada. En sentido desestimatorio de la oposición se pronuncian, por todos, el AJPI n.º 31 de Madrid de 20 de septiembre de 2013<sup>8</sup>, o el AJPI n.º 4 de Cieza de 28 de octubre de 2013<sup>9</sup> y el AJPI n.º 3 de Guadalajara de 12 de noviembre de 2013<sup>10</sup>.

— **Ámbito de aplicación objetivo:** ¿qué cláusulas pueden fundar la nueva causa de oposición y ser declaradas abusivas a los efectos de lo dispuesto en el artículo 695.1.4.<sup>a</sup> LEC?

Para contestar a esta pregunta hay que tener en cuenta, por un lado, el concepto de cláusula abusi-

<sup>5</sup> Resulta enormemente ilustrativo a estos efectos el preámbulo de la exposición de motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación («LCGC»), que prevé que «el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual». E, igualmente, el artículo 8.2 de la LCGC, al establecer que «serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». Nótese que la remisión a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios («LGDCU») debe entenderse efectuada, en la actualidad, al TRLGDCU.

<sup>6</sup> La exposición de motivos de la Ley 1/2013 dispone: «Este Capítulo recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquellas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve 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».

<sup>7</sup> La STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 18 de junio de 2012 [RJ 2012\8857] no considera aplicable a los demandados la legislación sobre consumidores en orden a valorar el carácter abusivo de los intereses pactados en un préstamo hipotecario. En el ámbito de las

ejecuciones hipotecarias, el AAP de Barcelona (Sección 1.<sup>a</sup>) de 28 de enero de 2013 [JUR\2013\65944] niega la consideración de consumidora a la promotora inmobiliaria ejecutada que impagó un crédito concedido para la ejecución de una obra «en la medida en que el crédito en cuestión no se concede para financiar una operación destinada a satisfacer una necesidad personal sino claramente empresarial, por lo que no resulta de aplicación la legislación tuitiva tomada en consideración en la instancia». Y la SAP de Girona (Sección 1.<sup>a</sup>) de 16 de octubre de 2012 [JUR\2012\395374], que razona: «Efectivamente no son aplicables dichas normas porque el demandado-prestatario no puede tener la consideración de consumidor o usuario si tenemos en cuenta la definición contenida en el artículo tercero del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre ( RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372 ), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias».

<sup>8</sup> Este Auto desestima la oposición de los ejecutados, que alegaron que la finalidad del préstamo era ayudar a un hijo de los deudores por problemas económicos, al entender que no son consumidores porque la finalidad del crédito «no fue más que un medio de financiación ajena».

<sup>9</sup> «El Auto desestima la oposición de los ejecutados por no ser consumidoras, ya que el préstamo concedido a la mercantil prestataria fue destinado a su actividad empresarial y los fiadores, personas físicas eran la administradora de la prestataria y su cónyuge.»

<sup>10</sup> «Este Auto dice que ninguno de los ejecutados (sociedad mercantil prestataria de hipotecantes no deudores personas físicas) es consumidor porque debe presumirse que la finalidad del préstamo suscrito por la entidad era la del ejercicio de la actividad empresarial.»

va y, por otro lado, las limitaciones que establece el artículo 695.1.4.<sup>a</sup> de la LEC en orden a la determinación de las concretas cláusulas supuestamente abusivas que pueden denunciarse a través del mecanismo de oposición a la ejecución hipotecaria.

Por lo que se refiere al concepto de cláusula abusiva, el artículo 82 del TRLGDCU define las cláusulas abusivas como «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

Por tanto, los requisitos que debe reunir una cláusula para ser considerada abusiva son:

- a) Que no sea negociada individualmente.
- b) Que, en contra de las exigencias de la buena fe, cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.
- c) Que ese desequilibrio perjudique al consumidor.

Téngase en cuenta a estos efectos que el concepto de cláusula abusiva y el de condición general no son coincidentes<sup>11</sup>. Así, las cláusulas abusivas han de reunir varios de los requisitos de las condiciones generales establecidos en el artículo 1.1 de la LCGC, como son la contractualidad, la predisposición y la imposición, pero no el de la generalidad (en el sentido de haber sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos)<sup>12</sup>. Por tanto, ni toda condición general es

una cláusula abusiva, ni tampoco toda cláusula abusiva necesariamente será condición general.

Sentado lo anterior, hay que tener presente que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la ejecución ordinaria, en el que la nueva causa 7.<sup>a</sup> de oposición introducida en el artículo 557.1 LEC consiste en «que el título contenga cláusulas abusivas», de tal manera que se permite discutir cualquier cláusula abusiva incluida en el título ejecutivo, en el ámbito de la ejecución hipotecaria no se puede alegar ni discutir la supuesta abusividad de cualquier cláusula contenida en la escritura de préstamo hipotecario, sino solo la de aquellas expresamente contempladas en el artículo 695.1.4.<sup>a</sup> LEC. En este sentido, el precepto dispone que «sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible»<sup>13</sup>.

Configurada en esos términos la nueva causa de oposición en la ejecución hipotecaria, todo apunta a que la voluntad del legislador ha sido la de limitar su ámbito de aplicación a fin de que solo se pueda alegar la abusividad de aquellas cláusulas de contenido económico que dan origen a la ejecución, bien por ser su fundamento, bien por determinar el importe reclamado. En definitiva, por decirlo así, no todas las cláusulas abusivas serán «idóneas» para fundar este nuevo motivo de oposición a la ejecución hipotecaria.

Esta solución parece compadecerse bien con la finalidad de la Ley 1/2013, que es hacer compatible la adecuada protección de los derechos e intereses de los consumidores (que se amplía al añadirse nuevos motivos de oposición), con la pretendida agilidad del proceso de ejecución hipotecaria<sup>14</sup>.

Atendiendo a lo expuesto, en puridad, para que pueda admitirse a trámite la oposición a la ejecución con base en lo dispuesto en el artículo 695.1.4.<sup>a</sup> LEC, no bastará con que la parte ejecuta-

<sup>11</sup> Esta distinción viene explicada con claridad en el preámbulo de la exposición de motivos de la «LCGC», que establece: «Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación. Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual».

<sup>12</sup> J. A. MARTÍN PÉREZ: «Contrato con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos adhesión», en I. SÁNCHEZ BARRIOS (dir.): *Estudios sobre consumo*, Valencia, 2012, págs. 336 y 337).

<sup>13</sup> Véase, en esta misma línea, A. M. SANTOS MARTÍNEZ: «El régimen de oposición a la ejecución hipotecaria tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo», *La Ley, Práctica de Tribunales*, número 103, julio-agosto 2013, pág. 90.

<sup>14</sup> Así resulta de lo dispuesto en la exposición de motivos de la Ley 1/2013, que reza: «El Capítulo III recoge diferentes modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria 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».

da invoque la mera existencia en la escritura de préstamo hipotecario de una cláusula supuestamente abusiva, sino que además tendrá que acreditar y justificar que esa cláusula constituye el fundamento de la ejecución o haya determinado la cantidad exigible. De lo contrario, en recta interpretación del artículo 695.1.4.<sup>a</sup> LEC, no deberá admitirse a trámite la oposición a la ejecución hipotecaria.

A este respecto, hay que tener en cuenta que, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica, tienen reiteradamente declarado el carácter tasado de las causas de oposición a la ejecución hipotecaria, que impide que puedan alegarse como motivos de oposición circunstancias distintas a las previstas en el artículo 695.1 LEC.

En todo caso, el hecho de que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 695.1.4.<sup>a</sup> LEC, no toda cláusula abusiva pueda fundar una oposición a la ejecución hipotecaria no significa que se niegue a la parte ejecutada la posibilidad de denunciar el pretendido carácter abusivo de tales cláusulas contractuales, sino solamente que para hacerlo deberá acudir, de conformidad con lo previsto en el artículo 698.1 LEC, al correspondiente procedimiento ordinario, cuya interposición, eso sí, no podrá tener efecto suspensivo alguno de la ejecución hipotecaria.

Con todo, debe advertirse que la LEC no ofrece un concepto de qué debe entenderse por cláusula abusiva que «constituya el fundamento de la ejecución» o «hubiese determinado la cantidad exigible», sino que se trata de conceptos jurídicos indeterminados. Esta indefinición comportará que, ante la invocación de esta causa de oposición, el juez tenga que analizar, caso por caso, cada una de las cláusulas denunciadas para determinar si superan el que podríamos denominar como «test de idoneidad» establecido en el artículo 695.1.4.<sup>a</sup> LEC y si, por tanto, son susceptibles de integrar alguno de los dos supuestos en él previstos.

La experiencia nos enseña que, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013 hasta el momento de la redacción del presente artículo, viene siendo habitual que los ejecutados aleguen todo tipo de cláusulas contractuales abusivas —con independencia de que tengan o no contenido económico— como fundamento de la nueva causa de oposición, si bien hay determinadas cláusulas cuya invocación como abusivas es más frecuente que otras. Estas cláusulas coinciden básicamente con las que examinó la STJUE de 14 de marzo de 2013, que motivó la

reforma introducida en la LEC por la Ley 1/2013 en este punto, y son aquellas en las que se establece (i) el tipo de intereses moratorios; (ii) la facultad de vencimiento anticipado; y (iii) la liquidación unilateral de la deuda por el acreedor. A continuación examinaremos brevemente el tratamiento que cabe dar a cada una de estas cláusulas a raíz de la Ley 1/2013, y si es posible apreciar su carácter abusivo en una ejecución hipotecaria.

#### — Intereses moratorios

Hay argumentos para defender (i) que la invocación de esta cláusula como abusiva podría no tener encaje en ninguno de los dos supuestos contemplados en el artículo 695.1.4.<sup>a</sup> LEC (ser fundamento de la ejecución y determinar la cantidad exigible) y (ii) que, en todo caso, la Ley 1/2013 ha introducido mecanismos correctores que permitirían, de ser aplicados adecuadamente, evitar su declaración como abusiva.

Por un lado, parece evidente que debe ser desestimada una oposición a la ejecución en la que se pretenda la declaración de abusiva de esta cláusula por ser supuestamente «el fundamento de la ejecución», ya que esta cláusula nunca lo constituye. La razón es obvia: el fundamento de la ejecución reside en el incumplimiento por el deudor de su obligación de pago del préstamo o crédito, y no en los intereses moratorios cuyo devengo solamente está pactado para esa situación de impago propiciada por el deudor.

Tampoco parece que haya razones para pensar que se puede proceder a la paralización de la ejecución hipotecaria como consecuencia de una oposición que alegue el carácter abusivo de esta cláusula con base en el argumento de que haya «determinado la cantidad exigible».

En este sentido, debe tenerse en cuenta la reforma operada por la Ley 1/2013 en materia de ejecuciones hipotecarias de viviendas habituales, por virtud de la cual, de un lado, el nuevo artículo 114.III LH ha introducido un límite máximo para los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual, de tal forma que «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero»<sup>15</sup> y, de otro lado, la disposi-

<sup>15</sup> La Ley de Presupuestos del Estado para 2013 (Ley 17/2012, de 27 de diciembre, BOE 28/12), en su disposición adicional trigésimo novena, establece el interés legal del dinero para el ejercicio 2013 en el 4,00%.

ción transitoria segunda de la Ley 1/2013 establece que «en los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, 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 recalcule aquella cantidad conforme a los dispuesto en el apartado anterior».

De la lectura e interpretación conjunta de ambos preceptos se desprende que, en toda ejecución hipotecaria en curso de vivienda habitual en que los intereses moratorios reclamados excedan del nuevo máximo legal, debe darse traslado al ejecutante para que los recalculen y ajuste a dicho tope. Con mayor motivo, puede sostenerse que, si la parte ejecutada alegase en su oposición el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios cuando todavía no se hubiere conferido ese traslado al ejecutante, deberá permitírsele a éste en todo caso acomodar los intereses moratorios al máximo legal establecido antes de resolver la oposición. No hacerlo sería ir contra el espíritu de la norma. En este sentido tampoco parecía aceptable que se impida al ejecutante el recálculo previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 por ser contraria a la Directiva, ya que ésta no tiene eficacia horizontal directa y la interpretación conforme al Derecho comunitario no puede ser una interpretación *contra legem*. De tal manera que solo tendría sentido que se prosiguiera la oposición planteada por este motivo y que el juez la resolviera cuando, pese al traslado conferido, el ejecutante no adecuase los intereses al máximo legal. Es más, incluso entonces, habría argumentos para defender que, llegado el caso, únicamente podría considerarse abusivo el importe de los intereses que excediera de ese límite, pero no la cláusula de intereses moratorios como tal.

En la práctica, bajo la vigencia de la Ley 1/2013, los juzgados vienen requiriendo al ejecutante para que, de conformidad con el régimen expuesto, recalculen la cantidad por la que se ha despachado ejecución teniendo en cuenta el nuevo límite de intereses de demora. Alguna resolución aislada ha exigido al ejecutante que, adicionalmente, presente documento fehaciente de liquidación de deuda expedido por notario, que acredite el nuevo importe de ésta. Entendemos que este requisito no es necesario, especialmente en el caso de que el ejecutante sea una entidad de crédito y el contrato sea mercantil, ya que será suficiente con que el Tribunal realice una sencilla operación aritmética o, en su caso, con

que el ejecutante practique una nueva liquidación<sup>16</sup> que sea objeto de posterior verificación judicial.

En cuanto a las ejecuciones hipotecarias de vivienda habitual que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, para evitar que pueda declararse el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora bastará con que el ejecutante limite su reclamación por este concepto al importe equivalente a tres veces el interés legal del dinero.

Con este sencillo mecanismo introducido por el legislador, consistente en el recálculo de intereses moratorios a fin de adecuarlos —solo si son superiores— al tope del artículo 114.III LH, parecen haberse reducido ostensiblemente (cuando no desvanecido por completo) las posibilidades prácticas de que pueda paralizarse una ejecución hipotecaria por el planteamiento de una oposición que denuncie la abusividad de la cláusula de intereses moratorios y de que esta última pueda ser apreciada judicialmente, al menos en la medida en que el ejecutante limite efectivamente los intereses de demora y la disposición transitoria segunda se aplique retroactivamente —como así se establece— a todos los préstamos con intereses moratorios vencidos y no pagados<sup>17</sup>.

A ello hemos de unir que la Ley 1/2013 refrenda de forma inequívoca la licitud, validez y exigibilidad de los intereses de demora en la ejecución hipotecaria —admitidas con carácter general por doctrina y jurisprudencia—. Y es que, efectivamente, al establecer un máximo legal de intereses de demora, la Ley respalda su reclamación en concepto de indem-

<sup>16</sup> J. MONTERO AROCA (*La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Valencia, 2012, pág. 634) sostiene que, en los casos en que el acreedor ejecutante sea una entidad de crédito y el contrato celebrado entre las partes sea mercantil, no cabe hablar de abrogación de los párrafos I a V del artículo 153 de la LH y, por tanto, subsiste a favor de las entidades de crédito el privilegio de la no necesidad del documento fehaciente (notarial) que acredite que la liquidación se ha hecho por el acreedor en la forma pactada.

Entre la jurisprudencia, cabe citar la STS de 16 de diciembre de 2009 [RJ 2010\702], que declara no abusiva la cláusula bancaria en la que se dice: «Se pacta expresamente que será prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad».

<sup>17</sup> Véase el AJPI n.º3 de Guadalajara de 11 de noviembre de 2013, que no considera abusiva la cláusula de interés moratorio del 25%, sin perjuicio de que quede sujeta a la limitación establecida en la Ley 1/2013 que no opera con efectos retroactivos, sino solo en cuanto a intereses todavía no abonados. El Auto entiende que el interés moratorio pactado está dentro de la normalidad en comercio.

nización de daños y perjuicios causados por el impago del deudor, si bien acota su importe en caso de ejecución de vivienda habitual.

Ese respaldo legal conlleva que, como se ha anticipado, la cláusula de intereses moratorios no pueda ser declarada *per se* como abusiva y que, a lo sumo, la ilicitud solo pudiera predicarse del importe de intereses que, en su caso, excediera del límite legal, pero no de la cláusula.

Por todo lo anterior, no parece que apenas quede margen para apreciar el carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios en ejecuciones hipotecarias de vivienda habitual en las que la parte ejecutada ostente la condición de consumidor, a no ser tan solo en aquellas en las que el bien ejecutado no sea su vivienda habitual, ya que a estas ejecuciones no les sería aplicable el límite del artículo 114.III LH y habría que analizar el carácter abusivo o no de los intereses caso por caso, sin que haya ningún límite legal ni jurisprudencial establecido al efecto. Pese a ello, es previsible que los juzgados y tribunales atiendan al límite del artículo 114.III LH como parámetro de abusividad en ejecuciones hipotecarias de inmuebles que no sean la vivienda habitual del consumidor<sup>18</sup>, lo que parece cuestionable. Por último, es obvio —por las razones ya apuntadas— que tampoco sería posible alegar ni apreciar el carácter abusivo de esta cláusula (ni la de cualquier otra) en las ejecuciones hipotecarias en las que la parte ejecutada no tenga la condición de consumidor.

Sin perjuicio de lo anterior, y para el eventual caso de que se apreciase el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios, cabe plantearse (i) las consecuencias de esa abusividad, partiendo de la base de que el legislador no ha determinado los efectos de su inaplicación, y (ii) si cabe o no la integración del contrato que deviene parcialmente nulo.

En cuanto a los efectos de la inaplicación de la cláusula de intereses moratorios, lo que no parece admisible es que, declarada la abusividad de la

cláusula por haber «*determinado la cantidad exigible*», se entienda que no puede continuarse la ejecución porque la cantidad reclamada es incorrecta e ilíquida. Es decir, la consecuencia de la declaración de esta cláusula como abusiva no puede ser el sobreseimiento de la ejecución, sino que, en todo caso, deberá proseguir la ejecución ya despachada —sin aplicar la cláusula abusiva— por las cantidades que fije el tribunal tras la realización de los correspondientes cálculos (bastaría con rehacerlos mediante simples operaciones aritméticas, a fin de excluir los intereses abusivos)<sup>19</sup>. De hecho, esta es la solución que ha sido introducida en el artículo 561.1.3.<sup>a</sup> de la LEC para la ejecución ordinaria (si bien dice «*despachando*» cuando ya se habrá despachado) y la ya prevista en el artículo 695.3 de la LEC en caso de estimación de la oposición basada en la causa 2.<sup>a</sup> de «*error en la determinación de la cantidad exigible*», que guarda cierta analogía con la nueva causa 4.<sup>a</sup>. Además, una interpretación sistemática de la LEC impone esta solución, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 558.1 de la LEC, que prevé la continuación de la ejecución aunque se plantee oposición por pluspetición, y en el artículo 575.2 de la LEC, que impide al tribunal denegar el despacho de ejecución aun cuando entienda que la cantidad debida es distinta de la fijada por el ejecutante en su demanda.

En relación con los procesos de ejecución ya iniciados a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, tampoco resulta aceptable que, en caso de declaración abusiva de esta cláusula, pueda acordarse la retroacción de las actuaciones al momento anterior al despacho de ejecución, ya que la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 limita la aplicación de las modificaciones que introduce en la LEC solamente a las actuaciones ejecutivas pendientes de realizar. Por tanto, estos procesos deberán proseguir por la cantidad que fije el tribunal, tras efectuar el recálculo correspondiente que, según lo dispuesto en la disposición transitoria segunda, solo podrá afectar a los intereses moratorios ya devengados que no hubieran sido satisfechos.

Sentado lo anterior, procede analizar si cabe la integración del contrato que deviene parcialmente nulo. En principio, pudiera pensarse en la posibili-

<sup>18</sup> Buena muestra de ello es el acuerdo adoptado en la jornada de unificación de criterios de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Castellón celebrada el 24 de mayo de 2013: «3<sup>o</sup>.- En cuanto al resto de los contratos de préstamo o crédito, se aplicará por analogía el límite establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, es decir, no podrán superar tres veces el interés legal del dinero, siempre y cuando el prestatario tenga la consideración de consumidor».

<sup>19</sup> Véase, en este mismo sentido, A. MARTÍNEZ DE SANTOS: «La novedosa oposición por el carácter abusivo de una cláusula contractual», *La Ley, Práctica de Tribunales*, número 103, julio-agosto 2013, pág. 93.

dad de integrarlo aplicando otro interés distinto al declarado abusivo, y ello con apoyo básicamente en los artículos 83.2 del TRLGDCU y 1258 del CC, en la aplicación supletoria de la ley dispositiva y en el principio de buena fe objetiva. Sin embargo, la STJUE de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto [TJCE\2012\143]) excluyó la posibilidad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula declarada abusiva. Con todo, un sector doctrinal sostiene que esta resolución no impide que el juez pueda integrar el contrato aplicando el Derecho dispositivo<sup>20</sup>. En medio del debate doctrinal y jurisprudencial que se ha abierto sobre el particular, en la Jornada de 8 de mayo de 2013 auspiciada por el CGPJ se concluyó lo siguiente<sup>21</sup>: «*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 esta misma línea, a nuestro juicio habría argumentos para defender que debería aplicarse algún tipo de interés sobre el principal vencido anticipadamente y hasta su completo pago, y que a estos efectos habrían de ser preferidos sobre cualesquiera

otros los intereses previstos en el artículo 114.III LH. En primer lugar, porque los establece una ley especial y posterior. En segundo lugar, porque la Ley 1/2013 consagra la exigibilidad de intereses moratorios hasta ese límite, y podría aducirse que eliminarlos del todo produciría un desequilibrio entre las partes en detrimento del acreedor, máxime si se tiene en cuenta que antes de la reforma no existía ninguna norma ni doctrina jurisprudencial que determinase la abusividad de intereses moratorios a partir de un determinado tipo o porcentaje. Y, en tercer lugar, porque si la cláusula declarada abusiva infringe una norma imperativa como el artículo 114.III LH, podría defenderse la aplicación directa del límite máximo de intereses previsto en esa norma imperativa, tal y como resuelve la SAP de Madrid (Sección 9.<sup>a</sup>), de 23 de mayo de 2013 [LA LEY 79659/2013]<sup>22</sup>. En defecto de lo anterior, y en último término, habría argumentos para defender la aplicación supletoria y automática (es decir, sin necesidad de integración del contrato por el juez) del interés moratorio previsto en el artículo 1108 CC23 (interés legal) desde el requerimiento judicial o extrajudicial de pago hasta el despacho de ejecución, momento a partir del cual se devengarían los intereses de la mora procesal del artículo 576 LEC24 (interés legal incrementado en dos puntos, que embebería el interés del artículo 1108 CC),

**20** Entre otros, A. SERRA RODRÍGUEZ («Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2153, abril de 2013, pág. 22) afirma: «*Pero ello no impide que, en otros supuestos de cláusulas abusivas, el juez pueda integrar el contrato, acudiendo a las fuentes de integración del contrato ex art. 1258 CC, en las que el Derecho dispositivo desempeña un papel fundamental como paradigma de ordenación equilibrada de los intereses de las partes. Es más, no se puede evitar que, declarada nula la cláusula abusiva, el Derecho dispositivo se aplique al contrato, aunque formalmente el juez no proceda a integrar la cláusula y moderar, en su caso, las consecuencias. Esta solución es la que se ha defendido para las cláusulas sobre intereses moratorios, en que declaradas abusivas por suponer una indemnización desproporcionadamente alta debería aplicarse el art. 1108 CC, que prevé, a falta de convenio, el interés moratorio sea el interés legal del dinero. Esto es, declarada la nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios excesivos se produciría una laguna contractual, que debe integrarse acudiendo al Derecho dispositivo*».

**21** Nos referimos a la Conclusión 8.<sup>a</sup> del Documento del CGPJ relativo a la Jornada de 8 de mayo de 2013 sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, con especial referencia al régimen transitorio. Este documento está disponible en el siguiente enlace: [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Tribunal\\_Supremo/En\\_Portada/Acta\\_y\\_conclusiones\\_de\\_la\\_Jornada\\_de\\_Jueces\\_y\\_Magistrados\\_sobre\\_sobre\\_clausulas\\_abusivas\\_en\\_los\\_contratos\\_hipotecarios\\_tras\\_las\\_jurisprudencia\\_del\\_TJUE](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/En_Portada/Acta_y_conclusiones_de_la_Jornada_de_Jueces_y_Magistrados_sobre_sobre_clausulas_abusivas_en_los_contratos_hipotecarios_tras_las_jurisprudencia_del_TJUE).

**22** Esta resolución dice: «*Teniendo en cuenta que el demandado tiene la condición de consumidor, y si bien no costa en los autos, si la vivienda sobre la que recayeron los préstamos estaba destinada a vivienda habitual, debe entenderse aplicable dicha normativa al presente caso, toda vez que ha de entenderse que dada la nulidad de la cláusula de intereses de demora, y que el propio legislador ha previsto en la ley 1/2013 la limitación de intereses de demora, son dichos intereses los que deben aplicarse desde la fecha de la interposición judicial*».

Entre la doctrina, esta posibilidad es apuntada por A. SERRA RODRÍGUEZ («Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2153, abril de 2013, pág. 20), que afirma: «*Si la cláusula abusiva es, además y principalmente, ilícita por vulnerar una norma imperativa —por ejemplo, por permitir al prestamista practicar unas deducciones superiores a las previstas en el art. 30.2 LCCC en caso de reembolso anticipado por el consumidor o por imponer la renuncia de la notificación de la cesión del crédito—, la integración del contrato se llevará a cabo mediante la sustitución de la cláusula nula por el contenido de la norma imperativa vulnerada —esto, aplicando los límites máximos previstos en el art. 30.2 o exigiendo la notificación de la cesión al consumidor, según el art. 31 LCC—*». Con todo, a continuación esta autora se muestra partidaria (véase *op. cit.*, pág. 22) de integrar el contrato acudiendo al Derecho dispositivo y de aplicar el artículo 1108 CC cuando la cláusula de intereses moratorios sea declarada abusiva.

**23** En este mismo sentido se pronuncia el AAP de Valladolid de 24 de octubre de 2013.

**24** Véase el AJPI n.º 6 de Valencia de 16 de septiembre de 2013.

por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 816.2.II LEC, que establece su devengo en el monitorio desde que se dicte el auto que despache la ejecución.

— *Vencimiento anticipado*

A diferencia de lo previsto en relación con los intereses moratorios, la Ley 1/2013 no ha establecido un régimen transitorio a propósito del cambio introducido en la regulación del vencimiento anticipado, ni ha previsto que esta sea de aplicación a escrituras de préstamo o crédito hipotecario otorgadas con anterioridad a la reforma. Tampoco se ha contemplado una aplicación retroactiva de la Ley 1/2013, en bloque, a todos los contratos vigentes a su entrada en vigor. Esto implica, en puridad, que la nueva redacción del artículo 693 de la LEC, que exige el impago de un mínimo de tres plazos mensuales para el vencimiento anticipado, solo debería aplicarse a escrituras otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y no a escrituras anteriores, máxime cuando con base en ellas ya se hayan instado ejecuciones en curso. Las escrituras anteriores se registrarán por la redacción antigua del precepto (que permitía el vencimiento anticipado por impago de una sola cuota), y no por la nueva<sup>25</sup>. De hecho, este es el criterio que ya están siguiendo algunos juzgados y tribunales<sup>26</sup>.

En todo caso, aun cuando la nueva redacción del artículo 693 de la LEC fuera de aplicación retroactiva y se hubiera pactado el vencimiento anticipado por el incumplimiento de una sola cuota, no podrá prosperar la oposición fundada en el carácter abusivo de esta cláusula si la ejecución hipotecaria se hubiese instado una vez impagadas tres o más cuotas, ya que, más allá del tenor literal de la cláusula, deberá atenderse al uso que de la facultad de vencimiento anticipado se haga por el acreedor en cada caso concreto<sup>27</sup>.

También conviene destacar que, al igual que sucede con los intereses moratorios, la Ley 1/2013 ha respaldado la validez y licitud de la facultad de vencimiento anticipado, que ya había sido reconocida con carácter general por doctrina y jurisprudencia, lo que descarta la posibilidad de que pueda ser declarada abusiva siempre y cuando el ejecutante inste la ejecución hipotecaria cuando ya se hayan impagado, al menos, las tres cuotas exigidas por el nuevo artículo 693 de la LEC. Refuerza esta idea de falta de abusividad el hecho de que el artículo 693 LEC cumple la exigencia impuesta por la STJUE de 14 de marzo de 2013 de ofrecer al ejecutado un instrumento para poner remedio al vencimiento anticipado, como es el de la rehabilitación del préstamo.

Por todo ello, parece que la incidencia práctica de esta causa de oposición puede ser más bien relativa, máxime si se tiene en cuenta que lo habitual es que, cuando se insta una demanda de ejecución hipotecaria, ya se hayan impagado tres o más cuotas, siendo muy infrecuentes los supuestos de ejecución por una sola cuota impagada. Además, aun en el caso de que se declarase abusiva la cláusula y se sobreseyese la ejecución, nada impediría que el acreedor pudiese volver a presentar su demanda una vez impagadas tres o más cuotas<sup>28</sup>.

— *Liquidación unilateral de la deuda por el acreedor*

Es importante subrayar que no haya habido ninguna reacción por parte del legislador en la Ley 1/2013 acerca de la cláusula por la que se confiere al acreedor la facultad de liquidar unilateralmente el saldo deudor, y ello pese a que se trataba de una de las tres cláusulas examinadas por la STJUE de 14 de marzo de 2013.

La explicación debemos encontrarla, sin duda, en que la validez y licitud del «pacto de liquidez» o «de liquidación» y de la facultad del acreedor de certificar la deuda está generalmente admitida en

<sup>25</sup> Y ello por aplicación de lo dispuesto en los artículos 2.3 del CC y 2 de la LEC.

<sup>26</sup> Véase el acuerdo de unificación de criterios adoptado por la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia de 24 de mayo de 2013: «5) Las previsiones legales sobre el contenido de la escritura de constitución de hipoteca (...) en lo relativo al convenio sobre vencimiento anticipado (art. 693.2º LEC), habrán de entenderse sólo aplicables a las escrituras otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley».

<sup>27</sup> A esta misma conclusión se llegó en la Jornada del CGPJ de 8 de mayo de 2013, cuya Conclusión 7.<sup>ª</sup> dice: «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 el mismo sentido, véase V. GIMENO SENDRA: «Las cláusulas abusivas», *Diario La Ley*, 3286/2013, número 8116, de 1 de julio de 2013, pág. 5.

Del mismo modo se pronuncia el AJPI n.º 3 de Guadalajara de 11 de noviembre de 2013.

<sup>28</sup> V. GIMENO SENDRA: «Las cláusulas abusivas», *Diario La Ley* 3286/2013, número 8116, de 1 de julio de 2013, pág. 5.

nuestro Derecho<sup>29</sup> y en que su regulación no se aparta del Derecho comunitario y ofrece garantías suficientes de defensa al deudor. Así se desprende de los diversos supuestos en que se ha previsto expresamente esta facultad. Tal es el caso del artículo 153 de la LH que, en sede de hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, confiere al deudor la posibilidad de que oponga error o falsedad de la certificación del saldo expedida por el acreedor. Y lo mismo cabe decir de lo previsto en el artículo 695.1.2.<sup>a</sup> de la LEC —cuya aplicabilidad está reservada para el caso de que la hipoteca esté constituida en garantía de saldo en cuenta corriente—, que permite al deudor oponer en la ejecución hipotecaria el «*error en la determinación de la cantidad exigible*». Precisamente, si lo que pretende el deudor es cuestionar la corrección de la liquidación efectuada por el acreedor hipotecario, en los casos en que la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado tendrá que esgrimir la específica causa 2.<sup>a</sup> de oposición que ya preveía el artículo 695.1 LEC, y no la nueva causa 4.<sup>a</sup> de oposición.

Sentada la validez de esta cláusula, y disponiendo el deudor de diversos cauces para alegar el error, no parece viable que pueda declararse su abusividad por la vía del artículo 695.1.4.<sup>a</sup> de la LEC<sup>30</sup>.

— Ámbito de aplicación temporal: ¿cuándo puede apreciarse de oficio o a instancia de parte el carácter abusivo de una cláusula?

La Ley 1/2013 acota los momentos procesales oportunos en que puede apreciarse el carácter abusivo de una cláusula, ya sea de oficio o a instancia de parte. Fuera de estos casos, no cabrá examinar la abusividad de ninguna cláusula del contrato de préstamo o crédito hipotecario.

En cuanto a la alegación a instancia de parte, a tenor de lo dispuesto en el artículo 695.1 de la LEC, la parte ejecutada solo podrá denunciar este carácter abusivo en el trámite de oposición a la ejecución hipotecaria. Por tanto, una vez formulada y resuelta la oposición —entiéndase que en el sentido de continuar la ejecución— o, en su caso, trans-

currido el plazo sin que el ejecutado se haya opuesto, este ya no podrá invocar de nuevo en la ejecución hipotecaria la abusividad de cláusula alguna.

Por lo que se refiere a la apreciación de oficio de la abusividad de una cláusula, el legislador solo ha previsto expresamente esta facultad del juez en un nuevo párrafo añadido al apartado 1 del artículo 552 de la LEC, cuyo rótulo es «*Denegación del despacho de la ejecución*», de lo que se colige que únicamente puede hacer uso de esa facultad durante la fase de examen de la demanda previa al despacho de la ejecución o a su denegación.

Esta interpretación es compatible con la jurisprudencia del TJUE, que tiene reiteradamente declarado que el juez nacional deberá apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual «*tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello*»<sup>31</sup>, a cuyo efecto precisa que podrá hacerlo «*cuando examine la admisibilidad de una demanda*»<sup>32</sup> o «*incluso en el momento de la apreciación de su competencia territorial*»<sup>33</sup>. Trasladando esa doctrina a nuestro proceso de ejecución, el legislador español, en virtud del principio de autonomía procesal, ha establecido el momento previo al despacho de la ejecución<sup>34</sup> como el único en que el juez puede valorar de oficio «*ad limine*» el carácter abusivo de una cláusula contractual. En conclusión, una vez que el juez decida despachar la ejecución, no podrá volver a examinar de oficio la abusividad, salvo que la parte ejecutada se oponga a la ejecución por esta razón<sup>35</sup>.

31 SSTJUE de 21 de febrero de 2013 (Caso Banif) [TJCE\2013\46] y de 6 de octubre de 2009 (Caso Asturcom) [TJCE\2009\309] y STJCE de 4 de junio de 2009 (Caso Pannon) [TJCE\2009\155].

32 STJUE de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto) [TJCE\2012\143], de la que se desprende que el control de oficio debe realizarse *ab limine litis* en los procesos monitorios; STJCE de 27 de junio de 2000 (Caso Océano) [TJCE\2000\144]; y STJCE de 4 de junio de 2009 (Caso Pannon) [TJCE\2009\155].

33 STJCE de 4 de junio de 2009 (Caso Pannon) [TJCE\2009\155].

34 Sobre la incorrección de emplear el término «*admisión de la demanda*» en un proceso de ejecución, J. MONTERO AROCA (La ejecución de la hipoteca inmobiliaria, Valencia, 2012, pág. 653), señala: «*La diferencia terminológica entre admisión de la demanda y despacho de la ejecución no es, pues, baladí, sino que responde plenamente a la distinción entre proceso de declaración y proceso de ejecución. En todos los procesos de ejecución, y no sólo en los anteriores juicios ejecutivos, la primera decisión que ha adoptar [sic] el Juez radica en despachar o en denegar la ejecución, y para ello ha de atender, no a la actuación del derecho material o sustantivo, sino a la aplicación del Derecho procesal.*»

35 Véase, en el mismo sentido, A. MARTÍNEZ DE SANTOS: «*La novedosa oposición por el carácter abusivo de una cláusula contractual*», *La Ley, Práctica de Tribunales*, número 103, julio-

29 Entre la jurisprudencia, véase, por todas, la STS de 16 de diciembre de 2009 [RJ 2010\702], y las que cita.

30 Según el acta (véase la pág. 11) de la Jornada del 8 de mayo de 2013 auspiciada por el CGPJ, el Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo, D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, manifestó respecto de esta cláusula que «*no considera que sea abusiva, siempre que exista un trámite para alegar el error*».

### 3.3 · Modificaciones introducidas en la subasta

Las modificaciones introducidas en el ámbito de la subasta afectan principalmente (i) al importe a consignar para tomar parte en ella; (ii) a la posibilidad del poseedor de la finca de colaborar al buen fin de la subasta como medio para reducir en una pequeña cuantía el importe de la deuda hipotecaria; (iii) al término concedido al rematante para consignar la diferencia entre el depósito y el precio del remate; (iv) al importe mínimo de adjudicación del bien hipotecado al ejecutante en caso de subasta desierta; y (v) al orden de imputación de pagos en caso de que el producto de la subasta no sea suficiente para cubrir todas las responsabilidades del deudor hipotecario.

#### (i) Reducción del importe a consignar para participar en la subasta

Una de las medidas introducidas con la finalidad de flexibilizar el régimen ha sido la disminución del importe a consignar o a avalar para poder participar en la subasta, que se ha reducido del 20% del valor de tasación del inmueble a un 5%. La medida es de aplicación a todo procedimiento de ejecución. A este efecto, la Ley 1/2013 modificó el artículo 647 de la LEC; pero no el artículo 669, que continuó haciendo referencia al 20% del valor de tasación como importe a consignar o avalar. El olvido del legislador ha sido remediado por virtud del Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de Medidas Urgentes de Naturaleza Tributaria, Presupuestaria y de Fomento a la Investigación, el Desarrollo y la Innovación, por el que se ha modificado también este último artículo para acomodarlo al nuevo importe.

Con esta modificación el legislador ha decidido facilitar el acceso a la subasta, a pesar del mayor riesgo de quiebra que supone, ya que el efecto disuasorio que produce la pérdida de un 5% del valor de tasación siempre será menor que el que produce la pérdida del 20%.

#### (ii) La colaboración del poseedor de la finca hipotecada y la reducción del importe de la responsabilidad hipotecaria

Uno de los aspectos novedosos de la Ley 1/2013 ha sido la previsión de una pequeña reducción del

importe de la deuda hipotecaria como medida para incentivar la colaboración del poseedor de la finca hipotecada al buen fin de la subasta. En este sentido, se establece que durante el plazo que se da entre el anuncio de la subasta y su celebración cualquier interesado podrá solicitar que se le permita inspeccionar el inmueble objeto de la subasta. El tribunal lo pondrá en conocimiento de quien se halle en su posesión y requerirá al efecto su consentimiento. Cuando el poseedor del bien consienta la inspección y en general colabore al éxito de la subasta, podrá solicitar al tribunal una reducción de la deuda hipotecaria de hasta un 2% del valor por el que hubiese sido adjudicada. La decisión la adoptará el tribunal en función de las circunstancias concurrentes y previa audiencia al ejecutante por término de cinco días.

#### (iii) Ampliación del término para que el rematante consigne el precio de adjudicación

Otra de las medidas de flexibilización introducidas ha consistido en el aumento del plazo concedido al rematante para consignar la diferencia entre el importe depositado para participar en la subasta y el precio de remate, de 20 a 40 días. En este caso, la medida se ha introducido dando nueva redacción al artículo 670 de la LEC relativo a la subasta de bienes inmuebles, por lo que resulta de aplicación a todo supuesto de realización de este tipo de bienes.

Con este aumento de plazo se ha podido querer diluir el mayor riesgo de quiebra de la subasta que deriva de la reducción del importe del depósito previo. Este mayor plazo concedido podrá resultar sumamente útil al rematante para acceder y negociar eventuales fuentes de financiación.

#### (iv) Límite mínimo para la adjudicación al ejecutante en caso de subasta desierta

Con la intención de proteger al deudor persona física, la Ley 1/2013 eleva nuevamente el límite mínimo establecido para la adjudicación del inmueble subastado al acreedor ejecutante en caso de subasta desierta. Como se recordará, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la reha-

bilitación y de simplificación administrativa, sorprendió elevando ese límite mínimo de adjudicación al 60% del valor de tasación. Se reformó para ello el artículo 671 de la LEC, por el que el límite mínimo afectaba a todo supuesto de realización forzosa de inmuebles, sin distinción en función de que se tratase de la vivienda habitual o no. Ello determinó que la reforma fuese objeto de una profunda crítica. Pocos meses después, por virtud de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, el nuevo límite mínimo se recondujo al caso en el que el inmueble subastado fuese la vivienda habitual del deudor. En todos los demás casos continuaría rigiendo el límite mínimo anterior a la reforma: 50% del valor del bien o la cantidad que se deba por todos los conceptos. A este efecto se introdujo en la LEC la disposición adicional sexta. La cuestión que surgió entonces fue la de qué debía entenderse por vivienda habitual y cómo resolver aquellos supuestos en los que se podía plantear discrepancia a propósito de la condición del inmueble. La posición que ganó mayor aceptación fue que el concepto de vivienda habitual debía asimilarse al concepto de residencia habitual del artículo 40 del Código Civil.

Hoy, con la reforma operada por virtud de la Ley 1/2013, se ha vuelto a elevar el límite mínimo para la adjudicación al acreedor ejecutante del inmueble que constituya la vivienda habitual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta, siempre que la cantidad que se debe por todos los conceptos sea superior a este valor. Cuando la cantidad que se deba por todos los conceptos sea inferior al 70% del valor por el que el bien sale a subasta continuará rigiendo el 60% como límite mínimo para la adjudicación. Mejorando la técnica legislativa se ha aprovechado para traer al cuerpo de la LEC, en particular al artículo 671, la previsión contenida en aquella disposición adicional sexta que se introdujo por virtud de la Ley 37/2011.

Para facilitar la calificación del inmueble subastado y la determinación de si constituye vivienda habitual, se ha introducido un apartado 3 en el artículo 21 de la Ley Hipotecaria, en el que se establece que en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá hacerse constar el carácter, habitual o no, que pretenda asignarse al inmueble gravado. La expresión en la escritura de préstamo hipotecario de que se trata de la vivienda habitual del deudor llevará aparejada la presunción *iuris tantum* de que en el momento de la ejecución hipotecaria el inmueble constituye efectivamente vivienda habitual.

En la medida en que el artículo 671 se encuentra en sede de ejecución ordinaria —siendo aplicable a los procedimientos de ejecución hipotecaria como consecuencia de la remisión del artículo 681 de la LEC—, se ha alabado que el artículo deje de referirse al «valor de tasación» para fijar el límite mínimo de ejecución y se refiera al «valor por el que el bien hubiera salido a subasta», que, en ejecución ordinaria, puede no coincidir con el valor de tasación como consecuencia de la liquidación de cargas.

#### **(v) Regla de imputación de pagos en caso de que el importe consignado resulte insuficiente para saldar principal, intereses y costas**

Otra de las medidas introducidas con la finalidad de proteger al deudor hipotecario es la regla de imputación de pagos del artículo 654.3 de la LEC. Frente a la regla general del artículo 1173 del Código Civil se establece que en aquellos casos en los que el importe obtenido resulte insuficiente para saldar la cantidad por la que se hubiese despachado ejecución, los intereses y las costas, la cantidad obtenida se imputará por el siguiente orden: (i) intereses remuneratorios, (ii) principal, (iii) intereses moratorios y (iv) costas. Al anteponer el principal sobre los intereses moratorios, se consigue que se cubra una mayor parte de principal con la finalidad de reducir el importe que por intereses pudieran continuar devengándose.

Nuevamente nos encontramos ante una reforma que afecta a todos los procedimientos de ejecución.

#### **3.4 · Vencimiento anticipado de la deuda hipotecaria y liberación del bien en la subasta**

El artículo 693 de la LEC, relativo al vencimiento anticipado del crédito hipotecario y a la facultad de liberación de la vivienda habitual hipotecada concedida al deudor, ha sido objeto de una doble reforma.

Por lo que se refiere al vencimiento anticipado del crédito se ha establecido que el ejercicio de esta facultad requerirá, como mínimo, el impago de tres cuotas mensuales, o para aquellos casos en los que las cuotas vengán establecidas en distinto cómputo temporal, un número de ellas equivalente a una situación de impago prolongada durante al menos tres meses. El notario deberá hacerlo constar así en la escritura de constitución de la hipoteca. Antes de la reforma no existía previsión sobre el número de

cuotas que debían resultar impagadas para dar por vencida anticipadamente la deuda, lo que se traduciría en la posibilidad teórica de declarar el vencimiento anticipado en caso de impago de una única cuota, admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al amparo del principio de libertad de pactos que consagra el artículo 1255 del Código Civil. No obstante, es extraño el supuesto en que la entidad bancaria procede a declarar el vencimiento anticipado con una única cuota vencida, por lo que el alcance práctico de la nueva medida, sin duda bienintencionada, parece limitado.

Específicamente, por lo que se refiere a la facultad concedida al deudor hipotecario para liberar el bien hipotecado que constituya su vivienda habitual, hasta la Ley 1/2013 el deudor hipotecario podía, sin consentimiento del ejecutante, liberar el bien hipotecado que constituía su vivienda habitual mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida al tiempo de interponer la demanda, además de la que hubiese vencido y permaneciese impagada al tiempo de ejercicio de la facultad de liberación, siempre que no hubiese hecho uso de esta facultad en ocasiones anteriores o, si lo hubiese hecho, mediasen al menos cinco años entre la fecha de liberación y el requerimiento judicial o extrajudicial del acreedor. Como medida de protección al deudor persona física, se reduce ese plazo mínimo que debe existir entre la fecha de liberación y la fecha del requerimiento del acreedor a tres años.

### 3.5 · Limitación de las costas en casos de ejecución de vivienda habitual

La Ley 1/2013 introduce un apartado 1bis al artículo 575 de la LEC por virtud del cual limita el importe de las costas que resultan exigibles al deudor ejecutado en supuestos de ejecución de vivienda habitual al 5% de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva (que incluye principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, más el 30% presupuestado para intereses y costas de la ejecución).

La inserción de este inciso en el artículo 575 de la LEC pone de manifiesto una mejorable técnica legislativa, ya que su objeto no guarda relación con el del resto del precepto. Así, mientras que el nuevo inciso hace referencia —para limitarlas— a las costas «definitivas» de la ejecución, que son aquellas que resultan de la tasación aprobada por el juzgado al final del proceso, el resto del precepto regula las

cantidades por las que se despacha o inicia la ejecución, entre las cuales se incluye la presupuestada con carácter «provisional» en concepto de intereses y costas que pudieran devengarse durante la ejecución, que no podrá exceder del 30% de lo reclamado en la demanda y que será objeto de ulterior liquidación y tasación por el juzgado al final del proceso a fin de determinar los intereses y costas realmente devengados. Por razones de sistemática, quizá esta nueva norma habría encontrado una mejor ubicación en el artículo 539.2 de la LEC, que dispone que las costas de la ejecución debe soportarlas el ejecutado sin necesidad de expresa imposición, o en el artículo 583 de la LEC, que regula la obligación de pago por el ejecutado de las costas de la ejecución.

Conviene aclarar que la inadecuada ubicación del inciso en el artículo 575 de la LEC no significa que se esté reduciendo ese máximo del 30% presupuestado para intereses y costas de la ejecución. Este porcentaje no varía, sin perjuicio de que, en el momento de su liquidación al final del proceso, las costas exigibles al deudor se limiten al 5% de lo reclamado en caso de ejecución de vivienda habitual. En cualquier caso, en las ejecuciones hipotecarias habrá que atenerse a los límites de responsabilidad pactados para intereses y costas en la escritura de constitución de hipoteca.

En la práctica, lo que se hace bajo la vigencia de la Ley 1/2013 para dar cumplimiento a la nueva norma es reducir proporcionalmente los honorarios de abogado y procurador, excluyendo la tasa judicial<sup>36</sup>, hasta ajustarlos al 5% de la cantidad reclamada en la demanda.

### 3.6 · Quita del remanente de deuda en ejecuciones de vivienda habitual

Lejos de suprimir el artículo 579 de la LEC, el legislador ha aprovechado la Ley 1/2013 para volver a refrendarlo (como ya hiciera con ocasión de la

36 El Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, reformó el apartado 7.º del artículo 241.1 de la LEC excluyendo de la tasación de costas la tasa abonada por el acreedor al inicio de los procesos de ejecución (hipotecario u ordinaria) derivados de préstamos o créditos hipotecarios concedidos para la adquisición de la vivienda habitual y dirigidos contra el ejecutado o los avalistas.

Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que modificó su redacción), incorporándole un apartado 2, en el que, para disipar cualquier duda, establece de forma expresa que no cabe suspender la ejecución ordinaria en la que se reclame la deuda no cubierta con la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual. Tras ello, introduce las dos siguientes especialidades aplicables a estas ejecuciones ordinarias:

(i) En el apartado a) se prevé la liberación del ejecutado que (i) en el plazo de 5 años desde el decreto de aprobación del remate o adjudicación de la vivienda habitual, abone el 65% de la deuda pendiente, incrementada con el interés legal, o que (ii) en el plazo de 10 años desde el decreto de aprobación del remate o adjudicación abone el 80% de esa deuda. Con esta medida el legislador ha dado carta de naturaleza a una práctica habitual de algunas entidades de crédito, consistente en pactar con el deudor hipotecario una dación de su vivienda para pago a cuenta de la deuda, con aplazamiento del pago del remanente y la previsión de su condonación parcial en caso de pago de un determinado porcentaje. Por otro lado, nótese que, sin perjuicio de lo anterior, la norma faculta al acreedor para reclamar la totalidad de la deuda cuando no se den los supuestos previstos en este apartado a).

(ii) En el apartado b) se establece la quita parcial de la deuda pendiente en un 50% de la plusvalía que el ejecutado que se adjudicó la vivienda habitual subastada, o el cesionario de su derecho —o cualquier sociedad de su grupo—, obtenga por su venta (se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutado), siempre que la transmisión tenga lugar en los 10 años siguientes a la adjudicación. De esta manera, se hace partícipe al ejecutado de la eventual revalorización de la vivienda<sup>37</sup>. En relación con esta medida, el inciso final del precepto prevé que el secretario judicial ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, en la redacción dada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas («Ley 8/2013»), estable-

ce la aplicabilidad del supuesto contemplado en el apartado a) a las ejecuciones de vivienda habitual en las que se haya producido la adjudicación antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, siempre que a esa fecha no se hubiese satisfecho completamente la deuda ni hubiesen expirado los plazos regulados en ese apartado. Si estos plazos venciesen durante el 2013, se prorrogarán hasta el 1 de enero de 2014<sup>38</sup>. En todo caso, se prohíbe que la aplicación de esta norma suponga la obligación del ejecutado de devolver las cantidades ya abonadas por el ejecutado.

#### 4 · VENTA EXTRAJUDICIAL

El procedimiento de venta extrajudicial del bien hipotecado estaba regulado en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, desarrollado a su vez por los artículos 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 declaró la inaplicación del párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria por entender que las referencias de este artículo a un procedimiento de ejecución resultaban contrarias a la Constitución, cuyo artículo 117 reservaba la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a los juzgados y tribunales. Esta consideración afectó a los artículos 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario por virtud del principio de jerarquía normativa. La vigente LEC modificó el párrafo segundo del referido artículo 129 de la Ley Hipotecaria, por lo que en resoluciones posteriores el Tribunal Supremo matizó aquellos pronunciamientos que se habrían referido a una dicción del artículo anterior a la entrada en vigor de la Constitución.

Hoy, con la reforma operada por virtud de la Ley 1/2013, se dota al artículo 129 de la Ley Hipotecaria de una mayor extensión. El precepto regula ampliamente el procedimiento de venta extrajudicial, con lo que se eleva el rango de las disposiciones que regulaban este procedimiento, reforzando con ello su legalidad. Así, en paralelo a las reformas introducidas en el ámbito de la ejecución hipotecaria, el artículo 129 de la Ley Hipotecaria establece

37 J. MARTÍN PASTOR: «La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», *Diario La Ley*, n.º 8085, Sección Documento on-line, 17 mayo 2013, pág. 4.

38 La Ley 8/2013 ha modificado la redacción de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013. En su dicción originaria, esta disposición preveía la aplicabilidad de ambos apartados a) y b) del artículo 579.2 de la LEC a las adjudicaciones de vivienda habitual anteriores a la entrada en vigor de la ley. Pero la Ley 8/2013 ha suprimido la aplicación del apartado b) a tales adjudicaciones y ha mantenido únicamente la del apartado a).

que el procedimiento de venta extrajudicial se ajustará a las reglas siguientes:

(i) El valor en el que los interesados hayan tasado la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser inferior al que se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial ni, en cualquier caso, inferior al 75% del valor señalado en la tasación que se haya realizado de conformidad con la Ley 2/1985, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

(ii) En paralelo a la previsión introducida en el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, se establece que, en la estipulación separada en la que las partes pactan la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial, deberá constar también el carácter habitual o no de la vivienda, de forma que cuando conste ese carácter de vivienda habitual se presumirá que el inmueble es también vivienda habitual en el momento de la venta. La presunción se establece también con carácter *iuris tantum*, ya que admite prueba en contrario.

(iii) La venta extrajudicial podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones de cuantía inicialmente determinada, cuyos intereses ordinarios y de demora hayan sido liquidados según lo previsto en el título y de acuerdo con las limitaciones del artículo 114 de la LEC. Cuando el contrato de préstamo prevea amortizaciones parciales de capital a la solicitud de venta extrajudicial, deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones ya realizadas y sus fechas, así como el documento fehaciente en el que conste haberse practicado la liquidación en la forma pactada en la escritura. En todos aquellos casos en los que se hayan pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse el documento fehaciente que acredite que la liquidación se ha realizado en la forma pactada por las partes.

(iv) La venta se realizará a través de una única subasta, cuyas condiciones y tipos serán los que establece la LEC. La subasta tendrá carácter electrónico y se desarrollará en el portal de subastas que al efecto dispondrá el BOE.

(v) El notario, cuando considere que alguna de las cláusulas del crédito hipotecario que sirven de fundamento a la venta extrajudicial o que determinen la cantidad exigible puede resultar

abusiva, lo pondrá en conocimiento de las partes a los efectos oportunos.

(vi) En cualquier caso, el notario deberá suspender la venta cuando cualquiera de las partes acredite haber sometido a enjuiciamiento el carácter abusivo de las cláusulas que sirven de fundamento a la venta extrajudicial o resulten determinantes de la cantidad exigible. La impugnación se sustanciará por los trámites y con los mismos efectos que los previstos para la causa de oposición fundada en la existencia de cláusulas abusivas del artículo 695.1.4 de la LEC. Si, sustanciada la cuestión, se concluye que la cláusula en cuestión no resulta abusiva, el notario proseguirá la venta a requerimiento del acreedor.

(vii) Expedición por el notario, a la finalización del procedimiento, de una certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente, con distinción del principal, intereses remuneratorios, intereses de demora y costas, con aplicación de las reglas de imputación del artículo 654 de la LEC. Cualquier discrepancia sobre las cantidades pendientes se dilucidará en el correspondiente juicio verbal que habrán de incoar las partes.

(viii) La LEC tendrá carácter supletorio en todo lo no previsto por la Ley y el Reglamento Hipotecario, resultando aplicable el artículo 579.2 de la LEC.

## 5 · SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS

El capítulo I de la Ley 1/2013 regula, como medida de carácter excepcional y temporal, de aplicación a los procesos de ejecución hipotecaria y a la venta extrajudicial, la suspensión inmediata de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, cuando estas hubiesen sido adjudicadas al acreedor o a persona que actúe por su cuenta.

Se trata de una medida que fue inicialmente aprobada por el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de Medidas Urgentes para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios («RD-L 27/2012»). La Ley 1/2013 no solo convalida «tácitamente» (ya que no lo cita expresamente) el RD-L 27/2012, sino que además procede a ampliar su ámbito —subjetivo y temporal— de aplicación.

### 5.1 · Ampliación de su ámbito subjetivo de aplicación

La Ley 1/2013 mantiene como posibles beneficiarios a los deudores hipotecarios que cumplan los dos tipos de requisitos —tanto personales y familiares como económicos— ya previstos en el RD-L 27/2012, y modifica los requisitos económicos de tal forma que se amplía el colectivo de posibles sujetos beneficiarios.

El umbral de ingresos de la unidad familiar previsto en el RD-L 27/2012 de hasta tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples («IPREM»<sup>39</sup>) —índice de referencia que se publica anualmente en la Ley de Presupuestos que sustituye al Salario Mínimo Interprofesional para la concesión de ayudas y subsidios en función de los ingresos— se eleva hasta cuatro o cinco veces dependiendo de si concurren situaciones de discapacidad, dependencia o enfermedad grave en algún miembro de la unidad familiar o en el propio ejecutado.

### 5.2 · Ampliación de su ámbito temporal de aplicación

La Ley 1/2013 prevé la paralización de los lanzamientos de la vivienda habitual por dos años desde su entrada en vigor, es decir, hasta el 15 de mayo de 2015. Por su parte, el RD-L 27/2012 establecía esta suspensión hasta el 16 de noviembre de 2014. La falta de previsión de un régimen transitorio en la Ley 1/2013 plantea dudas respecto del encaje de estos dos plazos en relación con aquellos deudores que hayan solicitado y obtenido la paralización del lanzamiento con base en el RD-L 27/2012.

Por un lado, podría interpretarse que, mediante la Ley 1/2013, se prolonga automáticamente hasta el 15 de mayo de 2015 la suspensión acordada conforme al RD-L 27/2012.

Sin embargo, por otro lado, podría entenderse —con toda razón— que los deudores que solicitaron y obtuvieron la paralización por dos años del lanzamiento bajo la regulación del RD-L 27/2012 no pueden beneficiarse automáticamente de la

reforma, que solo resultaría de aplicación al deudor que solicite y obtenga la medida tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, previa acreditación entonces del cumplimiento de los requisitos exigidos a tal efecto. En favor de esta tesis se podría argumentar que, en otro caso, se beneficiaría injustificadamente a unos deudores frente a otros y que, de esta forma, se evitaría la indebida ampliación de la suspensión a aquellos deudores que inicialmente reunían los requisitos exigidos para su adopción bajo la vigencia del RD-L 27/2012, pero que, posteriormente, por un cambio de sus circunstancias personales o económicas (por ejemplo, por haber venido a mejor fortuna), no cumplían tales requisitos a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2013.

Con todo, y aunque esta última interpretación parece la correcta, es previsible que, en la práctica, los juzgados y tribunales apliquen el principio *in dubio pro debitoris* y opten en estos casos por ampliar de forma automática el plazo de suspensión del lanzamiento del 16 de noviembre de 2014 hasta el 15 de mayo de 2015.

## 6 · REFORMA DEL RD-L 6/2012

La Ley 1/2013 ha modificado el ámbito de aplicación (subjetivo y objetivo) y la configuración de las medidas previstas en el RD-L 6/2012, que aprobó el Código de Buenas Prácticas. A su vez, la posterior Ley 8/2013 ha introducido cambios en la redacción de algunas disposiciones del RD-L 6/2012 que habían sido modificadas por la Ley 1/2013. Analizaremos a continuación los aspectos básicos de la reforma operada por las Leyes 1/2013 y 8/2013.

En primer lugar, conviene destacar que el ámbito subjetivo de aplicación de las medidas previstas en el RD-L 6/2012 se ha visto ampliado en los siguientes términos:

- (i) Se incorpora a fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal como beneficiarios de las medidas respecto de su vivienda habitual, en las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario (artículo 2.II del RD-L 6/2012)<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> EL IPREM para 2013 ha sido determinado mediante la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE-A-2012-15651) en las siguientes cantidades: a) el IPREM diario: 17,75 euros; b) el IPREM mensual: 532,51 euros; y c) el IPREM anual: 6.390,13 euros.

<sup>40</sup> La Ley 1/2013 amplió el ámbito de aplicación de la norma a los avalistas hipotecarios y la Ley 8/2013 a los fiadores.

(ii) Se flexibilizan los requisitos necesarios para ser incluido en el umbral de exclusión que permite acogerse a tales medidas, mediante la sustitución de los anteriores requisitos y la asimilación parcial de los nuevos a los previstos en el RD-L 27/2012 —comporta la ampliación del colectivo de posibles sujetos beneficiarios de las medidas (artículos 3.1 y 2 del RD-L 6/2012)—.

(iii) Se faculta a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores en umbral de exclusión a exigir a la entidad que agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión (artículo 3.bis del RD-L 6/2012)<sup>41</sup>.

Paralelamente, se amplía el ámbito objetivo de aplicación del RD-L 6/2012, al elevarse los límites de los préstamos hipotecarios a los que se podrán aplicar las medidas de reestructuración y quita de la deuda.

Asimismo, la Ley 1/2013 introduce cambios tanto en el tipo de interés moratorio establecido en el RD-L 6/2012 para situaciones de exclusión como en la configuración de las medidas de reestructuración, quita y dación que se pueden adoptar con base en el Código de Buenas Prácticas:

(i) Se reduce un 0,5% adicional —respecto del previsto inicialmente en el RD-L 6/2012— el tipo de interés de demora aplicable a los préstamos de los deudores hipotecarios en umbral de exclusión, de manera que el tipo aplicable será el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2% (en lugar de un 2,5% anterior) sobre el capital pendiente del préstamo (artículo 4.1 del RD-L 6/2012).

(ii) Con relación a la medida de reestructuración (i) se faculta al deudor para proponer un plan de refinanciación a la entidad; (ii) se amplía el plazo de carencia en la amortización de capital de 4 a 5 años (artículo 1.b).i del RD-L 6/2012); y (iii) se redefine el plan de refinanciación inviable como aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50% —en lugar de al 60% previsto anteriormente— de los ingresos totales de la unidad familiar (apartados 1 y 2 del Anexo del RD-L 6/2012).

(iii) La medida de quita apenas sufre modificación, ya que solo se introduce un inciso final en uno de los métodos que se pueden emplear para su cálculo (apartado 2.b.iii del Anexo del RD-L 6/2012).

(iv) En cuanto a la medida de dación en pago de la vivienda habitual, se reduce del 20% al 10% el tipo de interés de demora aplicable en caso de impago del alquiler tras la dación en pago (apartado 3 del Anexo del RD-L 6/2012).

## 7 · RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY 1/2013

La Ley 1/2013 entró en vigor el 15 de mayo de 2013, con un régimen transitorio que puede sistematizarse como sigue:

(i) Por lo que se refiere a los procesos de ejecución en curso, la Ley 1/2013 resultará aplicable a las actuaciones ejecutivas pendientes de realizar, con dos especialidades:

— Para aquellos procesos en los que no se haya ejecutado el lanzamiento y se haya iniciado o haya expirado el plazo de diez días de oposición, se regula un incidente extraordinario de oposición fundado en la existencia de cláusulas abusivas que las partes podrán formalizar en el plazo preclusivo de un mes a contar desde el día siguiente a la entrada en vigor de la norma, que tendrá el efecto de suspender el procedimiento hasta su resolución.

— Para aquellos procesos seguidos contra la vivienda habitual del deudor en los que se haya producido la adjudicación antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se prevé la aplicabilidad de los supuestos de liberación (total o parcial) de responsabilidad del deudor previstos en el artículo 579.2 de la LEC en el procedimiento de ejecución posterior, siempre que no se hubiese satisfecho completamente la deuda ni hayan expirado los plazos regulados en ese precepto. Si estos plazos venciesen durante el 2013, se prorrogarán hasta el 1 de enero de 2014.

(ii) En cuanto a la venta extrajudicial, la nueva regulación introducida en el artículo 129 de la LH será aplicable a aquellas ventas que se inicien después de su entrada en vigor, independientemente de la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución.

<sup>41</sup> La Ley 1/2013 amplió el ámbito de aplicación de la norma a los fiadores e hipotecantes no deudores y la Ley 8/2013 a los avalistas.

Las ventas ya iniciadas a la entrada en vigor de la Ley en las que no haya tenido lugar la adjudicación del bien, el notario acordará la suspensión si en el plazo preclusivo de un mes a contar desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013 las partes acreditan haber sometido a enjuiciamiento el carácter abusivo de alguna cláusula.

(iii) La limitación a los intereses de demora introducida por virtud de la nueva redacción del artículo 114 de la Ley Hipotecaria será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a su entrada en vigor, a los intereses de las hipotecas constituidas anteriormente que se devenguen después de su entrada en vigor y a los devengados y no satisfechos en esa fecha. Con el fin de que esta limitación de intereses pueda producirse en los procesos judiciales o extrajudiciales que ya estén en curso a la entrada en vigor de la Ley, se otorgará en ellos al ejecutante un plazo de 10 días para que, en su caso, recalculase la cantidad de despacho de ejecución o de la venta extrajudicial conforme a los criterios señalados.

A pesar de la exhaustiva regulación del régimen transitorio de aplicación, quedan algunas cuestiones sin resolver. Entre ellas, la relativa a la nueva previsión del artículo 682 de la LEC: ¿qué ocurrirá con aquellas escrituras de constitución de hipoteca otorgadas antes de la publicación de la Ley 1/2013 en las que no se haya realizado la tasación prevista en la Ley reguladora del Mercado Hipotecario o en las que, contando con esta tasación oficial, las partes hayan fijado un tipo para subasta que resulte inferior al 75% del valor de tasación? En línea con lo examinado al tratar la cláusula de vencimiento anticipado, habría argumentos para defender que, ante la falta de disposición transitoria expresa que así lo prevea, esta nueva norma no resulta de aplicación a las escrituras de constitución de hipoteca otorgadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013<sup>42</sup>.

No obstante, para el caso de que se entendiera que esta previsión legal también es aplicable a escrituras anteriores a la Ley 1/2013, lejos de posiciones extremistas que priven de eficacia a tales títulos, la solución lógica de tales casos pasa por entender que, si la escritura lleva incorporado un informe de tasación, el acreedor ejecutante debería solicitar que el tipo de subasta se fije en un importe equivalente al 75% del valor de tasación. Si la escritura no incorporó tal informe deberá recabarse la tasación oficial con la finalidad de acreditar que el tipo se ajusta al límite del artículo 682 de la LEC y, si así no fuera, el acreedor debería actuar como en el caso anterior. En cualquier caso, lo que sí parece seguro es que el tipo de subasta no podrá fijarse por debajo del límite que establece el referido artículo, y ello como requisito para acceder al procedimiento especial.

## 8 · CONCLUSIÓN

Es indudable que la reforma introducida por la Ley 1/2013 supone un refuerzo de la protección del deudor hipotecario. Con todo, y aunque habrá que esperar a que se consolide la práctica judicial para poder calibrar mejor su alcance, hay razones para pensar que puede tener una incidencia práctica limitada, especialmente en lo relativo a la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, por las razones ya apuntadas.

Entendemos que esto se debe a una ponderación por parte del legislador de los intereses en juego: la protección del deudor hipotecario y la especial naturaleza del procedimiento de ejecución hipotecaria y del derecho real de hipoteca. En línea con ello, tendrá que hacerse una aplicación medida y una lectura desapasionada de sus disposiciones, evitando interpretaciones que lleven a desnaturalizar el procedimiento de ejecución hipotecaria.

<sup>42</sup> En este mismo sentido se ha pronunciado el ya referido acuerdo de unificación de criterios adoptado por la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia el 24 de mayo de 2013, por el que se establece que «Las previsiones legales sobre el contenido de la escritura de constitución de hipoteca, en concreto en cuanto al nuevo límite del tipo de la subasta en las ejecuciones hipotecarias, que no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación (art. 682.2.1º LEC) y en lo relativo al convenio sobre vencimiento anticipado (art. 693.2º LEC), habrán de entenderse sólo aplicables a las escrituras otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley».