

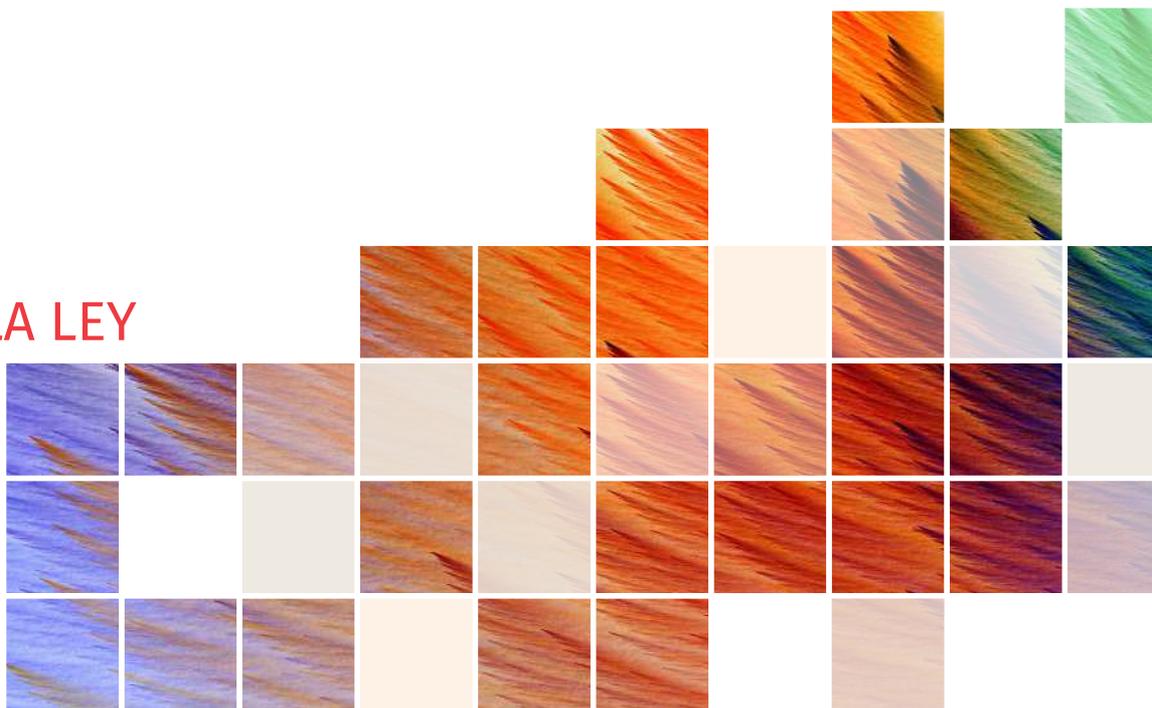
TEMAS

# Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas

**2.ª Edición**

*Soraya Callejo Carrión*

■ LA LEY





TEMAS

▪ LA LEY

# Ejecución hipotecaria: cuestiones prácticas

2.ª Edición

*Soraya Callejo Carrión*

© Soraya Callejo Carrión, 2019

© Wolters Kluwer España, S.A.

**Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

**Tel:** 902 250 500 – Fax: 902 250 502

**e-mail:** clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.com>

**Primera edición:** julio 2019

**Depósito Legal:** M-22649-2019

**ISBN versión impresa:** 978-84-9020-874-8

**ISBN versión electrónica:** 978-84-9020-875-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

*de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».*

e») Retraso desleal en la reclamación de intereses

Importante, por último, es que en la reclamación de intereses el acreedor hipotecario, además de su cobertura objetiva, respete las exigencias de la buena fe y, especialmente, tratándose de intereses moratorios, no dilate demasiado tiempo su reclamación; con base en la doctrina del *retraso desleal* que ha tenido ocasión de conformar el Tribunal Supremo, infringe el principio de la buena fe quien reclama su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo. Un derecho no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlo valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitara. Para observar *retraso desleal*, no es bastante una mera dilación en la actuación del derecho, sino que ésta ha de producirse en circunstancias que la hagan inesperable o sorpresiva para la parte frente a quien se hace valer (sentencia TSJ de Navarra de 6 de octubre de 2003). Con todo, ha de tenerse en consideración que los casos en que se ha apreciado la doctrina del *retraso desleal*, con ocasión de reclamaciones bancarias, ha sido para rechazar la procedencia únicamente de los intereses moratorios, devengados durante el largo período de tiempo de pasividad del acreedor, manteniendo, no obstante, la procedencia de las cantidades reclamadas en concepto de principal e intereses remuneratorios, por no haber prescrito la acción para reclamarlos, no apreciando respecto a tales conceptos la concurrencia de razones para estimar que la reclamación resulte contraria al principio de la buena fe<sup>(196)</sup>. A pesar de lo dicho, la Jurisprudencia matiza que del simple retraso no puede deducirse una condonación graciosa de deuda, pues la aplicación de tan excepcional doctrina, requiere la acreditación de que la reclamación del banco, de un lado, vulnera la doctrina de los *actos propios*, de otro, el ejercicio de la pretensión supone un actividad contraria a la buena fe y por ello antijurídica (sentencia de la AP de Alicante de 1 de diciembre de 2008)<sup>(197)</sup>.

(196) Sentencia de la AP de Lérida de 12 de febrero de 2009.

(197) En la misma línea, el auto del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1999 cuando declara que infringe el principio de buena fe el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo, vulnerando las normas éticas que debe informar el ejercicio del derecho, las que lejos de carecer de trascendencia, determi-

Asimismo, la sentencia de la AP de Murcia de 29 de mayo de 2006 estima la concurrencia de sus presupuestos y, en consecuencia, aplica la doctrina del *retraso desleal* en la reclamación de intereses efectuada por una entidad bancaria; en atención a las especiales circunstancias del caso<sup>(198)</sup>, declara que la acreedora faltó a la buena fe al haber dejado transcurrir muchos años para reclamar, permitiendo que se generaran unos intereses moratorios de tan gran entidad que superan el importe del principal prestado<sup>(199)</sup>.

Recientemente, la sentencia de la AP de Ciudad Real de 17 de enero de 2011 se pronuncia en el mismo sentido y declara desleal la reclamación del montante restante de la deuda, tras la adjudicación de la vivienda ejecutada, porque se produce catorce años después de la adjudicación. El argumento esgrimido por la Audiencia en este caso es que al haber pasado catorce años desde que la vivienda ingresó en el patrimonio del acreedor, es imposible que éste no haya obtenido una rentabilidad suficiente de la misma que le permitiese cubrir la deuda en su totalidad. A diferencia de una adjudicación a un tercero, en cuyo caso el acreedor ejecutante sólo recibe el valor nominal de la venta, el banco al adjudicarse la vivienda la recibe con toda la potencialidad económica inherente. Para la Audiencia Provincial, defender lo contrario conllevaría un enriquecimiento injusto de la entidad bancaria. Por otro lado, la sentencia alude al carácter abusivo de la reclamación por el simple transcurso de tiempo, pues la inactividad del acreedor durante catorce años creó una confianza legítima en el deudor de que el derecho no se iba a ejercitar.

En síntesis, la pasividad del titular del derecho supuso un acto equívoco que indujo al obligado a creer razonablemente que no se le iba a reclamar el montante restante, aunque formalmente la acción no estaba prescrita todavía.

---

nan que el ejercicio del derecho se torne inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico. También, sentencia de la AP de Alicante de 15 de noviembre de 2007, que no estima la concurrencia de los presupuestos de la doctrina del *retraso desleal* por considerar la actitud imprudente de los demandados, perfectamente conocedores de que no habían satisfecho la deuda y que ésta se incrementaba con intereses moratorios que habían pactado expresamente, sin que el hecho de que por la actora, entidad de crédito, se hubiera dejado pasar tanto tiempo, permite presumir que por aquella se hubiese procedido graciosamente a la condonación de la deuda.

(198) Se trataba de un préstamo que se concedió merced a la intervención de la Administración Pública con la finalidad de apoyar a un sector económico de la población desfavorecido, los agricultores, paliando los graves daños sufridos por inundaciones.

(199) En la misma línea, AP de Murcia de 28 de abril de 2006.

## f») Cláusula suelo

a») *La Cláusula suelo tras la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (241/2013) dejó sin resolver la cuestión de cuales debían ser las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo. En el supuesto que resolvía el Alto Tribunal en aquella Sentencia, se ejercitó la acción colectiva de cesación dirigida a obtener una sentencia que condenara al demandado a eliminar de sus condiciones generales las reputadas nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo pero no se solicitaba la devolución de las cantidades abonadas de más; en cambio, en el caso resuelto por la STS 139/2015, de 24 de marzo<sup>(200)</sup>, se ejercita la acción de nulidad de la cláusula y, además, la devolución de las cantidades cobradas indebidamente en virtud de esta cláusula. Con estos mimbres, la sorpresa llega cuando el Tribunal Supremo opta por una especie de retroactividad media al disponer la obligación de las entidades de devolver únicamente las cantidades percibidas de más, desde la firmeza de la Sentencia de 9 de mayo de 2013.

En concreto, la referida Sentencia del Tribunal Supremo (139/2015) sentó como doctrina jurisprudencial la siguiente: *«cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 (n.º recurso 1217/2013) y por la de 24 de marzo de 2015 (n.º recurso 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»*.

La Sala afirma que a pesar de la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del derecho, destacando, entre ellos, el de seguridad jurídica del art. 9.3 CE; la limitación de retroactividad no es algo anómalo, novedoso o extravagante, y, en ese contexto, el Tribunal Supremo se remite a las SSTC en las que por exigencias del principio de seguridad jurídica se limitaron los efectos de la retroactividad, entre otras, 179/1994, 16 de junio, 281/1995 de 23 de octubre, 185/1995, 14 de diciembre, 22/1996, de 12 febrero y 38/2011 de 28 de marzo.

---

(200) N.º recurso 138/2014; Ponente Eduardo Baena Ruiz.

Asimismo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo encuentra argumentos a favor en limitar la retroactividad en la Jurisprudencia del TJUE, cuya Sentencia de 21 de marzo de 2013, alude a criterios como el de seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves para justificar la retroactividad media que impone.

En consecuencia, el Tribunal Supremo optaba por una solución intermedia al establecer una especie de retroactividad media y consentir que, a pesar de la nulidad de la cláusula, las entidades «hiciesen en parte definitivamente suyo lo que nunca debieron percibir». Era tanto como decirle al consumidor: *«usted ha pagado de más, ahora le toca recuperar sólo una parte y con el resto aguantarse»*<sup>(201)</sup>.

Tal solución es contradictoria con el concepto jurídico de nulidad que todos conocemos y hemos estudiado en la Facultad; si lo nulo, nulo es y nulo se queda se entiende muy mal que una cláusula aquejada de nulidad absoluta, radical e insubsanable pueda producir algún efecto, de ahí que la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>(202)</sup> que arregla el desatino al confirmar que la nulidad implica la devolución íntegra de cantidades haya provocado, además de la alegría entre los consumidores afectados, una cierta tranquilidad entre los juristas.

---

(201) BONET NAVARRO, A., *La experiencia procesal del fracaso del Derecho*, Prensa de las Universidades de Zaragoza, 2015, págs. 96 y ss., respecto a la sustitución y activo protagonismo judicial en las justificaciones y búsqueda de sentido de la ley tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, afirma que «los tribunales llegaron más allá de lo que permite el estado de derecho. Abrieron una brecha que, de forma inmediata, resolvía un problema individual, pero que generaba la inseguridad futura para el acreedor que quisiera ofrecer su crédito en el mercado hipotecario a futuros deudores. El acreedor que leyera la ley, tal y como estaba publicada y promulgada, advirtió que no estaba en manos del legislador sino del juez. El gobierno de las normas había sido sustituido por el gobierno de los hombres».

(202) ORDUÑA MORENO, F.J., «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016: ...», pág. 5, op. cit., señala que la sentencia confirma «un modelo o concepción de la aplicación de la Directiva que apuesta por el carácter normativo de la transparencia, como expresión de la necesaria calidad de negociación de la contratación bajo condiciones generales. Aspecto que constituye en la actualidad una exigencia irrenunciable en el contexto social y económico del s. XXI. Exigencia que, a la vez, confluye con las aspiraciones de la Agenda europea tanto para profundizar en los mandatos constitucionales de protección a los consumidores (la Europa de los ciudadanos), como en la mejora de la competitividad de las empresas y el fortalecimiento de seguridad jurídica. Dicha confirmación concuerda, además, con la convicción general de la sociedad española en donde la noción de la transparencia, como ideal o valor de lo justo, ya ha arraigado plenamente como un Principio General del Derecho».





**E**l proceso de ejecución hipotecaria viene siendo sometido en los últimos años a una constante revisión. Desde aquella famosa Sentencia del Caso Aziz, no tan lejana en el tiempo, se han sucedido de forma abrumadora las cuestiones prejudiciales que ponen en tela de juicio una y otra vez el rigor de nuestro proceso ejecutivo para con el deudor. La Directiva comunitaria 93/13, mucho tiempo olvidada por los operadores jurídicos, es objeto de una constante interpretación en un intento por acompasar resoluciones judiciales y normativa comunitaria. En este contexto, la presente obra ofrece una visión general de los aspectos que se plantean en el proceso de ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados tal y como se encuentra regulado en la vigente LEC, pero sin perder de vista su esencia y naturaleza jurídica. A pesar de que esa esencia no ha cambiado sustancialmente, la Jurisprudencia del TJUE sí ha determinado una reinterpretación del proceso tal y como lo hemos entendido tradicionalmente, de manera que ha dejado de ser un proceso rápido y expeditivo en la defensa de los derechos de crédito para convertirse en un proceso que parte de la tutela a ultranza de los deudores, ya que en cuanto consumidores no pueden quedar vinculados por las cláusulas abusivas insertas en sus contratos. La nueva Ley 5/2019 del crédito inmobiliario que traspone a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/17/UE pone el énfasis en la transparencia y en la información precontractual y convierte, por poner un ejemplo, la cláusula suelo en una cláusula ilegal. Sin embargo, no se ha de perder de vista que la ejecución, en contraposición a cualquier proceso declarativo debe tener sus rigores. La obra ofrece, en definitiva, una visión actualizada de un proceso que a buen seguro seguirá evolucionando, confiemos mientras tanto en que la nueva Ley mejore realmente los mecanismos de información precontractual a los consumidores.

ISBN: 978-84-9020-874-8



9 788490 208748



3652K28714



ER-0280/2005



GA-2005/0110