

07 MAR 2024

Los contratos de crédito inmobiliario. 1ª ed., diciembre 2017

ARANZADI

Este PDF contiene

36. Problemas procesales que suscita la ejecución por el remanente frente a deudores que tienen la condición de consumidores (MILAGROS LÓPEZ GIL), p.RB-36.1

I. Introducción, p.RB-36.1

Los contratos de crédito inmobiliario. 1ª ed., diciembre 2017

7ª Parte. Otras vías de solución de los conflictos entre los contratantes

36. Problemas procesales que suscita la ejecución por el remanente frente a deudores que tienen la condición de consumidores (MILAGROS LÓPEZ GIL)

36 Problemas procesales que suscita la ejecución por el remanente frente a deudores que tienen la condición de consumidores

MILAGROS LÓPEZ GIL

Profesora Titular Derecho Procesal. Universidad de Málaga

Sumario:

- I. Introducción
- II. El procedimiento de ejecución ordinaria post ejecución hipotecaria
 - 1. Nueva fase procedimental «versus» nuevo proceso de ejecución
 - 2. Control de oficio de las cláusulas abusivas
 - 3. Causas de oposición del deudor y cosa juzgada
 - 4. La intervención del fiador: posibilidades de actuación procesal
- III. Medidas especiales de protección del deudor hipotecario tras la realización de la garantía sobre vivienda habitual

Los contratos de crédito inmobiliario. 1ª ed., diciembre 2017

7ª Parte. Otras vías de solución de los conflictos entre los contratantes

36. Problemas procesales que suscita la ejecución por el remanente frente a deudores que tienen la condición de consumidores (MILAGROS LÓPEZ GIL)

I. Introducción

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es desarrollar los problemas procesales que plantea la ejecución por el remanente, es decir, por la cantidad que se sigue debiendo por el deudor tras la tramitación de un procedimiento de ejecución hipotecaria que finaliza con la realización forzosa de la garantía hipotecaria, centrándonos en aquellos casos en la que la misma ha recaído sobre la vivienda habitual de un consumidor pero con la que no se ha cubierto la totalidad de lo que se adeuda.

Nos encontramos ante un tema, no obstante, lo suficientemente amplio para dar cabida a distintas cuestiones de muy diferente calado, como tendremos ocasión de estudiar, puesto que si bien, en lo primero que uno piensa cuando menciona la ejecución por el remanente es en el artículo 579 LEC, precepto regulador de la posibilidad que tiene el acreedor de seguir haciendo efectivo su crédito a través de un procedimiento de ejecución ordinaria dineraria tras haber tramitado un procedimiento hipotecario que ha finalizado sin su total satisfacción, este precepto esconde otras muchas cuestiones que son merecedoras de un análisis pormenorizado. Es por ello por lo que este trabajo va a constar de dos partes claramente diferenciadas, pero necesariamente cohesionadas y que coincide con los dos apartados que integran el mencionado precepto.

Por un lado, pretendemos analizar los problemas procesales que pueden surgir como consecuencia de la tramitación de esta ejecución ordinaria (lo que está previsto en el artículo 579.1 LEC), para posteriormente centrarnos en el análisis de las especialidades que, reguladas en el apartado 2 del artículo 579, son aplicables solamente cuando el objeto de la ejecución hipotecaria haya sido la vivienda habitual del deudor y el bien se lo haya adjudicado el acreedor ejecutante -aunque la exigencia de este segundo presupuesto no está clara para la aplicación de todas las medidas previstas en el mencionado artículo-.

Los contratos de crédito inmobiliario. 1ª ed., diciembre 2017

7ª Parte. Otras vías de solución de los conflictos entre los contratantes

36. Problemas procesales que suscita la ejecución por el remanente frente a deudores que tienen la condición de consumidores (MILAGROS LÓPEZ GIL)

II. El procedimiento de ejecución ordinaria post ejecución hipotecaria

II. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN ORDINARIA POST EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Centrándonos en el primero de los aspectos objeto del presente trabajo, el artículo 579 LEC, establece, tras la regulación dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que *«si subastados los bienes hipotecados, 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»*. A pesar de la aparente inocencia con la que está formulado este primer apartado, una lectura más atenta nos desvela la existencia de múltiples interrogantes:

- en primer lugar, si nos encontramos ante una nueva fase de la ejecución hipotecaria que estaría integrada por dos procedimientos diferentes: la ejecución especial hipotecaria y la ejecución ordinaria o, realmente esta ejecución ordinaria vía 579 LEC constituye un nuevo proceso de ejecución.
- En segundo lugar, analizar cuáles serían las cláusulas abusivas que podría controlar de oficio el órgano judicial antes de proceder al despacho de la ejecución.
- En tercer lugar, plantear cuáles son las causas de oposición que podría alegar el deudor/es tras el despacho de la ejecución,
- y, finalmente, un análisis de los problemas que genera la participación del fiador en este momento procesal.

Los contratos de crédito inmobiliario. 1ª ed., diciembre 2017

7ª Parte. Otras vías de solución de los conflictos entre los contratantes

36. Problemas procesales que suscita la ejecución por el remanente frente a deudores que tienen la condición de consumidores (MILAGROS LÓPEZ GIL)

II. El procedimiento de ejecución ordinaria post ejecución hipotecaria

1. Nueva fase procedimental «versus» nuevo proceso de ejecución

1. NUEVA FASE PROCEDIMENTAL «VERSUS» NUEVO PROCESO DE EJECUCIÓN

El primero de los problemas que nos suscita una lectura atenta del apartado primero del artículo 579 LEC versa sobre el modo en que se debe realizar el tránsito desde la ejecución hipotecaria ya tramitada a la ejecución ordinaria, es decir, como se materializa esa transformación de un procedimiento a otro, por cuanto el precepto analizado no lo establece de forma expresa.

La cuestión estaría en decidir si el procedimiento de ejecución ordinaria se abre con una mera solicitud o es necesario plantear una nueva demanda ejecutiva. Y aunque este planteamiento pueda parecernos, a priori, carente de trascendencia no lo es por cuanto considerar que la ejecución ordinaria es una mera continuación de la ejecución hipotecaria o partir de que nos encontramos ante un nuevo proceso va a influir en cuestiones de tal trascendencia como la existencia de un plazo de prescripción diferente de la obligación contenida en el título ejecutivo, o la determinación del órgano que debe conocer del procedimiento¹⁾.

No obstante, para situarnos en el estado de la cuestión debemos hacer un pequeño *excursus* remitiéndonos a la regulación contenida en la Ley Hipotecaria sobre este procedimiento antes de la entrada en vigor de la LEC en donde se establecía que realizada la garantía hipotecaria, la reclamación del remanente se tenía que solicitar en el procedimiento correspondiente (en su momento surgieron dudas de si la dicción del precepto se refería sólo al procedimiento declarativo o si debíamos entender incluido en dicha remisión la posibilidad de plantear un proceso de ejecución ordinaria). La LEC del 2000 intentó dar respuesta a esta cuestión y en la redacción originaria del artículo 579²⁾ se preveía que una vez finalizada la ejecución hipotecaria, bastaba con solicitar el embargo de nuevos bienes para que ésta prosiguiese por los cauces de la ejecución ordinaria. De hecho, esto constituyó un nuevo beneficio para el acreedor hipotecario que veía abierta la vía para lograr la satisfacción total de su crédito con un mínimo esfuerzo puesto que para pedir el embargo de bienes bastaba, aunque la ley no lo dijese, con solicitar la ampliación del embargo a través de la mejora prevista en el artículo 612 LEC. De esta manera, la ejecución ordinaria post ejecución hipotecaria se configuraba como una mera continuación del procedimiento hipotecario.

La configuración de la ejecución ordinaria como una continuación del proceso de ejecución ya iniciado traía consigo tres consecuencias. En primer lugar, mantener la competencia del mismo órgano judicial que había conocido de la ejecución hipotecaria. En segundo lugar, y para nosotros más importante, dejar fuera, y por tanto, vedar, la posible alegación de los motivos de oposición previstos en el artículo 557 LEC puesto que el plazo para oponerse ya

había precluido en esta fase del procedimiento. Evidentemente, esta imposibilidad de oponerse a la ejecución cercenaba el derecho a la tutela judicial efectiva del deudor que venía de un procedimiento especial de ejecución con una fase de cognición muy limitada y al que se le imposibilitaba oponerse con base en las causas oposición que sí se permiten en una ejecución ordinaria o incluso la propia existencia de cláusulas abusivas, planteada, en el artículo 557 LEC de forma mucho más amplia que en su homólogo para el procedimiento hipotecario el artículo 695.4 LEC.

Finalmente, la tercera consecuencia de esta configuración, estaba constituida por los problemas que planteaba dirigir el procedimiento en este momento frente al fiador que no había sido demandado en ningún momento, ni al inicio del procedimiento de ejecución hipotecario, por impedirlo el artículo 681 LEC, ni en la subsiguiente ejecución ordinaria a la que se transitaba con la mera solicitud de embargo de nuevos bienes.

En el año 2011, en un intento de paliar los problemas que la aplicación de este artículo había provocado, se modifica el tenor del precepto señalando que el tránsito del hipotecario a la ejecución ordinaria se produciría previa solicitud del despacho de la ejecución por la cantidad que faltase - entendemos que acreditada por la correspondiente certificación de deuda pendiente por todos los conceptos realizada por el tribunal que ha conocido del procedimiento hipotecario-, contra quienes procediese -que pueden ser los mismos u otros obligados, como el fiador- y, aunque la norma no lo diga expresamente habiéndolo omitido, entendemos que se deberán indicar los bienes del deudor o del fiador cuyo embargo se solicita o incluso las medidas de investigación judicial del patrimonio previstas en el artículo 590 LEC. Y, si bien la doctrina de las Audiencias provinciales de forma mayoritaria han establecido que esto se hace a través de una mera solicitud, continuando ancladas, a nuestro parecer, en la práctica procedente de la redacción original del precepto que, como hemos indicado, configuraba la ejecución ordinaria como una continuación de la ejecución hipotecaria, pocas diferencias, por no decir que ninguna, habría entre este supuesto escrito y el contenido de la demanda ejecutiva prevista en el artículo 549 LEC. Además, no se trataría sólo de que el tránsito desde la ejecución hipotecaria a la ejecución ordinaria se realizase con lo que, a nuestro entender, es una nueva demanda, sino que además, en la misma se están ejercitando acciones de diferente naturaleza, que pueden estar dirigidas no sólo frente al deudor hipotecario sino frente a otros sujetos como el fiador.

Por lo tanto, teniendo en cuenta, todos los argumentos esgrimidos, consideramos que nos encontramos ante un nuevo proceso de ejecución. No obstante, adoptar esta posición conlleva que:

- no necesariamente tendría que conocer de la ejecución ordinaria el mismo órgano jurisdiccional que tramitó el procedimiento especial hipotecario por lo que deberían entrar en juego la aplicación de las normas de competencia del artículo 545 LEC. Consideramos, que la posibilidad de que un nuevo órgano jurisdiccional conozca de la ejecución ordinaria evitaría que el mismo estuviese contaminado al pronunciarse sobre las causas de oposición que pueda alegar el deudor hipotecario y el fiador, teniendo en cuenta que, éste último, podrá plantear la abusividad de las cláusulas que ya fueron puestas de manifiesto por el deudor en el procedimiento hipotecario al no estar alcanzado por la cosa juzgada de la resolución que sobre la cuestión se dictó en aquel procedimiento. No obstante, la búsqueda constante de la tan anhelada economía procesal ha producido una perpetuación de la competencia del órgano que conoció del procedimiento de ejecución hipotecaria aunque dudamos que efectivamente esta opción suponga realmente un ahorro, en cuanto a tiempo se refiere, que sea significativo.
- Por otro lado, partir de que la ejecución por el remanente constituye un nuevo

proceso en el que habría que ejercitar la acción personal que subyace en el título ejecutivo impone al acreedor la carga de ejercitarla en el plazo de cinco años para evitar que se produzca la prescripción de la obligación contenida en el título³. Obviamente, la fijación del *dies a quo* vendría determinado por el momento en el que la acción pudiera ejercitarse y eso no sucede hasta que queda fijada la cuantía del remanente o del producto no cubierto con la subasta, por lo que el inicio del cómputo del plazo deberá situarse en el momento en el que se dicta la resolución de adjudicación o el de la tasación de costas y liquidación de intereses, o bien, y por esta posición nos decantamos, la emisión de la certificación de responsabilidades subsistentes emitido por el propio órgano judicial⁴.

Este planteamiento beneficia, sin duda, al deudor consumidor por cuanto el acreedor tendrá que iniciar la ejecución por el remanente si quiere evitar la alegación de la prescripción puesto que no estaría amparado por la interrupción de la prescripción operada cuando inició el procedimiento hipotecario y que desplegaría sus efectos hasta la total satisfacción del ejecutante ex 570 LEC. Evidentemente, la configuración de la ejecución por el remanente como una mera continuación, supone que la acción no prescribirá puesto que habrá quedado interrumpida por el inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

Son pocas las referencias doctrinales que nos encontramos sobre esta cuestión, no obstante, a favor de que se trate de un proceso nuevo se manifiesta MORENO TRAPIELLA, P., «Estatuto jurídico de la vivienda habitual. Especialidades procedimentales en la ejecución sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013», Diario La Ley, nº 8475, Sección Doctrina, 6 de febrero de 2015, pág. 12; en contra, GUTIERREZ ALONSO, D. «La reclamación del crédito pendiente después de la adjudicación del bien hipotecado», Revista jurídica gallega, nº 69, 2010, p. 52 y numerosa doctrina de diversas Audiencias provinciales como el Auto AP Barcelona (sección 17.^ª) 119/2013, de 5 julio (JUR 2014, 294188), Auto AP Barcelona 13/12/2012 (JUR 2013, 73315), Auto AP Lleida, nº 222/2013, de 30 de octubre (AC 2014, 2188), entre otros.

2

Art. 579 LEC en redacción del año 2000 «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 embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución».

3

La Ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entre otras cosas, a través de su disposición final primera, esta Ley modifica el artículo

1964 del Código Civil (por primera vez desde su aprobación) para reducir a cinco años el plazo de prescripción para el ejercicio de acciones personales que no tuvieran previsto un plazo especial – frente al plazo de quince años anterior a esta modificación–. Asimismo, se aclara que el cómputo de este plazo de prescripción empieza a computarse desde el momento en que se pudiera exigir el cumplimiento de la obligación incumplida y que, en el caso de obligaciones «continuadas» o de tracto sucesivo, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

4

Vid. RUIZ RICO, J.M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores. Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*, Madrid, 2013, pp. 154-157.

Los contratos de crédito inmobiliario. 1ª ed., diciembre 2017

7ª Parte. Otras vías de solución de los conflictos entre los contratantes

36. Problemas procesales que suscita la ejecución por el remanente frente a deudores que tienen la condición de consumidores (MILAGROS LÓPEZ GIL)

II. El procedimiento de ejecución ordinaria post ejecución hipotecaria

2. Control de oficio de las cláusulas abusivas

2. CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

El segundo de los interrogantes que nos planteábamos al inicio, y que está en íntima conexión con el epígrafe anterior, estaría constituido por la determinación de qué cláusulas abusivas pueden ser controladas de oficio por el órgano judicial antes de proceder al despacho de la ejecución. Obviamente, y dada la dicción del artículo 552 LEC, el órgano judicial podrá analizar además de los presupuestos y requisitos procesales exigidos para el despacho de la ejecución ordinaria, la existencia de alguna cláusula abusiva, cualquiera, sin limitación sobre el contenido de las mismas. Debemos recordar que este precepto se aplica también en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria y que supone que el juez, en dicho procedimiento, puede hacer un control de la abusividad de las cláusulas del título ejecutivo mucho más amplio que el ámbito de impugnación que se le concede al deudor hipotecario que sólo puede alegar la abusividad de las cláusulas que fundamenten la ejecución hipotecaria o que sean determinante de la cantidad por la que se solicita el despacho de la ejecución.

Si bien el hecho de que se haya introducido este control de oficio del juez en este momento procesal ha llevado a muchos, en consonancia con la jurisprudencia del TJUE⁵⁾, a considerar que no se debía entender que estábamos ante un momento preclusivo y que por tanto, el control del juez se debía permitir en cualquier momento del proceso de ejecución, esto casa mal con la propia estructura del mismo. En efecto, en el proceso de ejecución ordinaria dos son los momentos en los que el órgano jurisdiccional puede participar, el primero, para acordar o denegar el despacho de la ejecución y el segundo, para resolver los motivos de oposición planteados por el ejecutado, no estando prevista su intervención en ningún momento más por lo que resulta difícil que ese control de oficio se pueda realizar fuera del momento señalado por el artículo 552 LEC salvo que creemos, y en esto la práctica de los juzgados no está siendo uniforme, un incidente ex profeso para ello⁶⁾.

Más controvertido, sin embargo, sería determinar el alcance del pronunciamiento que en este momento procesal realiza el órgano jurisdiccional dotándolo de eficacia de cosa juzgada o por el contrario, negándosela y permitiendo una nueva cognición a instancia del ejecutado en el trámite de oposición a la ejecución. Nuestra posición no puede ser otra que considerar que el mencionado control de oficio sólo tendrá efectos para el despacho de la ejecución lo que no puede impedir en ningún caso que se pueda volver a alegar por el deudor una vez que la ejecución se despache⁷⁾.

Esta afirmación que parte de negar la eficacia de cosa juzgada al control que sobre la abusividad ha realizado el juez en el momento previo al despacho a la ejecución se funda en la regulación que de la resolución sobre el despacho de la ejecución realiza el propio

artículo 552 LEC que, inicialmente previsto para establecer el control por el juez de los presupuestos procesales necesarios para iniciar la ejecución, se ha visto desvirtuado por la introducción de una causa que, como la existencia de cláusulas abusivas, tiene naturaleza sustantiva⁸⁾.

Derivado de este carácter sustantivo, el legislador establece una suerte de incidente en el que serán oídas las partes⁹⁾ –aunque técnicamente, en este momento procesal, y hasta que no se decrete el despacho de la ejecución, partes solo hay una, el acreedor ejecutante– pero paralelamente sólo se permite que denegado el despacho de la ejecución sea el ejecutante el que pueda recurrir en apelación, no estando previsto, paralelamente, la misma posibilidad cuando se haya despachado la ejecución, al menos cuando se haya desestimado la existencia de la abusividad¹⁰⁾. Parece evidente que esto es otra discordancia de la ley producto de las continuas reformas que la parchean rompiendo la coherencia del sistema puesto que el recurso de apelación estaba previsto sólo para el acreedor ejecutante porque en esta fase del procedimiento era el único que estaba personado. Creemos que esta desafortunada regulación rompe el principio de la igualdad de armas procesales que debe regir en todo procedimiento y que la única manera de salvarlo es permitir que el deudor pueda volver a alegarlo como causa de oposición a los efectos de permitir, de reiterarse la desestimación de esta causa de oposición, el planteamiento de un recurso de apelación. De esta forma, el trámite de oposición se estaría convirtiendo en una suerte de recurso de «reposición» necesario para poder conseguir la revisión de la resolución por la Audiencia provincial¹¹⁾.

Evidentemente, partir de esta posición permitiría que el órgano judicial competente para conocer de la ejecución por el remanente –que ya hemos visto que puede ser el mismo– podría volver a analizar la abusividad de las mismas cláusulas ya analizadas al despachar la ejecución en el procedimiento hipotecario al quedar limitado su efecto a ese procedimiento, a la vista de nueva jurisprudencia sobre la cuestión, siempre y cuando no se hubiese alegado en el trámite de oposición por el deudor hipotecario, pues en este caso podrían entrar en juego la existencia de cosa juzgada como vamos a analizar en el epígrafe siguiente.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

5

Sobre esta cuestión ya se pronunció TJUE en sentencia 21 de noviembre de 2002, Asunto 473/2000 (Caso Cofidis) al considerar que la fijación de un límite de tiempo a la facultad reconocida al Juez para declarar de oficio la ilegalidad de una cláusula abusiva era contraria a los objetivos de la Directiva 93/13/CEE de protección a los consumidores.

6

En este sentido se manifiesta HERRERO PEREZAGUA, J.F. «Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor», *Vivienda, préstamos y ejecución*, Cizur Menor, 2016, pp. 321 y ss.

7

Esta es una cuestión poco pacífica entre la doctrina. A favor de nuestra posición ACHON BRUÑEN, M.J., «Nueva llamada de atención por parte del TJUE en su sentencia de 17 de julio de 2014 respecto de las deficiencias del procedimiento hipotecario español: modificación del artículo 695.4 LEC y otras reformas legales que resultan necesarias», *Diario La Ley*, N^o 8381, 19 de septiembre de 2014, pp. 8 y 9. En contra vid. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», *Diario LA LEY*, núm. 8139, de 2 de septiembre de 2013, LA LEY 3459/2013; HERRERO PEREZAGUA, J.F., *op. Cit.*, pp. 325 y ss.

8

Vid. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *op. cit.*, p. 320. En contra, y considerando que nos encontramos ante un presupuesto de carácter procesal MARTÍN PASTOR, J. «La ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», *La Ley*, n^o 8085, 17 mayo 2013. Pág. 3.

9

La forma en la que materializar esta audiencia tampoco está exenta de problemas como señalan, entre otros, DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «El control de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo», *Revista General de Derecho*, n^o 35, 2015, pp. 7-9; CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2013, pp. 88 y ss. ACHÓN BRUÑEN, M.^a J., «Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos», en *Diario La Ley*, núm. 8087, 2013, apartado I.1.a). SENÉS MOTILLA, C., «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria», en *La protección del deudor hipotecario; aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Granada, 2014, pág. 154.

10

Sobre la necesidad de facultar al deudor para que pueda plantear el recurso de apelación, con relación, al procedimiento de ejecución hipotecaria se manifestaba ACHON BRUÑEN, M.J., «Nueva llamada de atención...», *op. cit.*, pág. 7.

11

PÉREZ DAUDÍ, V. «Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior», *Diario La Ley*, N^o 8391, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2014, pp. 7-8.

Los contratos de crédito inmobiliario. 1ª ed., diciembre 2017

7ª Parte. Otras vías de solución de los conflictos entre los contratantes

36. Problemas procesales que suscita la ejecución por el remanente frente a deudores que tienen la condición de consumidores (MILAGROS LÓPEZ GIL)

II. El procedimiento de ejecución ordinaria post ejecución hipotecaria

3. Causas de oposición del deudor y cosa juzgada

3. CAUSAS DE OPOSICIÓN DEL DEUDOR Y COSA JUZGADA

El tercer problema que debemos abordar estaría constituido por la determinación de las causas de oposición que el ejecutado puede plantear en la ejecución por el remanente puesto que en el artículo 557 LEC se ha incluido la posibilidad de oponerse a la ejecución cuando el título contenga cláusulas abusivas.

No obstante, para la ejecución ordinaria esta causa de oposición está formulada de forma mucho más amplia que la prevista en su homólogo para la ejecución hipotecaria en el apartado 4 del artículo 695 que, como ya hemos indicado, limita su alegación a los supuestos en los que la abusividad afecte al fundamento de la ejecución o a la determinación de la cuantía. La cuestión, por tanto, se centraría en establecer si el deudor puede volver a reiterar o no la abusividad de las cláusulas que ya alegó o pudo alegar en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

No obstante, la respuesta a este interrogante no puede ser única puesto que va a depender de la situación de la que partamos. Así pues, nada se opone a que el deudor alegue en la ejecución ordinaria la abusividad de aquellas cláusulas que, dada la regulación del procedimiento hipotecario, no podían ser alegadas por no estar prevista en el artículo 695.4 LEC. Obviamente atentaría contra el principio de justicia que se le impidiese al deudor alegar aquellas circunstancias que tenía vedado plantear en un procedimiento de cognición tan limitado como es el hipotecario.

Ahora bien más problemáticos se nos desvelan los dos supuestos siguientes:

a) la posible alegación como causa de oposición de aquellos motivos que aun pudiendo alegarse, no se hicieron valer por cualquier circunstancia¹²⁾; o,

b) la posible alegación de aquellas cláusulas abusivas que ya se hicieron valer en el procedimiento de ejecución hipotecaria¹³⁾.

a) Si bien sobre la primera de las situaciones expuesta la jurisprudencia y la doctrina han sido claras al entender que la cosa juzgada se extendía no sólo a aquello que efectivamente se había discutido en el incidente de oposición sino incluso a lo que se pudo haber alegado y no se hizo¹⁴⁾, esta afirmación debe ser corregida a la luz de la reciente sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017¹⁵⁾.

En efecto, en esta resolución, el TJUE se pronuncia, entre otras cuestiones¹⁶⁾ y al hilo de la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de primera instancia n.º 2 de Santander, sobre si los pronunciamientos sobre cláusulas abusivas dictados de oficio en un

procedimiento de ejecución hipotecaria están alcanzados por la eficacia de cosa juzgada formal lo que impediría un nuevo control sobre las cuestiones ya examinadas por el mismo órgano jurisdiccional o, por el contrario, la Directiva 93/13 es contraria a la norma nacional de la cosa juzgada formal contenida en el artículo 207 LEC lo que permitiría que el mismo juez pudiese revisar la abusividad de las mismas cláusulas una y otra vez.

El TJUE concluye que el artículo 207 LEC al impedir un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato no es contrario al Derecho de la unión, siempre y cuando ya exista *«un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada»*. Por el contrario, *«en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas»*¹⁷⁾. En definitiva, creemos que lo que realmente se produce con esta sentencia más que una limitación de la institución de la cosa juzgada, es una relativización de los plazos preclusivos existentes en nuestro ordenamiento tanto para alegar como para estimar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Por lo tanto, la cosa juzgada sólo alcanzará a aquellos motivos que fueron efectivamente alegados por el deudor o apreciados de oficio por el órgano jurisdiccional, no alcanzando, por tanto, a aquellos motivos que aun pudiendo ser alegados, porque la norma lo permite, no se alegaron por el deudor o no se apreciaron de oficio.

b) Por otro lado, aunque no es una cuestión pacífica, se ha planteado si lo resuelto en el procedimiento de ejecución hipotecaria tiene el efecto de cosa juzgada e impide su planteamiento no sólo en un procedimiento declarativo posterior sino incluso en el procedimiento de ejecución por el remanente. Los argumentos de uno y otro lado son diversos.

Para un sector mayoritario de la doctrina¹⁸⁾, partiendo de la propia dicción del artículo 695 y sus sucesivas modificaciones, considera que, la resolución dictada por el órgano judicial en el incidente de oposición hipotecaria sí produce el efecto de cosa juzgada, lo que impediría que las mismos motivos pudiesen ser alegados en el proceso de ejecución por el remanente con base en la regulación expresa contenida en el artículo 698 LEC que regula la posibilidad de plantear en un procedimiento declarativo todas las circunstancias que no pudiesen ser alegadas en el proceso de ejecución hipotecaria. A sensu contrario, el posterior declarativo y por ende, cualquier procedimiento en el que pudiese plantearse dichas cuestiones, quedaría vedado para las causas que se alegaron.

Para otro sector doctrinal, sin embargo, lo resuelto en el trámite de oposición a la ejecución hipotecaria carecería del efecto de cosa juzgada, fundándose para realizar esta afirmación en el mismo artículo 698 LEC puesto que si bien este precepto reserva para un posterior declarativo las cuestiones que no se pueden plantear en la ejecución hipotecaria introduce un inciso en que se siembra la duda al permitir dilucidar en el procedimiento posterior incluso aquellas causas de oposición que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, lo que coincide con el ámbito de la abusividad que se puede alegar por la vía del artículo 695.4 LEC.

Lo paradójico de ambas posiciones es que las dos se sustentan en el mismo precepto lo que no hace sino poner de manifiesto, una vez más, la incoherencia que se está instaurando entre las normas procesales como consecuencia de las apresuradas y continuas reformas

que, además, suelen ser parciales, lo que está conduciendo a que se desdibujen los límites de las distintas instituciones. Y eso y no otra cosa es lo que ha sucedido en esta ocasión puesto que la redacción vigente del artículo 698 LEC es la original de la LEC en la que las únicas causas de oposición a la ejecución se concretaban en la extinción de la garantía y en la existencia de error en la determinación de la cuantía todo lo demás se remitía al correspondiente declarativo, no obstante la modificación del artículo 695 para responder a las exigencias del TJUE introdujo una nueva causa que coincidía parcialmente con lo dispuesto en el artículo 698 sin modificar paralelamente la dicción del mismo.

Somos conscientes que la doctrina mayoritaria y que la jurisprudencia han partido, como hemos indicado, de considerar que los autos resolutorios de los incidentes de ejecución están alcanzados por la cosa juzgada, no obstante, no podemos compartir esta posición por cuanto el incidente de oposición es un procedimiento de naturaleza sumaria, debiendo tal calificación, primero, a la limitación de las causas se pueden alegar y en segundo lugar, por la limitación de los medios de prueba que se pueden utilizar lo que da lugar a una cognición limitada que se compensa con la ausencia de cosa juzgada y la posibilidad, por tanto, de recurrir el proceso plenario para discutir la pretensión en su plenitud. Por lo tanto, debería haber primado la ausencia de cosa juzgada, lo cual, permitiría resolver otros problemas procesales que vamos a plantear en los apartados siguientes. No obstante, esta no es la posición mayoritaria¹⁹.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

12

Sobre la posible existencia de cosa juzgada vid. JIMÉNEZ PARIS, T.A., «El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 748, pp. 987 y ss.; SENÉS MOTILLA, C., «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», *Práctica de Tribunales* n.º 120, mayo-junio 2016. HERRERO PEREZAGUA, op. cit., pp. 334-340.

13

GIMENO SENDRA, V., «Las cláusulas abusivas (1)», *Diario La Ley*, N.º 8116, Sección Doctrina, 1 de julio de 2013, pp. 4 y ss. FUENTES SORIANO, O., «La ejecución hipotecaria: nuevo motivo de oposición, nuevos problemas de tramitación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 748, pp. 662 y ss.

14

Un ejemplo claro de esta doctrina se expone en la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5985) en la que resolviendo un recurso extraordinario por infracción procesal y de casación reitera su interpretación del artículo 564 en el sentido de considerar que todo aquello que pudo ser alegado en la oposición a la ejecución de títulos ejecutivos no procesales y que no se alegó está alcanzado por la eficacia de cosa juzgada y que ante la duda de si el motivo de oposición encaja en los previstos en el artículo 557 LEC, debe

alegarse siempre puesto que si el juzgador entiende que tal circunstancia no pueden oponerse y son rechazadas, sí puede promover juicio declarativo posterior.

15

Analizando la STJUE *vid.* PAZOS CASTRO, R., «Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. A propósito de la STJUE de 26 de enero 2017 (Banco Primus)», *La Ley Unión Europea*, n.º 45, 28 febrero 2017, pp. 1-2; ADÁN DOMÈNECH, F., «STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: nuevo varapalo jurídico al Tribunal Supremo y crisis del sistema procesal español», *Diario La Ley*, n.º 8922, 15 Febrero de 2017, pp. 15 y ss.

16

En esta sentencia se plantean otras dos cuestiones relativas a la compatibilidad de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 con esta Directiva en cuanto establece un plazo preclusivo de un mes para poder alegar la existencia de cláusulas abusivas y por otro lado, se requiere al tribunal para que oriente sobre los criterios para entender que las cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses ordinarios son abusivas así como el alcance de las consecuencias de la declaración de nulidad de las mismas.

17

Párrafo 54.

18

El problema planteado por la dicción del artículo 698 LEC es similar al que se ha planteado en la interpretación conjunta de los artículos 561 LEC y del artículo 564 LEC en el ámbito de la ejecución ordinaria, en la medida en la que el primero de los artículos mencionados establece que la decisión adoptada por el juez sobre las causas de oposición sólo producirá efectos dentro del proceso de ejecución pero por otro lado, el artículo 564 LEC limita la opción de ir a un declarativo posterior para la alegación de hechos o actos distintos de los admitidos por la ley como causa de oposición a la ejecución, lo que a sensu contrario, excluiría la posibilidad de alegar los que sí se podían aducir como motivos de oposición. A pesar de la aparente contradicción entre ambos preceptos, la doctrina y la jurisprudencia de forma mayoritaria los han interpretado en el mismo sentido en el que lo habían hecho con el artículo 1479 de la antigua LEC de 1881 (Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión.) entendiendo que la decisión del incidente de oposición o incluso la no alegación producía cosa juzgada. En contra de esta posición *vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Cizur Menor, 2005, pp. 117-124.

19

Especialmente interesante resulta el estudio que de esta cuestión realiza DE LA OLIVA SANTOS, A.,
op. cit.

Los contratos de crédito inmobiliario. 1ª ed., diciembre 2017

7ª Parte. Otras vías de solución de los conflictos entre los contratantes

36. Problemas procesales que suscita la ejecución por el remanente frente a deudores que tienen la condición de consumidores (MILAGROS LÓPEZ GIL)

II. El procedimiento de ejecución ordinaria post ejecución hipotecaria

4. La intervención del fiador: posibilidades de actuación procesal

4. LA INTERVENCIÓN DEL FIADOR: POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN PROCESAL

El último de los problemas que enunciaba al inicio de este trabajo gira en torno a la figura del fiador en el procedimiento de ejecución por el remanente. Una vez más entramos en un tema nada claro y que ha llevado, en algunas ocasiones, a los juzgados a actuar en contra de la dicción literal de la LEC para evitar algunos de los problemas que vamos a poner de manifiesto.

En puridad y atendiendo a lo dispuesto en los artículos 681 y 685.1 LEC, el procedimiento hipotecario no puede ser dirigido frente al fiador por cuanto lo que se ejercita en el mismo es una acción real que se ostenta sólo y exclusivamente frente al deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor, siempre que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes. No obstante, para poder dirigir en el futuro la ejecución por el remanente frente al fiador –si es que quedase deuda por pagar, cosa que no sabemos al inicio de la ejecución hipotecaria– deberá notificársele la demanda ejecutiva inicial²⁰. Dicha notificación sólo tiene por objeto, parece, que el fiador conozca que la ejecución hipotecaria se ha puesto en marcha y que, por tanto, puede ser que en un determinado momento pudiera ser requerido para que complete el pago de la deuda. Por lo tanto, dicha notificación no lleva aparejada la concesión del status de parte en el procedimiento hipotecario, impidiendo su participación en el mismo.

Por el contrario, la ejecución por el remanente se puede dirigir no sólo frente a los deudores sino también frente al fiador –siempre y cuando se le hubiese notificado el despacho de la ejecución del procedimiento hipotecario– adquiriendo, ahora sí, el status de parte en el proceso de ejecución lo que le permitirá hacer uso de todos los mecanismos de defensa previstos en la LEC, incluido, la oposición a la ejecución despachada frente a él con base en la alegación de cualquiera de los motivos previstos por el artículo 557 LEC. Evidentemente uno de los motivos que podrá oponer será la abusividad de las cláusulas que se incluyen en el título ejecutivo sin limitación de ningún tipo.

En efecto, el fiador, en el procedimiento de ejecución por el remanente, podrá alegar, incluso, la abusividad de las mismas cláusulas que ya adujo el demandado hipotecario en el procedimiento de ejecución previo. Y esta afirmación encuentra su fundamento en el hecho de que la cosa juzgada de la resolución que se pronuncia sobre las causas de oposición alegadas en el procedimiento hipotecario – aunque nosotros hemos mantenido la posición de que la misma no debería producirse por los argumentos expuestos en el epígrafe anterior– sólo tendría efectos inter partes ex artículo 222 LEC, es decir, entre el acreedor y el deudor hipotecario, no pudiendo extenderse al fiador al no ser uno de los supuestos excepcionales en los que la ley prevé la extensión *ultra partem* del efecto de cosa juzgada.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la ejecución por el remanente normalmente se dirigirá no sólo frente al fiador sino también frente al deudor hipotecario, nos podemos encontrar con la paradoja de que el fiador pueda oponer a la ejecución motivos que el deudor tiene vedado usar por haber hecho uso del mismo ya, sometiéndolo a la cognición del órgano judicial y por tanto quedando resuelto para él. Esta posibilidad, que no es extraña, puede conducirnos a un escenario cuando menos preocupante:

Estamos pensando en aquel supuesto en el que el deudor hipotecario alegó en el procedimiento hipotecario la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo que fueron desestimadas pero que, sin embargo, planteadas posteriormente por el fiador en la ejecución por el remanente se estima el carácter abusivo de las mismas cláusulas y, por tanto, contrarias a la protección del consumidor²¹.

En este caso nos encontraríamos ante dos resoluciones totalmente contradictorias por lo que surge la necesidad de conjugarlas puesto que atribuirle a ambas plena eficacia conllevaría que para el deudor hipotecario la cláusula es totalmente válida mientras que para el fiador es nula de pleno derecho. Ninguna de las dos resoluciones podría hacerse valer frente al otro puesto que su eficacia, como hemos indicado antes, es sólo y exclusivamente inter partes. La distorsión de esta situación se incrementa si tenemos en cuenta que el propio deudor hipotecario es parte en la ejecución por el remanente lo que nos lleva a una situación que ni procesal ni sustantivamente nos parece lógica²² -que una cláusula sea válida para uno de las partes de la ejecución y nula para el otro-.

No obstante, la necesidad de buscar un mecanismo que evite este efecto perverso nos lleva a plantear dos soluciones alternativas:

- En primer lugar, entender que si en el procedimiento hipotecario se alega la existencia de cláusulas abusivas tendrá que ser oído también el fiador; o
- En segundo lugar, negar la eficacia de cosa juzgada a los pronunciamientos que sobre abusividad se hayan planteado en el procedimiento hipotecario.

Así pues, una de las opciones para resolver la distorsión planteada pasaría por permitir que el fiador tuviese una posición activa en el procedimiento de ejecución hipotecaria y puesto que ya se prevé que a los efectos de esa futura ejecución por el remanente se le notifique la demanda del procedimiento hipotecario, debería considerársele parte en el mismo por lo menos cuando el deudor alegue la abusividad de las cláusulas en los términos del 695 LEC.

No obstante, esta postura no es fácil de articular puesto que las acciones que el acreedor tiene frente al deudor hipotecario y el fiador son de distinta naturaleza (real y personal, respectivamente) lo que impediría que se pudiese acumular en un único procedimiento por incumplirse los requisitos del artículo 555 y 72 LEC.

Por otro lado, el problema tampoco se puede solucionar planteando la existencia de un hipotético litisconsorcio pasivo necesario puesto que el fiador no es titular pasivo de la acción real que el acreedor ostenta frente al deudor hipotecario y el hecho de que se puedan generar sentencias contradictorias no constituye per se un motivo suficiente para imponer dicha obligación. Además no es el acreedor hipotecario el que va a solicitar en la demanda ejecutiva la nulidad por abusivo del título ejecutivo o de alguna de sus cláusulas.

Por lo tanto, descartadas las dos anteriores propuestas, sí que consideramos que presentada la oposición por el deudor hipotecario con base en la abusividad de algunas de las cláusulas del título ejecutivo se debería provocar la intervención del fiador, bien de forma voluntaria por la vía del artículo 13 LEC o bien provocada ya sea a instancia del deudor hipotecario o solicitada de oficio por el órgano judicial (mirar artículo de la LEC)

puesto que la resolución que se dicte sobre esta cuestión va a afectar de forma directa al fiador.

Por otro lado, la otra posible opción sería deducir que los pronunciamientos sobre abusividad realizados en el procedimiento hipotecario carecen de la eficacia de cosa juzgada. El realizado por el juez al inicio del proceso de ejecución porque, aunque se exija la audiencia de las partes -incluida la del deudor todavía no comparecido- sólo tiene eficacia a los efectos del despacho de la ejecución, tal y como hemos indicado con anterioridad. Y, por otro lado, negando que la resolución del planteamiento de la oposición por el deudor hipotecario tenga el efecto de cosa juzgada. No obstante, esta opción debe ser descartada con base en los argumentos expuesto en el epígrafe anterior.

Ante esta situación, consideramos que la única forma de solventar la situación generada sería permitiendo la intervención del fiador en el procedimiento hipotecario.

En cualquier caso, ambas propuestas supone forzar el tenor literal de la ley, por lo que consideramos que lo más recomendable sería afrontar una nueva reforma que modificase, una vez más, el procedimiento hipotecario dotándolo de una mayor coherencia y cohonestándolo mejor con esa probable ejecución ordinaria por el remanente.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

20

ACHÓN BRUÑEN, M.J., «Comentario crítico de las modificaciones introducidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 19/2015, de 13 de julio», *Diario La Ley*, N^o 8619, Sección Tribuna, 6 de octubre de 2015, pág. 2.

21

El escenario planteado se nos antoja totalmente factible máxime si tenemos en cuenta la constante jurisprudencia del TJUE en donde se va a ampliando el ámbito de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

22

Este problema no se planteaba en el supuesto en el que la cosa juzgada se producía como consecuencia de la preclusión para el deudor de la posibilidad de alegar tal abusividad, es decir, cuando en el procedimiento de ejecución hipotecaria no se alegó nada pero pudo hacerse lo que le impedía volverlo a alegar en el procedimiento por el remanente. No obstante, en estos casos, el pronunciamiento que se dictase para el fiador sobre la misma cláusula abusiva beneficiaba a ambos. Sin embargo, la sentencia de 26 de enero de 2017 de TJUE ha clarificado esta situación al impedir que se pueda predicar la cosa juzgada de aquellos motivos que no fueron expresamente resueltos por lo que en el caso que hemos descrito tanto el deudor como el fiador podrían alegar de consuno la abusividad de la misma cláusula.

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Klaus Jochen Albiez Dohrmann, M^a Luisa Moreno-Torres Herrera (Dirs.) y

M^a Jesús López-Frías y Belén Casado Casado (Coords.)© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Los contratos de crédito inmobiliario. 1ª ed., diciembre 2017

7ª Parte. Otras vías de solución de los conflictos entre los contratantes

36. Problemas procesales que suscita la ejecución por el remanente frente a deudores que tienen la condición de consumidores (MILAGROS LÓPEZ GIL)

III. Medidas especiales de protección del deudor hipotecario tras la realización de la garantía sobre vivienda habitual

III. MEDIDAS ESPECIALES DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO TRAS LA REALIZACIÓN DE LA GARANTÍA SOBRE VIVIENDA HABITUAL

Por otro lado, la segunda parte de este trabajo, tal y como señalábamos al inicio, está conformado por las disposiciones específicas que en el artículo 579.2 de la LEC se regulan para la ejecución por el remanente cuando la ejecución hipotecaria ha recaído sobre la vivienda habitual y quien se la ha adjudicado ha sido el ejecutante. Al igual que el apartado primero, la aplicación de este segundo apartado genera múltiples problemas que van desde el ámbito de aplicación del mismo hasta la forma en la que las diferentes medidas se van a hacer efectivas²³⁾.

En este sentido, como hemos indicado, el ámbito de aplicación de este segundo apartado del artículo 579. 2 LEC parece claro: se aplicará cuando se inicie la ejecución por el remanente tras una ejecución hipotecaria, pero no cualquiera, sino cuando el bien objeto de la garantía y de la realización sea la vivienda habitual del deudor y la misma se haya adjudicado al acreedor. Tres son los elementos que parecen claros aunque cuestionables:

- primero, que la aplicación de este precepto sólo procederá tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual del deudor lo que excluye su aplicación cuando lo que haya sido objeto de la ejecución hipotecaria sea otro tipo de inmueble (local, garaje) o siendo vivienda habitual no lo fuese del deudor hipotecario sino por ejemplo del hipotecante no deudor;
- segundo, que sólo podrá aplicarse cuando se haya perdido la vivienda habitual como consecuencia de una ejecución hipotecaria pero no así cuando ésta haya sido objeto de una ejecución ordinaria;
- y, tercero, es imprescindible que quien se haya adjudicado el inmueble sea el propio acreedor o por lo menos cuando lo que se aplique sea la participación del deudor en la plusvalía obtenida por el ejecutante en la venta del inmueble, siendo objeto de disputa si también se debería aplicar en las condonaciones parciales de la deuda.

Esta limitación del ámbito de aplicación del precepto puede resultar contraria a la justicia si tenemos en cuenta una interpretación teleológica de la norma por la que se introdujo en la LEC -que no es otra que la **ley de 2013 sobre medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios**- que de alguna manera pretendía responder al clamor social que se produjo como consecuencia del estallido de la burbuja inmobiliaria y el incremento

de las ejecuciones hipotecarias que finalizaban con la pérdida de la vivienda habitual del deudor pero no con la satisfacción de la deuda. El legislador, no se atrevió a reconocer la dación en pago que era lo que desde la calle se pedía, pero decidió adoptar medidas de protección del deudor tendientes a suavizar o minorar la cuantía de la deuda que todavía le quedaba por pagar tras perder su más preciado bien.

No obstante, adelantamos ya, lejos de conseguir el propósito inicial lo que se ha conseguido es que de facto se estén produciendo pseudo daciones en pago eso sí, sin la correspondiente carta de pago de la deuda. Y esta afirmación deriva de la constatación del hecho de la escasa, por no decir nula, aplicación que este precepto está teniendo y que limita cualquier estudio que se quiera realizar sobre el mismo al no existir jurisprudencia.

En efecto, las entidades crediticias dada la complejidad que ha introducido la norma y ante las dudas sobre si existe patrimonio que perseguir del deudor hipotecario, están dejando de solicitar las ejecuciones por el remanente. La constatación de esta situación hace que nos asalte un pensamiento y es que **«para este viaje no necesitábamos alforjas»** y es que si los bancos están renunciando a la ejecución por el remanente cuando se ha adjudicado el inmueble por qué no negocian antes de irse al procedimiento hipotecario una dación en pago. Si bien la respuesta sólo nos la podrían dar los interesados sí que podemos sospechar que detrás de su conducta existen dos motivos:

1.º cuando se inicia la ejecución hipotecaria la entidad de crédito confía en que existan postores que quieran quedarse con el bien puesto que la situación de tener que adjudicárselo se plantea cuando no ha habido postores.

2.º y creo que este es el motivo fundamental, porque admitir el inmueble con una dación en pago dejaría vivas las inscripciones posteriores a la hipoteca por lo que el banco estaría aceptando un bien que se encuentra gravado por una o varias obligaciones, situación ésta en la que desde luego no nos encontraríamos si el bien pasa a manos de la entidad de crédito como consecuencia de una adjudicación tras la subasta por la aplicación del artículo 674 LEC. Lo que, desde luego, constituye un motivo de peso que sin duda ha debido ser tenido en cuenta por las correspondientes asesorías jurídicas.

Por otro lado, este apartado dos del 579 contiene dos medidas de protección para el deudor desfavorecido²⁴⁾

- La primera establecer condonaciones parciales de la deuda si el deudor ha pagado un porcentaje de la misma en un determinado lapso temporal desde la aprobación del remate o de adjudicación. Es decir, si en cinco años el deudor hubiese pagado el 65% de la deuda restante se le condonará el 35% restante, o si a los diez años hubiese pagado el 80%, se le exonerará del 20% restante. El problema que plantea esta posibilidad es que, paralelamente no se ha previsto el modo de dejar constancia de las mismas a los efectos de dar por finalizada la ejecución puesto que el pago de dichas cuantías se puede haber producido como consecuencia de la ejecución despachada por el remanente o por que se haya producido voluntariamente por el obligado. En tanto que no se ha producido la total satisfacción del ejecutante, se deberá consignar en una resolución que no debería ser un decreto del letrado de la administración de justicia sino por un auto del órgano jurisdiccional pues corresponderá a este analizar si se cumplen los requisitos para la condonación de la deuda.

- la segunda medida, es hacer partícipe al deudor del 50% de la plusvalía que el ejecutante adjudicatario hubiese obtenido al vender el inmueble en los diez años siguientes. Esta previsión, que es loable, plantea al menos un problema de implementación práctica y es determinar quién va a realizar el control, realizada la

venta, de que efectivamente se le ha entregado al deudor su 50%. Parece que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha recogido el guante atribuyéndose la obligación de controlar la correcta aplicación de este precepto.

Como podemos observar, este es un tema que a pesar de todo lo andado necesita ser revisado y mucho me temo que vamos a tener que seguir dándole vueltas como consecuencia, no tanto de la voluntad de nuestros legisladores, sino de la prolífica jurisprudencia del TJUE. No obstante, sería aconsejable que el legislador dejase de ir a remolque de lo que nos dicen en Europa y afrontase, de una vez, una reforma íntegra del sistema de ejecución hipotecaria.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

23

Especialmente interesante resulta los planteamientos realizados por GARCÍA-ROSTAN CALVÍN, G., «Responsabilidad del deudor hipotecario tras la realización de la garantía sobre vivienda habitual» en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, 2016, pp. 1249 y ss.

24

ACHÓN BRUÑÉN, M.J. «Modificaciones del proceso...», *op. cit.*; MARTÍN PASTOR, J., *op. cit.*

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Klaus Jochen Albiez Dohrmann, M^a Luisa Moreno-Torres Herrera (Dir.) y

M^a Jesús López-Frías y Belén Casado Casado (Coords.) © Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited