

TEMAS

La hipoteca y su reclamación judicial

Alberto Martínez de Santos

■ LA LEY



TEMAS

■ LA LEY

La hipoteca y su reclamación judicial

Alberto Martínez de Santos

© **Alberto Martínez de Santos**, 2018

© **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.es>

Primera edición: Octubre 2018

Depósito Legal: M-28077-2018

ISBN versión impresa: 978-84-9020-745-1

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-746-8

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) 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.

Las alegaciones más habituales cuestionan el pacto de liquidez, las cláusulas de vencimiento anticipado de la obligación (entre las que destaca, como más frecuente, la derivada del impago de cuotas), las cláusulas en materia de interés (especialmente la de interés de demora), las relativas al devengo de comisiones y gastos y la cláusula suelo, y también —últimamente— el pacto de distribución de responsabilidad en materia de costas. Menos frecuente es la alegación de las cláusulas relativas a la concesión de poder irrevocable al acreedor para que éste pueda realizar declaraciones y subsanaciones ante Notarios y Registradores necesarias para la inscripción, la contratación de seguro, la responsabilidad personal ilimitada, la de prohibición de arrendamiento del bien sin consentimiento del acreedor, la de prohibición de enajenación o gravamen de la finca objeto de garantía sin consentimiento del acreedor o la de inclusión de las costas procesales en la garantía hipotecaria, la de ampliación de la hipoteca a construcciones futuras efectuadas por el propio deudor o el subrogado en su lugar, o la de imposición del tasador⁽³⁴⁶⁾.

Por último la reciente STS 147/2018, Pleno de la Sala 1.ª, 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:848) que examina la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), aclara que deberán ser los tribunales quienes decidan y concreten en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuirían en cada caso los gastos e impuestos de la operación⁽³⁴⁷⁾.

tendiera adecuada de entre todas las posibles, al exigir que se ajustase a la causa de pedir (art. 218.1 LEC).

Y tratándose de cláusulas abusivas, el principio de eficacia exigiría que el tribunal nacional interpretase las disposiciones nacionales de modo que contribuyera a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la unión confiere a los justiciables y de no ser ello posible, dicho tribunal estaría obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria ya que si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, tiene como límite que tales normas no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la unión confiere a los consumidores (principio de efectividad).

(346) MARTORELL ZULUETA, Purificación, *Op. cit. supra*.

(347) La sentencia refiere los pronunciamientos jurisprudenciales previos sobre la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios: i) STS 550/2000, de 1 de junio sobre la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda; ii) STS 842/2011, de 25 de noviembre, sobre la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la

Y el art. 12.2 del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, siguiendo una línea jurisprudencial muy consolidada, dispone que solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse⁽³⁴⁸⁾.

3.1. El control de abusividad

El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de su celebración todas las circunstancias que concurrieron en la misma, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro del que dependa (art. 4.1 Directiva 93/13/CEE).

En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas constasen por escrito deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (art. 5 Directiva 93/13/CEE).

Importa reiterar que sólo puede oponerse a la ejecución hipotecaria alegando la existencia de cláusulas abusivas quien ostente la condición de consumidor o usuario —según vimos antes— y quien no reúna dicho carácter si pretendiere alegar la nulidad de una cláusula deberá acudir a un juicio declarativo (art. 698 LEC), aplicándose en el caso del adherente que no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, la regla del art. 8.1 LCGC⁽³⁴⁹⁾, que reproduce el régimen de la nulidad contractual del Código Civil por contravenir norma imperativa o prohibitiva⁽³⁵⁰⁾.

transmisión y iii) STS 705/2015, de 23 de diciembre, que declaró abusiva la imputación indiscriminada al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

(348) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley 17 de noviembre de 2017, núm. 12-1.

(349) El art. 8.2 LCGC 7/1998 dispone: «*En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*».

(350) ACHÓN BRUÑÉN, María José, «Todo lo que hay que saber sobre la oposición a la ejecución o la declaración de oficio de cláusulas abusivas en el procedimiento hipotecario», *Diario La Ley*, núm. 8755, Sección Doctrina, 5 de mayo de 2016, Ref. D-189, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 2641/2016.

Ni que decir tiene que dicha afirmación choca con una realidad que demuestra que la oposición se formula por el ejecutado, tenga o no la condición de consumidor y, por ello entiendo que sería posible rechazarla sin necesidad de tramitar ningún incidente. En este caso de inadmisión solo cabría interponer un recurso de reposición⁽³⁵¹⁾.

3.1.1. ¿Cómo se realiza el control de abusividad?

De un control de abusividad abstracto se concluye que serán requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

- a) que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada;
- b) que en contra de exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y
- c) que el desequilibrio perjudique al consumidor, excluyendo al profesional o empresario.

Cláusula abusiva sería un concepto que vendría definido por varios elementos: 1) Habrá de tratarse de contratos entre empresarios y consumidores. En los contratos entre empresarios rigen los límites generales de la autonomía privada (art. 1255); 2) Habrá de tratarse de condiciones generales, cláusulas predispuestas o prácticas no consentidas expresamente ya que los acuerdos individuales estarán sometidos a los límites generales de la autonomía privada (art. 1255) y; 3) serán cláusulas abusivas las que no superen el control de contenido que establecen el art. 82 y los arts. 85 a 90 TRLGD-CU (LA LEY 11922/2007). Por tanto, las cláusulas abusivas se definen por el procedimiento contractual (predisposición e imposición) y por los sujetos, además de por el contraste de su contenido con los parámetros normativos contenidos en los artículos 82 y 85 a 90⁽³⁵²⁾.

(351) Nuestros tribunales no admiten un recurso de apelación contra la inadmisión a trámite de la oposición, esgrimiendo que en el proceso de ejecución forzosa el legislador ha establecido un régimen muy restrictivo en orden al recurso de apelación contra las decisiones del Juez de 1.ª Instancia (arts. 562 y 563 de la LEC), de modo que el principio general sería el de no apelabilidad, salvo que la Ley estableciera expresamente lo contrario, no conteniéndose previsión a este respecto en el art. 695.4 LEC (ACHÓN BRUÑÉN, María José, *Op. cit. supra*).

(352) MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María, «Cláusulas abusivas», número monográfico *Protección del consumidor en las Directivas comunitarias y en las normas naciona-*

Pero el control de abusividad estaría doblemente limitado en la ejecución hipotecaria, por cuanto la Ley sólo permite combatir aquellas cláusulas que sean relevantes para la ejecución ya sea por servir de fundamento al despacho de esta (vencimiento anticipado), ya por incidir en la cantidad exigible y cubierta por la hipoteca (pacto de liquidez, interés de demora). Y en sentido negativo, no comprendería el clausulado íntegro del contrato de préstamo, ni las cláusulas de contenido financiero si fueran irrelevantes para la ejecución (cláusulas sobre comisiones de amortización anticipada, reclamación extrajudicial, garantía personal solidaria, cesión del préstamo, imputación de pagos...)⁽³⁵³⁾.

De tal modo que cuando se tratase de cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores su eficacia exigiría que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible y, transparentes en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumpliera unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto que supusieran el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe y del justo equilibrio, entre los derechos y obligaciones de las partes.

Siendo esto así para que se excluyera el control de abusividad, sería preciso que el profesional o empresario explicara y justificara las razones excepcionales que le llevaron a negociar individualmente con ese concreto consumidor en contra de lo que, de modo notorio, sea habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se probase cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecían la posición del profesional o empresario (STS 265/2015, Pleno de la Sala 1.^a, de 22 de abril de 2015, ROJ: STS 1723/2015).

Esto es, es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común (art. 9 TRLGDCU), los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación y de ahí, que tanto la Directiva (art. 3.2 Directiva 93/13/CEE) como la norma nacional que la de-

les desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 49/2015, CGPJ 2015.

(353) SENÉS MOTILLA, Carmen, «Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria», *Práctica de Tribunales*, núm. 120, mayo-junio 2016, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 2611/2016).



Las resoluciones judiciales nacionales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la ejecución hipotecaria y unas reformas legales escasas y apresuradas que no supieron responder a los conflictos que aquellas abrieron, ha terminado dibujando un panorama en el que solo la incertidumbre rige el destino de la hipoteca en nuestros órganos judiciales y, por tanto el del acreedor, que tiene el derecho a realizar la garantía y el del deudor, que no tiene la obligación de soportar una carga financiera casi a perpetuidad.

Por tales razones se analizan en este manual las posibilidades de la reclamación de la hipoteca —que en la actualidad no solo se encuentran en la ejecución hipotecaria— sus diferentes vicisitudes y los presupuestos de cada proceso, incluyendo la venta extrajudicial ante Notario; un estudio detallado de la oposición del ejecutado y de las cláusulas abusivas así como de la subasta electrónica, la liberación de la vivienda y de otros medios alternativos de realización. Además se analizan las diligencias posteriores a la adjudicación o a la sentencia, el lanzamiento y su suspensión y las posibles alternativas a la ejecución hipotecaria. Y por último, se han evitado las discusiones doctrinales sobre la hipoteca o su futuro y unas interpretaciones del ordenamiento forzadas o ajenas a la práctica diaria, pues se trata, en definitiva, de dar una respuesta adecuada a los interrogantes que se formulan en aquélla.

ISBN: 978-84-9020-745-1



9 788490 207451



3652K28470



ER-02802005

GA-20056100