

El día 14 de mayo de 2013, en el Hotel Husa Princesa de Madrid, se celebró la Jornada patrocinada por la Asociación para el Progreso de la Dirección (APD), bajo el título “La reforma del Mercado Hipotecario. Transparencia, competitividad y seguridad jurídica”, en la que se analizaron, de la mano de los agentes implicados por la reforma hipotecaria, la situación actual del mercado hipotecario y las principales palancas que han de accionarse para promover la competitividad del mercado español en entornos internacionales.

La precitada Jornada fue organizada por la APD, la Sociedad de Tasación TS y CHÁVARRI & MUÑOZ abogados, siendo el presente artículo objeto de la ponencia impartida por el Socio Director Jurídico de CHÁVARRI & MUÑOZ abogados, D. Juan Vila-Coro Clot.



EL ABOGADO ANTE LA REFORMA HIPOTECARIA

La reforma legislativa en el ámbito de las deudas hipotecarias, reestructuración de las mismas y alquiler social, que se ha venido conformando hasta la reciente Ley 1/2013, de 14 de mayo, ya es vigente en la actualidad.

El presente artículo, en torno a dicha reforma, versará sobre cinco puntos esenciales:

1.- ¿QUE SUPONE JURIDICAMENTE LA REFORMA?

2.- ¿CUAL ES SU CONTENIDO?

3.- ¿COMO AFECTARA A LA SEGURIDAD JURIDICA DE LAS PARTES?

4.- ¿COMO AFECTARA A LOS PROCESOS DE EJECUCION HIPOTECARIA?

5.- ¿VISION CRÍTICA. CUESTIONES PENDIENTES?

La reforma hipotecaria consta de dos grandes capítulos: por un lado, regular las ejecuciones hipotecarias y los mecanismos de protección para deudores con ingresos mas bajos; y de otro, una importante reforma de los procesos de ejecución hipotecaria (y de las demás) para adecuarlos a la conocida sentencia del TJUE, de 14 de marzo último, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Con independencia de no soslayar tratar la reforma en su conjunto, nos centraremos y desarrollaremos en mayor medida las reformas procesales, que ni son pocas, ni de menor importancia. A mi juicio, son ellas las que de verdad modifican o modificarán el mercado hipotecario.

Al respecto estamos tratando la reforma (i) no sólo con la Ley recién publicada en el BOE sino (ii) además, acabándose de publicar la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo, sobre las llamadas cláusulas suelo, que también incide, como veremos, sobre el conjunto de la reforma. Y, en esta línea, (iii) también el pasado miércoles, día 9 de mayo de 2013, se celebró una jornada de jueces del Tribunal Supremo, de las Audiencias provinciales y de los juzgados de instancia, en la que se fijaron, con carácter “orientativo” criterios que afectarán a la interpretación que estos hagan en los procesos hipotecarios.

INTRODUCCION

Previamente a desarrollar los precitados puntos, permítasenos incidir en que, hoy por hoy, la postura del abogado ante la reforma hipotecaria sólo podía ser favorable a que ésta se produjera, y mejor hoy que mañana: desde la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo (e incluso antes, auspiciados por el “clima social”) se vienen produciendo las mas dispares resoluciones judiciales, ora suspendiendo procedimientos, ora dando plazo a las partes para que aleguen sobre la suspensión o sobre la existencia de cláusulas abusivas, ora negando a los deudores su capacidad para alegarlas. Incluso todos conocemos las sentencias del juez de Lanzarote, de las cuales nuestro despacho ha recibido varias suyas, en las cuales y en el seno de la ejecución hipotecaria declaran la nulidad del procedimiento y, ya de paso, de la hipoteca por usura.

Así pues, se defienda a un deudor o a una entidad de crédito, en estos momentos solo cabía desear que se clarificara y articulara coherentemente el sistema de ejecución hipotecaria.

Ya previamente a la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea estaban en tramitación la convalidación del RDL 27/2.012 de 15 Noviembre, de medidas urgentes

para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y la Iniciativa legislativa Popular en pro de la dación en pago.

El citado RDL 27/2012 inicialmente contemplaba, como su nombre indicaba, la protección de determinados deudores en situación económica extrema.

La Iniciativa Legislativa Popular pretendía extender la Dación en Pago a todos los supuestos.

Como más adelante se indicará, la reforma tal y como la conocemos, adaptándose a lo exigido por el TJUE, dispone de igual modo una reforma en el procedimiento de ejecución hipotecaria que me atrevo a calificar como muy importante.

La reforma, salvo para supuestos muy concretos y extremos (como ya se ha explicado y veremos a continuación) excluye la dación en pago. Igualmente para solo unos supuestos extremos recoge unas condiciones extraordinarias de refinanciación.

Sin embargo, seguramente con un punto de vista deformado por nuestra condición de abogados, la reforma aprobada, introduce importantes y, a mi juicio, impredecibles modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria. Y va más allá: las introduce en el sistema de ejecución de títulos no judiciales.

Y lo hace no sólo para los consumidores, sino para todo ejecutado, para toda persona, física o jurídica que es demandada en ejecución en virtud de un título ejecutivo, hipotecario o no.

En lo que ahora tratamos, desde luego y al menos a corto plazo, debe modificar las expectativas de las entidades acreedoras del plazo para recuperar al menos parcialmente el crédito hipotecario impagado.

Y volviendo a los efectos prácticos, mucho me temo que la reforma tal y como está planteada, además de incertidumbre e inseguridad, provocará un mayor colapso, si cabe, de los juzgados.

1.- ¿QUE SUPONE JURIDICAMENTE LA REFORMA?

La sentencia del TJUE no es más que una interpretación de una norma preexistente, esto es la Directiva 93/13, y dicha interpretación supone que tanto la actual Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, como el anterior art.131 de la Ley Hipotecaria, conculcaran la misma en

la regulación de los procedimientos de ejecución hipotecaria, en tanto no permitían la “efectividad” del derecho de los consumidores.

La referida sentencia, declara y obliga a que este procedimiento sea reformado para permitir:

1. “la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo”
2. y “para que cese el uso de cláusulas abusivas”.

Hasta ahora, el ejecutado, demandado en un proceso de ejecución hipotecaria, sólo podía oponer o alegar en dicho procedimiento judicial que había pagado la deuda o que la cantidad por la cual se le reclamaba era incorrecta.

Ello era justificado jurisprudencialmente y doctrinalmente por la existencia de un título notarial y su constancia en el Registro de la Propiedad.

En la ejecución de títulos no judiciales (escritura, pólizas, etc.) son más amplias las causas de oposición del ejecutado: compensación, pluspetición, prescripción y caducidad, quita, espera o pacto de no pedir documentados y transacción en documento público.

A partir de la reforma, y tanto en ejecuciones ordinarias como en las hipotecarias, la causa de oposición será la existencia de una “cláusula abusiva”, concepto jurídico indeterminado, no tasado y por tanto de libre apreciación por el juez. La pregunta a hacerse es ¿Cuánto deberemos esperar para que se unifiquen los criterios judiciales, no solo por juntas de jueces bienintencionadas, sino con carácter vinculante?

El concepto de cláusula abusiva nos lo da el art. 82 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 (en adelante la “TRLGDCU”).

Dice su primer apartado:

“1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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.”

Su apartado segundo añade:

“2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.”

Y a su vez, el apartado tercero determina que “El carácter abusivo 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.”

Por último, se hace una relación de tipos de cláusulas abusivas, desarrolladas pormenorizadamente en los art. 85 a 90, si bien las mismas tienen un carácter enunciativo y queda a decisión judicial valorar cualesquiera otra como tales. Los tipos de cláusulas abusivas podemos englobarlas en los siguientes:

- A.- aquellas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- B.- que limiten los derechos del consumidor y usuario,
- C.- que determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- D.- que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- E.- que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- F.- que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

El artículo 83 de la misma ley lleva por título “nulidad de cláusulas abusivas e integración del contrato”. Este precepto ordenaba al juez integrar el contrato conforme al art. 1.258 del Código Civil, es decir bajo los principios de buena fe, usos y la propia ley.

Sin embargo, tanto la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo como la ya comentada del Tribunal Supremo, en aplicación de la Directiva 93/13, determinan que no es posible esa integración y debe declararse su nulidad.

Y el acuerdo de la jornada judicial, al que antes se ha aludido, dice:

“El juez no puede integrar o moderar dichas cláusulas, que deben ser tenidas por no puestas”.

Este es el concepto legal según la TRLGDCU, sin embargo, la reforma legítima a cualquier persona, física o jurídica, para oponerse al procedimiento por la existencia de cláusulas abusivas.

¿Qué ocurre si lo opone una empresa o empresario? ¿Puede ser trasladado automáticamente el concepto? ¿Puede existir ese desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de cada parte?

De entrada, al no excluirse de su alegación en el seno del proceso de ejecución hipotecaria, entendemos que sí. Al respecto, en el último apartado del presente artículo, estableceré una relación entre el actual concepto de cláusula abusiva con el más tradicional de cláusula leonina.

Pero además, debo traer a colación la reciente sentencia del TS sobre las “cláusulas suelo”. Veamos porqué.

Normalmente los préstamos hipotecarios son formalizados en base a un clausulado preparado por el Banco y al que se adhiere el prestatario. De este modo, además de la TRLGDCU, también entra en juego la vigente Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante “LCGC”).

Uno de los argumentos que hasta la fecha se daban para defender que en los préstamos hipotecarios no se daban las condiciones para que sus cláusulas infringieran ni la LCGC ni el TRLGDCU, era que existía una normativa sectorial que hacía inviable que se produjeran los supuestos de infracción.

Así, desde la Ley 26/1988 de disciplina e intervención de las entidades de crédito y las Ordenes Ministeriales que la han desarrollado, especialmente la de 12 diciembre de 1989 sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, posteriormente modificada en varias ocasiones ⁽¹⁾, podría alegarse que cumplida esta normativa, no podía considerarse ni falta de información, ni de transparencia a estas cláusulas.

¹ a) La OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la OM de 12 de junio de 2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, y conforme a su habilitación;

b) la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM. de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011 —esta última, posterior a la fecha de la sentencia recurrida—;

Mas aún con la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, no aplicable a las entidades de crédito.

Al analizar la cuestión en la reciente sentencia del TS se ha concluido lo siguiente:

“178. Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que “[l]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis”.”

Y sin entrar en más detalles la sentencia, admitiendo la legalidad y viabilidad de las “cláusulas suelo” en general, acaba declarando la nulidad de las concretas “cláusulas suelo” utilizadas por determinadas entidades bancarias por los siguientes motivos:

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un “techo”.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor, en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) La inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible, sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

En definitiva y sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre la sentencia del TS, la regulación sectorial, las exigencias de información, oferta previa etc., que ya existían, no son impedimento para que pueda declararse una cláusula como abusiva o como no transparente.

Y el hecho de ser el ejecutado una empresa, ni implica necesariamente que no se le pueda aplicar la legislación de consumo (restrictivamente y en el supuesto de que actúe como consumidor), ni mucho menos excluye la aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Por último, antes de analizar concretamente la reforma, voy a resaltar algunos puntos importantes de la Jornada judicial celebrada el pasado 9 de mayo, antes mencionada:

“Como conclusiones de dicha Jornada, podemos destacar:”

1.- La reforma legislativa en curso da respuesta a algunas de las cuestiones que suscita la doctrina del TJUE, lo que no exime a los jueces del deber de completar las lagunas que pudieran existir aplicando los principios generales del ordenamiento jurídico europeo y nacional.

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

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

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

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

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

- En cuanto a las cláusulas de fijación de **intereses moratorios**, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se

contempla en el nuevo artículo 114 LH (3 veces el interés legal)

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con los apartados transcritos, basta la lectura de estas conclusiones para

poder apreciar que con la reforma no quedan todos los elementos definidos. Estas conclusiones son orientativas, no vinculan a los juzgados y deberemos esperar a ver qué interpretación realiza cada una de ellos.

Pero a mi juicio lo importante es que, a partir de la reforma, se modifican sustancialmente los procesos de ejecución, en tanto que hasta ahora las causas de oposición no sólo eran tasadas sino que se basaban en hechos concretos, para los que, además, se exigía una acreditación importante: documental e, incluso, documental pública.

Quizá la única cuestión que podía ser realmente discutible y solo en algunos casos era la pluspetición, pero también debía ser resuelta como una cuestión de hecho.

Sin embargo, la reforma ha introducido la oposición por un concepto jurídico indeterminado y amplio, de apreciación subjetiva y en muchas ocasiones "caso por caso".

Baste señalar que en una entrevista al vocal del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) Manuel Almenar, coordinador de aquella reunión y publicada el domingo 12 de mayo, decía:

"Sobre otras cláusulas, como la de sobregarantía, no hubo unanimidad y se seguirá deliberando."

Hay préstamos de 80.000 euros para viviendas tasadas en 100.000 que tienen también como garantía la casa del avalista ¿Eso es abusivo? Unos sostienen que no porque, debido a la caída del mercado inmobiliario, el valor actual del primer inmueble no llega a cubrir todo el crédito; pero otros piensan que sí, dado que solía ser el propio banco el que hacía la tasación".

Con independencia del análisis de la cláusula en cuestión, esta declaración evidencia que, el concepto y alcance de las cláusulas abusivas, ni es cerrado, ni está suficientemente determinado.

En consecuencia, la interposición de los correspondientes incidentes y su estimación o no, ha abierto las puertas a la inseguridad de ambas partes, ejecutante y ejecutado.

A continuación voy a detallar en qué consiste la reforma para luego volver a elementos valorativos.

2.- ¿CUAL ES SU CONTENIDO?

Conociendo ya el texto de la reforma hipotecaria, a raíz de la publicación en el BOE, de 15 de mayo de 2013, de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, intentaré hacer un resumen sistemático sobre el contenido de misma.

Dicho contenido lo podemos estructurar en 5 puntos:

2.1.- Convalidación del Real Decreto 27/2012, de 15 de Noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

2.2.- Reforma de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

2.3.- Reforma de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

2.4.- Reforma de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la anterior, así como otras normas del sistema hipotecario y financiero.

2.5.- Modificación del Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (Código de Buenas Prácticas)

2.1.- Convalidación del RD 27/2012, de 15 de Noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios:

Su objetivo es la suspensión inmediata y por un plazo de dos años desde la publicación del RDL 27/2012 de lanzamientos que afecten a familias en una situación de especial riesgo de exclusión.

También regula la creación de un fondo social de viviendas para facilitar el acceso a contratos de arrendamientos con rentas asumibles por las personas desalojadas en riesgo de exclusión.

2.2.- Reformas de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil:

a) Cláusulas abusivas:

Se establece en todas las ejecuciones de títulos no judiciales ni arbitrales un control sobre cláusulas abusivas:

- De oficio (art.552.1 LEC): por decisión del tribunal, previa audiencia por 5 días a las partes.

- A instancia de parte (art. 557.1.7ª LEC): nuevo motivo de oposición -10 días- en todas las ejecuciones hipotecarias u ordinarias.

- Consecuencias de la declaración de nulidad (art. 561.1.3º LEC): improcedencia de la ejecución o continuación de la misma sin aplicación de la cláusula.
- Régimen transitorio (DT 4ª LEC): En un mes desde la entrada en vigor de la reforma se podrá formular oposición en todos los procedimientos de ejecución, con independencia del trámite en que se encuentren, teniendo como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente. Dicha DT 4ª se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente, de acuerdo con el art.675 LEC.

b) Reforma referentes a las subastas judiciales

- Además del anuncio según el art. 646 LEC, las subastas se anunciarán en el portal de subastas judiciales y electrónicas existentes y dependientes del Ministerio de Justicia (art. 668 LEC)
- Solicitud de visita de la finca objeto de subasta, con posibilidad de reducción de la deuda hipotecaria hasta un 2%, si el poseedor consiente la inspección del inmueble y colabora adecuadamente con los requerimientos del tribunal (art. 691.2 LEC)
- Bajada de la consignación para participar en subasta del 20% al 5% (art. 647 LEC)
- Ampliación del plazo para completar el precio del remate de 20 a 40 días (art. 670 LEC)
- Elevación importe mínimo adjudicación en vivienda habitual: hasta el 70% de tipo si la deuda es superior. Si la deuda total por todos los conceptos es inferior a ese 70 %, la adjudicación permanecerá en el anterior 60 % (art. 671 LEC)

c) Limitaciones al inicio de la ejecución -art. 693 LEC:

- Es necesario el incumplimiento de tres plazos mensuales para el inicio de la ejecución. Esta limitación ha sido necesario reforzarla a la vista de la Sentencia del TJUE, si bien es cierto que ninguna entidad bancaria daba por vencido el contrato de préstamo hipotecario por el incumplimiento de menos de 3 cuotas.
- Se rebaja de 5 a 3 años el plazo mínimo que debe transcurrir para poder rehabilitar el préstamo de la ejecución hipotecaria iniciada y liberar la finca hipotecada mediante abono de amortizaciones pendientes.

d) Limitaciones a la prosecución de la ejecución hipotecaria sobre vivienda por el crédito subsistente - art.579.2 LEC:

- El art. 579 LEC ofrece la posibilidad del acreedor de continuar la ejecución si tras la adjudicación de la finca subsiste la deuda. Con la reforma, se ofrece al ejecutado liberarse de la deuda si paga en 5 años el 65% de la subsistente, incrementada con el interés legal

del dinero, o la liberación de la misma si paga en 10 años el 80 % de la deuda subsistente.

- Estas medidas no suspenden la ejecución, y, 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.

- Reducción de la deuda en un 50% de la plusvalía obtenida por la venta de la finca hipotecada en los 10 años siguientes a la aprobación del remate o la adjudicación.

e) Causas de Oposición a la Ejecución hipotecaria - art. 695 LEC:

- La reforma más importante de la LEC en cuanto a la adaptación de la normativa nacional a la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, viene reflejada en el art. 695 LEC, donde se establece como un motivo de oposición más en los procedimientos de ejecución hipotecaria el carácter abusivo de una cláusula contractual, cuando dicha cláusula constituya el fundamento de la ejecución o hubiese determinado la cantidad exigible.

Añadiendo este artículo que, de estimarse una cláusula abusiva que fundamente la ejecución se acordará el sobreseimiento de la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

Por último se establece, en cuanto a los autos que decidan la oposición, que sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.

¿Qué supone esta importante modificación sobre la posible oposición por cláusulas abusivas?

Primero, queda al libre criterio del Juez la existencia o no de cláusulas abusivas y qué se considera una cláusula abusiva que fundamente la ejecución de una que simplemente determine la cantidad exigible.

Por tanto, las cláusulas abusivas pasan a ser una cuestión fundamental en el procedimiento, pues si existe una cláusula abusiva esta se podría inaplicar directamente, y no ha quedado resuelto que ocurrirá en los supuestos de determinación de la cantidad exigible en virtud de la cláusula abusiva: podría no aplicarse la cláusula de intereses de demora o deberemos esperar a que la jurisprudencia depure algún criterio.

Además, si la cláusula abusiva se considera que fundamenta la ejecución el procedimiento se sobreseerá, y esto puede implicar que se haya que iniciar un nuevo procedimiento de ejecución hipotecaria o si el juez declara nulo el contrato por considerarse que, sin la cláusula abusiva, el contrato no puede subsistir y habrá de iniciarse un procedimiento declarativo con las complejidades que ello entraña.

f) Limitación de costas judiciales – art.575 LEC:

La reforma añade el apartado 1 bis, limitando las costas que tuviera que afrontar el ejecutado, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual, no pudiendo superar éstas el 5% de la cantidad reclamada a través de la demanda ejecutiva.

2.3. Reforma de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946:

- Limitación de intereses de demora en hipotecas nuevas sobre vivienda habitual, a 3 veces el interés legal del dinero. Prohibición de capitalización de los intereses de demora (art. 114 LH).
- Régimen transitorio (DT 2ª): En los procedimientos en trámite el Secretario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculase la deuda si el interés de demora supera tres veces el legal.
- Traslación del procedimiento de ejecución extrajudicial ante notario del Reglamento Hipotecario a la Ley Hipotecaria y nueva regulación asimilando el procedimiento al judicial (art. 129 LH)

2.4. Reforma de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario:

- Limitación al 10% máximo de la participación de las entidades de crédito en sociedades tasadoras.
- Posible aportación de tasación por el deudor al suscribir la escritura de hipoteca.

2.5.- Modificación del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (Código de Buenas Prácticas).

Primeramente, cabe precisar o incidir en lo que supone este Real Decreto: está directamente encaminado a crear mecanismos que permitan una estructuración de la deuda hipotecaria, para quienes no pueden atender su pago y permitir una flexibilización de las ejecuciones hipotecarias.

El ámbito subjetivo del Real Decreto Ley 6/2012 está dirigido -reitero- a quienes se encuentran en el llamado “umbral de exclusión”: aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos determinadas circunstancias, tales como que se trate de única vivienda, ingresos familiares inferiores al triple del IPREM (Indicador Público de Renta de efectos múltiples), y cuota superior al 50 % de ingresos por unidad familiar (antes era el 60 %).

Se limitan igualmente las medidas impuestas por el citado Real Decreto-Ley a aquéllos

préstamos o créditos hipotecarios cuyo capital principal o límite, no exceda de determinados importes: se fija así una escala en función del número de habitantes del municipio en el que resida el deudor. Desde este punto de vista, el principal del crédito, tras las últimas enmiendas presentadas por el grupo parlamentario popular, no podría de exceder de entre 250.000 € a 150.000 €, dependiendo del volumen de la población.

Con este presupuesto subjetivo y objetivo se ha elaborado un código de buenas conductas, al que ya se han adherido la práctica totalidad de las entidades de crédito de nuestro país, adhesión que ha determinado la **obligatoriedad** para éstas de aceptar, en relación con los deudores comprendidos en el ámbito de actuación de la ley, las siguientes medidas:

2.5.1.- Reestructuración de la deuda

Los deudores podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora, la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma.

No podrán formular tal solicitud aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta.

En el plazo de un mes desde la solicitud, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las siguientes medidas:

- Carencia en la amortización de capital de cinco años.
- Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.
- Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 % durante el plazo de carencia.
- Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

2.5.2.- Quita del principal

Los deudores para los que el plan de reestructuración previsto en el apartado anterior resulte inviable –cuando resulte una cuota superior al 50 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar- podrán solicitar una quita en el capital en alguno de los importes fijados por el Real Decreto Ley.

En este caso, la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar la solicitud de quita.

2.5.3.- Dación en pago de la vivienda habitual

En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, para aquellos a los

que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado.

En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la totalidad de la deuda.

Se calcula que tan solo se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley entre el 5% y el 7% de los ciudadanos.

3.- ¿COMO AFECTARA A LA SEGURIDAD JURIDICA DE LAS PARTES?

Como era previsible, todas estas novedades implican la modificación de los procedimientos de ejecución y de ejecución hipotecaria, dando lugar a trámites de oposición de los deudores en ambos procedimientos por alegación de la existencia de cláusulas abusivas, sean “fundamento del título ejecutivo” o “para que cese su uso”. Además se tipifican algunas de esas cláusulas abusivas.

En definitiva se transforma el procedimiento de ejecución dando lugar a la posibilidad de un nuevo trámite en virtud del cual el deudor ejecutado puede plantear nuevas excepciones.

Tanto con anterioridad a la entrada de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación del art. 131 de la Ley Hipotecaria, como desde la vigencia de la primera, tradicionalmente se había configurado un procedimiento especial y, permítaseme la redundancia, especialmente sumario que, remitiendo cualquier cuestión a otro procedimiento declarativo, se dirigía a la realización (venta o adjudicación) de los bienes hipotecados para el pago al acreedor.

En ese procedimiento especial, al deudor tan sólo le cabía alegar la extinción de la deuda y la garantía, por pago o, en el caso de hipoteca contra cuenta corriente, error en la determinación de la deuda.

A partir de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de este año y de la reciente reforma, en el seno del propio procedimiento de ejecución el deudor y el propio juez deberán o podrán cuestionar la existencia de cláusulas abusivas y, según su naturaleza, el procedimiento:

→ Se sobreseerá.

→ o continuará por importe diferente al inicialmente reclamado por el acreedor.

A nadie le pasará inadvertido que este cambio por si mismo producirá un mayor tiempo en la tramitación de los procesos de ejecución hipotecaria y la necesidad de una mayor especialización para solventar los incidentes de oposición que se produzcan.

En cuanto a la “transparencia, competitividad y seguridad jurídica”, a los abogados, evidentemente, nos afecta sobre todo el último aspecto: la seguridad jurídica. Y este es un principio básico del Estado de Derecho y va íntimamente ligado a otros como el de legalidad, no arbitrariedad, defensa y contradicción, tutela judicial, etc.

Creo que cualquier abogado desearía que cualquier conflicto que se deba dilucidar ante un tribunal pudiera ser tramitado mediante un juicio plenario en el que los derechos de defensa y contradicción fueran plenos, sin restricción alguna.

Sin embargo cada vez más se aprueban normas procesales con “juicios rápidos”, procedimientos abreviados o Express,....

Pues bien, en el presente caso, por mor de la sentencia del TJUE ocurre lo contrario: del “procedimiento judicial sumario” debemos evolucionar a otro donde el deudor tendrá mayor capacidad de defensa y oposición. Y ello, siendo jurídicamente siempre deseable, veremos que efectos tendrá.

Seguro que cuando se ha hecho referencia a que el procedimiento hasta ahora existente era “sumario”, más de uno ha sentido rechazo tanto por el concepto como porque este termino quedó proscrito con la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, permítaseme recordar que su exposición de motivos dice que la misma **“se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta”** Y la norma vigente hasta ese momento era el artículo 131 de la Ley hipotecaria cuyo enunciado comenzaba diciendo “el procedimiento judicial sumario se ajustará a las siguientes reglas”.

Este procedimiento tiene su origen directo (1) en la Ley hipotecaria de 1.909 y, al respecto, es conveniente traer a colación lo que ya entonces dijo la Comisión del congreso que la aprobó:

“Persuadida la Comisión de que no sólo lo que favorece la garantía del capital prestado, sino también cuanto facilita su realización, disminuye el interés del dinero, y cede así en beneficio recíproco para el capitalista y para el propietario, siempre que no deje indefensos sus respectivos derechos, introduce en el procedimiento sumario que ahora se va a implantar»

Descendiendo a la anécdota mencionar, que uno de sus principales opositores fue el Sr.

Rajoy, perdón Blanco Rajoy, quien pretendió enmendarla en el Senado en pro de una mayor garantía de los derechos del deudor, si bien finalmente retiro su enmienda.

Pero en definitiva los argumentos dados para la instauración del procedimiento son los mismos que han permitido su supervivencia y que ahora son esgrimidos en contra de la reforma que se avecina.

Y ello porque, a partir de la reforma, existirá una evidente contradicción entre la declaración de la exposición de motivos de la LEC (“la drástica **limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución**”) y la propia regulación de la ejecución.

Y, como hemos visto, la reforma afecta tanto a la propia ejecución hipotecaria como a toda ejecución de títulos no judiciales.

Volviendo a los principios por los que se instauró el hasta ahora vigente régimen de ejecución hipotecaria, la disminución del interés y la expansión del crédito, en mi opinión, siendo ese efecto práctico importante y que en estos momentos podrá redundar en la carestía y escasez del crédito hipotecario, desde un punto de vista mas estrictamente, jurídico, la gravedad e importancia de la reforma vendrá mas por la falta de seguridad jurídica que provocará en los intervinientes en el negocio hipotecario, al menos hasta que exista un criterio uniforme sobre el concepto y alcance de “cláusula abusiva”.

(1) PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA (Doctrina, jurisprudencia y formularios) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1998

Juan Montero Aroca, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

4.- ¿COMO AFECTARA LA REFORMA EN LOS JUZGADOS?

Según el informe de septiembre pasado del CGPJ respecto al “incremento de carga en los órganos judiciales atribuible a la crisis económica”, en 2.010 y 2.011 se redujeron el número de asuntos ingresados (2.025.568 en 2.009, 1.984.124 en 2.010 y 1.770.947 en 2.011).

JURISDICCIÓN CIVIL

	Total 2007	Total 2008	Total 2009	Total 2010	Total 2011
TOTAL	1.450.504	1.707.071	2.025.568	1.984.098	1.770.947

Sin embargo, en la misma jurisdicción destaca la litigiosidad tanto de ejecuciones hipotecarias como de concursos de acreedores.

Respecto a las primeras, evolucionaron desde las 58 mil del 2008, hasta las 93 mil del 2009 y del 2010, bajando a casi 78 mil en el 2011 y volviendo a incrementarse en el 2012, llegando a presentarse en este 2012 más de 91.500 ejecuciones hipotecarias.

EJECUCIONES HIPOTECARIAS PRESENTADAS:

	Total 2007	Total 2008	Total 2009	Total 2010	Total 2011	Total 2012
TOTAL	25.943	58.686	93.319	93.636	77.854	91.622

E igualmente en los juzgados de lo mercantil, puede comprobarse el notable incremento en la carga de trabajo a lo largo de estos años con causa en el número de concursos presentados. Así, hemos pasado de 4.813 en el 2008, a 7.768 en el 2009, a 7.136 en el 2010, a 8.027 en el 2011 y a 5.195 en sólo el primer semestre del 2012.

JUZGADOS DE LO MERCANTIL. CONCURSOS PRESENTADOS:

	Total 2007	Total 2008	Total 2009	Total 2010	Total 2011	Total 2012
TOTAL	1.589	4.813	7.768	7.136	8.027	10.290

Y menciono la carga de trabajo de los juzgados de lo mercantil en cuanto los mismos también se verán afectados por la reforma: ¿Por qué ha sido un juzgado de lo mercantil el que ha instado la cuestión prejudicial ante el TJUE?

Según el artículo 86 ter 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil serán competentes respecto de:

a.- *Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.*

b.- Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento.

Y según el artículo 82.1 del TRLGDCU, anterior 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

Continuando más adelante, en el apartado 2:

“El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.”

Y por su parte el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación establece:

“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de

la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.”

En consecuencia, por aplicación de ambas normas, una cláusula que el deudor hipotecario considere abusiva en tanto que no haya sido negociada individualmente, con la carga de la prueba para el Banco, será considerada condición general y el Juzgado de lo mercantil podrá atraer la jurisdicción.

Pues bien, hecho este inciso para analizar qué juzgados se verán afectados por la reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria, podemos comprender que serán, en cuanto a la propia ejecución, los Juzgados de Primera Instancia y en cuanto a los declarativos que se susciten, los juzgados de lo mercantil.

Ambos órganos con una carga de trabajo importante que justifica la dilación en la tramitación de los procedimientos a ellos encomendados.

Respecto a la propia ejecución hipotecaria, su sumariedad y la práctica imposibilidad para los deudores ejecutados de oponer excepción alguna para evitar la realización de los bienes, hacía que estos no se personaran normalmente en los procedimientos, resultando una tramitación en la que sólo había que cumplimentar los trámites establecidos por la LEC hasta llegar a la subasta y posterior toma de posesión.

Evidentemente en un número importante de ejecuciones hipotecarias continuara así la tramitación.

Sin embargo, habrá otros donde los deudores, con más o menos fundamento, con más o menos ánimo dilatorio, plantearán la existencia de cláusulas abusivas.

Ello dará lugar a los correspondientes trámites de contradicción y en aquellos casos que proceda según la reforma que finalmente se apruebe, a la celebración de vistas.

En todo caso, producirá la necesidad de que los jueces se pronuncien, sea respecto a la validez del propio título, sea respecto a la validez de determinadas cláusulas y su efecto respecto de la cuantía y la propia ejecución.

Todo ello producirá una mayor carga de trabajo en los juzgados, un mayor número de resoluciones de los juzgados y una dilación y mayor complejidad en las ejecuciones que, en este momento, es poco menos que imposible prever.

Téngase en cuenta que, en los términos en que se propone la reforma, afectará tanto a la propia ejecución hipotecaria como a la ejecución de cualquier título ejecutivo y no se

distingue entre oposición de consumidor como de no consumidor, proponiéndose una reforma general de los procedimientos a pesar de que la Directiva de la que trae causa la sentencia del TJUE atañe únicamente a consumidores y usuarios.

Además, también debe tenerse en cuenta qué ocurrirá con las ejecuciones en curso: la sentencia del TJUE ha declarado que el procedimiento seguido infringe la Directiva 93/13/CEE. Ha declarado también que los deudores ejecutados deben poder “formular motivos de oposición”.

Son noticia estos días diferentes Resoluciones de jueces de primera instancia que están declarando, de oficio o a instancia de parte, la nulidad parcial o total de diferentes procedimientos de ejecución. Otros están dando trámite de oposición por existencia de cláusulas abusivas y otros las deniegan hasta que no se modifique la ley.

Y en este contexto, es también evidente que, las distintas plataformas y movimientos ciudadanos, a veces los propios Colegios de Abogados, fomentan y promueven la interposición de estas oposiciones.

Las enmiendas presentadas a las que antes aludí, se prevé un plazo extraordinario de un mes para interponer un “incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas”, con efectos suspensivos.

Incidente extraordinario que afectará a todo tipo de ejecuciones, hipotecarias o no.

En consecuencia, podemos prever un importante número de oposiciones instadas en un corto espacio temporal, con suspensión de las actuaciones y necesidad de resolución individual.

Y, salvo que se regule específicamente, de acuerdo con los artículos 385 y siguientes de la LEC, es posible dentro del incidente el recibimiento a prueba y la celebración de vista.

Insisto en que no es posible anticipar el efecto que esto producirá. Por dar un dato que permita a cada uno hacer la evaluación oportuna, a 31 de diciembre de 2.011, según la memoria de 2.012 del CGPJ, había en trámite 1.896.983 ejecuciones y la duración media de las ejecutorias civiles terminadas en 2.011 fue de 31,5 meses.

5. - ¿VISION CRITICA. CUESTIONES PENDIENTES

No parece necesario destacar que la reforma que estamos tratando ha venido impuesta por la reciente Sentencia de TSJE e impulsada por el clima social creado por la crisis económica.

Y se ha aprovechado, con cierta precipitación, la tramitación de un proyecto de ley para modificar la legislación procesal de la materia, cosa que inicialmente no estaba previsto.

Como ya se ha indicado, los efectos de la reforma son difícilmente evaluables en este momento.

En cualquier caso, para cerrar esta intervención, señalaré algunas cuestiones que no han quedado resueltas en la reforma, anticipando que seguro surgirán otras incluso de mayor calado.

(i) Según la DT 4ª, de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, a partir de su publicación en el BOE, se dispondrá de un mes en el proceso de ejecución hipotecaria para plantear oposición por la existencia de cláusulas abusivas. Y ello **siempre que no haya culminado el mismo con la puesta en posesión del inmueble al adquirente, conforme a lo previsto en el art.675 de la LEC.**

En este caso, ¿qué ocurriría si se sobresee el proceso y hay una inscripción registral a nombre de un tercero?

(ii) Según el párrafo 3º la DT2ª del mismo cuerpo legal, sobre intereses de demora en hipotecas sobre vivienda habitual, en los procedimientos de ejecución, o de venta extrajudicial, iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución, o la venta extrajudicial, el Secretario judicial, o el Notario, dará, de oficio, un plazo de 10 días para recalcular los intereses de demora para el despacho de ejecución, si éstos superaran el límite fijado en el límite previsto en el art.3 apartado Dos, sobre el triple del interés legal del dinero.

Ante esta potestad del Secretario Judicial, que de oficio dará trámite al acreedor para recalcular los intereses de demora, para lo que necesariamente se ha tenido que contemplar la cláusula de la hipoteca como abusiva, **¿se está produciendo una exclusión de dicho motivo de oposición en virtud del art.695 LEC?**

(iii) Las oposiciones a ejecuciones hipotecarias se tramitan como incidentes procesales, en los que habrá una impugnación por el acreedor de la oposición planteada por el deudor. De acuerdo con la oposición por cláusulas abusivas, como tal incidente, **¿cabrá repercutir**

costas al vencido?, y en ese caso ¿se podría presentar otra ejecución por costas?, ¿cuál sería el interés real en la impugnación a la oposición?

(iv) En el supuesto del art. 671 LEC, para subasta sin ningún postor, la reforma establece que el acreedor podrá adjudicarse la vivienda habitual del deudor por importe igual al 70% del valor de subasta, y si la cantidad que se le deba es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

Si se produce el recálculo de intereses de demora, y la deuda fuera inferior al 60%, **¿tendría que consignar el acreedor la cantidad restante hasta llegar al 60% del valor de tasación para adjudicarse el inmueble?**

(v) En relación al auto que resuelva acerca de la oposición a la ejecución hipotecaria por nulidad por cláusulas abusivas, contemplada en el art.695.4ª LEC, cabe plantearse si **dicho auto tendrá el efecto de cosa juzgada contemplado en los art. 222 y art. 400 LEC**, con respecto a posteriores reclamaciones en virtud del art. 698 LEC.

Según el art. 400 LEC,

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.”

El apartado 1 del art. 698 LEC dice,

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

La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias.”

Si aplicamos el art. 400 LEC al incidente de oposición a la ejecución del art. 695 LEC, la

oposición que plantee el deudor hipotecario por cláusulas abusivas tendría como efecto preclusivo que todo lo resuelto en dicho incidente y los hechos que hubieran podido invocarse al tiempo de interponer la oposición, ya no podrían alegarse en un procedimiento ulterior.

Y aplicando el art. 400.2 LEC, a efectos de litispendencia y cosa juzgada, los hechos y fundamentos de derecho que se aleguen en el procedimiento ulterior (reclamación del art. 698 LEC), se considerarán los mismos que los alegados en un juicio anterior (el incidente de oposición), si existe identidad de sujetos, cosa y causa de pedir, por lo que podemos decir que de interponerse una reclamación del art. 698 LEC, cuyo objeto fuera la nulidad de las cláusulas hipotecarias, habiendo un auto anterior que hubiera resuelto sobre la nulidad o validez de dichas cláusulas, se estaría entrando en conflicto con el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales.

En este sentido, entendemos que la falta de modificación del art. 698 LEC plantea una laguna legal que puede dar lugar al conflicto mencionado, toda vez que, de darse el supuesto expresado, habiendo sido resuelto en procedimiento anterior la nulidad de un título, impide que pueda volver a plantearse en un procedimiento ordinario, puesto que cabría el peligro de dictarse resoluciones contradictorias, incumplir el principio non bis in idem y atentar contra la seguridad jurídica.

© 2012 CHAVARRI & MUÑOZ abogados. Todos los derechos reservados.

Este documento está diseñado para proporcionar un resumen de las materias que en el mismo se tratan. La información o comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de CHAVARRI & MUÑOZ abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de CHAVARRI & MUÑOZ abogados