

## I) Trámite previo a la admisión de la demanda

**1.1 Art. 552.1.2º** “Cuando el Tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el art. 557.1 LEC puede ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los 5 días siguientes, conforme a lo previsto en el Art. 561.1.3ª”

a) A quien debe efectuarse el traslado del 552.1.2 LEC. A las partes”? o sólo a la parte ejecutante? única que está personada.

**PABLO IZQUIERDO:** A las dos, incidente de contradicción sin duda, de lo contrario, deberá permitirse al ejecutado volver a reproducir la alegación en fase de oposición. Si se opta por dar audiencia solo al ejecutante, ello no excluirá el trámite de alegaciones ulterior del ejecutado y, si se opta por dar traslado a las dos partes, ello si excluirá la reproducción ulterior del mismo trámite una segunda vez sobre los mismos hechos.

**MARTA SANCHEZ-OCAÑA:** Yo no lo veo tan claro. Me inclino más por pensar en dar audiencia en el trámite previo sólo al ejecutante.

b) Para efectuar las alegaciones de oposición o adhesión al carácter abusivo de una cláusula contractual es preciso que el demandado se persone con abogado y procurador.

**PABLO IZQUIERDO:** Rige en la materia las normas del 539 de la LEC y en función de la cuantía será ello preciso. Por regla general, en la ejecución de hipotecas constituídas sobre vivienda habitual todas las ejecuciones son de cuantía superior a 2.000 € y, por ende, es preciso personarse con abogado y procurador.

c) Si hay que dar audiencia también al deudor hipotecario, habrá que remitir la demanda, pero ¿antes de despachar, cuando aún no se ha admitido a trámite?.

**PABLO IZQUIERDO:** Si, a modo de incidente previo, su fundamento procesal puede obtenerse analógicamente por la vía del 18.2 LOPJ para la inejecutividad de las sentencias. Es anormal, pero si se quiere dar la contradicción que exige el TJUE para la delimitación del carácter abusivo de una cláusula, parece ello necesario. No puede el Juez resolver aún cuando sea indiciariamente sobre el carácter abusivo de una cláusula sin ofrecer la referida intervención contradictoria al ejecutado.

**MARTA SANCHEZ-OCAÑA:** Estoy de acuerdo en que, si se opta por dar audiencia en el trámite previo al despacho también al ejecutado, pueda edir Justicia Gratuita, con suspensión del plazo para alegar, claro.

Estoy de acuerdo en que si se le da posibilidad de alegar y no lo hace, no se debe entender que renuncia a la oposición ulterior.

d) Lo más probable es que cuando le llegue la demanda al ejecutado y la posibilidad de alegar sobre cláusulas abusivas, solicite Justicia Gratuita y se suspenda el procedimiento hasta la designa de abogado y procurador. Luego, probablemente el abogado del deudor hará alegaciones porque encuentre cláusulas abusivas en el título.

PABLO IZQUIERDO: Ningún inconveniente, si el deudor ejecutado interesa la designación de abogado y procurador para contestar el requerimiento del Tribunal en relación a las posibles cláusulas abusivas que el mismo ha detectado en el título, conforme al art. 16 LAJG procederá la suspensión del curso de los autos a criterio del Secretario Judicial al objeto de dar aplicación de las reglas de postulación del 539.2 LEC.

Otra cosa es si al recibir la demanda y el trámite de alegaciones el deudor ejecutado no efectúa alegación alguna y no se persona para efectuar la alegación de abusividad de la cláusula, entiendo que ello no comporta el consentimiento al contenido de la misma por asentimiento negativo, ya que conforme a la doctrina del TJUE para que el consumidor preste consentimiento a la aplicación en su contra de una posible cláusula abusiva se requiere un acto positivo de afirmación o aceptación de la misma distinto a la mera omisión del traslado, en cuyo caso será el Juez quien analizará con las alegaciones del ejecutante, la abusividad de las cláusulas.

Si nada dice en éste trámite de audiencia previa a la admisión de la demanda de ejecución el ejecutado, ello no le impide articular su alegación de forma ulterior en la fase de oposición 557 LEC ya que su silencio no le vincula como acto propio para excluir el trámite de oposición ulterior.

MARTA SANCHEZ-OCAÑA: Parece curioso que si el ejecutado alega la abusividad, no se permita al ejecutante decir nada. Es contrario a la regulación habitual de cualquier alegación de nulidad (vía reconvencción, excepción, oposición a la ejecución, etc.)

e) La audiencia por 5 días es un plazo común, de forma que frente a las eventuales alegaciones de cláusulas abusivas del abogado del deudor, el ejecutante no podrá contestar.

PABLO IZQUIERDO: Efectivamente, efectuadas las alegaciones por ambas partes o, transcurrido el plazo para hacerlo aun cuando no lo hayan efectuado, resuelve el Juez directamente, no podemos ir abriendo incidentes y traslados no previstos en la LEC, además debemos recordar que estamos en la fase previa a la admisión de la demanda, por lo que debe ser un trámite rápido y sencillo que permite despachar la ejecución una vez depuradas las posibles cláusulas abusivas detectadas en el título.

MARTA SANCHEZ-OCAÑA: Estoy de acuerdo

f) Caso de que el Juez declare que alguna de las cláusulas del título son abusivas, que tipo de resolución debe dictar al respecto. Debe contenerse la argumentación sobre el carácter abusivo de la cláusula en el auto despachando ejecución o, por el contrario debe dictar un auto previo al de despacho de ejecución en el que se resuelva la referida abusividad al margen del auto despachando ejecución en cuyo caso deberá darse un nuevo traslado al ejecutante para que aporte nueva liquidación?.

**PABLO IZQUIERDO:** Nos inclinamos por resolver el traslado del 552.1.2 LEC en el propio auto despachando ejecución, precisamente al valorar el carácter abusivo o no de la cláusula resolvemos sobre la forma en que procede el despacho de ejecución, con declaración del referido carácter abusivo y exclusión del contrato de las cláusulas que se consideran abusivas (intereses de demora) o, denegando el despacho de ejecución con base a la referida declaración (vencimiento anticipado).

En el caso de que se despache ejecución con exclusión de alguna cláusula declarada abusiva, comoquiera que la sanción procesal es la exclusión del contrato de los pactos declarados abusivos, se despacha ejecución por la cuantía interior resultante de la referida exclusión o, se inadmite la ejecución si el carácter abusivo se refiere a una cláusula fundamental de la escritura que impide la ejecución (vencimiento anticipado).

**MARTA SANCHEZ-OCAÑA:** Estoy de acuerdo

g) Caso de que se declare la abusividad de una cláusula en éste trámite previo a la admisión de la demanda, que documento se ha de aportar para el recalcu de intereses si se declaran abusivos los mismos?.

**PABLO IZQUIERDO:** Ninguno, ya que la sanción procesal al carácter abusivo de los intereses es la exclusión de los mismos del contrato y, por ende la liquidación de los mismos por 0 €.

Solo en el caso de que se considere que la cláusula de intereses moratorios no es abusiva, pero los mismos están mal liquidados en la certificación del saldo deudor, como mínimo deberá requerirse la aportación de: a) O bien un nuevo certificado de saldo deudor emitido por la entidad de crédito o b) Un escrito detallado del letrado y procurador conteniendo las operaciones liquidatorias efectuadas, sin que sea suficiente la mera referencia al tipo de interés aplicable a las indicadas operaciones, hay que aplicar el 573.1-1 LEC.

**MARTA SANCHEZ-OCAÑA:** No lo veo tan claro, pero no me parece mala solución.

h) En caso de que se aporte certificado de saldo de deudor nuevo con el recalcu de intereses, es necesario la intervención del mismo por vía notarial?

**PABLO IZQUIERDO:** Para la admisión de la demanda es de aplicación el art. 573.1-2 LEC que así lo exige. El trámite de recalcu afecta a los tipos de interés, no a la forma de realización del cálculo conforme a lo pactado en la escritura de hipoteca y, además, debe acreditarse dicho extremo a través de los documentos que conforme al art. 573 LEC son exigibles para el despacho de ejecución.

Es distinto este momento procesal que el previsto en la D.T. 2 Ley 1/2.013, 14 Mayo, ya que allí estamos ante un supuesto de derecho transitorio excepcional y, no en el trámite de admisión de la demanda. Entiendo que aquí, en el trámite en el que nos encontramos, los documentos que han de fundar la ejecución han de tener los requisitos formales que exige la LEC y, en cambio en el trámite excepcional de la D.T. 2 de la ley citada, puede no ser necesario ya que allí la demanda está ya despachada y solo procede un recalcu de intereses con base a la nueva normativa aplicada.

**MARTA SANCHEZ-OCAÑA:** Mi opinión es que en la fase previa al despacho, al no estar aún personado el deudor no se le de plazo para alegaciones, de forma que si bien al amparo de la DT.2ª, bien del art. 552, el ejecutante “recalcula” aplicando no el interés

moratorio pactado sino la limitación prevista en el art. 114 LH, el ejecutado conocerá esa nueva liquidación cuando se despache ejecución y se le requiera de pago. En caso de que demos entrada para alegaciones al deudor en la fase previa, también creo que de la liquidación se le dará traslado con el despacho y requerimiento de pago. Tendrá a continuación el trámite de oposición.

i) Si no se declara el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios (sanción exclusión del contrato) sino que se considera que los mismos son no abusivos y, que el ejecutante solo ha ajustarlos al tipo legal previsto en el art. 114 LH, se debe notificar el saldo deudor resultante al deudor y darle oportunidad de pago o cuanto menos notificación para que pueda manifestar su oposición al mismo?.

**PABLO IZQUIERDO:** Así lo exige el art. 573.1-3 LEC y el mismo argumento anterior es trasladable aquí. La Ley 1/2.013 establece la posibilidad de que el Juez declare indiciariamente en el trámite previo a la admisión de la demanda el carácter abusivo de los intereses de demora, entre otras materia, pero no modifica los criterios o forma de realización del referido cálculo que ha de ser conforme a las previsiones del 573 LEC para que los referidos documentos que han de acompañar la demanda, tengan capacidad de provocar el despacho de ejecución en el caso de que la entidad de crédito los haya recalculado voluntaria o forzosamente para ajustarlos a lo previsto en el art. 114 LH.

i) En caso de que se declare el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios la sanción procesal es la exclusión de la referida cláusula, sin embargo, si no se declara el referido carácter abusivo, pero se han recalculado los intereses voluntariamente por la entidad de crédito, la discrepancia del deudor con el cálculo de intereses moratorios efectuado por la entidad a resultas de la declaración de abusividad de la cláusula de intereses en éste trámite previo de admisión, como se opone el deudor ejecutado a los referidos cálculos. A través del incidente de oposición ex art. 715 LEC o, mediante pluspetición ex art. 557 y 558 LEC?.

**PABLO IZQUIERDO:** El incidente o trámite previo está concebido para determinar el carácter abusivo de una cláusula, no los efectos de la cuantificación económica resultante de la misma, por lo que considero que si hay discrepancia por el ejecutado al nuevo certificado de saldo deudor aportado por el ejecutante después de la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios efectuada por el Tribunal, deber hacer valer la referida discrepancia por la vía de la pluspetición en la oposición ulterior, no abrir ahora un incidente nuevo que permite discutir el importe de la cuantificación, ya que recordemos que estamos en un trámite previo a la admisión de la demanda ejecutiva.

**MARTA SANCHEZ-OCAÑA:** Creo que en el trámite de oposición es cuando el deudor podrá oponerse a la nueva cuantificación.

j) Puede convocarse vista ex art. 560 LEC después del trámite de alegaciones del art. 552.1 LEC en el trámite de incidente previo a la admisión?.

**PABLO IZQUIERDO:** En principio, la LEC no lo prevé solo habla de un traslado entre las partes con base al que el Tribunal haya de resolver y, donde la ley no distingue no debe hacerlo el interprete. Ahora bien, la convocatoria de la vista y argumentación de

prueba al respecto en la misma viene condicionada por el hecho de que se vaya a permitir ulteriormente al ejecutado volver a reproducir la misma alegación que ahora es objeto de estudio previo a la admisión, en el trámite de oposición del 557 LEC, ya que si se opta por entender que al haberse analizado y resuelto en el trámite previo a la admisión el carácter abusivo de una cláusula y, que por el efecto de cosa juzgada material o la doctrina de los actos propios, ello excluye e impide volver a reproducir la misma alegación en un momento ulterior, entiendo que debe permitirse al ejecutado solicitar vista y articular prueba en defensa de sus intereses, mientras que si se considera que éste trámite previo a la admisión no excluye ni impide la reproducción del mismo carácter abusivo de la cláusula ulteriormente, ahora no de oficio por el Tribunal, sino por el ejecutado en vía de oposición, no sería necesario articular prueba más allá de la documental y menos articular una vista no prevista en la LEC, pero siempre que se vaya a permitir la reproducción ulterior de la alegación, ya que de lo contrario se coarta el derecho de defensa del ejecutado, limitándole los medios procesales a su alcance y la prueba posible para justificarlos.

Siguiendo el mismo argumento anterior, ex art. 560 LEC aplicado analógicamente, el Tribunal podrá convocarla de oficio cuando la oposición no pueda resolverse con los documentos aportados. Ténganse en cuenta que la determinación del carácter abusivo de algunas cláusulas dependerá de la prueba que pueda probarse, en especial la de vencimiento anticipado en la que puede necesitarse el expediente administrativo previo de concesión de la hipoteca empleado por la entidad de crédito para la concesión de la misma cuya aportación habrá que interesar en el escrito de alegaciones por requerimiento a la contraparte, se convoque o no la vista, para que el Tribunal resuelva con base al mismo la referida cláusula. Sería ilógica privarle a la parte del referido medio de defensa.

k) El incidente previo del art. 552.1.2º adelanta el debate propio de la oposición a la ejecución pero sin que el ejecutante pueda impugnar las alegaciones del deudor. Este incidente impide que una vez despachada la ejecución, el ejecutado se oponga?. Tiene efectos cosa juzgado formal del art. 207 LEC.

**PABLO IZQUIERDO:** Este es el aspecto fundamental para permitir o no la articulación de vista y otra prueba distinta a la documental según lo antes expuesto, si se va a considerar que el Tribunal ya ha resuelto una vez el carácter abusivo de la cláusula y no se va a permitir reproducir ulteriormente la misma por vía de oposición ex art. 557 LEC, el ejecutado debe articular toda la prueba que le asiste en dicho trámite y no reservarse ningún medio de defensa ya que de lo contrario corre el riesgo de que ulteriormente no le permitan articularlo.

Si por el contrario se va a permitir articular oposición al ejecutado sobre la misma cláusula abusiva, aún cuando se ha discutido ya la misma en el incidente previo a la admisión, no hay obstáculo a limitar el incidente a la prueba documental.

El efecto legal del 207 LEC es claro, resuelto un tema una vez, con todas las garantías procesales (audiencia, contradicción, derecho a la prueba, etc) no cabe volver a reproducir el mismo ulteriormente, siempre que el ejecutado haya hecho alegaciones al respecto, ya que si el mismo no las ha verificado, omitiendo cualquier conducta, ello no le impide la articulación del derecho de oposición ex art. 557 o 558 ulterior conforme a los criterios previstos en la LEC, ya que está el mismo ejecutando las opciones legales que el ordenamiento jurídico le pone al alcance de su mano.

Desde un punto de vista de estrategia procesal, la omisión de actuación del ejecutado en el trámite previo del 552.12 LEC no le impide la articulación de la oposición ex art. 557 o 558 LEC, con conocimiento del criterio del Juez al respecto, pero por otra parte, se juega las costas procesales en caso de argumentar en contra de lo decidido ya por el Tribunal previamente en el trámite del 552.1.2 LEC ahora en fase de oposición ex art. 557 o 558 LEC. Es una opción de estrategia procesal y costes económicos.

**MARTA SANCHEZ-OCAÑA:** Mi opinión es que, haya efectuado o no alegaciones el deudor, tiene plena libertad para alegar lo que considere respecto de las cláusulas abusivas en el trámite propio de oposición. Creo que el incidente previo al despacho está limitado a lo que el juez indique cuando concede el plazo para alegar. En el trámite de oposición el deudor puede alegar sin límite todo lo que quepa en las nuevas causas previstas en la ley.

I) ¿Le vincula al ejecutado en el trámite de oposición las alegaciones que hubiera efectuado en el trámite del incidente previo?

**PABLO IZQUIERDO:** Totalmente, no puede escindirse las alegaciones del trámite previo del que pueda articularse ulteriormente, si son las mismas el efecto de cosa juzgada material no le debería permitir volver a articularlas. Otra cosa es que articule alegaciones de cláusulas abusivas distintas a las analizadas inicialmente en el trámite previo. No considero que se pueda resolver dos veces sobre el mismo hecho, una por vía incidental previa a la ejecución y, otra por vía de oposición. El Tribunal no puede estar resolviendo dos veces sobre el carácter abusivo de la misma cláusula, debería hacerlo únicamente en un caso y, permitir a la parte articular todos los medios de defensa a su alcance, incluido la convocatoria de vista, pero sin estar reproduciendo las mismas alegaciones ya resueltas en el auto previo al despachar ejecución.

Ello no obstante, también cabe aceptar la postura de permitir nuevamente la reproducción de las mismas alegaciones por el ejecutado por cuanto el mismo solo hace que emplear los mecanismos procesales previstos en el LEC en su favor, primero por vía incidental ex art. 552.1.2 LEC y, ahora por vía de oposición ex art. 557 y 558 LEC.

**MARTA SANCHEZ-OCAÑA:** No lo veo tan claro. Creo que son dos momentos y con dos finalidades distintas.

II) Que recurso cabe contra el auto que resuelva indiciariamente el carácter abusivo de la cláusula, en la fase previa a la admisión.

**PABLO IZQUIERDO:** Si se resuelve el carácter abusivo de una cláusula en el auto despachando ejecución, en principio el art. 552 LEC solo prevé apelación y reposición potestativa en caso de denegar el despacho, ya que la LEC no prevé recurso para el ejecutado en caso de despacho, aunque sea por importe inferior al que se ha solicitado en demanda ( 575 LEC)

Ahora bien, la referida previsión en la LEC es anterior a la actual reforma y, carece de sentido que se declare abusiva una cláusula con el efecto de exclusión del contrato de los pactos contenidos en la misma, impidiendo al ejecutante seguir la ejecución por dichos importes y conceptos, sin permitirle el derecho al recurso, a la segunda instancia y a discutir los referidos pronunciamientos del Tribunal por haber optado el mismo en resolverlos en el auto despachando ejecución, motivo por el que parece lógico

conceder a las partes el derecho a recurrir en apelación el referido pronunciamiento específico de la declaración de abusividad de la cláusula.

Los referidos aspectos contenidos en el auto despachando ejecución, que no se correspondan con la declaración de abusividad de una cláusula del contrato se resolverán conforme al trámite de oposición ordinario.

Asimismo, ténganse en cuenta que si no se va a permitir volver a alegar al ejecutado o ejecutante las mismas argumentaciones ya resueltas, por el efecto de la cosa juzgada del art. 207 de la resolución en que se contienen las mismas, es harto evidente que debe permitírsele recurrir en apelación (potestativo reposición) para evitar absoluta indefensión.

El art. 561.1-3 introduce ahora la posibilidad de que cuando se aprecie la cláusula como abusiva, que el auto que dicte el Juez determine las consecuencias de la abusividad, decretando la improcedencia de la ejecución o bien despachando la misma sin aplicación de las referidas cláusulas.

MARTA SANCHEZ-OCAÑA: Considero que debe caber recurso de apelación al ejecutante si no se despacha ejecución o si se despacha por cantidad inferior a la solicitada.

El art. 552.2 LEC, con la reforma introducida en el párrafo 1, creo que debe entenderse ampliado a los casos en que el auto perjudique al ejecutante.

## II. Trámite de oposición admitida la demanda ejecutiva

**1.2 Art. 557.1.** En la ejecución de títulos no judiciales (en general, no hipotecarios) añade como causa de oposición: 7ª “Que el título contenga cláusulas abusivas”. En la práctica, cuando se ejecutaba un título no judicial ya se venía admitiendo como causa de oposición la alegación de cláusulas abusivas, sobre todo respecto de los intereses, al amparo de la causa 3ª: *Pluspetición*. Y se dictaban autos estimando la oposición y rebajando la cantidad por la que la ejecución debía continuar, incluso considerando el interés moratorio como una cláusula penal y moderándola al amparo del art. 1.154 del Código Civil.

a) Si el Juez despacha ejecución por cuantía distinta a la solicitada por el ejecutante, al haber declarado abusiva una cláusula contenida en el contrato y efectuar la referida argumentación en el auto despachando ejecución, puede el mismo interponer algún recurso, ya que si se deniega el despacho, se podrá interponer recurso de apelación precedido de reposición optativa, pero si se despacha ejecución por importe inferior al fijado por el mismo, no cabe recurso alguno ?.

PABLO IZQUIERDO: Si se resuelve el carácter abusivo de una cláusula en el auto despachando ejecución, en principio el art. 552 LEC solo prevé apelación y reposición potestativo en caso de denegar el despacho, ya que la LEC no prevé recurso para el ejecutado en caso de despacho, aunque sea por importe inferior al que se ha solicitado en demanda ( 575 LEC)

Ahora bien, la referida previsión en la LEC es anterior a la actual reforma y, carece de sentido que se declare abusiva una cláusula con el efecto de exclusión del contrato de

los pactos contenidos en la misma, impidiendo al ejecutante seguir la ejecución por dichos importes y conceptos, sin permitirle el derecho al recurso, a la segunda instancia y a discutir los referidos pronunciamientos del Tribunal por haber optado el mismo en resolverlos en el auto despachando ejecución, motivo por el que parece lógico conceder a las partes el derecho a recurrir en apelación el referido pronunciamiento específico de la declaración de abusividad de la cláusula.

Los referidos aspectos contenidos en el auto despachando ejecución, que no se correspondan con la declaración de abusividad de una cláusula del contrato se resolverán conforme al trámite de oposición ordinario.

Asimismo, ténganse en cuenta que si no se va a permitir volver a alegar al ejecutado o ejecutante las mismas argumentaciones ya resueltas, por el efecto de la cosa juzgada del art. 207 de la resolución en que se contienen las mismas, es harto evidente que debe permitírsele recurrir en apelación (potestativo reposición) para evitar absoluta indefensión.

El art. 561.1-3 introduce ahora la posibilidad de que cuando se aprecie la cláusula como abusiva, que el auto que dicte el Juez determine las consecuencias de la abusividad, decretando la improcedencia de la ejecución o bien despachando la misma sin aplicación de las referidas cláusulas.

b) Como rige el apartado segundo del art. 575.2 LEC (el Tribunal no puede denegar el despacho de la ejecución cuando entienda que la cantidad debida es menor) en el caso de que el Tribunal entienda que la cantidad debida es distinta a la fijada por el ejecutante en la demanda, puede denegar el despacho de la ejecución si considera que la cláusula de intereses es abusiva, pese a la dicción del precepto que sigue vigente ?

**PABLO IZQUIERDO:** En principio, es una descoordinación en la norma, ya que el 561.1-3<sup>a</sup> LEC en su nueva redacción si permite denegar el despacho de ejecución si se considera así por el Tribunal en relación al carácter abusivo de alguna cláusula (vencimiento anticipado) pero la nueva norma prevé también la posibilidad de despachar sin aplicar la cláusula abusiva

**1.3 Art. 561.1.3<sup>a</sup>** Junto a las opciones del auto que resuelve la oposición a la ejecución 1<sup>a</sup> (que la ejecución siga adelante por la cantidad que se hubiese despachado...) y 2<sup>a</sup> (declarar que no procede la ejecución cuando se estime algún motivo), la reforma introduce una tercera. 3<sup>a</sup> “Cuando se apreciare el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte, determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas cláusulas abusivas”

Será necesario requerir al ejecutante para que liquide de nuevo la cantidad adeudada?.

**PABLO IZQUIERDO:** Si en el auto despachando ejecución o, en resolución previa el Tribunal declara el carácter abusivo de una cláusula y, por ende, excluye del contrato la aplicación de la misma, en la propia resolución fijará los importes y cuantías por los que despacha ejecución (principal, interés remuneratorio, costas) excluyendo los importes por intereses moratorios, sin que sea necesario requerir de nuevo la presentación de un certificado de saldo deudo, sino fijando los importes en la referida resolución.



MARTA SANCHEZ-OCAÑA: Estoy de acuerdo. Habrá que pedir nueva liquidación a la ejecutante.

**1.4 Art. 695. Oposición a la ejecución en Ejecución Hipotecaria.** Introduce la 4ª causa de oposición: “Carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”.

a) Si se estimase la causa 4ª “se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución”.

PABLO IZQUIERDO: Entiendo que el sobreseimiento de la ejecución solo procede cuando se considere que se ha efectuado incorrecta o abusivamente el vencimiento anticipado de la obligación o se ha procedido incorrectamente a la liquidación del saldo deudor de forma unilateral, ya que en relación a la cláusula de intereses moratorios se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva, con los efectos que se determinen en relación a la misma, conforme a la jurisprudencia del TJUE, es decir, exclusión de la cláusula del contrato y liquidación 0 € de los intereses moratorios.

Si se declara abusiva la cláusula de intereses moratorios, ni se integra el contrato ex art. 1.258 CC, ni se aplica el 1.108 del CC, sino que se considera excluido del contrato el referido pacto y se sanciona con la nulidad de la cláusula.

MARTA SANCHEZ-OCAÑA: Estoy de acuerdo

**1.5 Art. 575 1 bis Costas de ejecución en caso de ejecución (cualquier trámite) de la vivienda habitual.** En todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva .

Se establece una limitación de las costas procesales contra el deudor ejecutado en supuestos de ejecución de hipotecas sobre vivienda habitual que tengan por destino la adquisición de la misma, que no podrán superar el 5 por 100 de la cantidad que se reclama en la demanda ejecutiva, por lo que a tenor del límite temporal previsto en la D.T. 1º (entrega de la posesión) procede el recalcule de las costas ya tasadas en los procesos de ejecución ?

PABLO IZQUIERDO: El Secretario Judicial no ha de proceder a volver a practicar tasación de costas (o a aplicar a las hechas los límites legales), ni tampoco el Tribunal ha de proceder a declarar nulas las tasaciones de costas ya aprobadas por decreto, en tanto que la norma del art. 575 1 bis habla de "exigibilidad", lo que determina que con independencia de las costas tasadas por el Secretario Judicial conforme a las actuaciones procesales habidas en los autos, si se trata de ejecuciones de garantías sobre vivienda habitual, para su adquisición, el importe tasado que exceda de los límites legales no será exigible, verificación que efectuará el Tribunal en el momento que se inste el despacho de ejecución ulterior de los referidos importes por la vía de la

ejecución ordinaria, a modo similar de como acontece en los casos de las costas tasadas en supuestos de concesión al condenado del beneficio de justicia gratuita, en cuyo caso, se tasan las costas, pero las mismas no son exigibles si sobrepasan los límites legales previstos en el art. 575 1 bis LEC.

### III. Disposición Transitoria Segunda Ley 1/2.013, 14 Mayo

#### Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual

La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre **vivienda habitual** prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

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 recalculé aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.»

a) Inicio de oficio por el Secretario Judicial del trámite a través de Diligencia de Ordenación o, a requerimiento de parte.

**PABLO IZQUIERDO:** Es un mandato al Secretario Judicial, especialmente previsto en la Ley que tiene por objeto la facultad de recalcular por el ejecutante de los intereses que se van a liquidar en la ejecución, conforme a las limitaciones legales del 114 LH.

Es un mandato distinto que el previsto en la D.T. 4ª de la ley, que aquí se dirige a los letrados de la parte ejecutada al objeto de que puedan articular, si lo consideran oportuno, el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en solicitud de su exclusión del contrato.

**MARTA SANCHEZ-OCAÑA:** Yo defendí esperar el transcurso del mes de la DT.4ª, sin embargo, creo que no en todos los casos hay que actuar igual.

La DT.2ª se aplica a todas las ejecuciones vivas y a las demandas que se presenten después de la entrada en vigor de la ley pero en las que se pida el despacho aplicando los intereses de demora pactados aunque exceda del triple del interés legal. Pues bien, existiendo la norma que limita el interés moratorio, el actual 114 de la L.H que se aplica con carácter retroactivo en virtud de la DT.2ª, creo que desde ya mismo, los Secretarios deben exigir a la parte ejecutante el recálculo para adaptarse a la limitación legal. Los pactos que no respeten tal limitación legal vulneran una norma imperativa, y la propia ley ha dado la solución.

Cosa distinta es que el tribunal deba esperar al transcurso del mes de la DT.4ª antes de señalar subasta, por ejemplo. Porque la aplicación inmediata de la DT.2ª no impide que a través del incidente extraordinario de oposición se alegue la abusividad de los

intereses moratorios, que habrá que estudiar no por referencia a un límite legal fijo (3x interés legal) sino de acuerdo con los parámetros más flexibles de la legislación de consumidores (desequilibrio, no negociación, otras circunstancias...).

b) Procede su aplicación a hipotecas constituidas sobre vivienda habitual (sin distinción del mecanismo de ejecución de las mismas, vía hipotecaria o ejecución ordinaria)

**PABLO IZQUIERDO:** Si, habla de préstamos con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual en los que la hipoteca tenga por objeto la adquisición o financiación de la misma, no de la forma de ejecución del referido préstamo.

c) Es posible la extensión del trámite a las ejecuciones ordinarias que se han continuado por la vía del 579 LEC, ya que la deuda que se persigue es fruto de una previa ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual (cuando lo sea), por lo que el fundamento es el mismo.

**PABLO IZQUIERDO:** En principio por el tipo de préstamo ejecutado sí, ya que la norma prevé la limitación de los intereses para el caso de la ejecución de los préstamos con garantía hipotecaria de vivienda habitual y, el título con base al que se continúa la ejecución ex art. 579 LEC es la escritura pública, liquidada y delimitada ahora por el certificado del "Tribunal", pero el título sigue siendo el mismo, por lo que la limitación de los intereses debe afectarle igualmente. El problema es el límite temporal de afectación de la ley previsto en la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 1/2.013, 14 mayo, que establece su aplicación únicamente a los procesos en los que no se haya entregado la posesión de la finca y, de ordinario, la continuación de la ejecución ex art. 579 LEC acontece siempre con posterioridad a dicho trámite de entrega de la posesión de la finca.

d) Que documento se ha de aportar para el recalcular de intereses?

**PABLO IZQUIERDO:** Como mínimo certificación de saldo deudor emitido por la entidad de crédito o, escrito de parte suscrito por abogado y procurador conteniendo la totalidad de las operaciones liquidatorias. La D.T. 2ª es derecho transitorio y establece un trámite especial que solo tiene por objeto ajustar los intereses, que la demanda ya está ejecutada y por ende, solo se va a proceder a recalcular los intereses, por lo que también es defendible en este momento procesal (a diferencia del incidente previo a la admisión) que no se requiera los documentos del 573.1-1 LEC.

e) En caso de que se aporte certificado de saldo deudor nuevo con el recalcular de intereses, es necesario la intervención del mismo por vía notarial?

**PABLO IZQUIERDO:** Mismo argumentos que antes.

f) Efectuada la nueva liquidación de intereses, se debe notificar el saldo deudor resultante al deudor y darle oportunidad de pago o cuanto menos notificación para que pueda manifestar su oposición al mismo?

**PABLO IZQUIERDO:** Así lo exige el art. 573.1-3 LEC y el mismo argumento anterior es trasladable aquí.

La Ley 1/2.013 establece un recalcular de los intereses en cuanto al tipo aplicable, pero no modifica los criterios o forma de realización del mismo conforme a las previsiones del 573 LEC para que los referidos documentos que han de acompañar la demanda,

tengan capacidad de provocar el despacho de ejecución o, en este caso la continuación de la ejecución ajustada a los nuevos importes.

Por el contrario, hay quien sostiene que la D.T. 2ª establece un mecanismo excepcional en el que no se hace mención expresa a la referida necesidad de intervención notarial y notificación del saldo deudor, por lo que no es ello necesario en atención a su excepcionalidad.

g) En caso de que no exista oposición del deudor a la liquidación de intereses presentada por el ejecutante en el trámite de recálculo de intereses establecido en la D.T. 2ª LEC, es preciso aprobarlo por el Secretario Judicial o, basta su unión a los autos y estar a la espera de que en su día se practique definitivamente la liquidación de intereses realmente.

**PABLO IZQUIERDO:** Ténganse en cuenta que si lo que se está recalculando en este momento son los importes de intereses moratorios cuantificados en la certificación del saldo deudor para fundar la demanda ejecutiva, el recálculo será muy simple y afectará a las cuotas impagadas previas al vencimiento de la obligación, con lo que tampoco es precisa una aprobación formal por el Secretario Judicial, sino tener por hecho el recálculo y posponer al momento ulterior de la liquidación de intereses su aprobación.

Ahora bien, si en el momento procesal en que se lleva a cabo el trámite previsto en la D.T. 2 los intereses ya han sido liquidados y aprobados por el Secretario Judicial en caso de no discrepancia o, por el Juez en caso de oposición a los mismos, si será necesario un pronunciamiento expreso del Secretario Judicial o del Tribunal en orden a su aprobación según que haya o no impugnación de los mismos.

**MARTA SANCHEZ-OCAÑA:** Si el recálculo se ha hecho antes de despachar, ya se opondrá el deudor en su momento.

Si el recálculo se ha hecho en una ejecución “viva”, de la nueva liquidación “recalculada de acuerdo al límite legal del 114 LH”, se dará traslado al deudor, y estará dentro del plazo del mes de la DT.4ª para alegar lo que considere en el incidente extraordinario.

Creo que el juez no debe dictar ninguna resolución hasta el transcurso del mes de la DT.4ª.

Si se espera al transcurso del mes de la DT.4ª sin aplicar la DT.2ª, y el ejecutado no ha dicho nada en ese mes, de la nueva liquidación habrá que dar traslado en el siguiente trámite que haga el juzgado. (p.ej. auto que la ejecución debe continuar por la cantidad xxx y dicha cantidad es la que se tendrá en cuenta para enervar hasta el día de la subasta) Pero ya no podrá el deudor alegar nada, creo yo.

h) Que pasa si el ejecutante no liquida o recalcula los intereses cuando el Secretario Judicial así se lo requiere conforme al trámite de la D.T. 2ª.

**PABLO IZQUIERDO:** La entidad de crédito puede optar por no efectuar el recálculo que le solicita el Secretario Judicial, pero en este caso no debería continuar la ejecución por cuanto el recálculo es una modificación legal impuesta por ley a resultas de la aprobación de la Ley 1/2013, 14 Mayo y para los casos en los que ni el Juez de oficio, ni la parte han instado la declaración de abusividad de una cláusula contractual.

i) Que se entiende por vivienda habitual?.

**PABLO IZQUIERDO:** La ley 1/2.013, 14 Mayo establece una presunción legal en el art. 21.3 LH, conforme a la que en la escritura de préstamo hipotecario debe constar el carácter habitual o no que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presume que salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble, es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución.

Existe una presunción legal de que es vivienda habitual cuando la escritura pública así lo declara. El problema radica en los casos en los que la escritura no contenga dicha afirmación o, cuando conteniéndola en contra de dicho carácter, el ejecutado quiera acreditar que en realidad si constituye su vivienda habitual o, en los casos en los que, pese a la dicción legal de la escritura, el contenido de los autos evidencia que no es ya vivienda habitual (hay ocupantes en la finca).

Entiendo que la presunción a favor del carácter de vivienda habitual contenida en la escritura, no excluye la posibilidad de prueba en contra por el ejecutante cuando no lo sea o, por el ejecutado cuando no se contenga dicha mención o el mismo intente acreditar que pese a lo que dice la escritura, la finca es su vivienda habitual, pudiendo emplear el mismo las certificaciones que considere de interés del Ayuntamiento (padrón) o, a través de la acreditación documental oportuna, como suministros y que la vivienda es el centro de su actividad vital.

### III. Disposición Transitoria IV Ley 1/2.013, 14 Mayo

1. La modificaciones de la [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](#), introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas **actuaciones ejecutivas pendientes de realizar**.

2. En todo caso, en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el [artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#), las partes ejecutadas dispondrán de un plazo **preclusivo de un mes** para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7.ª del artículo 557.1 y 4.ª del [artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#).

El plazo preclusivo de un mes **se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley** y la formulación de las partes del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los [artículos 558 y siguientes](#) y [695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#).

Esta Disposición transitoria se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que **no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente** conforme a lo previsto en el [artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#).

3. Asimismo, en los procedimientos ejecutivos en curso en los que, a la entrada en vigor de esta Ley, ya se haya iniciado el periodo de oposición de diez días previsto en el [artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#), las partes ejecutadas dispondrán del mismo plazo preclusivo de un mes previsto en el apartado anterior para formular oposición basada en la existencia de cualesquiera causas de oposición previstas en los [artículos 557](#) y [695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#).

4. La publicidad de la presente Disposición tendrá el carácter de **comunicación plena** y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, **no siendo necesario en ningún caso** dictar resolución expresa al efecto.

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

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

a) La D.T 4 se refiere a cualquier proceso de ejecución de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual y que sirvan para su financiación (no solo hipotecario), luego también a los de ejecución ordinaria y a los previstos ex art. 579 LEC, por algo se remite a las causas de oposición del 557.1-4 y 695.1 LEC, pero con el límite temporal de la entrega de posesión prevista en la propia D.T. 4 y en la D.T. 1ª de la Ley 1/2.013, 14 Mayo

**PABLO IZQUIERDO:** El apartado 1 de la DT 4 habla de procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, no distingue entre si es hipotecario o ejecución ordinaria normal o ex art. 579 LEC, luego es admisible el trámite en cualquiera de los referidos procesos con el límite temporal de la entrega de posesión.

También debe hacerse hincapié en que la D.T. 4ª afecta a todos los procesos de ejecución de hipotecas, sin que conste del texto de la misma la mención a que solo se refiere a viviendas habituales

b) Que es un incidente extraordinario de oposición.

**PABLO IZQUIERDO:** Debe articularse en la forma prevista para el escrito de oposición al auto despachando ejecución, ex art. 560 LEC o, como un incidente ex art. 393 LEC. Cualquiera de las dos fórmulas es admisible.

c) En caso de que se inste el incidente excepcional de la DT 4 una vez adjudicada la finca a un tercero tras la subasta y antes de la entrega de la posesión al mismo, incluso con inscripción de su derecho de dominio en el Registro de la Propiedad, el referido tercero debe tener intervención en el incidente, aunque no lo prevea la norma y, si hay derechos inscritos o anotados ya sobre el nuevo dominio en el Registro de la Propiedad, aún más.

**PABLO IZQUIERDO:** El principio de contradicción, audiencia y defensa así lo exigen, el límite de aplicación de la Ley 1/2.013, 14 mayo es conforme la D.T. 1ª y 4ª la ejecución del lanzamiento y, en el caso de que se haya efectuado la adjudicación a un tercero, con posibilidad incluso de que haya constituido derechos reales sobre la finca, si se pretende la abusividad del despacho de ejecución (nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado) que comporte el sobreseimiento de la ejecución, la intervención de los terceros es obligada, ahora bien si lo que se pretende es la minoración de los importes de ejecución a través de la alegación del carácter abusivo de los intereses

moratorios, su intervención no es tan necesaria ya que el efecto de la declaración de abusividad será únicamente la reducción del importe de la reclamación que en ningún caso afectará a los derechos del tercero más allá del importe por el que puede subsistir el crédito después de la adjudicación.

d) La publicación de la Ley en el BOE abre el plazo del incidente excepcional, pero si un Juez ha abierto el plazo por resolución judicial, como se computa el mes, a partir de la notificación al deudor de la resolución que concede el plazo o, a partir de la publicación en el BOE de la ley.

**PABLO IZQUIERDO:** La D.T. 4ª de la ley 1/2.013 establece que no es necesario resolución expresa y, si bien no prohíbe el inicio del plazo por resolución judicial, sería una actuación contraria a la dicción legal del precepto inasumible por el Tribunal, sin perjuicio de la dudosa constitucionalidad de que a través de la publicación de una norma en el BOE se abra un plazo para la parte, de tanta trascendencia procesal como el que aquí acontece.

e) La inactividad del deudor en relación al incidente excepcional de la D.T. 4 debe entenderse como consentimiento del mismo a las posibles cláusulas abusivas o, por el contrario se requiere un acto expreso de declaración del mismo de asentimiento a las cláusulas abusivas para que no se deba proceder a la declaración de abusividad de las mismas?.

**PABLO IZQUIERDO:** La finalidad de la Directiva comunitaria es la tutela del consumidor, por lo que frente a la regla de que la nulidad absoluta –no la anulabilidad– la puede invocar cualquiera de quienes fueron parte en el contrato nulo o con cláusulas nulas, la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas nada más entra en juego cuando operan en “detrimento del consumidor”, de tal forma que la obligación de garantizar la efectividad de la protección conferida por la Directiva, en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva, no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor, ya que frente al desequilibrio de las posiciones de empresario y consumidor el Ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico y atribuye a este la decisión de invocarla.

En este sentido la STJUE de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 33, afirma que “el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”, de tal forma que “cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone”, y la de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 27, que “sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartados 33 y 35)”. Lo que reitera en el apartado 35 que, al referirse a la articulación de mecanismos de contradicción de la posible estimación de oficio de la abusividad de una cláusula, al razonar que “[e]sta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no

vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula”.

f) Si el deudor nada dice en relación al carácter abusivo de una cláusula, en el trámite excepcional de un mes previsto en la D.T. 4 de la Ley 1/2.013, de 14 mayo, puede el Juez entrar a conocer del carácter abusivo de la misma de oficio con base a la doctrina del TJUE.

**PABLO IZQUIERDO:** Nada se lo impide y, además es ello obligado cuando tenga elementos de hecho y derecho suficientes en los autos para proceder a la indicada declaración conforme a la doctrina de la STJ 04/06/09, asunto C-243/08 Pannon GSM Zrt. y 14 de junio de 2012 y antes STJ de 27/06/2000 (asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, caso Océano-Murciano Quintero).

El Juez nacional tiene la obligación de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores **“tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”**.

Se trata, conforme a la sentencia de referencia y a todas las que posteriormente la desarrollan, de un instrumento justo que tiene además un **efecto disuasorio**, de manera que la **situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato**. Reconoce al Juez la posibilidad de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales aunque el consumidor no haya realizado ninguna petición en ese sentido. La cláusula objeto de controversia era la relativa a la atribución de competencia territorial al tribunal del domicilio del profesional.

La STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, dispone que, las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les “trae cuenta” intentar utilizarlas, ya que “de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera” Puedes citar una sentencia en vez de unas conclusiones de abogado general, por ejemplo:

STJUE de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro), “27 A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32)”.



La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. En este sentido ya el IC 2000 indicaba que “[...] la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva «implica atribuir a las disposiciones de la Directiva el carácter de norma “imperativa”, de “orden público económico”, que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales”. Lo que ha sido recogido por la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 23, según la cual “el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula”.

Más aún, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir. Así lo afirma la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32, según la cual “el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva”, para lo que debe intervenir cuando sea preciso ya que “el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello” (SSTJUE ya citadas de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 23, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32).

g) Si el deudor nada dice en relación al carácter abusivo de una cláusula, en el trámite excepcional de un mes previsto en la D.T. 4 de la Ley 1/2.013, de 14 mayo, puede el mismo articular la defensa de sus intereses en relación al carácter abusivo de la cláusula a través del mecanismo procesal del art. 698 LEC

**PABLO IZQUIERDO:** Si, sin ningún problema no se ha modificado el referido precepto que siempre ha previsto la referida posibilidad, ahora más, eso sí, siempre que no se haya efectuado alegación de nulidad por la vía del incidente previo a la admisión, por la vía de la oposición a la ejecución despachada o, por la vía excepcional de la D.T. 4ª de la ley 1/2.013, 14 mayo, ya que no se pueden estar reiterando las mismas alegaciones de forma consecutiva que han sido resueltas previamente por el efecto de cosa juzgada del art. 207 LEC

#### IV. Art. 579 LEC

##### **«Artículo 579 Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados**

1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, **su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito**, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que

falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la **vivienda habitual hipotecada**, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de **cinco años** desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el **65 por cien** de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el **80 por cien** dentro de los **diez años**. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un **50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta**, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. **El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior.»**

a) Como quiera que se trata de ejecuciones ordinarias que derivan de una ejecución hipotecaria previa, sobre vivienda habitual, procede la revisión de los intereses de demora objeto de persecución en los referidos autos.

**PABLO IZQUIERDO:** Sí, pero por vía de oposición a la ejecución despachada en base a la continuación de la ejecución o, de forma previa en el incidente previo a que se refiere el 552 LEC, pero dado que de ordinario en los referidos procesos de continuación de la ejecución hipotecaria vía ordinaria, ya se ha entregado normalmente la posesión de los inmuebles subastados, sería imposible articular el referido trámite por el mecanismo excepcional de la D.T. 2 y 4ª de la Ley 1/2.013, 14 mayo.

Tampoco habría inconveniente en admitir la oposición ex art. 564 LEC a tenor de la nueva normativa de intereses especialmente o, por otras causas de oposición

b) Como les afecta las actuales limitaciones sustantivas del 579 de la LEC a las ejecuciones ordinarias ya instadas en curso.

**PABLO IZQUIERDO:** Hay que ajustarlas a las previsiones legales actuales, pero las limitaciones de cuantía del precepto no comportan la paralización o suspensión de las

ejecuciones, sino a lo sumo verificar los importes que se han obtenido en vía ejecutiva en las mismas para determinar si se exceden o no los límites legales.

c) Que título se ejecuta, el certificado del Tribunal (técnicamente del Secretario Judicial) o, la escritura de hipoteca en los supuestos del art. 579 LEC, de cara a las causas de oposición.

**PABLO IZQUIERDO:** El art. 647.3 LEC dice que se dictará por el Tribunal un certificado expresivo del precio del remate y del importe pendiente por todos los conceptos, con distinción de la cuantía correspondiente a principal, intereses remuneratorios, moratorios y costas.

Para empezar, el certificado lo expide el Secretario Judicial, no el Tribunal y no creo que sea necesario el VB del mismo al referido certificado, si bien ante la dicción legal del precepto puede que los Secretarios Judiciales interesen la expedición conjunta del mismo, aunque es un contrasentido.

En segundo lugar, para expedir el certificado resulta ahora necesario la previa realización de la liquidación de intereses y la tasación de costas para expresar en el mismo los importes por los que se continuará la ejecución ulteriormente.

El título con base al que se ejecuta ex art. 579 LEC es la escritura de hipoteca, no el certificado del "Tribunal", que actúa como mera cuantificación o liquidación del saldo deudor pendiente de pago, pero en ningún caso puede entenderse que se trata de ejecución de título judicial, sino de ejecución de título no judicial amparada en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria a la que el Secretario Judicial a través del certificado de deuda, liquida y determina los importes que han quedado pendientes de ejecución al objeto de permitir la continuación de la misma.

e) Sigue siendo necesario auto de conversión y despacho de ejecución ex art. 579 LEC?

**PABLO IZQUIERDO:** Entiendo que si, el precepto no ha sido modificado en relación al referido aspecto y, además, las causas de oposición ex art. 695 LEC siguen siendo distintas en relación a las previstas en el art. 557 LEC, por lo que si se va a continuar la ejecución ex art. 579 LEC el ejecutado debe tener opción a oponerse a la misma si le asiste causa al respecto y, el único medio de oposición es que se dicte un auto despachando nuevamente la ejecución (conversión de ejecución hipotecaria en ordinaria) al que el ejecutado pueda oponerse, con continuidad formal de los autos si se quiere, pero con reserva en favor del ejecutado de los derechos de oposición a la ejecución que no pudo articular en la ejecución hipotecaria.

f) El art. 579 LEC prevé en su apartado final que el Secretario Judicial hará constar en el decreto de adjudicación las especialidades del art. 579 .2 b) del mismo precepto, al objeto de practicarse la correspondiente inscripción.

**PABLO IZQUIERDO:** Considero que no se trata de una anotación preventiva sometida a plazo de 4 años, sino una limitación a la venta futura del inmueble que debe trasladarse a la inscripción, sin sometimiento a plazo de caducidad de su vigencia distinto al de los 10 años previstos en la propia ley, es decir no se ha de ir prorrogando cada 4 años.

## V. Clausulas abusivas y sus efectos

### a) Intereses moratorios

a) Art. A) Ley Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (Vigente hasta el 25 de Septiembre de 2011). ART. 19.4 (2,5 x interés legal)

b) Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo ART. 20.4 (2,5 x interés legal)

c) Código Consumo Catalunya. En trámite actualmente Parlament, modificación del art. 251-6 de la Ley 22/2010 de 20 Julio, del Código de Consumo de Catalunya) que declara expresamente que en los créditos y préstamos hipotecarios se considera abusivo un tipo de interés superior a 2,5 veces el interés legal del dinero)

d) Art. 114 LH. Modificado por la ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (3 x interés legal). Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil

e) Deudor situado en el umbral de exclusión. Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos modificado por ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. El artículo 4 queda redactado del siguiente modo: «1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo. 2. Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-Ley.»

Se declara por el art. 114 LH abusivo un interés moratorio superior a 3 veces el interés legal del dinero cuando haya garantía hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual y sobre la misma vivienda habitual y, solo devengables sobre el principal pendiente de pago sin posibilidad de capitalización excepto en relación al 579.2 a) LEC

f) Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios:

**PABLO IZQUIERDO: A) Exclusión de la cláusula. Sentencia del TJUE 14 de junio de 2012. Interés 0**

En relación a cuál debiera ser la consecuencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de **14 de junio de 2012** – Asunto C-618/10 – con referencia a los intereses moratorios que deban tildarse de abusivo ha declarado que:

"El artículo **6, apartado 1, de la Directiva 93/13** debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 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, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

Lo que ha determinado que el TJUE en el apartado 71 de dicha sentencia haya declarado que “Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 **no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor**”.

El TS en la sentencia de Pleno Nº: 241/2013 de fecha 09 Mayo de 2013 Recurso Nº: 485/2012 dispone al respecto que "La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] *el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva*".

En el mismo sentido, la reciente Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013 , concluye que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno, nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula, para **cerciorarse de que el consumidor no queda vinculado por ésta**.

**B) Sentencia de la AP BCN, Sección 16 de 11 Oct. 2012, rec. 402/2011 Ponente: Valdivieso Polaino, José Luis. Nº de Sentencia: 691/2012 y recurso 402/2011. Integración del contrato por aplicación del derecho interno. Moderación y aplicación de 1.108 CC e interés legal del dinero, aplicación del 114 LH y 3 veces el interés legal del dinero, aplicación de la Ley morosidad y aplicación de la Ley Credito al Consumo 2,5 veces el interés legal del dinero.**

Aborda el significado de "nulidad de pleno derecho" que proclama el derecho interno español y concluye que la directiva ha sido incorrectamente trasladada al derecho interno a través del art. 83.2 de la LGDCyU cuando dispone que la parte del contrato afectada por la nulidad se **integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva**.

**A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.**

**Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.**

"Los jueces españoles debemos interpretar la norma de la Ley sobre Defensa de los Consumidores y precisar qué implicaciones tiene eso de que las cláusulas abusivas sean "nulas de pleno derecho", lo que debemos hacer de la forma que sea más conforme con el derecho europeo, con la ayuda, a dicho efecto, de la doctrina del Tribunal de la Unión.

Tanto el artículo 10 bis anterior como el actual artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios determinan que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará por el juez, conforme a lo establecido en el artículo 1.258 del Código Civil . Ello significa y así se ha venido interpretando, que los jueces pueden modificar las cláusulas abusivas hasta privarlas de ese carácter. En los casos de tipo de interés de demora, se ha entendido que la facultad de integrar comporta la de disminuir el tipo hasta que no pueda considerarse una sanción desproporcionada para el incumplimiento.

Sin embargo, la citada y muy reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2.012, señala que no es conforme con la Directiva 93/13 la sustitución de la cláusula abusiva por otra que sea más favorable al consumidor (apartados 65 a 73 de su fundamentación). Que no es admisible, a la luz del derecho europeo, esa facultad de integrar el contrato que reconoce el derecho español.

En este caso sí se aprecia una contradicción que no resulta posible salvar entre la doctrina indicada y lo dispuesto por la ley española. **No puede prescindirse de aplicar esta última, porque ya he dicho que hacerlo no se correspondería con la naturaleza de las directivas. Ha de reconocerse que, de acuerdo con el criterio del Tribunal de Justicia, la citada Directiva ha sido trasladada al derecho interno español de forma inadecuada. Pero no puedo dejar de aplicar dicho derecho interno, de modo que procede sustituir la cláusula de interés de demora fijando un tipo inferior al que en ella se establece, pero superior al interés remuneratorio. De no hacerse ello simplemente se estaría suprimiendo el interés de demora, lo que no resulta posible a mi entender.**

**C) Auto de la AP BCN de fecha 29 Octubre de 2.012, Sección 14, recurso 586/2010 y resolución 222/2012. No integración del contrato ex art. 1.258 CC pero aplicación del 1.108 CC y del interés legal del dinero.**

No es ocioso entrar en este motivo a tenor de las consecuencias que se derivan de la STUE de 14 de junio de 2012, que impiden la integración del contrato.

En este sentido, la sentencia declara que el *artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13* se opone a una normativa como la del *artículo 83 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. Claramente considera improcedente un proceso de integración del contrato ( art. 83 del Real Decreto Legislativo núm. 1/2007), lo que supone no dar efectividad*

## **alguna a la cláusula de intereses moratorios y la remisión general a las previsiones de los arts. 1101y 1108 C.c.**

No cabe más solución que inaplicar la cláusula declarada abusiva a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultada la Sala para modificar el contenido de la misma (parágrafo 65) y para no poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el *artículo 7 de la Directiva 93/13*, pues la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio confiando en que el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario dejarla sin aplicación frente al consumidor (parágrafo 71).

Por tanto, ello debe llevarnos a que, al mantener la nulidad de la cláusula controvertida, por abusiva, contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, **no realicemos proceso alguno de interpretación integradora, aunque la nulidad parcial del contrato** (en cuanto a la cláusula controvertida) no afecta al resto de lo pactado ( *STS, Civil sección 1 del 16 de Mayo del 2000 (ROJ: STS 3952/2000)*), ni a las previsiones legales.

**Resurge, por ello, la general previsión legal para el caso de demora: el actor tiene derecho (porque lo pide) a la aplicación de los intereses de demora, que han de ser los legales desde el momento de la mora.** Todo ello sin perjuicio de que, conforme al principio *derestitutio in integrum* y si se solicita y se acredita debidamente, el acreedor pueda reclamar en otro pleito los daños y perjuicios que la mora le pueda haber producido.

### **D) Conclusión.**

Desde mi punto de vista, la única solución viable a tenor de la doctrina del TJUE es la de imponer la exclusión de las cláusulas abusivas del contrato con efecto sancionador del pacto previo de la misma por parte del empresario en relación al consumidor, ya que sólo con la sanción de exclusión se conseguirá la no inclusión futura de la misma en los contratos que se vayan a concertar por el mismo empresario, tal y como preconiza el TJUE. Si el Tribunal aprecia el carácter abusivo de una cláusula, después del trámite contradictorio oportuno y de las alegaciones de una y otra parte, debe sancionarse el carácter abusivo de la misma con la exclusión del contrato.

Es evidente que a tenor de la indicada doctrina, no procede la integración del contrato ex art. 1.258 CC o del art. 83.2 LGDCyU, por esar la referida norma mal traspuesta de la Directiva comunitaria 93/13 y, por cuanto el TJUE precisamente lo que quiere evitar es precisamente eso, la integración del contrato para poder sancionar con la exclusión de la cláusula abusiva del contrato como efecto disuasorio futuro.

Luego, si el Juez nacional en aplicación de la doctrina del TJUE puede hacer caso omiso al art. 1.258 CC y al art. 83.2 LGDCyU por ser ambas normas contrarias a la directiva comunitaria y a la jurisprudencia del mismo Tribunal que la interpreta, no parece lógico que en dicho caso, si deba hacer aplicación del 1.108 del CC que precisamente se opone frontalmente a la misma directiva y jurisprudencia que la interpreta.

## **b) Vencimiento anticipado de la obligación.**

**a) Dispone el art. 693 LH.** *Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.*

**b) Art. 12 LH.** En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.

**c) La cláusula de vencimiento anticipado es nula per se o como consecuencia de su ejercicio concreto por parte de la entidad de crédito.**

PABLO IZQUIERDO: La mayoría de cláusulas de las escrituras de hipoteca están redactadas en el sentido de que con el impago de una sola cuota puede acudir por la entidad de crédito al vencimiento anticipado de la obligación (incluso "o parte de la misma").

Por ello, si el único criterio para determinar su abusividad fuera la redacción abstracta de la cláusula, todas serían nulas. Ello no obstante, si ya se ha producido el vencimiento anticipado, parece razonable tener en cuenta igualmente las circunstancias en las que se ha ejercitado el mismo, es decir, el número de incumplimientos o impagos, en relación con la duración e importe del préstamo y analizar si la entidad de crédito ha procedido a ejercitar la cláusula en los términos en que la misma viene prevista en el contrato o, por el contrario ha esperado a más de un incumplimiento para articular el referido vencimiento anticipado y delimitar con ello si pese al carácter eminentemente abusivo de la cláusula (un solo impago) el no ejercicio por el acreedor del referido derecho y, la espera del mismo hasta que se han producido diversos impagos comporta la no abusividad de la conducta del acreedor en ejecución de una cláusula que objetivamente puede ser nula por abusiva, pero que no se ha ejercitado como tal a tenor de la propia conducta de moderación de la entidad de crédito.

d) El impago de las tres cuotas a que se refiere el art. 693 LEC determina que el ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado por la entidad de crédito no sea ya abusivo en relación al total contrato pendiente de ejecución o, por el contrario, el impago de las tres cuotas constituye únicamente una facultad de ejercicio de la cláusula que no impide el examen por el Tribunal del resto de factores que condicionan el incumplimiento del contrato de préstamo o crédito que subyace en la garantía real.

PABLO IZQUIERDO: La doctrina del TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013 a la hora de abordar el carácter abusivo o no del vencimiento anticipado, analiza la **gravedad del incumplimiento** puesta en relación al resto de incumplimientos previstos en la normativa nacional para contratos similares y, las consecuencias que el mismo



provoca en el patrimonio del ejecutado, especialmente en relación a los medios de oposición y defensa que el mismo tiene en el proceso judicial previsto para la ejecución de la garantía real.

Se consideró en la referida resolución que el vencimiento anticipado de la obligación por un impago de la cuota hipotecaria era abusivo, por cuanto además de no ser esencial en relación al resto del contrato, su duración objetiva, tiempo de cumplimiento previo, previsión de cumplimiento tenida en cuenta por la entidad de crédito a la hora de conceder el préstamo inicial, puesta en marcha de un medio de ejecución hipotecaria en el que estaban limitados los medios de oposición y defensa del ejecutado, así lo aconsejaban.

Ahora bien, a raíz de las modificaciones legales introducidas por la ley 1/2013, 14 Mayo, los medios de defensa del ejecutado en el proceso hipotecario se han incrementado (posibilidad de alegación de cláusulas abusivas) y además, el art. 693 LEC precisa que para el despacho de ejecución, como mínimo deben existir 3 impagos o incumplimientos en los términos previstos en la norma, permitiendo el propio precepto la enervación de la acción hipotecaria con la puesta al día del ejecutado de las cuotas impagadas.

A partir de esta dicción legal del precepto, cabe preguntarse si ¿el mero hecho de haberse impagado tres cuotas, como exige la actual regulación, excluye cualquier abusividad?; o, por el contrario ¿se trata meramente de un requisito procesal para acceder a la ejecución hipotecaria, correspondiendo a los jueces el examen de la cuestión según las circunstancias del caso?

Es decir, cuando concurran un mínimo de tres impagos de cuotas hipotecarias vamos a considerar que el vencimiento anticipado no es abusivo o, por el contrario, vamos a considerar que el acreedor ha procedido conforme a la disposición legal que le faculta iniciar la ejecución, pero vamos igualmente a entrar a analizar los otros aspectos que gravitan en el contrato que se declara anticipadamente vencido para valorarlos en su conjunto y entrar a conocer del carácter abusivo de la cláusula aún cuando la entidad de crédito ha respetado el previo impago de tres cuotas antes de iniciar la ejecución. Especialmente en los casos en los que a tenor del art. 693 LEC no se trate de vivienda habitual o, no medie el límite temporal de los 3 años entre una y otra enervación, ya que en los otros supuestos (vivienda habitual o que ya pasen más de tres años desde la anterior enervación, el deudor solo ha de ponerse al día para limitar los efectos del vencimiento anticipado ejercitado por la entidad de crédito)

La Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013 establece al respecto de la cláusula de vencimiento anticipado en el apartado 73 que “En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, **si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho**

**nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”.**

Desde mi punto de vista, el art. 693.2 LEC, con su dicción legal "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses" legitima la actuación procesal de la entidad de crédito de "poder" declarar anticipadamente por vencido el préstamo y articular la ejecución hipotecaria, a modo de requisito procesal mínimo para el inicio de la misma, pero en ningún caso excluye ello que el Tribunal pueda, de oficio o a resultas de las alegaciones de parte, debidamente articuladas, entrar a analizar la "gravedad del incumplimiento" en función del caso concreto que sea objeto de análisis en cada supuesto, ya que la dicción del 693 LEC faculta a la entidad de crédito a dar por vencido el préstamo, pero no impide al Tribunal examinar si la gravedad del incumplimiento acontecido en el supuesto de hecho es o no esencial **en el marco de la relación contractual de que se trate.**

**El incumplimiento de un mínimo de tres impagos o cuotas, en ningún caso supone ya per se, un análisis del caso concreto que permite ineludiblemente determinar que el incumplimiento del deudor ha sido grave, sino que el ejercicio de la acción hipotecaria por parte del acreedor es legítimo y procesalmente adecuado, falta ahora determinar si sustantivamente en función de las circunstancias del caso concreto también lo es.**

Los aspectos que pueden ser valorados por los jueces a la hora de analizar la esencialidad del incumplimiento en relación a los contratos de larga duración en el que el mismo se produce son los relativos a:

- a) Duración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria
- b) Periodo de cumplimiento previo del deudor del contrato antes de que se produzca el incumplimiento que genera el inicio del proceso de ejecución hipotecaria
- c) Posibilidad en la legislación nacional de articular medio de enervación de la acción hipotecaria en caso de que se haya producido un incumplimiento (693 LEC) e imposibilidad de volver a articular otro medio de enervación en un periodo temporal ulterior.
- d) Porcentaje del impago en el total importe del préstamo concedido. Es decir, análisis de los impagos consecutivos en el total desarrollo temporal del contrato y porcentaje del mismo en relación al total cumplimiento del contrato.
- e) Informes recabados por la entidad financiera antes de conceder el préstamo en relación a la solvencia y situación patrimonial del deudor en el momento previo a la concesión del mismo y, sus posibilidades de pago de la deuda en función del salario que percibía el deudor y el valor del inmueble.
- f) Gravedad del incumplimiento de las tres cuotas mínimas impagadas en el total desarrollo del contrato de larga duración.
- g) Previsibilidad por el acreedor del incumplimiento del deudor con base a la información que el mismo le facilitó en el momento previo a la concesión del préstamo en función a la información que disponía la entidad financiera respecto del patrimonio e ingresos del deudor, incluido el supuesto de que el mismo mantuviera su puesto de

trabajo y fuente de ingreso si la aplicación al pago del préstamo constituye un porcentaje elevadísimo de los ingresos del mismo y de su unidad familiar.

h) Contexto social actual en el que se deben interpretar las normas conforme al art. 3 del CC

i) Normativa extranjera sobre el mismo extremo en la que las circunstancias que justifican el vencimiento anticipado de contratos de larga duración es a través de porcentajes de incumplimiento por parte del deudor muy superiores a los tres incumplimientos previstos en el art. 693 LEC. En Alemania e Italia se considera que el incumplimiento de las cuotas hipotecarias debe ser superior en un rango del 5 al 15% del total de la deuda pactada para que no sea abusivo.

i) Determinar si el incumplimiento de tres cuotas del préstamo es suficientemente grave como para provocar el vencimiento anticipado de la obligación con la información que la entidad de crédito disponía y que determinó la concesión del mismo, teniendo en cuenta tanto la cantidad solicitada como préstamo como el plazo de devolución del mismo y, el periodo de tiempo que el deudor lleva cumpliendo puntualmente sus obligaciones contractuales, al objeto de determinar si el incumplimiento de tres impagos debe ser considerados suficientemente graves cuando además eran previsibles.

La gravedad de los incumplimientos deben ponerse en relación no sólo con el porcentaje de deuda impagado para un préstamo proyectado a muy largo plazo, edad y solvencia del deudor, sino también con base a la información que disponía la entidad financiera sobre el deudor y los instrumentos de los que podría disponer la misma para reclamar la deuda, ya que la misma tanto puede optar entre declarar vencido el préstamo en su integridad en supuestos de incumplimiento grave, como en reclamar únicamente las cuotas impagadas sin declarar vendido anticipadamente el contrato de préstamo en supuestos de incumplimiento no grave o, en los que las circunstancias inherentes al mismo, así lo aconsejan o justifican.

Marta Sánchez-Ocaña: Estoy de acuerdo. Creo que no es nula la cláusula *per se*, y hay que valorar todas las circunstancias concurrentes. Especialmente, que el ordenamiento permite “una salida” a través de la enervación si el deudor paga lo que debe hasta el momento de la subasta.

