



Grado en: DERECHO  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso 2014/2015  
Convocatoria: JUNIO

## **LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN CASO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

CONSUMER PROTECTION IN CASE OF MORGAGE DEFAULT AND EVICTION

Realizado por el alumno D<sup>a</sup> MAGDALENA BRODA

Tutorizado por el Profesor D.JUAN ANTONIO GARCIA GARCIA

Departamento: DISCIPLINAS JURÍDICAS BÁSICAS

Área de conocimiento :AREA DE DERECHO CIVIL

### ABSTRACT

The paper focuses on the consumer protection in case of mortgage default under the EU legislation. It analyzes the control of unfair clauses, with special analysis of the case law of both the Court of Justice of the European Union and the Spanish Supreme Court and measures legislation which the Spanish legislature has introduced to alleviate the serious economic and social crisis caused by the bursting of the construction bubble.



RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El trabajo se centra en el estudio de la especial protección que se dispensa bajo la legislación comunitaria al consumidor como contratante de un préstamo con garantía hipotecaria sobre su vivienda habitual, en el caso de impago y ejecución. Se centra en el control de las condiciones abusivas del crédito, haciendo especial hincapié en la jurisprudencia al respecto emanada del Tribunal de Justicia de la Comunidad así como por el Tribunal Supremo Español. Se analizan igualmente las medias legislativas introducidas por el legislador español para paliar la grave crisis social y económica derivada del estallido de la burbuja inmobiliaria y su repercusión en el mercado hipotecario.

Capítulo I. Sobre la hipoteca como un derecho real de garantía y del procedimiento de ejecución de hipoteca.	5
1. La hipoteca como uno de los derechos reales.	5
1.1. El Derecho real: concepto y caracteres	5
1.2. Los derechos reales de garantía.	6
1.3. Concepto de la hipoteca.	7
2. La regulación de la ejecución hipotecaria.	9
 Capítulo II. Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía Hipotecaria.	 11
1. Prefacio.	11
2. Contratos por adhesión.	11
3. El consumidor y el usuario. La normativa.	13
4. Un análisis de diferentes cuestiones prejudiciales que se habían planteado al TJUE por jueces españoles	16
4.1. Comentario de la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 21 de enero de 2015.	21
4.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015	23
4.3 Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015.	25
 Capítulo III. La ejecución hipotecaria: posibilidad judicial de la dación en pago por el deudor hipotecario y la posibilidad de empleo de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .	 27
1. <i>Datio in solutum</i>	27
2. La cláusula <i>Rebus Sic Stantibus - estando así las cosas...</i>	32
2. 1. Los presupuestos de la aplicación de la cláusula <i>Rebus Sic Stantibus</i>	32
3. Conclusiones	34
 Capítulo IV. Enriquecimiento injusto y ejecución hipotecaria. Comentario de la jurisprudencia.	 36
1. El concepto del enriquecimiento sin causa	36
2. El concepto del enriquecimiento y la ejecución hipotecaria en la doctrina del Tribunal Supremo y otros órganos judiciales	38

	4
3. Enriquecimiento injusto en la ejecución hipotecaria. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015.	39
4. Conclusiones.	41
Capítulo V. Los últimos cambios legislativos en el proceso especial de ejecución hipotecaria.	42
Conclusiones finales.	47
Bibliografía.	48

## Capítulo I .Sobre la hipoteca como un derecho real de garantía y del procedimiento de ejecución de hipoteca.

### 1. La hipoteca como uno de los derechos reales

Me parece conveniente empezar las consideraciones sobre la hipoteca, con una corta explicación del concepto de los derechos reales en general, sus características esenciales, diferentes tipos de ellos.

#### 1.1. El Derecho real: concepto y caracteres

El estudio de los derechos reales constituye la disciplina de Derecho de Cosas o de Bienes que trata de resolver el conflicto de intereses que se plantea entre las personas. Estos conflictos de intereses recaen *sobre la titularidad, utilización o disfrute de los bienes económicos. El Derecho de cosas dispensa, además, a un determinado tipo de intereses, a los que se califican tradicionalmente como derechos reales, una especial protección*<sup>1</sup>.

El Código Civil español<sup>2</sup> dedica dos de sus Libros a los derechos reales. El Libro II establece las cuestiones de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones, el Libro III, continua con los diferentes modos de adquirir la propiedad. Además, la materia de los derechos reales está complementada por el Libro IV, sobre censos, derechos reales de garantía, *traditio* y *usucapión*.

Muchos autores se dedicaban a formular una definición compleja del derecho real. Los partidarios de la doctrina clásica, por ejemplo, ven los derechos reales como *el poder directo e inmediato que se ejerce sobre la cosa, que genera una relación directa con la misma*<sup>3</sup>. El derecho real tiene el carácter absoluto, es oponible *erga omnes*. De otra manera el derecho real define FERRARA que dice que se trata de *un poder jurídico contra otros hombres dirigido a una pretensión de incondicionado respecto en el*

---

<sup>1</sup> Sistema de derecho civil, Volumen III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral, Luis Díez- Picazo y Antonio Gullón, Sexta Edición, Tecnos, pág. 31

<sup>2</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE, núm. 206, de 25/07/1889

<sup>3</sup> Sistema de derecho civil, Volumen III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral, Luis Díez- Picazo y Antonio Gullón, Sexta Edición, Tecnos, pág. 32

*desenvolvimiento de la propia actividad, o en su plenitud o en singulares direcciones, sobre cosa determinada*<sup>4</sup>. Así, podemos distinguir unos elementos característicos del derecho real, que son las siguientes: 1) es un derecho inmediato y subjetivo, por suponer una relación directa entre el titular y la cosa; 2) es un derecho absoluto, con eficacia *erga omnes*, y 3) permite a su titular recuperar la cosa de manos de terceros.

## 1.2. Los derechos reales de garantía.

Teniendo en cuenta todas las figuras legalmente establecidas de los derechos reales de garantía, es difícil presentar una definición completa. Por eso, en vez de dar una definición, me parece más adecuado simplemente enumerar los elementos que tienen en común. Así, se puede determinar que son los derechos reales limitados, accesorios de una obligación que garantizan el cumplimiento de dicha obligación o las consecuencias en el caso su incumplimiento. El Diccionario Jurídico<sup>5</sup> describe los derechos reales de garantía como *aquellos que se constituyen por el propietario de una cosa o titular de un derecho real sobre la misma para sujetar directa e indirectamente la cosa o derecho de su propiedad al cumplimiento de una obligación ya sea de quien constituye la garantía o de un tercero*. En otras palabras, al ser unos de los derechos reales atribuyen a su titular el poder inmediato y directo sobre el bien que recaen, configuran su estatuto jurídico del bien. Son los derechos accesorios de una obligación lo quiere decir que no pueden existir sin la obligación, dependiendo de su validez y cumplimiento, se transmiten y extinguen con dicha obligación.

El Código Civil español regula fundamentalmente, como los derechos reales de garantía, la prenda, la hipoteca y la anticresis.

La prenda está reservada a los bienes muebles establecidos en garantía de una obligación, supone el desplazamiento de la posesión del mueble o sea su entrega al acreedor o a un tercero y queda en su posesión hasta que se cumple la obligación. Concede a su titular el *ius distrahendi*. En el caso del incumplimiento, el acreedor puede proceder a instar la venta de la cosa en la que recae la garantía, satisfaciendo así la obligación. La prenda viene regulada en los artículos 1963 a 1973 del Código Civil.

---

<sup>4</sup> Sistema de derecho civil, Volumen III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral, Luis Díez- Picazo y Antonio Gullón, Sexta Edición, Tecnos, pág. 33

<sup>5</sup> Diccionario jurídico, Derecho de la A a la Z, 4ª edición, Edición preparada por Fernández Martínez Juan Manuel (coord.) Thomson Aranzadi, 2006, pág. 416

El segundo tipo de los derechos reales de garantía previsto en el Código Civil español es la anticresis que recae sobre bienes inmuebles, su titular atribuye el derecho a percibir los frutos con imputación a los intereses y normalmente conlleva el desplazamiento posesorio del inmueble sobre el que recae, es dudoso si conceda a su titular el *ius distrahendi*.

El tercer derecho real de garantía conocido por Código Civil español es la hipoteca.

### 1.3. Concepto de la hipoteca

El tema que me ocupa es la hipoteca como un derecho real de la garantía. Esta figura es regulada esencialmente en el Título XV del Libro IV del Código Civil, también en la legislación especial. Tiene su base en la Ley Hipotecaria<sup>6</sup> y Reglamento Hipotecario<sup>7</sup>. Es un derecho real de garantía precisamente porque se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (*accensio*) de pago en dinero. Confiere a su titular un derecho de la realización de valor de un bien.

Existen diferentes clases de hipoteca. Se puede destacar, entre estas clases, los siguientes<sup>8</sup>:

1. Por su origen: la hipoteca puede ser voluntaria pero también legal. Esta segunda está establecida por la ley con determinados requisitos. Aunque propiamente, no la establece la ley sino en la normativa existen previstos casos en las cuales un acreedor obtiene derecho a exigir una hipoteca especial. La voluntaria, es la convenida entre las partes.
2. Por su contenido: existen ordinarias o de tráfico y de seguridad. La hipoteca ordinaria es la que asegura una obligación predeterminada que ya existe. La hipoteca de seguridad, en cambio, es la que garantiza una obligación de existencia dudosa o indeterminada en su cuantía.
3. De capital o de renta. Conforme al art. 157 de LH puede constituirse la hipoteca en garantía de las rentas o de las prestaciones periódicas. Así mismo, la hipoteca de la renta asegura la efectividad del pago de prestaciones o rentas periódicas. La hipoteca de capital, en cambio, garantiza una obligación de cumplimiento unitario o total.

---

<sup>6</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, BOE núm. 58, de 27/02/1946

<sup>7</sup> Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, BOE núm. 106, de 16/04/1947

<sup>8</sup> Clases de hipoteca según Diccionario jurídico, Derecho de la A a la Z, 4ª edición, Edición preparada por Fernández Martínez Juan Manuel (coord.) Thomson Aranzadi, 2006, pág. 416

4. Por su régimen y normas legales: hipotecas normales y hipotecas excepcionales o extraordinarias. La hipoteca normal se adapta a las condiciones típicas de la Ley Hipotecaria y del Código Civil. La hipoteca excepcional, en cambio, es la que modifica la normativa común de la hipoteca en su particular regulación.

La constitución de la hipoteca: forma y requisitos. El objeto de la hipoteca.

Para la constitución de la hipoteca voluntaria, a la que me refiero en mi trabajo, existen dos posibilidades, una es el convenio entre las partes y otra es la disposición unilateral del dueño en los bienes sobre los que se establezca. Sin embargo, en estos dos casos, es exigible su inscripción registral, ésta es de naturaleza constitutiva que significa que sin ella no nace la hipoteca. Además, con arreglo al art. 145 LH se la constituye en la escritura pública.

En cuanto al objeto de la hipoteca, por su naturaleza, tiene que ser un bien inmueble, que además reúna la condición de ser enajenable<sup>9</sup>. El art. 106 LH establece que *podrán ser hipotecados: 1) Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción; 2) Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes*. También es importante conocer el contenido del art. 108 LH que prevé que no puede ser el objeto de la hipoteca.

*No se podrán hipotecar: 1) Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada; 2) Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil; 3) El uso y la habitación.*

*Vencido el crédito asegurado con la hipoteca e incumplida por el deudor su obligación de pago, entra en juego el derecho de realización del valor de la cosa para el cobro de dicho crédito, para cuyo cobro el acreedor puede o bien ejecutar la acción personal contra el deudor o bien la acción real hipotecaria sobre el inmueble<sup>10</sup>.* En la ley están previstas ciertas posibilidades de hacer efectivo el crédito, se destaca el juicio ordinario declarativo, pero éste es muy poco usado, el juicio ejecutivo ordinario, el

---

<sup>9</sup> Sistema de derecho civil, Volumen III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral, Luis Díez- Picazo y Antonio Gullón, Sexta Edición, Tecnos, pág. 519

<sup>10</sup> Diccionario jurídico, Derecho de la A a la Z, 4ª edición, Edición preparada por Fernández Martínez Juan Manuel (coord.) Thomson Aranzadi, 2006, pág. 417

procedimiento extrajudicial, cuando se haya pactado y, el que más me interesa, un proceso ejecutivo especial o sumario, regulado por el art. 131 de la Ley hipotecaria.

## 2. La regulación de la ejecución hipotecaria.

La ejecución hipotecaria es un procedimiento ejecutivo para exigir el pago de las deudas que están garantizadas con una hipoteca cuando se dirija directa y exclusivamente sobre los bienes hipotecados en garantía de la deuda por la que se procede. Viene regulada esencialmente en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil<sup>11</sup>, concretamente en los art. 579 y 681 a 698, ya que la obligación subyacente incumplida es el pago en dinero de un préstamo garantizado con hipoteca (una ejecución dineraria). También en la Ley 14/2014 de 24 de julio, de Navegación Marítima, en el Decreto de 8 de febrero de 1946, Texto Refundido de la Ley Hipotecaria y en el Decreto de 14 de febrero de 1947, Reglamento Hipotecario. El art. 684 LEC regula la competencia, que en cuanto a los bienes inmuebles pertenece al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que radica la finca y si está radicada en más de un partido judicial o si fueren varias y radican en diferentes partidos, es competente el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante. La fase del inicio, conforme al art. 685.1 y 2 de LEC, constituye en la demanda ejecutiva, que debe dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente de poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes. A la demanda debe ir acompañado el título de crédito, revestidos de los requisitos que esta ley exige para el despacho de la ejecución, así como otros documentos a que se refieren los art. 550 y en sus casos, los art. 573 y 574 LEC. La parte demandada puede interponer la oposición, que puede tener las consecuencias en la inadmisión de ejecución (que es recurrible en apelación). Otra posibilidad es el auto autorizando y despachando la ejecución.

Su finalidad no es obtener el reconocimiento de un derecho sino el pago de la deuda garantizada con hipoteca.

La crisis económica destacada a partir del año 2007 surgida no sólo en España, sino también en otros países europeos, o en general, en la escala mundial, provocó muchos cambios sociales. Truncó las expectativas de muchas familias también españolas,

---

<sup>11</sup> Ley1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7 de 8/01/2000

que se unieron a la euforia inversionista y se endeudaron para adquirir una vivienda. La adquisición de la vivienda es para muchas familias la mayor inversión económica de sus vidas, afectando de forma esencial a la economía familiar y personal cuyo pago, ahora no pueden afrontar. Todo ello ocasionó un incremento constante en la morosidad y con ella en las ejecuciones hipotecarias. La consolidación de la crisis económica supuso, como no podía ser de otra manera, las reformas legislativas. Mi objeto del trabajo presente es presentar algunas de las cuestiones relativas al procedimiento especial de ejecución inmobiliaria que ha sido continuamente cambiada principalmente a la circunstancia de la crisis financiera.

## Capítulo II. Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria.

### 1. Prefacio

Conforme al art. 1091 de CC las obligaciones nacen, entre otros, de los contratos. El contrato, de acuerdo con lo que establece el Código Civil, *existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio* (art. 1254 CCC). Además, con el artículo 1255 de la misma ley, se reconoce la potencialidad normativa creadora de las partes estableciendo que *los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*, así que si las partes tienen intención de obligarse voluntariamente y libremente, lo acordado tiene fuerza de ley entre las mismas. De los artículos recién mencionados, tomando en consideración también el artículo 1258 que establece el perfeccionamiento de los contratos por el mero consentimiento, procede lo esencial de contratarse, o sea, el principio de la voluntad. Muy significativo es que cuando las partes deciden obligarse entre ellos están obligados al cumplimiento de lo pactado, lo que llamamos “*pacta sunt servanda*”. No se puede dejar al árbitro de una de las partes el cumplimiento del contrato, tampoco es posible desligarse unilateralmente.

### 2. Contratos por adhesión

Sin embargo no todos los contratos obligan de la misma manera. En muchas ocasiones la negociación de los términos de acuerdo está omitida. En los llamados contratos por adhesión, a diferencia del contrato por negociación en el que los interesados suscriben su contenido contractual formulando a través de la negociación, el contenido es prefijado, una parte redacta en exclusiva el contenido, sin dejar intervenir a la otra. El contrato por adhesión depende de condiciones históricas, de la existencia de la producción y distribución masivas de corte capitalista.

En este modelo contractual basado en las condiciones generales, éstos les establecen especialistas de sólo una parte y la otra si quiere contratar no tiene otro remedio de aceptarlo sin la posibilidad de negociación, está limitada a adherirse a la formulación

redactada por el profesional. Carece en la libertad contractual, la libertad de establecer el contenido pero mantiene la libertad de contratar o sea de celebrar o no el contrato.

Los contratos por adhesión que se caracterizan por las condiciones no negociadas individualmente, tienen mucha importancia en la vida cotidiana de la gente, constituyen una gran parte de los contratos en general, especialmente en los servicios públicos, como energía eléctrica o gas, agua corriente y telefonía y también en la mayoría de los contratos de seguros y bancarios.

En muchas ocasiones la gente aún no lee las condiciones generales, no está interesada, son difíciles de entender, consideradas como aburridas, se les acepta en bloques, “en blanco”. Es una conducta “racional”, no todos nos dedicamos a derecho para leer cada frase del contrato, además como resume Dr. Miquel González nadie compra un producto por las condiciones generales en el contrato de compra. Normalmente lo que importa al consumidor es la calidad y el precio<sup>12</sup>.

En el tema de los préstamos con la garantía hipotecaria, la cuestión es igual. Los expertos en economía, especialistas en el derecho bancario trabajan para las entidades bancarias estableciendo un número indefinido de las cláusulas previas que después, en los contratos sirven para evitar la negociación con los clientes. A los prestatarios, que normalmente necesitan dinero en seguida, les interesa la cuota que han de pagar y el tipo de interés ordinario, lo que desgraciadamente provoca problemas con la transparencia. La gente se da cuenta de las inconveniencias solo cuando ocurre algo que le estorba en amortizar las cuotas de la deuda y en este momento ya es demasiado tarde.

Sin embargo conforme al antecitado art. 1255 las cláusulas y condiciones contractuales tienen que ser conformes a las leyes, la moral y el orden público.

Primero, me parece importante marcar que el legislador trata de una manera diferente a los consumidores como contratantes, los cuales se encuentran en situación de inferioridad en relación con los profesionales, que es la parte más débil del contrato. Normalmente no tiene tantos recursos financieros como un profesional para aconsejarse de los expertos si hace bien contractuando, muy frecuentemente se encuentra en una situación financiera difícil, de necesidad, no tiene otro remedio para conseguir dinero que necesita y no ve otras posibilidades. Por esta razón, por estar en el estado de angustia, no piensa en las condiciones generales ni en el interés muy alto sino como conseguir el

---

<sup>12</sup> Conferencia “Las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”, consultado en la página web: [http://ullmedia.udv.ull.es/watch\\_video.php?v=U6811WY9H1OD](http://ullmedia.udv.ull.es/watch_video.php?v=U6811WY9H1OD)

préstamo enseguida. Para prevenir la mejor posición de los profesionales se introduce un control específico que está actualmente contenido en los art. 82- 90 del Texto Refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Existen unas normas específicas en cuando a los consumidores que actúan en el mercado, celebrando los contratos con profesionales. En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba inicialmente garantizada, sobre todo, por la Ley 26/1984, de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>13</sup>. Posteriormente, la Ley General fue modificada mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación<sup>14</sup> que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Por último, el Decreto Real 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<sup>15</sup>, estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus modificaciones. En el art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 introduce la definición de las cláusulas abusivas que son *todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. Con arreglo de lo que establece el art. 83 del LGDCU, las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A los efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas, el Juez declarará la nulidad de las cláusulas abusivas en el contrato, el cual seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos (art. 83 del LGDCU *in fine*).

### 3. El consumidor y el usuario. La normativa

Es cierto que con arreglo de lo dispuesto en el art. 695 LEC en redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores

---

<sup>13</sup> Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, BOE nº 176, de 24/06/1984

<sup>14</sup> Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, BOE nº 89, de 14/04/1998

<sup>15</sup> 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, BOE nº 287, de 30/11/2001

hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, se refiere a un régimen exclusivo de los contratos celebrados por un profesional con un consumidor/usuario.

Además, la regulación del carácter abusivo de una cláusula contractual se encuentra únicamente prevista en los cuerpos normativos que regulan los derechos tuitivos de los consumidores y usuarios, en particular, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y la Ley de Consumidores y Usuarios, actualmente refundida en el 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, revela la aplicabilidad exclusiva del régimen a los contratos suscritos entre empresarios y consumidores.

Así, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en su artículo 8, establece que serán nulas de pleno derecho las cláusulas generales suscritas con consumidores que sean abusivas conforme a lo dispuesto en la Ley de Consumidores y Usuarios. En términos muy similares, el actual artículo 82 de la Ley de Consumidores y Usuarios establece que “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”.

De los preceptos citados se deduce, sin lugar a dudas, que el carácter abusivo de una cláusula contractual es un concepto y un régimen exclusivo de los contratos suscritos con consumidores. En definitiva, para que el régimen de cláusulas abusivas al que se refiere el actual artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sea de aplicación a un concreto supuesto de hecho, es necesario que una de las partes sea empresario y la otra, consumidor.

Ahora bien, para aplicar antecitadas leyes hay que saber precisamente a quién se puede llamar el consumidor/usuario. Para hacerlo es imprescindible que concurren los elementos que identifican la condición de un consumidor. El artículo 3 de la actual Ley de Consumidores y Usuarios dispone que serán consumidores y usuarios aquellos que actúen “en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Por tanto, de conformidad con la actual definición de consumidor, deben considerarse excluidos todos aquellos sujetos (personas físicas y jurídicas), que actúen en el marco de una actividad profesional o empresarial (cualesquiera), y por tanto, no en el marco de su actividad personal o particular. Y ello con independencia de la envergadura de la empresa, del volumen de

negocio, del número de trabajadores o de la forma en la que se desarrolle la actividad empresarial, por vía societaria o como autónomo. En la jurisprudencia se ha mostrado, en muchas ocasiones, cuándo la parte no goza de la condición de consumidor y usuario. Abajo presento tres de las Sentencias en las que se demostró quién no puede ser considerado como un consumidor y usuario.

- 1) La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 9 de junio de 2009 (RJ 2009/3386):  
*“Aparte de lo dicho debe señalarse que la normativa en materia de usuarios y consumidores (se alegan los arts. 1.2, 13.1 ,d), 25 y 26 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio) no es aplicable, no solo ya porque al demandante no le faltaba el conocimiento adecuado por lo que resulta irrelevante si hubo o no la información previa, sino porque la actora al utilizar el servicio de que se trata en una actividad empresarial carece de la condición de usuario a efectos de dicha regulación (art. 1.2 LGDC y U 1984, y actualmente art. 3 Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)”*.
  
- 2) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de diciembre de 2002 (AC 2003\126808):  
*“El concepto de cláusula abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores, y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”*.
  
- 3) El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, de 20 de marzo de 2009 (JUR 2009/234311):  
*“El primer motivo del recurso es de obligado rechazo cuando, tratándose de una "póliza de crédito mercantil en cuenta corriente con garantía personal en euros", cuyo objeto era la "financiación del activo circulante", en modo alguno cabría aplicar a los fiadores la normativa protectora de los consumidores y usuarios pues los citados fiadores, como la compañía acreditada, no tienen dicha consideración al no ser los que adquieren, utilizan o disfrutan del crédito como destinatarios finales, teniendo el mismo por objeto su integración en un proceso de comercialización como su carácter mercantil y finalidad revela”*.

#### 4. Un análisis de diferentes cuestiones prejudiciales que se habían planteado al TJUE por jueces españoles

En la “lucha” contra desigualdad en los contratos ente un particular con un profesional ayuda la Unión Europea que, vigilando las leyes, a veces obliga a cambiar unas normativas que le parecen injustos.

En la página web del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>16</sup> leemos que éste se ocupa de interpretar el Derecho de la Unión Europea “*para garantizar que se aplique de la misma forma en todos países. También resuelve conflictos legales entre los gobiernos y las instituciones de la UE.*” Entre los diferentes tipos de procedimientos trata de resolver las cuestiones prejudiciales, “*cuando los órganos jurisdiccionales nacionales piden al Tribunal de Justicia que interprete un punto del Derecho de la UE*”.

Ahora bien, es verdad que el régimen procesal de los ordenamientos nacionales se rige por el principio de autonomía pero este principio tiene como su límite el principio de efectividad<sup>17</sup>. Es decir, si una de las normas de carácter nacional resulta difícil o imposible de aplicación para su ejercicio siendo defectuoso, el Estado puede “perder” su autonomía en cuestión de esta concreta regla. No se puede olvidar sobre la posición privilegiada de primacía que tiene el Derecho de la Unión Europea respecto a los Derechos nacionales. Ante la contradicción o confrontación entre dos normas, una europea y una nacional, siempre se aplica la del carácter comunitario en detrimento de la segunda. Siendo la jurisprudencia europea como la fuente del derecho, también esa prevalece sobre las normas nacionales.

El Tribunal de la Justicia de la Unión Europea influyó en algunos casos al cambio de la normativa española, sus sentencias tienen consecuencias muy importantes para la legislación española. Podemos observar este fenómeno, entre otros, en el marco de los contratos de préstamos hipotecarios concertados entre consumidores y profesionales planteándose dudas en cuanto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>18</sup>. Esta Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales,

---

<sup>16</sup> [http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm)

<sup>17</sup> Así Hualde Manso Teresa, Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil núm. 2/2013 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A, Pamplona. 2013.

<sup>18</sup> [http://www.consum.cat/legislacion/D93\\_13.pdf](http://www.consum.cat/legislacion/D93_13.pdf)

reglamentarias y administrativas de los Estados miembros teniendo en cuenta las cláusulas abusivas en situaciones donde por un lado el consumidor es la parte del contrato y por otra el profesional.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea opinó sobre el tema de las ejecuciones por incumplimiento contractual del consumidor en una sentencia muy significativa dictada el 14 de junio de 2012 con su veredicto sobre la adecuación de la normativa española de determinadas reglas del proceso monitorio de LEC española a la regulación contenida en antedicha Directiva 93/13. Es la primera resolución trascendental dictada por TJUE en relación con el tema de inadecuación del sistema procesal español al Derecho de la Unión. Curiosamente no se dictó en el seno de una ejecución sino, como he escrito antes, en la sede de un juicio monitorio.

Esta sentencia ha causado un giro radical, provocó mucha discusión en cuanto a la normativa, era como un inicio en cuanto a los casos parecidos. La sentencia se ha pronunciado sobre una cuestión prejudicial remitida por la Audiencia Provincial de Barcelona en el marco del procedimiento monitorio. El caso concernía de una reclamación de la deuda derivada de un contrato de crédito de consumo celebrado entre una entidad bancaria y su cliente. Un banco concedió un préstamo para la compra de un vehículo con un interés retributivo del 7,95 % y un interés de demora de 29 %. Ante el impago de varias cuotas de amortización mensuales por parte del prestatario, el banco presentó la demanda de un juicio monitorio reclamando el importe de cuotas impagadas más los intereses convencionales y costes. El Juzgado de la Primera Instancia que conoció del proceso monitorio en este caso, declaró de oficio la nulidad de la cláusula relativa al interés de demora y en su lugar fijó un interés menos alto- de 19% (en el texto original, en vigor hasta 29 de marzo de 2014 del art. 83 de LGDCU daba la posibilidad al juez, declarando la nulidad de las cláusulas abusivas de moderar *respecto a los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario*). La entidad bancaria interpuso recurso de apelación en el que alegó que el juez no podía declarar de oficio la nulidad de la cláusula en esa fase del proceso (el deudor ni siquiera había formulado oposición) ni tampoco, modificarla. La segunda instancia, la Audiencia Provincial, por tener dudas en cuanto a la relación con el Derecho español y comunitario en la materia de protección al consumidor, planteó unas cuestiones prejudiciales al TJUE. En primer lugar, preguntó por si es conforme con el Derecho comunitario, sobre todo con el art. 6.1 la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados

con consumidores, no permitir al juez examinar de oficio, en el proceso monitorio español, en ninguna fase, el carácter abusivo de una cláusula establecida en un contrato entre un consumidor y un profesional, si el individual no formuló la oposición.

La resolución del Tribunal estableció que si una cláusula es considerada abusiva, ha de declararse nula y tenerse por no puesta sin que el Juez pueda rebajarla. Asimismo, el Juez deba de oficio pronunciarse sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando ya dispone de los elementos de hecho y derecho aunque el particular no lo alegue. Como la base del resultado de esta sentencia servía, sobre todo, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que establece que *los estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*

En cuanto al procedimiento monitorio, el TJUE señaló que la competencia del juez, en un procedimiento monitorio, como estaba regulado en la LEC, la competencia del juez consiste en comprobar si concurren los requisitos formales para iniciar el procedimiento y dictar el correspondiente requerimiento de pago, sin poder de valorar otras cuestiones. Esta regulación del proceso monitorio podría perjudicar la efectividad de la protección al consumidor.

La mencionada situación con la intervención del Tribunal de UE ha sido sólo el foco del incendio de las cuestiones relacionadas con este tema. Otro caso muy reciente en el que el mismo TJUE reconoció en la sentencia de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89) dictada por la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que algunos cuestiones del procedimiento español de ejecución hipotecaria son contrarios a la ya mencionada Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas. En este supuesto sí nos encontramos en el seno de una ejecución hipotecaria. En el caso presente y en la sede procesal en la que se encuentra, tampoco sería posible examinar la abusividad de las cláusulas incorporadas a contratos celebrados con consumidores ni su posible nulidad en el momento de oposición por parte del deudor, donde los motivos están tasados, abocando a la interposición de un juicio declarativo que no paraliza el de ejecución.

Un análisis de la sentencia mencionada no sería posible sin previo resumen en breve los hechos de ésta. El problema empezó cuando Mohammed Aziz dejó impagada por la primera vez la cuota del préstamo, lo que provocó que el Banco, tras obtener el acta

notarial de determinación de deuda por cuantía más alta que el capital prestado al principio que incluía capital de intereses ordinarios y de demora, interpuso un procedimiento de ejecución ante el Juzgado de Primera Instancia de partida competente. En el contrato celebrado entre la entidad bancaria y Mohammed Aziz del préstamo con garantía hipotecaria, como el inmueble hipotecado, le servía su vivienda familiar. En este momento las partes pactaron, entre otros, unos intereses de demora anuales del 18,75 % automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación. Otra cláusula del contrato establecía que el banco podía exigir la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor lo hubiera pagado. Otra cláusula trataba sobre los efectos de la ejecución hipotecaria, constituyendo que la entidad podía presentar la liquidación directamente mediante el certificado que recogiese la cantidad exigida. Otro inconveniente era que a resultados de del procedimiento de ejecución hipotecaria se adjudicó al Banco el inmueble por el 50% de su valor. Sr Aziz fue expulsado de la vivienda pero antes de que se hubiera procedido la expulsión presentó ante el Juzgado Mercantil una demanda declarativa alegando que unas cláusulas del contrato de préstamo tenían el carácter abusivo y como consecuencia la ejecución hipotecaria debería ser considerada nula. El Juez señaló que no sirve para mucho la declaración que las cláusulas eran abusivas porque ya había sido expulsado de la vivienda, consideró que un proceso declarativo posterior no tiene efectos suspensivos del procedimiento de ejecución. El Juez declaró que no tenía la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución, además la declaración de la nulidad sólo le permitía garantizar una protección posteriori meramente indemnizatoria. Sin embargo se le ocurrió la duda si podían ser abusivas las cláusulas del vencimiento anticipado, las sobre la fijación de los intereses de la demora y también de la determinación unilateral del banco de la liquidación de la totalidad de la deuda *por imponer una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor* (Anexo Directiva 93/13, nº 1, letras e y g). Por eso el Juez suspendió el procedimiento y formuló una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea solicitando la resolución a las siguientes cuestiones:

1) ¿Se infringe la tutela del consumidor en lo que supone de obstaculizar el ejercicio de acciones y recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derecho? en el contexto de los art. 695 y ss. de LEC que limitan en los procedimientos de ejecución hipotecarias en los motivos de oposición del consumidor ejecutado.

2) ¿Es abusiva la cláusula de vencimiento anticipado en contrato de larga duración (33 años en este caso concreto) cuando el consumidor produce el incumplimiento por no amortizar las cuotas adecuadas en un periodo muy corto desde el inicio del contrato?

3) ¿Son abusivas las cláusulas referidas al intereses de demora superiores a 18% que en casos diferentes de la contratación con los consumidores son abusivas? y

4) ¿Se puede considerar como abusivas las cláusulas de fijación de una vía de liquidación y fijación de intereses a realiza unilateralmente por el prestamista y sin la posibilidad de oposición por la parte de consumidor?

Sin embargo el objeto principal del conflicto a analizar por Tribunal en este asunto fue si el juez que conoce del procedimiento declarativo debe tener la posibilidad de suspender de forma provisional el procedimiento ejecutivo y detener la ejecución forzosa hasta el momento cuando se haya comprobado si la cláusula del contrato tiene carácter abusivo. Principalmente, el TJUE recordó que el modo la regulación de los motivos para interponer la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria es la cuestión del ordenamiento jurídico interno de cada país miembro. Por otro lugar, señaló que esta normativa no puede ser menos favorable que la que rige situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe hacer imposible en la práctica (o excesivamente difícil) el ejercicio que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

El TJUE pronunció sobre la posibilidad, por parte del deudor, de alegar causas de oposición en el proceso declarativo. Pues bien, en el seno del proceso hipotecario español el art. 695 de la LEC (Oposición a la ejecución) se reconocía en ese momento exclusivamente como causa de oposición por el ejecutado en proceso- por ejecuciones de bienes inmuebles- por una parte, la extinción de la garantía o de la obligación garantizada y, por otra parte, el error en la determinación de la cuantía exigible. Lo que significa que la alegación sobre la eventual cláusula abusiva, no se encontraba dentro de las causas de oposición. Sin embargo, el antecitado art. 6 de Directiva 93/12/CEE, repitiendo otra vez, establece que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor, de tal forma que el Juez debería poder apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula cuestionable.

El Tribunal reconoció que una protección de consumidor sólo a posteriori tras la indemnización, es incompleta e insuficiente. Especialmente cuando el inmueble que sirve para la garantía es una vivienda del consumidor perjudicado. Por esa razón declaró que la normativa española no se ajusta al principio de efectividad.

Por ente, el TJUE declaró que el órgano jurisdiccional si la cláusula de intereses de demora, en este caso, es abusiva (18, 75 % automáticamente devengables respecto a las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de reclamación). Sobre todo, comprobar si es legal y verificar si es adecuado para garantizar la realización de los objetivos de los intereses de demora. Con lo relativo al vencimiento anticipado, también el juez nacional debe comprobar espacialmente si esa facultad depende de que el consumidor no haya cumplido una obligación esencial del contrato y si esto tiene un carácter suficiente respecto a la duración y a la cuantía del préstamo. Pero estas últimas cuestiones las tiene que comprobar el juez nacional, éste es el competente, no el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

#### 4.1. Comentario de la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 21 de enero de 2015

Merece el párrafo aparte analizar una de las sentencias más recientes, de 21 de enero de 2015 sobre intereses de demora abusivos. Antes de entrar en el análisis de la sentencia, creo conveniente un planteamiento previo de las modificaciones legales que han tenido lugar, sobre todo, gracias a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, sobre el que he mencionado por encima. Por otra parte, las sentencias como la de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) entre otras, han ido consolidando nueva jurisprudencia, lo que también contribuyó a una modificación legal mediante la Ley 1/2013 en la que se preveía, entre otras, que en lo sucesivo se consideraría abusivo imponer unos intereses de demora que superasen al triple del interés legal del dinero en los préstamos concedidos para la adquisición de vivienda habitual y con hipoteca sobre la misma, interés que sólo se podría aplicar sobre el principal pendiente de pago; y que estos intereses no se podrían capitalizar (nueva redacción del art. 114 de Ley Hipotecaria). También la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/13 establece que en los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los casos que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad sometiéndose al límite indicado. Estos cambios provocan muchas dudas, sin embargo la Sentencia dictada por la Sala Primera de TJUE el día 21 de enero de 2015 viene a dar la respuesta a varias cuestiones prejudiciales, abordando el tema que nos ocupa, planteadas por el Juzgado de la Primera

Instancia de Marchena, en Sevilla. En relación con el concurso de varios procedimientos de ejecución con unas cláusulas de intereses de demora que podrían oscilar entre 18 % y 25 %. En estos contratos de préstamo también existía la cláusula por la que el prestamista, ante el incumplimiento por el prestatario, pueda anticipar el vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital pendiente, más intereses, intereses de demora, comisiones, gastos y costas pactados. El órgano jurídico español planteó la cuestión del carácter abusivo de las cláusulas abusivas relativas a dichos intereses de demora y de aplicación de estos tipos de intereses al capital cuyo vencimiento anticipado era la consecuencia del retraso en pago. También fue el objeto de clarificar la correcta interpretación de la Disposición transitoria 2ª de La Ley 1/2013 que establece que el juez está obligado a proceder a declarar el recálculo de los intereses de demora. El problema más destacable es que el Tribunal de Justicia ya había aclarado cuál es el alcance de la nulidad de las cláusulas abusivas: que no podrían tener ningún efecto, sin posibilidad de que fuesen moderados por el Juez, ya que ello impediría que la nulidad tuviese el efecto disuasorio pretendido por la Directiva. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas pondría en peligro la consecución a largo plazo del objetivo previsto en el art. 7 de la Directiva<sup>19</sup>, que se seguirían utilizando las cláusulas abusivas porque lo más que le pueda ocurrir al empresario abusador es que se recalcule su beneficio pero seguirá beneficiándose a pesar de que haya usado una cláusula prohibida. Sin embargo el TJUE analizando esta reforma legislativa española, se pronunció que, respecto a que el ámbito de la Disposición transitoria 2ª de la Ley 1/13 comprende cualquier contrato de préstamo y, de este modo no coincide con el de la Directiva, la cual se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos entre los consumidores y profesionales únicamente. La Directiva no se opone a la aplicación de tal

---

<sup>19</sup> El contenido del art. 7 de la Directiva: 1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.

Disposición nacional siempre que la aplicación de la Disposición legal, mediante la que viene la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora en 3 veces el interés legal del dinero, no prejuzgue la apreciación por el Juez del posible carácter abusivo de la cláusula en cuestión y que no le impide dejar de aplicar tal cláusula si aprecia que es abusiva. En los apartados 30 y 31 de la sentencia está previsto que es de especial importancia, para conseguir establecer mecanismos que acaben con el uso de las cláusulas abusivas, ya que la protección al consumidor es interés público y ya que las normas nacionales han de interpretarse de la forma más adecuada para conseguir el fin tuitivo que la Directiva pretende, siempre habrá de aplicarse la normativa comunitaria ante la nacional. Resumiendo, me parece que el Tribunal en esta Sentencia también podría declararse en que esta legislación española es contraria con lo establecido en la Directiva 93/13 CEE con el mismo resultado que el Juez, ante una cláusula abusiva, tiene que considerarla inaplicable y no puesta, con un tipo moratorio de 0% y sin posibilidad de recalcular. Otra cuestión es de precisar qué tipo de interés se debe considerar como abusivo. En esto nos puede servir la nueva normativa española que establece que un interés moratorio superior a tres veces del interés legal del dinero.

#### 4.2 La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015<sup>20</sup>

Otra sentencia muy relevante en el ámbito de los contratos de préstamos celebrados con el consumidor, fue dictada por el Tribunal Supremo el día 22 de abril de 2015. La Sentencia aborda la cuestión de nulidad, por abusivos, de determinados intereses de demora establecidos en los contratos de préstamo con un consumidor sin garantía real para la entidad prestamista. A pesar de que trata de los préstamos sin garantía hipotecaria, tiene mucha importancia porque concierne al consumidor y está relacionada con el tema de las cláusulas abusivas que puede ser significativo también en el ámbito que nos ocupa por su aplicación en cualquier tipo de contrato celebrado entre un profesional y consumidor, o sea, también en la ejecución hipotecaria. En la Sentencia el Supremo fijó la doctrina contra las cláusulas abusivas que establecía un interés de demora en los préstamos bancarios.

En el contrato celebrado entre el Banco y el particular se estableció un préstamo personal que devengaba, como interés anual nominal, un 11.80% y, como interés de demora, un

---

<sup>20</sup> Sentencia número 265/2015, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 2015

21.80%. El profesional interpuso la demanda de juicio ordinario contra el consumidor por el impago de un préstamo personal de 12.729,61 euros. El demandado contestó a la demanda alegando la pluspetición, manifestando que los intereses moratorios eran excesivos. El Juzgado de Primera Instancia estimó integralmente todas las peticiones del banco, por eso el demandado interpuso el recurso de apelación en la Audiencia Provincial que declaró nula la cláusula que establecía el interés de demora y la consideró por no puesta. El Banco recurrió la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial ante el Tribunal Supremo, quien ahora ha dictado la Sentencia en la que desestimó los recursos de la entidad bancaria prestamista basando sus motivos en la doctrina del TJUE y declaró que es abusiva la condición general que establece un interés de demora que supera en más de dos puntos porcentuales el interés renumeratorio, como ocurrió en este caso. La Sala declaró que *tratándose de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, la ausencia de vicios del consentimiento, o lo que es lo mismo, que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas, cuando, pase a las exigencias de buena fe, causan en detrimento del consumidor el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)*. También, en la Sentencia se hizo un repaso de la importancia de la jurisprudencia del TUJE que desarrollando la Directiva 93/13/CEE, marca la relevancia de control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores. El Tribunal Supremo recordó sobre la facultad de Jueces y Tribunales, de controlar la posible abusividad de los intereses de demora establecidos en los contratos de dicho tipo. Concluyó el TS que *el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál interés de demora en los préstamos personales concertados con los consumidores*. Lo que significa que un interés de demora que suponga un incremento mayor de lo previsto en dicho artículo, será abusivo.

#### 4.3 Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015<sup>21</sup>

El día 25 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la restitución de intereses cobrados en aplicación de una cláusula suelo. Sin embargo, antes de entrar más detalladamente en el análisis de dicha Sentencia, me parece imprescindible mencionar sobre otra Sentencia del mismo Tribunal Supremo que sirvió como el núcleo del litigio.

Me refiero a la STS del 9 de mayo de 2013 en la que El Alto Tribunal declaró ilegales las cláusulas suelo en los casos donde se produzca una falta de transparencia. En la Sentencia, los magistrados señalaron que los clientes deben ser suficientemente informados y las cláusulas de los contratos ser claras y transparentes. Además, el Tribunal resolvió la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal *para precisar el elemento temporal de la sentencia ya que „Si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas”*<sup>22</sup>. A tal pregunta resuelve el Tribunal Supremo la irretroactividad de la Sentencia.

Ahora bien, la Sentencia del Tribunal Supremo del 25 de marzo de 2015 se ocupa en determinar si es posible aplicar lo establecido en la STS de 9 de mayo de 2013, en el caso de una declaración de la abusividad de alguna de las cláusulas del contrato, o sea su eliminación, su consideración nula en el contrato y si la bancaria es obligada a devolver los intereses cobrados en exceso desde mayo de 2013, o si debe devolver todos los intereses cobrados desde que la cláusula suelo empezó a aplicarse.

El Tribunal se remitió a los argumentos presentados en la STS de 9 de mayo de 2013. Se fijó como la doctrina del Alto Tribunal *„Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013”*. Entonces, según esta Sentencia sólo procede devolver al prestatario los intereses que se hubiese pagado a la entidad financiera (en aplicación de

---

<sup>21</sup> Sentencia número 139/2015, de 25 de marzo de 2015, sobre nulidad de cláusulas suelo.

<sup>22</sup> el Fundamento Jurídico decimoséptimo de la STS de 9 de mayo de 2013.

una cláusula suelo declarada nula) desde la fecha de publicación de la sentencia del 9 de mayo de 2013. Sin embargo, me parece importante destacar que no todos los jueces fueron a favor de un resultado así, en el Voto particular de la Sentencia, unos magistrados señalaron que debieran restituirse al prestatario la totalidad de los intereses abandonados.

### Capítulo III. La ejecución hipotecaria: posibilidad judicial de la dación en pago por el deudor hipotecario y la posibilidad de empleo de la cláusula rebus sic stantibus

Ante esta situación económica tan excepcional que estamos viviendo, cada día se observa las situaciones en las que las partes no pueden cumplir con sus obligaciones. La crisis económica sufrida en España ocasionó un incremento constante en la morosidad y con ella en las ejecuciones hipotecarias, numerosas personas que contractaron un préstamo hipotecario ahora tienen grandes dificultades para atender sus obligaciones. Mucha gente, para la adquisición de la vivienda habitual de la familia, con la elemental y esencial necesidad de habitación de la misma, solicitó un préstamo hipotecario para realizar tal compra, pero, debido a la situación en el mercado existente, no pueden ingresar los pagos.

En el presente capítulo analizaré una de las posibilidades de alcanzar el restablecimiento del equilibrio, o por lo menos reducir el desequilibrio causado por la alteración sobrevenida de las circunstancias. La doctrina ha construido una serie de teorías para restablecer el equilibrio perdido como, por ejemplo, la doctrina de excesiva onerosidad de la prestación, la teoría de la base de negocio o de la imprevisión. Una de las posibilidades para suavizar el problema causado por la imposibilidad de pagar lo debido, como consecuencia de un préstamo hipotecario, puede encontrarse en la antigua *datio in solutum* o tras el empleo de la cláusula de rebus sic stantibus. En este capítulo intentaré analizar las dos instituciones y presentar una conclusión, si es posible aprovechar una o quizá dos de ellas en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

#### 1. *Datio in solutum*

La dación en pago históricamente y *sensu stricto* suponía en la entrega de una cosa diferente de la debida con finalidad y efectos del pago, aceptada por el acreedor. En este modelo originario exigía un *dare*. En su modelo actual, no sólo consiste en dar, sino que es posible en cualquier caso en que el solvens realice una prestación diferente de la concebida al principio (*dare, facere o non facere, omitere o pati*) pero siempre con consentimiento del acreedor. Las características de esta institución son las siguientes:

1. Que se realice una prestación diferente a la contratada al principio (el aliud pro alio), sin importancia en cuanto a la naturaleza, sólo debe sostener el mismo valor económico.
2. Es imprescindible el consentimiento del acreedor para el cambio de la prestación. Por esto se puede calificar esta institución como un negocio jurídico bilateral, porque es necesario el acuerdo entre el acreedor y el deudor para realizar este cambio. Es también la teoría más acogida hoy en día en cuanto a su naturaleza jurídica que es un negocio atípico.
3. En este momento extingue la obligación cuya prestación ha sido sustituida por otra. La extinción se produce *ipso iure* con la realización de prestación aceptada<sup>23</sup>.

Además de los teóricos, la jurisprudencia española también, en varias ocasiones, opinó sobre esta institución, leemos, por ejemplo en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002 ( RJ 2009, 7263) que *esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y al acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa.*

El Código Civil español no la regula expresamente, aunque sí se refiere a ella en diferentes preceptos, está aludida en los art. 1521, 1636 y contemplando alguno de sus efectos en el 1849 de Código Civil Español.

En el tema que nos ocupa la dación en pago implica la entrega por parte del deudor inmueble objeto de la hipoteca al acreedor, con lo que quedaría pagada la deuda. En el conjunto de la legislación se puede observar varias posibilidades de la aplicación del *datio in solutum*.

Primero, el en marco del Código Civil, en su art. 1175 que establece que *el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas* pero de tal forma que la cesión libera sólo de la responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos salvo pacto en contrario. Esta figura, entonces, no puede ser útil en el caso que nos interesa, no sirve para la total extinción de la deuda hipotecaria con la entrega de la vivienda. La cesión del art. 1175 se puede considerar como la *datio pro solvento* (dación para el pago) que consiste en adjudicación para el pago de las deudas, en el sentido de un negocio jurídico

---

<sup>23</sup> Lacruz Berdejo Jose Luis, Elementos de Derecho Civil II, Tercera edición, 1994, pág. 163.

por el cual el deudor- propietario transmite la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquellos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, puesto que salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiere alcanzado el importe líquido del bien cedido<sup>24</sup>. Pero esta forma no produce efectos extintivos, la única forma que podría servir es *datio pro soluto* o, en otras palabras, dación en pago, como un acto en virtud del cual el deudor tramite sus bienes, a fin de que el acreedor aplique el bien recibido a la extinción del crédito.

Sin embargo, hay que tener en cuenta también lo establecido en el art. 1911 del Código Civil español, éste contiene el principio que el deudor responde de sus deudas con sus bienes no sólo presentes pero también futuros, es el principio de la responsabilidad civil ilimitada.

En segundo, la dación en pago se contempla en la legislación española hipotecaria prevista en el art. 140 de la Ley Hipotecaria, pero sólo en el contexto de un acto previo entre la entidad bancaria y el deudor. Con arreglo de lo establecido en antedicho artículo: *no obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.* Esto implica el régimen de la responsabilidad limitada, pero fuera de los casos previamente pactados en la hipoteca no existe la posibilidad de cambiar el régimen patrimonial universal y personal.

Por otra parte, el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de Marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos contempla la dación en pago pero de forma voluntaria para el Banco- acreedor, con el carácter limitado de la hipoteca, manteniendo el principio de la responsabilidad universal del art. 1911 CC. Con esta norma se pretende facilitar el pago de las deudas hipotecarias a algunos deudores hipotecarios que se encuentran en la situación económica precaria. No quedará aplicada a todos los sujetos, sino solo a estos deudores que no dispongan de rentas derivadas del

---

<sup>24</sup> Así: García Aburuza M<sup>a</sup> Paz, Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula Rebus Sic Stantibus. Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal num. 6/2012 Suplemento Ejecución parte Comentario, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2012.

trabajo o actividades económicas y no dispongan de otros bienes para cubrir la deuda, careciendo su crédito de otras garantías. El mismo Real Decreto introduce el Código de Buenas Prácticas al que pueden adherirse voluntariamente las entidades crediticias si lo deseen. Además se establece unos importes máximos a los precios de adquisición de las viviendas hipotecadas para que los clientes puedan beneficiarse de las medidas contempladas en el Real Decreto: 200.000 euros, si el inmueble está en un municipio de más de 1.000.000 de habitantes<sup>25</sup>. También con la posibilidad de arrendamiento posterior de la vivienda ejecutada al ejecutado, con duración de 2 años sin prórroga salvo que se pacte otra cosa.

En el contexto de la crisis actual la Plataforma de Afectados por la Hipoteca<sup>26</sup> y otros colectivos con mismos principios presentaron la iniciativa legislativa, con la Proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios (Stop Desahucios) y de alquiler social. Entre unos cambios que proponen se encuentra la idea de añadir un nuevo párrafo al 693 LEC para que, en caso de la vivienda habitual, el deudor pueda comparecer con anterioridad a la subasta solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada. El nuevo art. 675 bis, sería: 1. *No se podrá acordar el lanzamiento del inmueble en el seno de la ejecución hipotecaria cuando se trate de una vivienda habitual del ejecutado y cuando el imago de préstamo hipotecario sea debido a motivos ajenos a su voluntad.* 2. *El ejecutado tendrá derecho a seguir residiendo en la vivienda a título de arrendamiento por un periodo de 5 años desde la fecha de la adjudicación.* 3. *El importe de la renta mensual del arrendamiento no podrá ser superior al 30 % de los ingresos mensuales del arrendatario.*

Sin embargo, la resolución propuesta dentro de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, toma en consideración sólo un tipo de deudores. A los otros que también se encuentran en una situación de dificultad económica, no se les toma en cuenta porque “la nueva ley” prevé su aplicación únicamente a los casos que trate sobre la vivienda habitual del ejecutado. La última cuestión concierne a la formulación “*motivos ajenos a su*

---

<sup>25</sup> Precio depende del número de habitantes de la localidad donde se encuentre la vivienda, 180.000 euros para municipios entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes; 150.000 euros en municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes; 120.000 euros si el municipio correspondiente no super los 100.000 habitantes.

<sup>26</sup> Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) es una asociación y movimiento social por el derecho a la vivienda digna. Esta organización agrupa personas con dificultades para pagar la hipoteca, también las que se encuentran en el proceso de ejecución hipotecaria.

*voluntad*” que puede provocar un grave abuso de la ley. La pregunta es ¿quién y en qué base debería probar y precisar los motivos ajenos a la voluntad?

La cuestión principal en este caso, sería si es posible la aplicación de la cláusula *Rebus sic Stantibus* en el ámbito de la ejecución hipotecaria conforme a los principios generales del derecho de obligaciones.

En el primer lado, parece difícil su aplicación, dado que el derecho de obligaciones se opera con la regla principal de la autonomía de la voluntad de las partes y *pacta sunt servanda*. Su aplicación entonces, podría provocar la pérdida del valor libremente pactado. Parece vulneratorio cambiar *ex lege* antes pactado entre las partes, apoyándose en lo esencial en el derecho de obligaciones, o sea, en el consentimiento de las partes y su voluntad de contratar.

Sin embargo, el propio Código Civil español prevé, en algunos casos, la posibilidad de modificar unas estipulaciones hechas por las partes. Como ejemplo de este fenómeno nos puede servir el art. 1154 del Código Civil, en el que viene dada la facultad del juez, a moderar la cláusula penal de un contrato. El antedicho artículo establece que *el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*. Por tanto, es una moderación de carácter imperativo, para el caso de cumplimiento irregular o parcial. Además, la jurisprudencia afirma que es posible aplicar esta moderación en algunos casos de la obligación arrendaticia, cuando hubiere sido en parte, o irregularmente cumplida por el deudor<sup>27</sup>. También, la doctrina jurisprudencial declara que pueden ser objeto de moderación por los Tribunales, los intereses de demora, cuando su fijación perjudica a alguna de las partes, hasta el punto de causar un injustificado enriquecimiento en el acreedor<sup>28</sup>.

Es imprescindible citar también el art. 3 de Código Civil, que establece el principio de equidad que *habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*.

Otra cuestión, es que, conforme al principio general de igualdad de las partes, no se debería interponer unas resoluciones favorables a una sola clase de personas. Sin embargo, aquí podemos alegar una posición especial del consumidor o usuario que viene

---

<sup>27</sup> Ejemplo: TS, Sala Primera, de lo Civil, de 5-7-2006 (SP/SENT/94301)

<sup>28</sup> Ejemplo: AP Las Palmas, en la resolución de 8-05-2009

dada por la Directiva 93/13/CEE. Dentro de los motivos de ésta encontramos que en cuanto a la “*Protección de los intereses económicos de los consumidores, los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos; considerando que puede obtenerse una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas; que tales normas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor...*” La adjudicación de un tratamiento diferente del consumidor y usuario, es visible también en las normativas internas, sobre todo en la ley Real Decreto Legislativo 1/2007, del 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 la jurisprudencia, también podemos observar un beneplácito para el tratamiento favorable del consumidor. Hace unos días el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la ley andaluza antidesahucios<sup>29</sup>. El Tribunal ha decidido anular parcialmente el decreto-ley andaluz que pretendía asegurar el uso social de la vivienda expropiando las viviendas vacías en manos de los bancos. El caso no concernía concretamente a las cuestiones que nos ocupan aquí pero, de la sentencia se puede deducir el apoyo al establecimiento de normas favorables para los consumidores y usuarios.

## 2. La cláusula *Rebus Sic Stantibus* - estando así las cosas...

Otra posibilidad que quiero analizar es la aplicación de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*. Esta cláusula permite al juez, en todo tipo de contratos, la posibilidad de, con previo examen de las circunstancias particulares de cada caso concreto, hacer una modificación del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negocial y haber sido perturbado el equilibrio entre las partes.

El origen de la cláusula está en la doctrina alemana, constituida por los Pandectistas alemanes pero está el objeto del análisis también de la jurisprudencia española.

### 2. 1. Los presupuestos de la aplicación de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*

---

<sup>29</sup> Sentencia de TC de 26 de mayo de 2015

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 22 de abril de 2004 recuerda que *la cláusula Rebus Sic Stantibus como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones (...) establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) que la cláusula Rebus Sic Stantibus no está legalmente reconocida, B) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales, C) que es una cláusula peligrosa, y en su caso, debe admitirse cautelosamente, D) que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación de las concurrentes al tiempo de su celebración, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por la aniquilación del equilibrio de las prestaciones y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de las circunstancias radicalmente imprevisibles y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones.*

Ante lo recién citado y también viendo la doctrina de la cláusula podemos distinguir diferentes presupuestos de su aplicación. Para que pueda entrar en el juego, debe tratarse de los contratos de larga duración, tracto sucesivo o ejecución diferida, debe existir también una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, un desequilibrio exorbitante entre las prestaciones de las partes, siendo fuera de todo cálculo, producido por las circunstancias no previsibles. Tampoco puede existir otro medio jurídico para compensar el desequilibrio producido. Conforme a la doctrina y también a las declaraciones jurisprudenciales, esa teoría debe ser aplicada de forma excepcional, con mucha cautela y en atención a casos excepcionales. La cláusula, sin embargo está sustentada en los principios de buena fe y equilibrio de las prestaciones en base al art. 1258 CC. Según el artículo antedicho, los contratos no sólo obligan a lo pactado pero también a las consecuencias que sean conformes a la buena fe obligando a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, fiel, honrado y lógico, sin que exista un abuso de confianza depositada, en el sentido de estar a la consecuencia de lo pactado.

En el contexto de la difícil situación financiera y la crisis económica, el Alto Tribunal se pronunció varias veces sobre la aplicación de la institución analizada. La

resolución muy relevante fue la Sentencia del Pleno de Sala de lo Civil de 17 de enero de 2013. El Tribunal Supremo señaló en dicha Sentencia que *Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla rebus sic stantibus haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla.*

Sin embargo, son pocas las sentencias que permiten la aplicación de la cláusula que nos ocupa. El análisis de varias resoluciones jurisprudenciales, muestra que son más sentencias que niegan la aplicación de la cláusula, sobre todo en el campo inmobiliario<sup>30</sup>. La cuestión principal es la falta de un requisito esencial, o sea de la imprevisibilidad. Teniendo en cuenta la crisis financiera actual, lo cierto es que para la ciencia económica no era imprevisible. Las oscilaciones de este mercado, los cambios en la actuación urbanística, constituyen un elemento esencial del mismo. Había muchas especulaciones vaticinando la burbuja inmobiliaria. También sería difícil de aplicar por el carácter vinculante de los contratos y el respeto al principio de la seguridad jurídica. Sin embargo, estamos asistiendo a una situación de la crisis económica de carácter global, la magnitud de la crisis fue completamente inesperada.

### 3. Conclusiones

Concluyendo, con todo lo expuesto en este capítulo, en mi opinión, ni la institución *datio in solutum* ni tampoco la cláusula *Rebus Sic Stantibus* caben en el ámbito hipotecario. Hay que recordar que la hipoteca tiene mucha repercusión y dimensión procesal y civil. Es un derecho real de garantía con mucha importancia en el mercado, sobre todo en el sector comercial y bancario siendo este último el tronco esencial de

---

<sup>30</sup> Por ejemplo Sentencia del TS de 25 de octubre de 2007, de 1 de marzo de 2007, de 25 de marzo de 2007..

economía. Por eso me parece imprescindible la aplicación de una normativa específica. El beneplácito a admitir la dación en pago o la cláusula *rebus* no afectaría sólo a las partes del contrato de préstamo sino podrían tener mucha consecuencia e influencia en todo el sistema económico, lo que podría causar la pérdida del equilibrio del sistema bancario. Con ello no quiero decir que no hay necesidad de controlar a la banca. Todo en contrario, me parece imprescindible hacerlo, especialmente en cuanto a sus relaciones con los consumidores. Creo que es importante crear unas normas legislativas que desde principio irían a proteger las dos partes, que servirían para todos sin la necesidad de, en los tiempos inesperables, como la crisis por ejemplo, cambiarlas o tras la jurisprudencia concederlas nuevo significado por su otra interpretación.

## Capítulo IV. Enriquecimiento injusto y ejecución hipotecaria. Comentario de la jurisprudencia

La materia de hipoteca se puede abordar desde múltiples aspectos jurídicos. Me parece conveniente analizar uno de ellos que es el concepto de enriquecimiento injusto en lo relativo a la adjudicación al banco de la vivienda ejecutada- hipoteca por un precio muy inferior al señalado en la tasación de la misma. Como resultado de este valor considerablemente inferior, teniendo en cuenta el principio de la responsabilidad patrimonial universal<sup>31</sup>, la deuda no se extingue con la adjudicación de vivienda hipotecada, así que el ejecutante puede pedir despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quien proceda, y la ejecución prosigue con arreglo a las normas aplicables en toda ejecución (art. 579 LEC).

### 1. El concepto del enriquecimiento sin causa

Enriquecimiento in justo o determinado también enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho del sistema jurídico español. Es una norma recibida por obra de la jurisprudencia, en calidad de principio general del Derecho, obtenida a través de un proceso de abstracción de las leyes, una norma de Derecho natural. Este principio proviene del Derecho romano, recogido en Las Partidas y desarrollado por la jurisprudencia no solo de España, sino por los jueces de toda Europa. Consiste en un desplazamiento de bienes, provechos o ventajas que, por hechos no ilícitos, produce que un patrimonio se enriquezca y otro, a su causa, se empobrece. La atribución patrimonial sin causa de una parte da lugar a la obligación de reparar el perjuicio, debe restituir al empobrecido. Su motivación entonces es la falta de causa para que el *accipiens* pueda retener lo recibido por la obra de un desplazamiento patrimonial que empobrece al otro y, correlativamente, la falta de una norma específica que permita exigir la restitución<sup>32</sup>. La acción de enriquecimiento es siempre personal, dirigida a la recuperación de un valor que por causa ninguna se sitúa en el poder de otro sujeto.

---

<sup>31</sup> Art. 1911 de Código Civil español: Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

<sup>32</sup> Lacruz Berdejo Jose Luis, Elementos de Derecho Civil II, Volumen Segundo, Contratos y cuasicontratos delito y cuasidelito, Tercera Edición, Jose Maria Bosh Editor S.A.- Barcelona, pág. 436.

El ordenamiento jurídico español no regula en forma específica el enriquecimiento injusto, aunque, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 2010, en el Código Civil encontramos diversas manifestaciones de este concepto- como la prevista el artículo 1158 y en el propio artículo 1145- lo que no ha sido obstáculo para que haya sido reconocida como fuente de obligaciones por la Jurisprudencia que ha aplicado las reglas clásicas- “*nemo debet lucrari ex alio damno*” (nadie debe obtener lucro del daño ajeno), “*Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet*” (Nadie debe enriquecerse en detrimento de otro”- recogidas en el derecho histórico. El Tribunal Supremo en muchas ocasiones opinaba sobre la cuestión que nos ocupa, formando unos elementos esenciales e indispensables para su aplicación. Como el requisito más relevante se destaca que este enriquecimiento tiene que carecer absolutamente de toda razón jurídica, sin ninguna norma que lo legitima. Habría la posibilidad de esta doctrina si ocurriera alguna causa jurídica para este enriquecimiento. En otras palabras, sólo se puede aplicar este concepto cuando haya una norma que solucione la cuestión planteada. La recién mencionada Sentencia de Tribunal Supremo restablece que es preciso la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) *que el demandado haya experimentado un enriquecimiento, ya sea aumentando su patrimonio, ya evitando su disminución, 2) que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente, 3) que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia.* En virtud del sistema de jerarquía de fuentes, establecido en el art. 1 CC, su aplicación debe entenderse subsidiaria, en el sentido que cuando la ley concede acciones específicas en un supuesto jurídico concreto, son tales acciones las que se deben ejercitar (STS de 19 de febrero de 1999).

Concluyendo, los requisitos de la acción de enriquecimiento son: 1) El enriquecimiento: *la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse, tanto por un aumento del patrimonio (lucrum emergens) como por una disminución del mismo (damnum cessans);* 2) el empobrecimiento; 3) la relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento: *una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al demandado*<sup>33</sup>; y 4) la falta de causa.

---

<sup>33</sup> Sentencia de 26 de enero de 1956 citada por Lacruz Berdejo Jose Luis, Elementos de Derecho Civil II, Volumen Segundo, Contratos y cuasicontratos delito y cuasidelito, Tercera Edición, Jose Maria Bosh Editor S.A.- Barcelona, pág. 438.

2. El concepto del enriquecimiento y la ejecución hipotecaria en la doctrina del Tribunal Supremo y otros órganos judiciales.

Regularmente el Tribunal Supremo, en cuanto al tema que nos ocupa, niega la posibilidad de alegarse al principio del enriquecimiento injusto. Sin embargo, existen diversas resoluciones judiciales que sí aplican el procedimiento relativo al enriquecimiento al ámbito de la ejecución hipotecaria. En el auto de 27 de febrero de 2012, el Juzgado de Primera Instancia nº8 de Valladolid acogiéndose al art. 3.1. CC y a la situación de crisis existente, considerando que la prosecución de la ejecución es conforme a la legalidad, pero contraria con otras normas y principios, pudiendo implicar un abuso de derecho, un enriquecimiento injusto, un uso antisocial del derecho o una actuación contraria al principio de la fe<sup>34</sup>. En el tenor parecido, en una resolución judicial en el que, en medio de la crisis, el Tribunal aplicó el principio relativo al enriquecimiento es el auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011, *de mantenerse el criterio de instancia Deutsche Bank obtendría un enriquecimiento injusto ya que después de haber cobrado lo adecuado podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le correspondían y que buscarían su amparo en una interpretación formalista de la norma citada que, ya ha quedado dicho, olvidaría el hecho de que el acreedor sí que ve satisfecho su crédito con el producto de subasta, que en el caso concreto, es el derivado de ingresar en su patrimonio un bien valorado por las partes en una suma superior de la deuda. Es este hecho que impide sostener que en el caso enjuiciado la reclamación se basa en un precepto legal (artículo 579 LEC) que excluye la aplicación de esta doctrina jurisprudencial*<sup>35</sup>. El argumento principal, también del Tribunal Supremo, es que no puede haber tal enriquecimiento cuando se utiliza una facultad legal como la que contempla el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Alto Tribunal encuentra la justificación de negar la aplicación del principio de enriquecimiento injusto en la ejecución hipotecaria en la existencia de la normativa aplicable representada por los artículos 1991 CC, 105 Ley Hipotecaria y 671 LEC que constituyen la responsabilidad patrimonial universal. Por tanto, la decisión contenida en

---

<sup>34</sup> citado por García Aburuza M<sup>a</sup> Paz, Enriquecimiento injusto y ejecución hipotecaria: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2015 parte Comentario, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2015

<sup>35</sup> apartado 5º del auto

el auto judicial de la Audiencia de Gerona antecitada sería válida en la medida hubiesen estado de acuerdo en limitar la responsabilidad del deudor al importe que represente el bien que constituye la garantía real.

El Tribunal Supremo opina que no existe la posibilidad de aplicar el concepto del enriquecimiento a supuestos previstos y regulados por las leyes, es cierto que esta doctrina puede entrar sólo en defecto de previsión normativa. También, no se puede olvidar que el juez está sometido a la legalidad vigente, no está a disposición del juez corregir la ley, no caben interpretaciones *ex legem*.

### 3. Enriquecimiento injusto en la ejecución hipotecaria. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015

Se trata de una nueva Sentencia del Tribunal Supremo en la que el Pleno resuelve sobre una materia de enorme repercusión. El Tribunal ha fijado la doctrina y ha matizado la jurisprudencia al entender que un banco sí, puede enriquecerse injustamente, pero sólo en el caso de que obtenga una plusvalía significativa en la venta de una vivienda ejecutada.

El caso en el que se basa la Sentencia se refiere a una ejecución hipotecaria de una finca que estaba tasada a efectos de la ejecución hipotecaria, en el tipo de 40.123,57 euros (cuarenta mil ciento veinte y tres euros cincuenta y siete céntimos). En el momento de inicio del procedimiento de la ejecución, los deudores tenían pendientes los pagos al banco por importe de 27.074, 85 euros (veintisiete mil setenta y cuatro euros con ochenta y cinco céntimos). Se celebró la subasta de la finca pero por no ocurrir ningún licitador a la subasta, se le adjudicó al Banco la finca por 20.061, 79 euros (veinte mil euros sesenta y uno céntimos) que era el 50 % del tipo señalado en la escritura para la subasta (gracias a numerosas modificaciones de la ley, ahora dicha adjudicación se haría por 60 % del valor de tasación, en algunos casos aún por 70%). Por tanto, les quedaba a los deudores un importe de 7.013, 09 euros (siete mil y trece euros con nueve céntimos) no cubierto por el inmueble. El banco inició un juicio declaratorio contra los prestatarios para reclamar el importe pendiente del pago basando sus alegaciones, sobre todo, en el art. 1911 CC (principio de la responsabilidad universal del deudor: *Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*). Los prestatarios se opusieron a tal demanda afirmando que con la adjudicación de la finca la deuda estaba ya satisfecha. Alegaron que podía haber un enriquecimiento injusto por la

parte de la entidad bancaria motivando su declaración en el hecho que se había adjudicado ya la finca tasada en su momento en más de 40.000 euros, cuando las deudas pendientes no alcanzaban los 30.000 euros.

El juez de la Primera Instancia desestimó la oposición a la demanda, apoyándose, entre otros, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo concerniente a la aplicación del enriquecimiento en las ejecuciones hipotecarias, apuntando su objeción para la posibilidad de hacerlo. Esa resolución se apeló y en ese caso la Audiencia de Córdoba estimó el recurso motivando su decisión en el valor real superior del bien al tiempo de la adjudicación en la subasta. Ante tal resolución, el Banco interpuso el recurso de casación fundamentándose en la mala interpretación del art. 579 LEC en relación con los art. 671 LEC, 105 Ley Hipotecaria y 1911 de CC y en la jurisprudencia del TS. Con todo ello, el Alto Tribunal, en los fundamentos jurídicos de su sentencia decidió que en este caso no cabía apreciar la existencia del enriquecimiento injusto porque la adjudicación se hizo por el 50% del valor de tasación lo que, en este momento, era conforme con la normativa. Señaló que *el artículo 1911 CC recoge el principio general de responsabilidad patrimonial universal por las deudas, al regular que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”*. Conforme al art. 105 LH la constitución de una hipoteca sobre un bien inmueble, por los prestatarios, no altera la responsabilidad ilimitada del deudor, que establece el reseñado artículo 1911 CC. En este sentido, conviene advertir que las partes no convinieron, sobre la base de lo previsto en el art. 140 LH, una responsabilidad patrimonial limitada al importe de la hipoteca o una dación en pago.

Sin embargo, los jueces de la Sala de lo Civil aprovechan la sentencia para matizar una auténtica novedad de la Sentencia que radica en que, en su análisis, el Tribunal Supremo abre la puerta a determinados supuestos en los que puede servir el concepto del enriquecimiento injusto. Esto podría advertirse cuando, tras la adjudicación el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante. En este hipotético caso, su aplicación se fundamentaría *en la configuración como principio general del derecho y en su proyección técnica respecto del necesario control causal de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales en el curso de las relaciones jurídicas*. Para este giro doctrinal, el Tribunal Supremo se ha amparado en las últimas reformas legales, especialmente en la actual redacción del art. 579.2 de LEC, tras la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios que establece que *en el supuesto de que se hubiera pagado el remate o la adjudicación en favor de ejecutante o de aquél*

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

En definitiva, el Tribunal Supremo sigue contrario a apreciar enriquecimiento injusto en el ámbito hipotecario, viendo como la única excepción a ello el caso en el que se haya obtenido una plusvalía relevante. Así, el Tribunal Alto también estableció dos criterios para poder apreciar el concepto que nos ocupa aquí: 1) la obtención de una plusvalía muy relevante y 2) que la misma obtenga en un lapso del tiempo relativamente próximo a la ejecución. Pero los jueces no concretaron ni el tiempo máximo que debe transcurrir entre la adjudicación del inmueble y su posterior venta << un lapso del tiempo muy relevante >> ni a partir de que cifra << la plusvalía muy significativa >> se considerará que hay un beneficio excesivo por lo que el juzgador otorga un criterio de valoración en aras de la seguridad jurídica.

#### 4. Conclusiones

Concluyendo, la STS 13-1-15 permite la aplicación de enriquecimiento injusto en el supuesto mencionado sólo como una gran excepción a la regla general. El Tribunal Supremo sigue declarando que no existe el enriquecimiento sobre todo porque está prevista la posibilidad de adjudicar por el 50 % del valor de tasación cuando nadie ha ofrecido mejor postura.

La regla general es no admitir el concepto de enriquecimiento en la ejecución hipotecaria, ya que ésta es de aplicación subsidiaria. No cabe su apreciación en general porque si el beneficio de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos por las mismas, o bien porque la norma lo permite directamente (art. 579 LEC). Por todo ello, en mi opinión, esta posibilidad no supone un cambio sustancial en las ejecuciones porque es sólo una excepción a la no aplicación de ese principio, por lo que seguirá operando el principio establecido en el art. 1911 CC de la responsabilidad patrimonial del deudor.

## Capítulo V. Los últimos cambios legislativos en el proceso especial de ejecución hipotecaria.

Como consecuencia de las resoluciones sobre las cuestiones planteadas por el juez español del Tribunal de Justicia de Unión Europea y también, por una difícil situación financiera surgida por la crisis económica, el proceso especial de ejecución hipotecaria ha sido objeto de cambios legislativos. En adelante mi propósito es presentar algunos de ellos y analizarlos brevemente.

En primer lugar, se ha logrado un incremento de los requisitos para poder acudir al procedimiento especial de ejecución hipotecaria. La reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introdujo un nuevo requisito para poder acudir al procedimiento especial de ejecución hipotecaria. El art. 682 LEC establece los siguientes requisitos: 1) en la escritura de constitución de hipoteca, tiene que determinarse también el domicilio fijado por el deudor, para la práctica de requerimientos y notificaciones; 2) en la escritura de constitución de hipoteca tiene que determinarse el precio en los que los interesados tasan el inmueble hipotecado para que sirva de tipo en la subasta, y nuevamente, este precio no puede ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Con este cambio, para poder acudir al procedimiento especial de ejecución hipotecaria siempre es necesario, además de fijarse el precio de tasación del inmueble hipotecado, que éste se concrete, por exigencias legales, en cantidad igual o superior al 75 % de la tasación efectuada conforme a las reglas del mercado hipotecario<sup>36</sup>. Antes de la fecha de la entrada en vigor dichos cambios, no existía ningún límite en la concreción del precio de tasación de la finca lo que provocaba grandes inconvenientes. Los bienes hipotecados tenían un valor real mucho más alto que escrito en la escritura, dichos bienes se tasaban normalmente por un valor igual que capital del préstamo. Esa situación perjudicaba normalmente al deudor.

En el segundo lugar, la Ley 1/2013 cambió el tenor del art.693.1 y 2 LEC ampliando, primero, el número de mensualidades impagadas para que el ejecutante pueda

---

<sup>36</sup> Así Moral Moro María José, Últimos cambios legislativos producidos en el proceso especial de ejecución hipotecaria, Diario La Ley, N°8481, Sección Doctrina, 16 de febrero de 2015, Ref. D-57, Editorial La Ley, La Ley 855/2015, pág. 10

acudir a la ejecución hipotecaria en la reclamación de la cantidad debida, o al vencimiento anticipado de la totalidad de la misma, cuando en la escritura de constitución de la hipoteca se haya incluido tal pacto.

El art. 693. Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos en su párrafo 1 establece que *lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.*

Antes no existía ninguna previsión sobre el número de cuotas que tenían que quedar impagadas para poner empezar la reclamación de lo debido, o dar por vencida la totalidad de la deuda. Era suficiente la falta de la amortización de sólo una cuota mensual, o, aún, parte de ella, para poder exigir al deudor lo debido o la totalidad de la deuda. La Ley 1/2013 introdujo el número de tres mensualidades para poder reclamar. En cuanto al capital debido, para poder acudir a la ejecución hipotecaria reclamando sólo una parte del capital o una parte de los intereses debidos tienen que concurrir dos circunstancias: 1) el impago por parte del deudor de al menos tres mensualidades y también 2) el Notario tiene que constarlo en la escritura de constitución. En otro caso, no se puede acudir al procedimiento especial de la ejecución hipotecaria sino hacerlo a través del juicio ordinario.

En cuanto al vencimiento anticipado, con arreglo del párrafo 2 del citado artículo *podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.* Con el cambio por la Ley 1/2013 ahora se exige, como mínimo, que el deudor no pague lo debido por al menos tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalentes a tres meses para que el prestamista pueda dar por vencido la totalidad del préstamo, con el requisito que lo hayan pactado

expresamente en la escritura de constitución del préstamo de garantía. Esto significa que existe la posibilidad del vencimiento anticipado pero sólo si se lo pacta en la escritura con el requisito que el deudor no pagó la cuota mensual al menos tres meses.

Lo cierto es que esta novelización no introdujo nada nuevo en la práctica porque el comportamiento así era habitual ya antes de la nueva Ley.

También la Ley 1/2013 introdujo cambios en cuanto a ya mencionada oposición en la ejecución hipotecaria por las cláusulas abusivas. No obstante, el art. 695 LEC ha sido objeto de más de una reforma, pero la más significativa era añadir un nuevo motivo de oposición a la ejecución hipotecaria. El nuevo párrafo cuarto establece como motivo de oposición *el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*. Dicha reforma es consecuencia de la Sentencia de 14 de marzo de 2013 ya analizada en el capítulo II de este trabajo. Como marqué antes, con anterioridad a la Ley 1/2013 no se permitía al ejecutado oponerse a la ejecución por la cláusula del contrato que se consideraba abusiva. Siguiendo la normativa había que acudir al proceso de declaración para alegar la nulidad de la cláusula por ser abusiva lo que no podría suspender la ejecución, la transmisión del bien hipotecario ya era irrevocable, con muchas ocasiones, si dicho bien era la vivienda habitual, antes de que se resolviera el proceso declarativo, el ejecutante era desahuciado. La nueva Ley surgió entonces, para evitar esa situación, obteniendo a la vez el control de las cláusulas abusivas y la posibilidad de decretar la improcedencia de la ejecución.

Es imprescindible analizar también las modificaciones del art. 579 LEC que se refieren a las reformas en la ejecución dineraria en caso de bienes especialmente hipotecados (o pignorados). El legislador concede aquí una serie de ventajas para el deudor que se encuentra en una situación difícil. Sin embargo no sirve para todos los deudores, reduciendo su ámbito a sólo a algunos casos. Primero, la vivienda habitual, y no otra, tiene que ser el objeto de la ejecución hipotecaria. El carácter de la vivienda, si es habitual o no, debe ser escrito en la escritura de la constitución de la hipoteca. También el legislador se refiere aquí sólo a la ejecución hipotecaria y no ordinaria. Art. 579 LEC establece que *1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título << El capítulo V es de las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados >>. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho*

*de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. 2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de la adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. Así entonces se rebaja al ejecutado el resto de su deuda si cumple las condiciones determinadas en éste, puede pagar el 65 % de lo que le falta a pagar dentro del 5 años para quedar liberado de la deuda, o el 80% en 10 años, no pagando así la cuota total de la deuda. Se le condona un 35 % o 20 % de lo impagado. Sin embargo, el apartado a) se aplica sólo a las ejecuciones de vivienda habitual en las que se haya producido la adjudicación antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, siempre que a esa fecha no se hubiese satisfecho completamente la deuda ni hubiesen expirado los plazos regulados en ese apartado (Disp. trans. 4ª. Ley 1/2013). El ap. b) en una manera diferente al anterior ap. ofrece al deudor una rebaja por darle la oportunidad de participación en la revalorización futura de la vivienda ejecutada estableciendo que en el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda a pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida de tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.*

Estas rebajas previstas en los apartados a) y b), aunque distintas, pueden ser otorgadas al deudor conjuntamente. Desgraciadamente, hay que señalar, que así el legislador no ayuda a los que más lo necesitan, los que no tienen como pagar el resto de la deuda, sino a los que todavía pueden satisfacer su obligación.

Finalmente, el último cambio de la normativa sobre el cual quiero mencionar, trata de ofrecer al deudor hipotecario la posibilidad de reducir su deuda cuando facilita la inspección del inmueble hipotecado. El art. 691 LEC sobre la convocatoria de la subasta de bienes hipotecarios y de publicidad de la convocatoria, en su apartado 2 establece que *la subasta se anunciará, al menos, con veinte días de antelación. El señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor, con la misma antelación (...). Durante dicho plazo cualquier interesado en la subasta podrá solicitar del tribunal inspeccionar el inmueble o inmuebles hipotecados, quien lo comunicará a quien estuviere en la posesión, solicitando su consentimiento. Cuando el poseedor consienta la inspección del inmueble y colabore adecuadamente ante los requerimientos del tribunal para facilitar el mejor desarrollo de la subasta del bien hipotecado, podrá solicitar al tribunal una reducción de la deuda hipotecaria de hasta un 2 por cien del valor por el que el bien hubiera sido adjudicado. El tribunal, atendidas las circunstancias, y previa audiencia del ejecutante por plazo no superior a cinco días, decidirá lo que proceda dentro del máximo deducible.* El legislador aquí también intenta beneficiar al deudor, desgraciadamente no necesariamente la facilidad de la inspección depende de él, sino del poseedor del inmueble. Cuando el poseedor no presta el consentimiento para facilitar la inspección el deudor no puede aprovecharse de esta ventaja.

## Conclusiones finales

Como consecuencia de la crisis social, económica y financiera surgida en España tras el pinchazo de la burbuja inmobiliaria que había propiciado un boom hipotecario en gran parte de la población, el legislador quiso salir frente ante la situación de una sociedad que, en muchos casos, se encontró en una situación financiera “sin salida” donde muchas familias fueron desahuciadas de sus casas, perdiendo el derecho básico a una vivienda. Un acto tan terrible que no les salvó de la continua obligación de seguir pagando las deudas de unos hogares que ya habían perdido. De esa manera, se empezó a introducir cambios en la legislación, sobre todo en el sector de la protección de los consumidores y usuarios, teniendo las consecuencias también en la normativa del procedimiento especial de la ejecución hipotecaria, un tema que toca el mercado bancario, un sector muy importante y eje de la economía. Estos problemas jurídicos ya habían existido siempre, mucho antes, pero es ahora cuando han sido visibles y han aflorado con motivo de la crisis y el incremento de los desahucios.

La protección de los derechos de los consumidores, constituye un objetivo compartido a conseguir por la normativa de la Unión Europea y la legislación de los Estados miembros. En distintas ocasiones, como he mostrado, el TJUE demostró la inadecuación o incompatibilidad entre la ley española (sobre todo la Ley Enjuiciamiento Civil) y la Directiva 93/93 CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El juez nacional, de acuerdo con las indicaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siempre debe tener la posibilidad de determinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales con los consumidores y usuarios, sobre el vencimiento anticipado, fijación de intereses de demora.

Este cambio hacia una directiva que proteja más a los consumidores, debió haberse hecho mucho antes, ya que la citada ley española llevaba en vigor varias décadas y las presiones de cambio de la Unión Europea, no fueron atendidas hasta 2012, únicamente ante las necesidades del incremento de unos desahucios que han existido siempre, mucho antes, pero es ahora cuando se han hecho visibles y han aflorado con motivo de la crisis.

Personalmente estoy a favor de un cambio de leyes, pero no debido a situaciones puntuales de crisis, sino buscando siempre mejorar el funcionamiento general de las cosas, independientemente del momento o situación.

## Bibliografía

1. Colección Derecho de la A a la Z, Diccionario Jurídico, 4ª Edición, Edición preparada por Juan Manuel Fernández Martínez (Coord.) Editorial Thomson, Aranzadi 2006
2. Sistema de derecho civil, Volumen III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral, Luis Díez- Picazo y Antonio Gullón, Sexta Edición, Tecnos
3. Derecho de obligaciones, Volumen Primero, Parte General, Teoría General del contrato, Tercera Edición, Jose Maria Bosh Editor, S.A- Barcelona, 1994
4. [http://www.bufetegenova.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=154:analisis-sentenciatjue&catid=3:articulos&Itemid=8](http://www.bufetegenova.com/index.php?option=com_content&view=article&id=154:analisis-sentenciatjue&catid=3:articulos&Itemid=8)
5. <http://www.morenootto.info/2010/10/403/>
6. <http://www.mundojuridico.info/accion-de-enriquecimiento-sin-causa-o-ijnusto/>
7. <http://www.cesfelipesesegundo.com/revista/Articulo2012/RaquelBelinch%C3%C3n2.pdf>
8. <http://blog.desalvador.es/general/enriquecimiento-injusto-ejecucion/>
9. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10103-el-ts-considera-abusiva-la-clausula-de-los-contratos-de-prestamo-personal-que-fija-un-interes-de-demora-de-mas-de-dos-puntos-porcentuales-respecto-del-interes-remuneratorio-pactado/>
10. [http://www.florit-abogados.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=58:comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-22-de-abril-de-2015-sobre-el-caracter-abusivo-de-algunos-intereses-de-demora&catid=8&Itemid=172&lang=en](http://www.florit-abogados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=58:comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-22-de-abril-de-2015-sobre-el-caracter-abusivo-de-algunos-intereses-de-demora&catid=8&Itemid=172&lang=en)
11. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Supremo-fija-doctrina-contras-clausulas-abusivas-que-establece-intereses-de-demora-en-los-prestamos-bancarios>