

LA PROBLEMÀTICA EXECUCIÓ DE FINQUES HIPOTECADES. PERSPECTIVA DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL I LEGAL

Xavier Cecchini Rosell
Professor titular de dret civil
Universitat Autònoma de Barcelona

Resum

La crisi econòmica actual ha posat a prova l'ordenament jurídic espanyol en matèria d'execució hipotecària. Si bé el sistema ha funcionat durant molts anys, és cert que tenia determinades deficiències que han hagut de ser corregides. Els jutges i magistrats, a vegades amb dubtosa legalitat, han intentat corregir els defectes d'una legislació que ha hagut de ser modificada forçosament per imposició indirecta del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Això no obstant, el sistema en general funciona i s'hauria de mantenir, ja que si bé s'ha creat una alarma social amb els desnonaments per impagament dels préstecs hipotecaris, la veritat és que la morositat no arriba al 4 %, per la qual cosa cal considerar que estem davant d'un problema greu, però que afecta una petita part de la població. En el present treball s'examina el conjunt del problema des d'un punt de vista jurídic i s'intenta oferir solucions a la situació actual.

Paraules clau: hipoteca, execució hipotecària, deutor hipotecari, clàusules abusives, morositat.

THE PROBLEMATIC ISSUE OF MORTGAGE. FORECLOSURE DOCTRINAL, JURISPRUDENTIAL AND LEGAL ASPECTS

Abstract

The current economic crisis has put the Spanish legal system to the test in matters of mortgage foreclosure. Although the foreclosure system worked adequately for years, it had some flaws that have had to be corrected. Judges and magistrates, at times with dubious legality, have sought to correct the defects of a body of laws that has necessarily had to be modified by indirect imposition of the European Court of Justice. Despite this, the system in general works appropriately and should be maintained since, even though social alarm has arisen with the evictions resulting from mortgage loan defaults, the mortgage delinquency rate is

under 4%. Consequently, it may be considered that we are facing a serious problem but one that affects only a small part of the population. This paper examines the overall problem from the legal standpoint and attempts to offer some solutions.

Keywords: mortgage, foreclosure, mortgage debtor, unfair contract terms, mortgage default.

1. INTRODUCCIÓ

La crisi econòmica i financera actual a Espanya està afectant seriosament les economies domèstiques i ho està fent amb una contundència que no s'observava des de feia dècades. La principal causa de la situació actual d'algunes famílies és que va existir a mitjan dècada dels anys 2000 una situació de bonança econòmica que va provocar que moltes famílies s'endeutessin per a accedir a habitatges, ajudades per les bones condicions creditícies que oferien les entitats de crèdit. La facilitat de l'accés al crèdit, atès el baix tipus d'interès, va fer que molta gent decidís accedir a la propietat de l'habitatge abans que al mercat de lloguer, ja que el cost mensual era pràcticament el mateix. El que no van preveure aquestes petites economies familiars era que s'estaven endeutant per un nombre important d'anys i que la situació econòmica no seria la mateixa, sinó que empitjoraria, i de quina manera. Les polítiques públiques encaminades al bon tracte fiscal de l'adquisició d'habitatge mitjançant el préstec hipotecari estaven incentivades, a la vegada que el lloguer no es veia com una alternativa viable.

La imprevisió i la lleugeresa en l'endeutament particular no van ser només culpa de les petites economies familiars, sinó que també van ser propiciades per les entitats bancàries, que van obrir la línia de crèdit de forma notòria. Es concedien préstecs amb garantia hipotecària per quantitats pròximes al 100 % del valor de taxació de les finques, amb taxacions moltes vegades inflades per tal de facilitar el màxim de numerari prestat. Els prestataris, molts d'ells immigrants, havien trobat feina en el sector de la construcció o els sectors derivats i estaven immersos en la bombolla immobiliària que no va tardar a esclatar. La imprevisió i la lleugeresa dels prestataris va ésser considerable, ja que estem davant de prestataris amb un alt risc de morositat, perquè es tractava de persones sense formació, amb contractes de treball temporals i que obtenien uns ingressos molt superiors als normals del mercat. La mala praxi d'algunes entitats financeres també s'ha de destacar, ja que tenien coneixement que estaven concedint préstecs i crèdits amb un alt risc, encara que tenien la garantia hipotecària com a suport davant del fracàs de l'operació financera.

Els anys d'eufòria econòmica tenien els dies comptats quan va esclatar la crisi de les hipoteques *subprime* als Estats Units d'Amèrica (EUA) a mitjan 2007. La situació de bonança econòmica no podia durar sempre i els primers que es van veure amb dificultats van ser els deutors en situació més precària. La pujada dels tipus d'interès, l'augment de la taxa d'atur i la disminució o estabilització del preu dels habitatges van

provocar que molts particulars i petites empreses, que havien accedit al crèdit de forma molt optimista pocs anys abans, es veiessin amb la dificultat de fer front als venciments dels seus deutes.

El problema, com sabem, va afectar el sistema bancari, ja que la morositat va augmentar i la liquiditat va disminuir enormement. Davant d'aquest problema, els governs, començant pel dels EUA i acabant per molts de la zona euro, van injectar líquid al sistema bancari per a evitar la caiguda d'un sector fortament danyat. La crisi ciutadana començava a ser evident davant del rescat d'entitats bancàries i la no-ajuda als particulars que s'havien quedat sense feina i que no podien fer front al pagament de les seves hipoteques, amb la conseqüència que serien executats tard o d'hora. Més crítica va ser la situació quan es va observar, primer al continent americà i després també a casa nostra, que moltes de les ajudes concedides als bancs van servir per a pagar xifres exagerades a alts directius bancaris per la via de *stock options* o del pagament d'indemnitzacions per jubilació prèviament pactades en contractes blindats.

La situació límit ha estat provocada pel fet que moltes de les famílies que es van endeutar i que no poden fer front als préstecs que van firmar amb les entitats de crèdit han patit l'execució de les seves garanties hipotecàries a través dels procediments judicials, després que el deute inicial es veiés incrementat pels interessos remuneratoris no satisfets, pels interessos moratoris i per les despeses i els costos judicials.¹ Això ha provocat, a conseqüència de la legislació aplicable en matèria d'execució hipotecària i, en concret, de les subhastes judicials, que les entitats de crèdit, davant d'una subhasta deserta sense licitadors interessats, s'adjudiquin la finca hipotecada pel 50 % del seu valor de taxació. Aquest fet ha originat que en molts casos aquest valor obtingut en la subhasta no arribés a cobrir la totalitat de principal, interessos, despeses i costos i que l'entitat bancària, basant-se en la responsabilitat patrimonial universal de l'article 1911 del Codi civil (CC), instés l'execució de la resta de béns del patrimoni dels deutors pel deute pendent que s'havia de cobrir. Davant d'això ens trobem amb famílies sense ingressos estables, sense feina,² que s'han quedat sense casa i que tenen, a més, un deute amb l'entitat bancària que els perseguirà durant la major part de les seves vides.³

1. Segons un informe publicat pel Col·legi de Registradors el 12 d'abril de 2013, a Espanya durant el 2012 es van iniciar 65.778 procediments d'execució hipotecària, és a dir, 115 llançaments diaris. Les comunitats autònomes més afectades són Andalusia, Catalunya i València.

2. Es pot llegir a l'edició digital de *La Vanguardia* de 29 de gener de 2013 que l'atur va afectar 5.965.400 persones i la taxa va arribar al 26,02 % en el moment del tancament del 2012, segons l'enquesta de població activa (EPA). La xifra ratlla els sis milions d'aturats tot i la gran pèrdua de població activa registrada, la qual l'any passat va ser de 158.700 persones menys que el 2011.

3. El diari *El País* (edició digital, 23 octubre 2012) destaca que a Espanya en els últims quatre anys de crisi (2009-2012) s'han produït 350.000 execucions hipotecàries, de manera que el 2012 han augmentat un 20,6 % respecte de l'any anterior. El mateix diari sosté en l'edició del 26 d'octubre de 2012 que, segons les dades del Consell General del Poder Judicial, a l'Estat espanyol cada dia es produeixen 532 desnonaments i en els últims sis mesos se n'han fet 94.502.

A tot això cal afegir que, segons les dades de l'Asociación Hipotecaria Española (AHE) referents al tercer trimestre de 2012, la morositat que afecta particulars per a l'adquisició d'habitatge amb hipoteca es queda en el 3,84% i la de les promotores immobiliàries és del 30%. Com que la morositat és inferior al 4% actualment i no es preveu que la crisi finalitzi en un futur gaire proper, tot indica que podria ser que la morositat augmentés i que els procediments d'execució i de llançament de famílies dels seus primers habitatges creïessin.

Aquest és el problema existent en l'actualitat al qual cal buscar solucions de futur equitatives i justes. En la cerca d'aquestes solucions s'haurà de tenir en compte també la culpa o imprevisió de cada una de les parts intervinents. Per una banda, és cert que les entitats bancàries van assumir un risc oferint nombrosos préstecs i crèdits que sabien que podien ser de cobrament dubtós o problemàtic en el futur,⁴ però també és cert que els particulars que van signar aquestes escriptures ho van fer davant de notari, després d'una taxació i d'unes reunions amb l'entitat bancària on era evident que s'endeutaven durant un nombre d'anys elevat, per una quantitat important i amb un tipus d'interès variable que podia ser més elevat en el futur respecte del que se'ls aplicava en aquell precís moment. Sabien que si no pagaven puntualment els rebuts del deute, l'entitat bancària podia reclamar interessos moratoris i que davant de l'incompliment podria executar-se la garantia i l'immoble sortiria a subhasta pública. Aquests deutors hipotecaris són persones majors d'edat, que tenen temps per a reflexionar els efectes dels seus actes i que, davant l'alternativa del mercat del lloguer, van decidir hipotecar-se. Això ens indica que de culpables i perjudicats n'hi ha en ambdues parts, encara que la part que més ho patirà sempre serà la més dèbil i la que està mancada de recursos per a sortir-se'n, especialment quan el que està en joc és l'habitatge familiar.⁵

Davant de la situació descrita, s'han d'examinar les solucions que s'han de proposar i també les que han començat a produir-se. En primer lloc, examinarem les solucions proposades per algunes resolucions judicials que pugnen amb altres resolu-

4. Prova de l'actuació poc diligent de les entitats de crèdit és el relat fàctic de la Sentència del Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona de 2 de maig de 2013, on s'explica que no es va tenir en compte en el procediment d'execució «ni las circunstancias en las que se valoró el inmueble —más de 194.000 euros por un piso de poco más de 50 metros cuadrados en una barriada de una ciudad dormitorio a pocos kilómetros de Barcelona—. Ni el hecho de que la entidad financiera a sabiendas de la situación del prestatario —un trabajador que sustentaba una unidad familiar con varias cargas percibiendo un único sueldo ligeramente superior a 1.100 euros netos mensuales, lo que determinaba que a partir de enero de 2008 en la medida en la que su cuota mensual ascendía a 841,64 euros, debiera aplicar más de un 70 % de sus ingresos netos mensuales al pago del préstamo—. Ni el hecho de que el inmueble fuera adjudicado a la prestamista por el 50 % de su valor de tasación».

5. És evident que el problema del sobreendeutament dels particulars també ha afectat altres habitatges, com poden ser les segones residències o els locals comercials de determinades societats mercantils. Però aquest fet no serà problemàtic i les regles del joc en aquests supòsits s'aplicaran amb tota la seva amplitud.

cions d'altres sales dels mateixos òrgans o d'altres tribunals. Analitzarem les argumentacions de resolucions judicials que estableixen solucions tutelant els interessos dels particulars en contra de les institucions bancàries i altres que, en supòsits idèntics, decideixen donar la raó a les entitats bancàries. Cal dir, com es veurà, que no estem davant d'una manca de legislació aplicable, sinó que la legislació existent ha funcionat durant moltes dècades, encara que determinats jutges i magistrats hagin considerat que aquesta regulació no pot ser aplicable a determinats casos concrets.⁶ Cal destacar que hi ha hagut dos corrents en les resolucions judicials dictades des que van augmentar de forma significativa els desnonaments per execucions hipotecàries a partir del període 2009-2010. Les primeres, al meu entendre de dubtosa legalitat, han intentat protegir el deutor hipotecari tant sí com no, impedit que les entitats bancàries poguessin executar el patrimoni del deutor després que la finca subhastada no arribés a cobrir la totalitat del deute; les segones, molt més fonamentades, s'han basat en aspectes relatius als interessos moratoris i a la declaració de nul·litat d'ofici de les clàusules abusives per part dels tribunals, així com en la possibilitat de suspendre el procediment d'execució si s'al·lega l'existència d'una clàusula abusiva. Tot això, arran de la Sentència de 14 de març de 2013 del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) de Luxemburg.

En segon lloc, examinarem les solucions dictades a cop de real decret llei per part del Govern estatal per tal d'apaivagar la crispació i l'alarma social, modificacions legislatives que moltes vegades no han servit per a res i que han implicat una mala solució del problema, amb l'aprovació, finalment, de la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració del deute i lloguer social. En tercer lloc, proposarem alguns elements que poden ajudar a prevenir la situació i altres que poden ser encaminats a trobar solucions al problema plantejat, tot sabent que el problema té difícil solució.

2. LA DOCTRINA DEL *MORAL HAZARD* EN L'ACTUACIÓ DELS ACTORS FINANCERS

La doctrina del *moral hazard* (risc moral) té el seu origen en les teories econòmiques nord-americanes actuals i implica, en definitiva, que un agent o operador econòmic estarà disposat a prendre un risc més elevat en la seva actuació si constata que les possibles conseqüències negatives de la seva actuació no les assumirà ell personalment, sinó que seran assumides per un tercer o podran ser traslladables a una altra

6. El mateix Col·legi de Registradors afirma en l'informe del 12 d'abril de 2013 que el compliment per part dels deutors hipotecaris adquirents d'habitatge és del 96 %, de manera que la morositat és inferior al 4 %.

unitat patrimonial.⁷ En el supòsit que fos l'agent el que hagués de patir totalment les conseqüències dels actes extremament arriscats, no els prendria o els prendria amb molt més de compte.⁸

La doctrina del *moral hazard* destaca que el comportament dels agents es pot deure a un o dos dels següents elements. En primer lloc, pot succeir que una de les parts tingui una informació més acurada que l'altra i es beneficiï de la situació. Per exemple, quan un determinat agent sap que és titular d'actius financers de baixa qualitat i els ven a tercers en paquets, tercer que desconeix la baixa qualitat del producte.

Determinades entitats bancàries estarien disposades a concertar préstecs i crèdits hipotecaris de baixa qualitat, és a dir, amb prestataris amb contractes laborals temporals, amb persones immigrants sense arrelament definitiu en el país o amb persones amb pocs recursos o garanties de compliment voluntari dels contractes signats. Les entitats bancàries disposen de múltiples mecanismes per a col·locar en el mercat paquets de crèdits de baixa qualitat juntament amb altres de millor qualitat, paquets que venen a entitats financeres d'altres països. Davant de l'incompliment dels prestataris, les entitats financeres que van actuar en el moment inicial tenen poc o cap risc, ja que dit risc ha estat traslladat totalment o en part a altres entitats. El coneixement d'aquest fet comporta que la concessió de crèdits es faci de forma més negligent que si els riscos assumits els haguessin de patir les entitats que els han concertat.

En segon lloc, aquesta doctrina pot donar-se en els supòsits en què una de les parts té menys incentius per a comportar-se de forma diligent perquè coneix que davant d'un perjudici podrà traslladar els costos a un tercer. Un clar exemple d'aquests casos es dona en el dret d'assegurances: un subjecte que tingui assegurat determinat bé davant qualsevol contingència, serà menys curós en la seva actuació.

Aquest efecte provocat per la doctrina del *moral hazard* també es pot aplicar a l'àmbit del rescat de les entitats bancàries. Moltes entitats saben que, davant de situacions de manca de liquiditat, l'Estat, amb fons públics fruit dels impostos dels ciutadans, injectarà diner a les entitats privades financeres per tal que no facin fallida. Moltes vegades no s'explica per què els governs tendeixen a rescatar les entitats financeres, com si el fet que alguna o algunes caiguessin comportés una major crisi financera que la que ja estem patint. En definitiva, són entitats privades que quan tenen beneficis els fan propis i quan tenen pèrdues les fan comunes a tots els ciutadans.

Passem ara a l'altre extrem: aquesta doctrina econòmica també pot ser aplicable als prestataris. En efecte, si un prestatari que pot i vol continuar pagant el seu deute

7. Krugman defineix el concepte de *moral hazard* amb aquestes paraules: «any situation in which one person makes the decision about how much risk to take, while someone else bears the cost if things go badly». Paul KRUGMAN, *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, W.W. Norton Company Limited, 2009.

8. Un bon exemple d'això han estat les anomenades *participacions preferents*, en les quals el risc de l'entitat emissora és quasi inexistent, ja que es trasllada tot a les mans del client, a qui no s'ha explicat correctament l'operació que està realitzant.

amb garantia hipotecària veu que al seu veí que ha deixat de pagar se li condona el deute que excedeix el valor de la finca hipotecada i que, a més, se'l deixa continuar vivint en el mateix habitatge gràcies a un lloguer social, aquest prestatari immediatament deixarà de complir. Deixarà de complir si observa que la quantitat de deute que té amb l'entitat bancària és igual o superior al valor que actualment podria obtenir per la seva finca, en una situació de mercat molt diferent del moment en què va ser taxada. Aquestes insolvències estratègiques poden provocar un col·lapse total del sistema financer si l'Estat tutela en excés els interessos dels particulars i supleix la seva manca d'autoresponsabilitat.

És evident que les conductes que donen lloc a aquestes actuacions han de ser reprimides i evitades, ja que comporten una actuació dels agents moltes vegades clarament negligent o culposa i en certs casos obeeixen a una actuació dolosa o intencional. És per això que les solucions legislatives o judicials que es prenguin no poden afavorir una via d'escapatòria per als més hàbils o els agents amb menys escrúpols. Cadascú ha d'assumir en la part que li correspon el risc generat i no és admissible el trasllat d'aquest a altres patrimonis, ja que la socialització dels costos particulars no pot admetre's en supòsits de conductes que podien ésser evitables amb actuacions més responsables, d'acord amb el principi d'autoresponsabilitat.

3. EL CONTRACTE DE PRÉSTEC AMB GARANTIA HIPOTECÀRIA

Com és sabut, l'accés al crèdit per part dels particulars davant de les entitats financeres exigeix una garantia superior a la conferida per l'anomenada *responsabilitat patrimonial universal*. La seguretat que ofereix l'article 1911 CC es torna dèbil i imprecisa, cosa que fa que les entitats bancàries no concedeixin préstecs o crèdits als particulars o a les empreses sense garanties afegides que assegurin la bona fi de l'operació. Això és evident i no hi ha dubte que la garantia més important en el panorama financer actual per tal d'assegurar operacions creditícies a llarg termini per part de particulars o petites empreses ha estat el dret real d'hipoteca. Això és degut que els béns immobles són una garantia certament segura quant al seu valor (es diu o es deia que rarament perden valor amb el pas del temps, sinó que el guanyen), a la qual cosa s'ha d'afegir el sistema registral instaurat per la Llei hipotecària (LH) i el procediment sumari d'execució de garanties hipotecàries regulat actualment en la Llei d'enjudiciament civil (LEC).

Aquest sistema és el que regeix a l'Estat espanyol i és el que ha regit durant dècades amb uns resultats força positius. La seva existència ha permès l'accés de les petites economies familiars a la propietat privada, així com les inversions per part de petites i mitjanes empreses. El sistema funciona i dona seguretat jurídica, per la qual cosa caldrà qüestionar-se fins a quin punt és convenient alterar-lo o modificar-lo.

També és conegut que el dret real d'hipoteca és un dret accessori respecte d'una obligació principal, configurada pel deute existent nascut de la concessió del préstec o de l'obertura de la línia de crèdit. Això comporta que el creditor afegeix a la responsabilitat patrimonial universal una garantia real, per a assegurar-se que l'obligació principal serà plenament satisfeta.⁹

L'única excepció que existeix en el nostre ordenament jurídic és l'anomenada *hipoteca de responsabilitat limitada*, regulada en l'article 140 LH.¹⁰ Com se sap, aquest tipus d'hipoteca o, millor dit, el pacte que la Llei permet que s'insereixi en el contracte d'hipoteca, comporta una excepció legal a l'aplicabilitat de la norma imperativa continguda en els articles 1911 CC i 105 LH, ja que permet un pacte exprés entre les parts contractants, contingut en l'escriptura de constitució de la garantia, mitjançant el qual el creditor renuncia a agredir el patrimoni personal del deutor i es compromet a dirigir-se exclusivament contra el bé hipotecat. Això vol dir que, en el supòsit que es vengués la finca en subhasta pública després de l'execució de la garantia i que amb dit producte no s'arribés a cobrir el principal, els interessos, les despeses i els costos, el creditor no podria dirigir-se contra la resta de patrimoni del deutor per a satisfer el deute pendent.

La possibilitat de pactar aquest tipus d'hipoteca existeix en el nostre ordenament des de la reforma de la Llei hipotecària efectuada als anys 1944-1946, i cal destacar que la seva utilitat pràctica ha estat anecdòtica. La raó principal per la qual no s'ha instaurat aquest pacte en la majoria dels contractes d'hipoteca ha estat, evidentment, la no-voluntat per part del creditor de renunciar a l'agressió de la resta del patrimoni del deutor.

És cert que alguna hipoteca de l'article 140 LH s'ha arribat a constituir, però la seva constitució ha obeït a supòsits en què la finca tenia un valor moltes vegades superior a la quantia del préstec concedit, o a casos en què l'entitat bancària, davant el perill de veure que no cobraria determinat deute, ha optat per acceptar la constitució d'aquest tipus d'hipoteca com a últim recurs.

La instauració d'un sistema d'hipoteca amb responsabilitat limitada de caràcter imperatiu, com sembla que existeix en alguns estats dels EUA (onze estats en

9. És clarificadora l'explicació que ofereix la Sentència de l'Audiència Provincial de Cadis de 19 de gener de 2009, que sosté que «el contrato de préstamo es un contrato principal en virtud del cual una persona o entidad entrega a otra una determinada cantidad de dinero con la obligación de devolverla, mediando o no pacto de intereses, mientras que por el contrario el contrato de hipoteca, que genera un derecho real de tal índole, no es sino un contrato accesorio y de garantía, cuya eficacia consiste en vincular directamente un determinado inmueble, cualquiera que sea su titular, al pago de una deuda de cualquier clase; ahora bien, mientras que la satisfacción de la deuda determinará consiguientemente la cancelación de la hipoteca, previos los trámites necesarios, ya que se trata de un contrato formal, la extinción de la hipoteca o la ejecución de la misma no supone de por sí la extinción del contrato principal, y así lo establecen los artículos 105 de la LH y 1911 del CC, según los cuales la constitución de la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor».

10. D'aquest aspecte ja me'n vaig ocupar fa cert temps a X. CECCHINI ROSELL, *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, València, Tirant lo Blanch, 1996.

concret),¹¹ no sembla adequada ni convenient. L'existència d'una garantia d'aquest tipus podria arribar a provocar, com a mínim, dos problemes: el primer seria el de les insolvències estratègiques, és a dir, supòsits en els quals el deutor deixaria de complir l'obligació, tot i tenir solvència, davant la sospita que la seva finca val menys que la quantitat deguda com a principal i interessos remuneratoris; el segon seria que el deutor que té la visió que pot arribar, en el futur, a ser-li més rendible no complir que complir, no destinarà diners a invertir en la finca i no efectuarà obres de millora ni potser tampoc de conservació, cosa que causarà un greu perjudici als béns immobles en general.

Un sistema de responsabilitat limitada imperatiu implicaria un factor d'alteració de la normalitat del compliment del contracte, en què les parts especularien més amb el que constitueix l'obligació accessòria, constituïda per la garantia, que no pas amb l'obligació principal. Qui ha demanat un préstec sap que l'ha de retornar amb un afegit que constitueixen els interessos pactats. No pot admetre's que el valor de la garantia accessòria condicioni el compliment de l'obligació a la qual una de les parts s'ha compromès. Això afegiria incertesa i aleatorietat al contracte, i permetria que el compliment de l'obligació quedés a l'arbitri d'una de les parts, amb la intervenció de conductes doloses o culposes.

En els pocs estats dels EUA on s'estableix aquest tipus d'hipoteca, les entitats bancàries, davant del perill que significa la limitació de la garantia, obliguen els seus prestataris a concertar préstecs personals addicionals, els quals, a part de tenir unes condicions molt més oneroses per al client, permeten al cap i a la fi l'agressió del patrimoni personal del deutor.

4. EXAMEN DELS MOTIUS DE LES RESOLUCIONS JUDICIALS CONTRADICTÒRIES SOBRE EXECUCIONS HIPOTECÀRIES

Un dels aspectes que crec que cal examinar en aquest moment és el de l'existència de nombroses resolucions judicials contradictòries, algunes produïdes dins de la mateixa Audiència Provincial, on es discuteix si l'entitat bancària, després d'adjudicar-se la finca hipotecada pel 50 % o el 60 % del seu valor de taxació per haver quedat deserta la subhasta, pot iniciar un nou procediment de reclamació per la resta de deute no satisfet, amb la garantia de tots els béns presents i futurs del deutor. Algunes resolucions han denegat el dret a l'entitat financera per tal que pugui iniciar un nou procediment d'execució contra la resta dels béns de l'executat, considerant motius com l'enriquiment injust, la doctrina dels actes propis, l'abús de dret, l'equitat i l'apli-

11. Els anomenats *non-recourse states* (és a dir, supòsits en què la legislació no permet «recórrer» al patrimoni personal del deutor davant d'un deute hipotecari superior al valor de la finca hipotecada) són: Alaska, Arizona, Califòrnia, Carolina del Nord, Connecticut, Dakota del Nord, Idaho, Minnesota, Oregon, Texas, Utah i Washington.

cabilitat de la clàusula «rebus sic stantibus», entre d'altres. Seguidament examinarem cadascun d'aquests motius, així com la fonamentació i la consistència de tots.

4.1. L'ENRIQUIMENT INJUST

S'ha afirmat que l'adjudicació de la finca per part de l'entitat bancària per un percentatge del 50 % (o 60 %) del valor de taxació provoca que dita entitat s'enriqueixi injustament, ja que això li permet prosseguir l'execució per la resta del deute pendent a càrrec del patrimoni personal del deutor. L'entitat bancària accepta una taxació feta en el moment de la constitució de la hipoteca, cosa que vol dir que ella s'adjudica aquest valor, i no només el 50 %; per consegüent, es considera que s'enriqueix injustament si procedeix a reclamar la resta de part no coberta per la garantia.

El Tribunal Suprem ha tingut ocasió d'enumerar els requisits de l'enriquiment injust o sense causa, que exigeixen la concurrència de: *a*) un augment patrimonial o l'exclusió d'una pèrdua, *b*) un correlatiu empobriment de l'actor, representat per un dany positiu o per un lucre frustrat, i *c*) la inexistència d'una causa justa o, el que és el mateix, la situació jurídica que autoritzi el propietari del bé a rebre'l, o bé perquè existeix una disposició legal expressa en aquest sentit, o bé perquè s'ha celebrat un negoci jurídic vàlid i eficaç.¹² S'afegeix a tot això que la doctrina de l'enriquiment injust no pot invocar-se per a revisar qualsevol desplaçament o atribució de béns des de la perspectiva de l'equivalència de prestacions, cosa que seria incompatible amb el principi de seguretat jurídica i de llibertat de pactes en què es fonamenta el tràfic patrimonial.¹³

La jurisprudència ha reservat l'aplicació de la doctrina de l'enriquiment injust a subhastes judicials en supòsits en els quals el bé adjudicat ho va ser començant accidentalment elements aliens a la garantia hipotecària i a la consegüent taxació (sentències del Tribunal Suprem de 15 de novembre de 1990 [RJ 1990/8948], 4 de juliol de 1993 i 18 de novembre de 2005 [RJ 2005/7733]), però no li ha reconegut rellevància quan s'ha produït el procediment pels seus tràmits i solament s'aprecia una divergència entre el preu de taxació i el d'adjudicació, encara que aquesta sigui notable, ni tan sols en el supòsit en què es va reconèixer que el preu de la rematada a favor de l'entitat concedent fos «irrisori i absolutament desproporcionat».

També s'ha pronunciat sobre la qüestió el Tribunal Constitucional, que sosté que no pot existir enriquiment injust pel sol fet que l'adjudicació s'hagi produït a favor del creditor per un preu inferior al de taxació, sempre que el procediment s'hagi seguit pels tràmits previstos legalment i s'hagi aprovat la rematada judicialment.¹⁴

12. Entre d'altres, vegeu la Sentència de Tribunal Suprem (STS) de 31 de juliol de 2002 (RJ 2002/8436).

13. STS de 18 de febrer de 2003 (RJ 2003/1049).

14. STC de 18 de desembre de 1981 (RTC 1981/41) i 17 de maig de 1985 (RTC 1985/64).

4.2. LA DOCTRINA DELS ACTES PROPIS

Tant per part de la doctrina¹⁵ com per part d'algunes resolucions judicials,¹⁶ el fet que l'entitat financera reclami la resta del deute després d'haver-se adjudicat la finca en la subhasta deserta implica la vulneració de la doctrina dels actes propis. Aquestes opinions parteixen del fet que les empreses de taxació no actuen amb plena independència respecte a les entitats de crèdit, que fan el seu negoci amb el crèdit, per la qual cosa moltes vegades accepten taxacions lleugerament inflades i concedeixen préstecs pròxims al 100 % del valor de taxació. Seria anar contra els propis actes l'actuació de l'entitat que, una vegada ha acceptat un valor de taxació com a base per a concedir un préstec, després se l'adjudica plenament i encara considera que té legitimació legal i moral per a reclamar la resta de deute on no arribava el 50 % o 60 % del valor d'adjudicació.

A més, aquesta adjudicació en el moment de l'execució no necessàriament ha de coincidir amb el valor que la finca tenia en el moment de celebrar-se el contracte d'hipoteca. El mercat pot haver canviat, la finca pot valdre menys. La seva disminució de valor, si és el cas, no ha de ser exclusivament per causes o raons macroeconòmiques, sinó que també pot ser per qüestions particulars de la finca, com ara la manca de reparacions necessàries, la degradació de la convivència en el barri o zona on s'ubica, o altres situacions concretes.

En aquest sentit, segons la meua opinió, no existeix un *venire contra factum proprium* quan l'entitat financera, després d'adjudicar-se la finca pel 50 % o 60 % del seu valor de taxació, exercita una acció de reclamació respecte de la resta del deute existent pel capital, els interessos i les costes.

4.3. L'ABÚS DE DRET

Una de les primeres resolucions que va tractar el problema que ens ocupa va ser la dictada pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció de Navarra (Estella) de 13 de novembre de 2009. En la resolució el jutge declara que ha existit una pretensió abusiva per part de l'entitat bancària, que pretén exigir el pagament de la quantitat restant del deute que no ha quedat cobert per l'execució de la garantia (en concret, 42.895 €) quan el valor de taxació de la finca a l'efecte de la subhasta va ser molt superior (75.900 €).

15. Per exemple, T. A. JIMÉNEZ PARÍS, «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2ª, de 17 de diciembre de 2010», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), núm. 727 (setembre 2011), p. 2947-2948.

16. Principalment la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Navarra núm. 111/2010 (Secció Segona), de 17 de desembre, quan diu que ha estat el mateix banc el que ha valorat la finca en l'escriptura de préstec hipotecari en una quantitat superior al principal del préstec.

Diu la Interlocutòria que «la ejecución no debe atender a criterios puramente formales y rigoristas, sino simplemente a dar satisfacción al acreedor», a la qual cosa afegeix que «por ello es evidente que la petición de la continuación de la ejecución solicitada por la parte ejecutante no es procedente, dado que la parte ejecutante ha logrado la satisfacción de su crédito mediante la adjudicación del bien, por lo que la pretensión se muestra abusiva para el presente caso concreto, y no sólo por los principios que inspiran este procedimiento, sino por los principales del art. 11 LOPJ, que prescriben el atender cualquier petición que suponga un manifiesto abuso de derecho».

Un altre cas encara més sorprenent és el que va resoldre la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 24 de maig de 2007, en la qual es denuncien la indefensió i l'abús de dret patits en haver-se adjudicat la creditora en tercera subhasta el bé per la quantitat de 12.946.000 pessetes, quan havia estat taxat en 1.000.084.000 pessetes (*sic*). En efecte, l'article 131.14 LH, en la seva redacció llavors vigent, permetia al creditor demandant concórrer com a licitant a totes les subhastes sense necessitat de consignar cap quantitat per a prendre-hi part, com va fer en el present cas, en què s'adjudicà el bé en la tercera subhasta sense subjecció a tipus i sense que la deutora fes ús del dret que li reconeixia la regla 12 de l'article 131 LH per a millorar la postura en el termini de nou dies per si mateixa o per un tercer autoritzat. Es diu en la resolució examinada que si, tot i conèixer l'existència del procediment i les dates assenyalades per a les subhastes, no va exercitar els drets que la llei li reconeixia i deixà transcórrer el termini concedit per a millorar la postura, ara no pot al·legar abús de dret per part de l'entitat creditora, ja que, com estableixen les sentències del Tribunal Suprem de 8 de maig de 1996 i 16 de febrer de 2006, una vegada seguits els tràmits legals previstos en l'article 131 LH, «es gratuito, arbitrario y fuera de lugar calificar de abuso del derecho una actuación del Banco ejecutante ajustada a aquellos trámites».

La doctrina de l'abús de dret ha estat configurada per nombroses resolucions judicials,¹⁷ que n'han establert els següents requisits: *a*) l'ús d'un dret objectiu i externament legal, *b*) dany a un interès no protegit per una prerrogativa jurídica específica, *c*) immoralitat o antisociabilitat d'aquest dany, manifestada de manera subjectiva (exercici del dret amb la intenció de perjudicar o sense un interès a exercitar-lo) o de manera objectiva (exercici anormal del dret, de forma contrària a les finalitats econòmicosocials d'aquest).

A aquests tres requisits, la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 24 de maig de 2007 n'hi afegeix un altre: «que el daño causado —en este caso protegido por una prerrogativa jurídica, como es la de participación del propio acreedor como postor en las subastas— no haya podido ser evitado por el sujeto pasivo que lo sufre mediante una actuación igualmente amparada en la ley, tal como se le ofrecía mediante la mejora de la postura obtenida en la subasta, por sí o por tercero».

17. Entre aquestes cal destacar les sentències del Tribunal Suprem de 21 de desembre de 2000, 16 de maig de 2001, 12 de juliol de 2001, 2 de juliol de 2002, 13 de juny de 2003, 28 de gener de 2005 i 25 de gener de 2006.

A la vista d'aquests elements pot afirmar-se que l'interès del deutor hipotecari està perfectament protegit perquè té múltiples vies d'actuació per a evitar el resultat de posar fi als perjudicis de l'execució de la garantia.¹⁸ Abans de produir-se l'incompliment de l'obligació principal, el deutor ha d'intentar vendre la finca i negociar les condicions del préstec amb l'entitat —carència respecte del pagament del capital, allargar els terminis o negociar una dació en pagament. El que no sembla procedent és que, quan el deutor al·lega l'existència de l'abús de dret per part de l'entitat bancària, es trobi en una situació d'incompliment, àmbit en el qual la llei no atorga a ambdues parts els mateixos elements de força, sinó que el mateix ordenament (cfr. art. 1108 CC) estableix elements per tal de sancionar la conducta del deutor. Per això pot al·legar-se que el deutor podria sol·licitar una tutela àmplia per part de l'ordenament jurídic i dels òrgans jurisdiccionals en els supòsits de normalitat en el compliment de les obligacions, però la seva legitimitat disminueix considerablement quan entra en la fase d'incompliment morós.¹⁹

Fins i tot en aquesta fase d'incompliment l'ordenament jurídic confereix al deutor executat determinades opcions que pot utilitzar, per la qual cosa no està desatès d'un sistema de protecció, encara que sigui limitat.²⁰ Aquesta protecció pot examinar-se en les opcions que la LEC concedeix, en concret en l'article 650.4, on estableix que «[c]uando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 50 por 100 del avalúo, podrá el ejecutado, en el plazo de diez días, presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 50 por 100 del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante». Juntament amb això, cal no oblidar que en el paràgraf cinquè del mateix article s'afirma que «[e]n cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor podrá el deutor liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas».²¹

18. L'anàlisi que ara es fa té com a base els supòsits en què no existeix cap tipus de clàusula abusiva, com pot ser la d'uns interessos moratoris usuraris, i en què el deutor podia haver previst i evitat la situació que ara sembla insalvable.

19. És per això que al llarg d'aquest treball s'anirà distingint entre les situacions que eren salvables i previsibles i aquelles altres en què la situació de morositat no es va poder preveure en la seva magnitud, de manera que es pot parlar de deutors de bona fe. Si s'examina el contingut de l'art. 1107 CC, pot veure's aquesta distinció i el diferent àmbit de responsabilitat en cada cas: «Los daños y perjuicios de que responde el deutor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deutor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

20. En referència a això, la STS de 25 de setembre de 2008 (RJ/2008/5570) sosté que «no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos las facultades que le concede la ley, concretadas en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento del art. 131 LH los bienes gravados».

21. En la STS de 8 de maig de 1996 (RJ 1996/3782; ponent: Antonio Gullón) s'afirma, en un cas d'al·legació d'abús de dret, que «en el recurso no se pone de manifiesto ninguna irregularidad en el procedimiento de ejecución hipotecaria; consta en el auto judicial de aprobación del remate que se celebró una

A tot això cal afegir l'ampliació de les garanties en el procediment d'execució gràcies a la Sentència del Tribunal Europeu de Luxemburg de 14 de març de 2013, on, tal com s'examinarà més endavant, es permet que el jutge pugui examinar si en el contracte d'hipoteca existeixen clàusules abusives i, davant de la petició de la part executada respecte a aquesta qüestió, parilitzar l'execució fins que s'hagi resolt aquest particular, que ha culminat amb l'aprovació de la Llei 1/2013, de 14 de maig, que després examinarem de manera detallada.

4.4. L'EQUITAT

S'afirma en la Interlocutòria de la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Navarra de 17 de desembre de 2010 que és moralment rebutjable l'al·legació de la pèrdua econòmica del valor de la finca (per part del creditor executant) quan dita pèrdua és directament atribuïble a les entitats financeres que van provocar la crisi econòmica. Per aquesta raó, sembla, la resolució citada desestima el recurs d'apel·lació presentat per l'entitat bancària i queda ferma la resolució de primera instància que no permet la continuació del procediment d'execució per a la resta del deute existent. Aquesta resolució admet que no estem davant d'un abús de dret, ja que l'entitat bancària exercita un dret legítim, però es basa, sembla, en elements de moralitat per a justificar la resolució del cas concret.

Al meu entendre, la funció dels òrgans jurisdiccionals és interpretar i aplicar les normes jurídiques al cas que decideixen, sense que puguin resoldre basant-se en l'equitat o en la justícia del cas concret, llevat que una norma ho permeti.²² En efecte,

tercera subasta del bien hipotecado sin sujeción a tipo; que no concurrió nadie, como tampoco a las dos primeras; que el adjudicante ofreció 5.000.000 de pesetas a condición de ceder el remate; que a la demandada se le hizo saber esta postura para que pudiera mejorarla por sí o por tercero autorizado, llevándose a cabo la notificación y sin que en el plazo legal la mejora. En fin, se han cumplido los trámites legales prevenidos en los arts. 131 de la Ley Hipotecaria y concordantes, por lo que es gratuito, arbitrario y fuera de lugar calificar de abuso del derecho una actuación del Banco ejecutante ajustada a aquellos trámites. La doctrina del abuso del derecho no autoriza a dejar sin efecto el auto judicial de adjudicación».

22. Sosté F. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «La AP de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815 (2011), que «[s]i no hay abuso de derecho, se está reconociendo que hay ejercicio legítimo de un derecho, y afirmar que no se reconoce tal derecho porque, a juicio del tribunal, es moralmente rechazable, no es de recibo en un Estado de Derecho, caracterizado por el imperio de la ley, la cual se halla por encima de las convicciones morales de personas o grupos determinados, lo que constituye una diferencia esencial con el antiguo régimen y el fundamento de la convivencia pacífica entre sujetos con convicciones morales y políticas diversas». Per la seva banda, M. P. GARCÍA ABURUZA, «Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula rebus sic stantibus», *Revista Aranzadi Doctrinal* (Pamplona), núm. 6 (2012) (BIB 2012/2852), p. 4, diu que «la interpretación de la norma por el juez ha de ser literal a tenor de los esenciales principios de legalidad y seguridad jurídica. El Tribunal Supremo entiende que inaplicar una norma vigente por circunstancias como los cambios sociales, económicos o de mercado sería “un exceso hermenéutico” y superaría la nítida diferencia entre la labor judicial y la del legislador».

l'article 3.2 CC només autoritza que les resolucions judicials puguin descansar de manera exclusiva en l'equitat quan la llei ho permeti expressament; per això només podrà aplicar-se en els supòsits en què una llei expressament ho permeti i en els supòsits en què no existeixi una norma jurídica específica aplicable al supòsit de debat.²³ Per això és rebutjable el fonament de l'Audiència de Navarra en la resolució citada, ja que contradiu la jurisprudència unànime expressada pel Tribunal Suprem que assenyala que en el nostre ordenament positiu l'equitat és un criteri general amb què haurà de ponderar-se l'aplicació de les normes, però sense que aquest element d'interpretació i endolciment del dret per l'ètica pugui fonamentar per si sol una resolució judicial, ja que això entraria en contradicció amb el text de l'article 3.2 CC.²⁴

4.5. L'ALTERACIÓ EXTRAORDINÀRIA DE LES CIRCUMSTÀNCIES (LA CLÀUSULA «REBUS»)

Una de les vies proposades per tal de solucionar els problemes de la dificultat de restitució dels préstecs hipotecaris ha estat la doctrina de la clàusula «rebus sic stantibus». Atesa l'alteració extraordinària de les circumstàncies que afecten el contracte, aquest hauria de ser modificat o reequilibrat a instàncies judicials. Com és sabut, la doctrina de la clàusula «rebus» estableix que el contracte serà vinculant entre les parts contractants sempre que les coses segueixin estables, però no en el supòsit que les circumstàncies que configuraven un equilibri entre les càrregues contractuals es vegi alterat de forma inesperada i imprevisible.

La jurisprudència del Tribunal Suprem ha tingut nombroses ocasions per a pronunciar-se sobre la citada clàusula, si bé sempre més des d'un punt de vista teòric que pràctic, i ha establert que es tracta d'una clàusula perillosa i que només pot admetre's de forma cautelosa.²⁵ Si bé aquesta clàusula ha estat regulada en alguns països, com per exemple a Itàlia,²⁶ no ho ha estat en el nostre ordenament, on té exclusivament base

23. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, la STS de 10 de desembre de 1997 (Sala Primera).

24. Vegeu les sentències del Tribunal Suprem de 9 de maig de 1986, 10 d'octubre de 1986, 3 de novembre de 1987, 8 d'octubre de 1992, 5 de maig de 1993 i 10 de desembre de 1997. En concret, la STS de 18 de gener de 2000 diu que «la alegación a la equidad que hace el motivo, acredita su falta de fuerza suasoria, porque la equidad sólo opera en el campo de la hermenéutica y sólo encuentra aplicación en caso de vacío legal y sólo pueden las resoluciones judiciales descansar en la equidad cuando la ley expresamente lo permita».

25. Vegeu, per exemple, les primeres sentències que van referir-se a la clàusula «rebus»: STS de 14 de desembre de 1940, 17 de maig de 1941, 17 de maig de 1957, 6 de juny de 1959, 23 de novembre de 1962 i 12 de novembre de 1990. Actualment, vegeu la STS de 23 d'abril de 1991.

26. «Art. 1467. Contratto con prestazioni corrispettive // Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

judicial. Part de la nostra doctrina ha criticat la debilitat de la clàusula «rebus» perquè entén que es fonamenta en la voluntat dels contractants expressada a través d'una clàusula implícita o sobreentesa que existiria en tots els contractes de tracte successiu. Des d'aquest punt de vista, es considera una doctrina insatisfactòria, per la seva vaguetat i poca concreció.²⁷

En relació amb el tema de l'execució hipotecària, algun autor ha afirmat que la clàusula «rebus» és aplicable a favor de l'executat, que no és culpable del canvi de circumstàncies (crisi econòmica) i que no disposa de cap més procediment per tal d'evitar el perjudici. En aquest sentit, Jiménez París entén aplicable la clàusula perquè s'ha produït una alteració de les circumstàncies extraordinària i imprevisible, de la qual no és responsable el deutor hipotecari i que conformen/determinen produeix un enorme desequilibri entre les prestacions de les parts.

Per a analitzar la possibilitat proposada, primer cal examinar de manera detallada els requisits que segons la doctrina i la jurisprudència (vegeu, per totes, la STS de 23 d'abril de 1991) s'han de complir per tal que sigui aplicable la clàusula «rebus»:

a) que existeixi una alteració extraordinària de les circumstàncies en el moment del compliment del contracte respecte del moment de la perfecció d'aquest,

b) que la desproporció sigui desorbitant, fora de tot càlcul, entre les prestacions de les parts, i que provoqui una veritable aniquilació de l'equilibri de les prestacions,

c) que l'alteració de les circumstàncies es produeixi de forma totalment imprevisible i inesperada; no poden tenir-se en compte les alteracions que puguin ser previsibles o que es trobin en l'esfera d'influència de les parts contractants,

d) que es tracti d'una relació obligatòria de tracte successiu, és a dir, de caràcter durador,

e) que l'alteració de les circumstàncies hagi provocat a una de les parts del contracte un dany que resulti injustificat en relació amb les responsabilitats derivades de l'obligació,

f) que la part que pateix el perjudici i intenta fer valer la clàusula «rebus» no hagi incorregut en mora o hagi incomplert les prestacions de forma imputable,

g) que manqui una altra via o procediment per a poder evitar el perjudici sofert per aquella alteració,

h) que les prestacions estiguin encara pendents d'execució totalment o parcialment.

»Art. 1468. Contratto con obbligazioni di una sola parte // Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.»

27. L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Civitas, 1993, p. 875.

Els efectes que podria tenir l'aplicació de la clàusula «rebus» són, com és sabut, molt restrictius i no poden ser mai rescissoris, resolutoris o extintius, sinó simplement modificatius, intentant compensar el desequilibri que pugui existir entre les parts contractants.

La possible al·legació de l'aplicabilitat d'aquesta clàusula ha de fer-se abans del procés d'execució, ja que si la finca ha estat executada i adjudicada al millor postor o al creditor, la seva aplicació ja no és possible.

Des del meu punt de vista, l'al·legació d'aquesta clàusula en els supòsits que ens afecten és inviable principalment per dues raons: en primer lloc, perquè es tracta d'una clàusula molt restrictiva que només és aplicable en el supòsit que l'alteració extraordinària de les circumstàncies hagi estat imprevisible, i cal dir que la pèrdua de valor dels béns immobles no és una circumstància imprevisible, ja que obeeix a les oscil·lacions del mercat; en segon lloc, perquè l'al·legació de la clàusula «rebus» no pot fer-se per aquell contractant que està en situació d'incompliment imputable. Aquest punt, que serà tractat més endavant, és on rau el principal impediment dels elements de tutela que l'ordenament jurídic pot oferir al deutor. El deutor té obligacions, però també té drets, que ha d'exercitar amb la legitimitat que li dóna la diligència en el compliment de les obligacions. En efecte, sembla difícilment tutelable un interès d'una part que quan exerceix les facultats que li brinda l'ordenament està ja en situació d'incompliment morós i, per tant, imputable.

Els casos dels quals deriven les resolucions que ara s'examinen són supòsits en què, una vegada el deutor ha estat executat i llançat del seu habitatge, el creditor executant exerceix una acció de reclamació de la resta del deute no cobert pel 60 % del valor de taxació de la finca hipotecada, que l'entitat bancària s'ha adjudicat en haver quedat la subhasta deserta. Davant d'aquest supòsit, no pot al·legar-se la clàusula «rebus», ja que no es reuneixen els requisits exigits per dita figura.

4.6. INTERPRETACIÓ INTERESSADA DE L'ARTICLE 579 LEC

L'article 579.1 LEC diu:

Quando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo v de este título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

En la interpretació d'aquest article alguns autors²⁸ i alguna resolució judicial²⁹ han sostingut que la paraula *productio* es refereix a l'import líquid que s'obtingui de la venda en subhasta pública de la finca executada, quan aquesta s'adjudiqui a un tercer i aquest satisfaci el preu de l'adjudicació. Això no obstant, dit concepte no és interpretat en el mateix sentit en els casos en què la finca no es ven en la subhasta, sinó que se l'adjudica el creditor. En aquests casos, segons les opinions citades, s'ha d'interpretar el concepte de *productio* equivalent al de *valor de tasació de la finca*, amb el benentès que aquesta es va taxar de mutu acord entre el creditor executant i el deutor hipotecari.

Segons la meua opinió, aquestes afirmacions no poden mantenir-se. El valor de tasació es determina en un moment inicial de la relació contractual de tracte successiu i amb la finalitat d'establir una garantia que assegurí parcialment o totalment el compliment de l'obligació per part del deutor. Els contractes d'hipoteca solen pactar-se per un nombre elevat d'anys, per la qual cosa no pot entendre's que el valor que es va donar a l'immoble en un moment determinat hagi de romandre inamovible amb el pas del temps. El valor de tasació servirà per a establir el tipus de la subhasta, però serà en aquesta on s'establirà la realització de valor de la finca, en un moment posterior a la valoració del bé. La subhasta és una venda judicial, per la qual cosa els diferents postors poden fer les seves postures per a adjudicar-se el bé. El valor del bé es determina amb el resultat de la subhasta, no amb el que les parts d'un contracte hagin establert anteriorment amb l'únic efecte de constituir una garantia.

Per acabar, cal qualificar de totalment rebutjable l'opinió destacada d'algun autor³⁰ que si el banc veu que el valor de tasació de la garantia disminueix en més del 20 %

28. T. A. JIMÉNEZ PARÍS, «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia», p. 294, sosté que «[s]i la deuda fuese superior al 100 por 100 del valor de tasación, deberá pedir la adjudicación por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Pero en este caso, como ha de ponerse en relación el artículo 671 LEC con el artículo 105 y 140 LH, el acreedor no estaría obligado a otorgar carta de pago de la totalidad de la deuda, entendiéndose el término "productio" del artículo 579 de la LEC, referido al bien inmueble valorado según la tasación que sirvió de tipo para la subasta, que es la tasación que la ley tiene en cuenta por ser la causa del crédito, permitiendo al acreedor reclamar el exceso de deuda sobre el 100 por 100 de dicha tasación». L'autora reitera aquesta idea en la p. 2949 quan diu que «en caso de adjudicación del inmueble hipotecado debe entenderse que lo que entra en el patrimonio del acreedor es el valor de tasación inicial (pues lo contrario implicaría una situación abusiva por parte de la entidad crediticia)».

29. La Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Ciudad Real (Secció Segona) de 7 de març de 2006 sosté que «[d]esde esta perspectiva, parece lógico que pueda entenderse que el artículo 579 LEC cuando habla de "productio" de la subasta se refiera al bien en sí mismo, valorado según la tasación que sirve de tipo a la subasta, pues esta interpretación matizaría en beneficio del acreedor la interpretación señalada del artículo 671 LEC, permitiéndole reclamar la diferencia entre el 100 por 100 del valor de tasación y el total de la deuda reclamada, respetando el principio de responsabilidad patrimonial universal».

30. C. NAVARRO COLOMÉ, «Las ejecuciones hipotecarias de los bienes hipotecados y su posterior prosecución a otros bienes del deudor no garantizados. Planteamiento de una solución a favor del deudor», *Revista Aranzadi Doctrinal* (Pamplona), núm. 6 (2012), p. 7, arriba a afirmar que «[e]n el caso de que la

i davant d'aquest fet no demana al deutor que amplii la hipoteca o doni per vençut el préstec (cfr. art. 1129 CC), estem davant d'una actuació negligent del banc. Cal tenir en compte que tant la Llei 2/1981, de 25 de març, reguladora del mercat hipotecari, com el Reial decret 716/2009, de 24 d'abril, que la desenvolupa, estableixen que és sempre una facultat del creditor, mai un deure o una càrrega, utilitzar aquests elements. En efecte, l'article 5 de la citada Llei diu:

Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia que haga desmerecer el precio del bien hipotecado el valor del mismo descende por debajo de la tasación inicial en más de un veinte por ciento, la institución financiera *podrá* exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes, a menos que el deudor opte por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de éste que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo.

4.7. VULNERACIÓ DE LA LLEI GENERAL PER A LA DEFENSA DELS CONSUMIDORS I USUARIS EN ELS CONTRACTES D'HIPOTECA EN ESTABLIR-SE «SENS PERJUDICI DE LA RESPONSABILITAT DE L'ARTICLE 1911 CC»

Els contractes de préstec amb garantia hipotecària estan sota la protecció de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (LGDCU) (Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre), l'article 9 de la qual estableix una protecció prioritària dels drets dels consumidors quan tinguin relació directa amb l'habitatge familiar.

S'ha afirmat que les clàusules que fan respondre al deutor hipotecari amb tots els seus béns presents i futurs (principi de responsabilitat patrimonial universal) i que permeten al creditor agredir el patrimoni personal del deutor per la resta del deute després d'haver-se adjudicat la garantia en la subhasta, han de ser considerades clàusules abusives dels contractes d'hipoteca. Tot això s'argumenta sota la base que, segons la LGDCU, són abusives les clàusules que imposen al consumidor i usuari garanties desproporcionades o les que resulten desproporcionades en relació amb la perfecció i l'execució del contracte.³¹

entidad de crédito no utilizara dicha posibilidad legal, entiendo que la misma no podrá pretender proseguir la ejecución por el resto del patrimonio del deudor hasta la completa satisfacción de la deuda, una vez adjudicado a él el bien objeto de la garantía hipotecaria».

31. T. A. JIMÉNEZ PARÍS, «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia», p. 2956 i 2957, afirma que «[t]eniendo presente que los principios de protección de los consumidores y usuarios informarán la práctica judicial, y que la nulidad debe apreciarse de oficio por los tribunales, la apreciación de la nulidad de una cláusula de responsabilidad patrimonial universal, en el caso concreto, por el contexto contractual en que se pactó, puede llevar al Tribunal a matizar la hipotéticamente letra clara de los artículos 671 y 579 LEC, en relación con los artículos 105 y 140 LH y 1911 CC, para obtener un resultado que suponga la integración del contrato con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y al principio de buena fe objetiva, de forma sumaria, y a efectos de decidir sobre qué bienes y en qué cuantía prosigue la ejecución».

No comparteixo aquesta opinió en absolut, ja que crec que no pot considerar-se mai com a clàusula abusiva un efecte directe derivat de la llei, com és que el deutor hagi de respondre amb tots els seus béns presents i futurs en el compliment de les seves obligacions. El contingut de l'article 1911 CC és de caràcter imperatiu i només pot exceptuar-se en els casos en què la mateixa llei ho permeti, com és el cas de l'article 140 LH. Sembla del tot absurd, doncs, qualificar un efecte legal com a clàusula abusiva. Si en el contracte d'hipoteca no es digués que després d'esgotada la garantia el creditor pot agredir la resta de patrimoni del deutor, igualment es produiria aquest efecte.³²

4.8. LA PLUSVÀLUA OBTINGUDA PEL CREDITOR EXECUTANT EN LA VENDA POSTERIOR DE LA FINCA

S'ha considerat que el fet que l'entitat bancària vengui el bé posteriorment a l'adjudicació per un preu força més elevat que el valor pel qual se l'ha adjudicat, és una situació abusiva.

La STS de 8 de juliol de 2003 ha estat destacada com un supòsit d'enriquiment injust per part de l'entitat bancària. La transcripció literal dels fets ens ubicaran en el supòsit:

Dña. O. había adquirido de tercero ajeno al presente litigio una finca gravada con hipoteca a favor del Banco X, que garantizaba un préstamo cuyo saldo deudor ascendía a 10.290.638 pesetas. Al no haber hecho frente dicha señora a las cuotas establecidas para amortización y abono de intereses del referido préstamo, la entidad acreedora inició el procedimiento del artículo 131 de la LH señalando que la cantidad adeudada era de 11.615.915 ptas., llegando a obtener la adjudicación de la finca en cuestión en tercera subasta, por precio de 500.000 pesetas. Dos años más tarde el Banco X vendió el predio a terceras personas por precio de 12.000.000 de ptas. Posteriormente, Banco X formuló la demanda de que el presente recurso trae causa, reclamando a la Sra. O. 11.115.915 ptas. que manifestaba se hallaban pendientes de pago en razón del préstamo hipotecario. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, con imposición de costas a la parte demandada. La Audiencia Provincial, entendiendo que el Banco, al haberse adjudicado la finca de autos por un precio notablemente inferior a su valor real había obtenido un enriquecimiento que carecía de causa que lo justificase, acogió el recurso de la Sra. O. y desestimó la demanda, imponiendo a la parte actora las costas de primera instancia, sin hacer pronunciamiento respecto a las de la alzada.

32. En aquest sentit, si bé la clàusula d'interessos en un contracte de préstec és un element accidental, és a dir, que si no es pacta no es pot aplicar, la responsabilitat patrimonial universal és un element natural, és a dir, que si no s'exceptua la seva aplicació (via art. 140 LH) és directament aplicable, encara que no s'hagi pactat expressament.

L'adjudicació de la finca per un valor molt inferior al real es va produir com a conseqüència de la legislació aplicable en el moment de la subhasta, que establia que la tercera subhasta no estava subjecte a tipus, a diferència del que hi ha establert actualment, ja que l'entitat bancària no pot adjudicar-se una finca per menys del 70 % del valor de «taxació, en els casos de subhastes desertes i sempre que estiguem en l'execució d'un habitatge habitual del deutor».³³

En el supòsit de la sentència transcrita, la Sala Primera del Tribunal Suprem cas la sentència de l'Audiència i confirma la del Jutjat, excepte quant a les costes, i asenyala que «según reiteradamente ha declarado esta Sala no cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos (STS 26-6-2002) o existe una expresa disposición legal que lo autoriza (STS 31-7-2002), debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (STS 18-2-2003)».

Des del meu punt de vista, aquesta Sentència del Tribunal Suprem s'ajusta al dret, encara que les xifres transcrites sorprenguin. Cal considerar que el contracte d'hipoteca no va ésser impugnat, ni tampoc l'adjudicació en subhasta pública, i no pot afirmar-se que es donin els pressupòsits de la doctrina de l'enriquiment injust. Tampoc no es fa menció en la Sentència de si l'entitat bancària, en vendre la finca per dotze milions de pessetes dos anys després de l'adjudicació, hi havia fet reformes o alguna millora. Sigui com vulgui, coincideixo amb la resolució del Tribunal Suprem, ja que en el present supòsit no concorren els requisits de l'enriquiment injust i, per tant, qui s'hagi adjudicat la finca per una via plenament legal i vàlida, pot disposar-ne i obtenir un benefici amb la seva venda. La ulterior reclamació de l'entitat bancària de la part que restava per cobrir del deute pot semblar abusiva, però no infringeix cap dels preceptes legislatius aplicables, encara que pugui semblar immoral o injusta.

La Llei 1/2013 ha establert en aquest aspecte una novetat consistent a fer participar l'executat en un 50 % de la plusvàlua que l'entitat bancària adjudicatària obtingui de la venda del bé immoble dins dels deu anys següents a l'aprovació de la rematada. En efecte, l'article 579.2b estableix en la seva nova redacció que «[e]n 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 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».

33. Així ho diu la nova redacció, per mitjà de la Llei 1/2013, de l'art. 671 LEC.

La llei ara permet fer partícip a l'executat d'aquesta possible plusvàlua, però no perquè es consideri un enriquiment injust, sinó com a mesura compensatòria envers l'executat que ha perdut l'habitatge i que encara té un deute pendent amb l'entitat bancària. El termini de deu anys establert en l'article citat és un període força llarg, en el qual l'immoble pot augmentar de valor només pel fet de la inflació o per aspectes relacionats amb el desenvolupament urbanístic de la zona.

Cal tenir en compte que aquesta mesura de participar en la plusvàlua de la venda de l'immoble només es donarà en el supòsit que del producte de la subhasta no s'obtingui el líquid suficient per a cobrir la totalitat del deute. El precepte transcrit no és d'aplicació en el cas que es produeixi una dació en pagament expressament pactada entre les parts o en aquells casos en què el deute quedi totalment pagat amb l'execució de la garantia. Entre els costos que podrà deduir l'executant cal considerar els que hagi emprat en la millora de la cosa mitjançant la realització d'obres de reparació sobre el bé. Em remeto al moment de comentar la Llei 1/2013 per a fer l'anàlisi crítica d'aquests aspectes.

5. RAONS EN CONTRA DE L'ANOMENADA *DACIÓ EN PAGAMENT*

5.1. EL PRINCIPI *PACTA SUNT SERVANDA* I L'AUTORESPONSABILITAT DEL DEUTOR

S'ha afirmat que les entitats financeres s'han aprofitat de la situació de baixos tipus d'interès i de la important oferta d'habitatges en el mercat, fent que els seus clients contractessin préstecs amb garantia hipotecària endeutant-se el màxim possible. Si bé això pot ser en part cert, ja que cadascú mira pel seu negoci, cal tenir en compte que el prestatari que acudia a l'entitat bancària per a sol·licitar un préstec ho feia voluntàriament, sense que ningú l'hi obligués. Quan signava, davant de notari, el contracte de préstec i el d'hipoteca, sabia perfectament que s'estava endeutant per una quantitat important, per un nombre d'anys elevat i amb un interès variable. Tot això significa que el prestatari, en aquest moment, és coneixedor de l'acte que està realitzant i de la transcendència econòmica que té. És cert que hi ha pogut haver supòsits en què s'ha produït algun vici del consentiment, com el dol o l'error, i altres en què l'entitat bancària ha pogut introduir algunes clàusules abusives dins del contracte d'hipoteca, però, tot i això, la veritat és que el prestatari ha rebut una quantitat de diners destinada a la compra d'un bé immoble i que dita quantitat s'ha de retornar amb uns interessos determinats.

El prestatari també és coneixedor que el bé immoble que ha comprat conforma la garantia que assegura la devolució del préstec, és a dir, que si incompleix la seva obligació de retornar la quantitat en els terminis establerts, li podran executar el bé mitjançant la seva venda en subhasta pública. Potser el que no coneix el ciutadà que s'endeuta és que, una vegada executat el bé que constitueix la garantia de l'obligació

principal, si de la venda de dit bé no s'obté l'import necessari per a cobrir el principal més els interessos remuneratoris i moratoris, el creditor podrà agredir el seu patrimoni personal fins al pagament total del deute.

El fet que el contracte se signi davant de notari li dóna una transcendència important. Moltes persones veuen un notari el dia que van a signar la hipoteca, i si no atorguen testament, no en veuen cap més al llarg de la seva vida. Si el notari compleix les seves funcions, informará suficientment els prestataris de l'operació que estan portant a terme i contestarà qualsevol de les preguntes que li puguin formular.

Amb tot això es vol significar que, si bé és cert que hi ha una situació dramàtica en moltes famílies que han patit els durs efectes de la crisi econòmica, no podem carregar-nos un sistema que ha funcionat correctament durant molts anys. A part del control de les clàusules abusives i d'altres abusos de les entitats bancàries, el sistema de garanties hipotecàries és un sistema bo i que funciona. Aquest sistema ha permès que moltes famílies i petites empreses hagin pogut accedir al crèdit i hagin pogut adquirir determinats béns immobles o realitzar determinades inversions que d'altra manera no haguessin pogut efectuar.

Que les entitats bancàries han actuat de forma abusiva és cert en molts casos i per això hi ha els mitjans legals, administratius i judicials de control i fiscalització per a posar-hi fre. Però el que no es pot admetre és que el prestatari no tingui cap culpa en el que li ha succeït. No té culpa que estiguem davant d'una crisi econòmica de dimensions enormes, no té culpa que hi hagi al voltant d'un 27% de la població activa que no treballa, no té culpa que s'hagin apujat la majoria d'impostos. Això no obstant, ha d'analitzar-se si en el moment en què va accedir a contractar el préstec va saber valorar la realitat de l'operació i va considerar anar al mercat de lloguer en comptes d'adquirir una propietat. Si decideix accedir a la propietat, ha de ser conscient que la quantitat prestada haurà de tornar-se amb interessos i que la feina que té pot ser que no duri per sempre més. Cal examinar si el prestatari ha fet tot el possible, abans de deixar de pagar els rebuts i convertir-se en morós, per tal de poder renegociar el deute, vendre privadament l'habitatge o demanar períodes de carència del deute.

Amb tot això no vol afirmar-se que no hagin de buscar-se solucions concretes i particulars per als casos més greus i alarmants, però, pel que fa a la generalitat de la situació, cal afirmar que els contractes s'han de complir i que les parts contractants han de ser autoresponsables. És per això que el deutor prestatari no pot començar a queixar-se i a demanar ajut quan ja estan a punt de llançar-lo de l'habitatge, després d'haver desatès nombrosos rebuts i haver generat generosos interessos moratoris.

Cal afegir, a més, que les entitats bancàries no tenen com a finalitat adjudicar-se pisos i cases en les subhastes desertes dels seus clients deutors. El negoci de les entitats bancàries és lucrar-se amb els interessos de les quantitats prestades, i no incrementar els seus patrimonis amb habitatges devaluats i que generen contínues despeses.

5.2. CONSTITUCIONALITAT DE LES NORMES DEL PROCEDIMENT JUDICIAL SUMARI

El Tribunal Constitucional ha tingut nombroses ocasions per a pronunciar-se sobre si la regulació del procediment judicial sumari d'execució d'hipoteques vulnerava el principi de la tutela judicial efectiva.³⁴

Com és sabut, el procediment judicial sumari, regulat anteriorment en l'article 131 LH i posteriorment en la LEC 1/2000 (esp. art. 695 i seg.), és un procediment de caràcter sumari i de naturalesa executiva que té per finalitat la realització de valor de la cosa hipotecada. Com que és un procediment executiu, és coherent que estiguin limitats els motius d'oposició del deutor, del tercer posseïdor o de qualsevol altre interessat.³⁵ Els motius taxats d'oposició han estat considerats pel Tribunal Constitucional com a no contraris a la CE, especialment a l'article 24 CE quant a la tutela judicial efectiva, a l'article 14 CE quant al principi d'igualtat processal i a l'article 9.3 CE quant al principi d'interdicció de l'arbitrarietat en l'actuació dels poders públics.

La doctrina del màxim intèrpret de la Constitució ha estat clara des del principi quant a la no-inconstitucionalitat de les normes reguladores del procediment sumari d'execució hipotecària. Per totes, vegeu la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 41/1981, de 18 de desembre:

En el procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión [...] en el proceso debatido falta la controversia entre las partes [...] es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título. [...] El procedimiento es una vía de apremio, en que el juez realiza un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí sólo, porque se lo impide el principio de paz jurídica [...] [l]a ausencia de fase de cognición conlleva el

34. Cal destacar la STC 41/1981, de 18 de desembre, que ha estat seguida per altres sentències, com la STC 217/1993, de 30 de juny, la STC 69/1995, de 9 de maig, la STC 158/1997, de 2 d'octubre, i la STC 227/1997, de 15 de desembre. Basant-se en la nova regulació continguda en la LEC de l'any 2000, vegeu la Interlocutòria del Tribunal Constitucional 113/2011, de 19 de juliol.

35. «Art. 695 LEC. Oposición a la ejecución. 1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: 1.ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía. 2.ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.» «Art. 698 LEC. Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores. 1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.»

carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud.

Seguidament, en el fonament jurídic sisè s'afirma:

El hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al art. 24 de la Constitución. [...] Lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley hipotecaria y los estatutos del Banco X dejan abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limitan a establecer que sólo unas limitadas excepciones pueden producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del art. 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela».

La Sentència conclou en el fonament setè:

[A]quí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución.

Segons la meua opinió, un procediment executiu sumari ha de ser àgil, cosa que implica que no poden admetre's amb amplitud supòsits d'oposició que puguin suspendre i paraitzar el procediment. Tal com s'examinarà seguidament, fins i tot en el cas que existeixin clàusules abusives en el contracte d'hipoteca no són del parer de considerar convenient la paralització de l'execució, tenint en compte que moltes vegades aquestes clàusules abusives no han comportat un perjudici irreparable i greu en relació amb el deute que s'intenta satisfer mitjançant l'execució de la garantia.

De forma contrària pensa el TJUE en la Sentència de 14 de març de 2013, ja que considera que no es compleix el principi d'efectivitat quan la legislació espanyola no permet suspendre el procediment d'execució davant l'existència d'una clàusula abusiva, sinó que obliga la part executada a iniciar un procediment declaratiu perquè un altre jutge diferent del que coneix l'execució declari la nul·litat o no de la clàusula abusiva impugnada. El TJUE argumenta que l'adjudicació final a un tercer del bé hipotecat adquirirà caràcter irreversible, per la qual cosa, una vegada el jutge ordinari declari la nul·litat de la clàusula abusiva, la finca ja estarà en mans de l'adquirent de la

subhasta. Com se sap, la Llei 1/2013 ha afegit a l'article 695 LEC un quart motiu d'oposició, consistent en «el caràcter abusiu d'una clàusula contractual que constitueixi el fonament de l'execució o que hagués determinat la quantitat exigible».

Des del meu punt de vista, l'existència d'una clàusula abusiva no ha de ser suficient per a suspendre l'execució del procediment sumari, ja que la mateixa comportarà que s'hagi exigít potser un interès superior al permès legalment (els interessos moratoris usuraris) o s'hagi establert una clàusula sòl que crearà un desequilibri entre les parts.³⁶ En quasi tots aquests casos no es veurà alterada la qüestió principal que ha desencadenat l'execució, és a dir, que determinat deutor hipotecari ha desatès els pagaments de la seva obligació principal envers el creditor, i que se suspengui o no el procediment pel supòsit que existeixi o no una clàusula abusiva no impedirà que el deutor perdi, més tard o més d'hora, la garantia hipotecària. Estem en supòsits en què el deutor no pot afrontar el principal i els interessos del deute, per això s'ha arribat a l'execució de la garantia, i l'existència d'una o més clàusules abusives no té la proporccionalitat suficient per a paralitzar o suspendre tot el procediment.

El que sí que considero positiu és que s'obligui les entitats adjudicatàries de les finques a oferir lloguers socials als subjectes executats, de manera que no hagin d'abandonar l'habitatge hipotecat anteriorment i ara ja propietat del banc adjudicatari. Però el fet que existeixi una clàusula abusiva no impedirà que tard o d'hora el deutor perdi l'immoble. Cal afegir que la suspensió del procediment d'execució moltes vegades pot anar en contra de l'executat, ja que els interessos de demora, tant si són els fixats per la llei com si són els fixats per la clàusula contractual si aquesta no és abusiva, continuaran meritant-se, per la qual cosa la dilació del procediment no el beneficiarà econòmicament, sinó que allargarà la seva agonia. Cal no oblidar que el col·lapse dels tribunals que hagin d'examinar milers de contractes d'hipoteques per si hi concorren clàusules abusives no ajudarà que els interessos que es vagin generant deixin d'incrementar-se.³⁷

36. Cal entendre que la clàusula d'interessos, a fi de tenir accés al Registre, només serà abusiva quan afecti els interessos moratoris, no quan afecti els interessos remuneratoris, ja que aquests formen part del preu. Així ho ha constatat el Col·legi de Registradors en un document publicat el dia 5 de juny de 2013 en referència a les clàusules que cal considerar que no tindran entrada en el Registre. En efecte, els registradors afirmen que «[e]n cuanto a la cuantía de los intereses remuneratorios, se considera que forman parte del precio, de forma que el registrador no puede declararlos abusivos, incluso cuando superen el límite legal de los intereses moratorios vigentes en el momento del otorgamiento de la escritura de hipoteca (en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 2012, y más recientemente en reunión de unificación de criterios con los presidentes de las Audiencias Provinciales)».

37. Només cal recordar la impròpia citació que fa la disposició addicional quarta de la Llei 1/2013 respecte dels procediments d'execució en curs, en què les parts disposen del termini d'un mes per a formular l'oposició basada en l'existència de clàusules abusives en els contractes d'hipoteca. No hi ha dubte que això està comportant un col·lapse dels jutjats i tribunals que l'única cosa que fa és dilatar les execucions, que es produiran igualment.

6. NOVA PERSPECTIVA DEL PROBLEMA MITJANÇANT EL CONTROL DE LES CLÀUSULES ABUSIVES EN ELS CONTRACTES D'HIPOTECA

El TJUE ha tingut diverses ocasions per a pronunciar-se sobre l'adequació de les legislacions internes a la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors. Es parteix de la base que el consumidor es troba en una situació d'inferioritat respecte al professional que imposa les clàusules contractuals, tant pel que fa a la capacitat de negociació com pel que fa al nivell d'informació. Dit desequilibri entre les parts només es pot compensar, ha dit el TJUE, amb una intervenció positiva aliena a les parts del contracte. En diverses sentències el TJUE ha establert que el jutge nacional ha d'apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual inclosa en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 93/13 i, així, esmenar el desequilibri que existeix entre el consumidor i el professional (casos *Océano* (2000), *Mostaza Claro* (2006), *Pannon* (2009), *Asturcom* (2009) i *Banesto* (2012), entre d'altres). L'objectiu perseguit per l'article 6 de la Directiva, que obliga els estats membres a procurar que les clàusules abusives no vinculin els consumidors, no podria aconseguir-se si aquests tinguessin davant seu l'obligació de plantejar per si mateixos el caràcter abusiu de les clàusules. Per tant, la facultat del jutge per a examinar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula constitueix un mitjà idoni tant per a aconseguir el resultat previst en l'article 6 de la Directiva, és a dir, impedir que el consumidor individual quedi vinculat per una clàusula abusiva, com per a ajudar que s'aconsegueixi l'objectiu de l'article 7, ja que dit examen pot exercir un efecte dissuassori que contribueixi a posar fi a la utilització de les clàusules abusives en els contractes celebrats per un professional amb els consumidors.

El Tribunal Suprem espanyol s'ha pronunciat sobre la nul·litat parcial de les clàusules abusives en la STS d'1 de juliol de 2010 i ha afirmat que quan les clàusules abusives no afectin de forma substancial l'equilibri dissenyat per les parts, escauen la validesa i conservació del contracte a través de la regla de la nul·litat parcial («*utile per inutile non vitiatur*»). Només en el cas que les clàusules subsistents determinin una situació no equitativa en la posició de les parts que no pugui ser esmenada, es podrà declarar la ineficàcia total del contracte.

La protecció del consumidor enfront de les clàusules abusives va fer un pas més amb la important Sentència del TJUE de 14 de març de 2013 (cas *Aziz*), en la qual el Tribunal, després d'admetre implícitament que els contractes de préstec amb garantia hipotecària eren matèria sotmesa a la legislació de consumidors, va entrar en l'examen de l'adequació del procediment d'execució hipotecària vigent a Espanya amb la Directiva de protecció de consumidors en matèria de clàusules abusives (Directiva 93/13 CEE). En efecte, el Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona, mitjançant la Interlocutòria de 19 de juliol de 2011, planteja al TJUE una qüestió prejudicial en el primer punt de la qual li demana que es pronunciï sobre si les limitacions quant als motius

d'oposició en l'execució de béns hipotecats representen formalment i materialment una clara obstaculització al consumidor per a l'exercici de les accions i els recursos judicials que garanteixen una tutela efectiva dels seus drets. En un segon punt planteja al TJUE que es pronunciï sobre el concepte de *desproporció* en relació amb tres aspectes: *a*) la qüestió del venciment anticipat en contractes projectats en un llarg període de temps, per incompliments en un període molt limitat i concret; *b*) la fixació d'uns interessos de demora que no coincideixen amb els criteris de determinació dels interessos moratoris en altres contractes que afecten consumidors, ja que no disposen d'un límit legal clar; i *c*) la fixació de mecanismes de liquidació i fixació dels interessos variables realitzats de forma unilateral pel prestador, que no permeten al deutor executat plantejar oposició a la quantificació del deute en el procediment executiu.

En referència al primer punt, el TJUE estableix que el procediment executiu hipotecari espanyol s'oposa al de la Directiva de consumidors perquè no preveu la possibilitat de formular motius d'oposició basats en el caràcter abusiu d'una clàusula contractual. S'oposa a la Directiva també el fet que el jutge que coneix el procediment declaratiu per tal d'apreciar l'existència d'una clàusula abusiva pugui adoptar mesures cautelars i, entre aquestes, la suspensió del procediment d'execució hipotecària, quan el fet d'acordar tals mesures sigui necessari per a garantir la plena eficàcia de la seva decisió final. El Tribunal considera que l'adjudicació final a un tercer d'un bé hipotecat pot ser irreversible, excepte en el cas que l'executat demani l'anotació preventiva de la demanda de nul·litat, supòsit que poques vegades es produeix en la pràctica. S'afegeix que cal considerar, a més, que l'immoble executat és l'habitatge del consumidor i la seva família, i que una ulterior indemnització per danys i perjudicis no evita la pèrdua definitiva i irreversible de l'habitatge.

Amb caràcter general estic d'acord amb aquest primer punt de la resolució del TJUE, però crec que s'ha de matisar. La Sentència de 14 de març de 2013 estableix que el jutge que examini el procediment declaratiu iniciat pel perjudicat i al·legant l'existència d'una clàusula abusiva en el contracte d'hipoteca pot, com a mesura cautelar, suspendre el procediment executiu per tal d'evitar danys irreversibles. Fins aquí sembla del tot raonable. Però cal precisar que el TJUE estableix aquesta dràstica mesura quan «el caràcter abusiu de la clàusula contractual constitueixi el fonament del títol executiu», és a dir, quan es tracti d'una clàusula d'una importància tal que pugui provocar la nul·litat del tot el procediment, potser per la nul·litat del contracte d'hipoteca. És a dir, que s'ha de tractar de clàusules fonamentals en l'estructura del contracte, de forma que, declarades nul·les després de l'adjudicació del bé a un tercer, pot causar danys irreversibles. En el punt 64 de la Sentència el TJUE afegeix que s'han d'adoptar tals mesures cautelars quan sigui necessari per a garantir la plena eficàcia de la decisió final del jutge que examina el procediment declaratiu. Tot això implica que si la clàusula presumiblement abusiva impugnada no és de caràcter essencial i la seva estimació no provocaria en cap cas la nul·litat del procediment executiu hipotecari, no

pot adoptar-se la mesura de la suspensió de l'execució. Un clar exemple d'aquest fet podria ser l'existència, en la fixació dels interessos, d'una clàusula sòl que no permetria rebaixar la quantitat que el deutor ha de pagar perquè no és aplicable al contracte la baixada dels tipus d'interès per sota de determinat percentatge. Doncs bé, en aquests casos, segons la meua opinió, no es pot adoptar com a mesura cautelara la suspensió del procediment d'execució, ja que el fet que la clàusula sòl sigui abusiva només determina que es redueixi la quantitat deguda en la mesura en què es van cobrar de més els interessos en el moment en què van baixar per sota del percentatge establert. Estem parlant d'una quantitat dinerària petita en relació amb tot el deute existent. No podem perdre de vista que el deutor executat va sol·licitar un préstec que havia de retornar amb els seus interessos. El deutor no ha complert la seva obligació, cosa que provocarà l'execució de la garantia. Un procediment executiu ha de tenir uns motius d'oposició limitats i taxats, ja que si no és un procediment executiu i sumari. Cal entendre que la Sentència del TJUE de 14 de març de 2013 s'ha d'interpretar degudament amb els seus termes precisos, perquè se suposa que el que tampoc no es vol és que els deutors morosos al·leguin l'existència de clàusules abusives per tal de paraitzar els procediments executius. L'única cosa que això comportaria seria la paraització de procediments que tard o d'hora s'haurien de tornar a reiniciar, amb els consegüents costos.

Des del meu punt de vista, aquesta no és la solució. És cert que s'han de declarar nul·les les clàusules abusives, és cert que si s'ha establert un interès moratori per sobre del que es considera proporcionat i es creu que és usurari s'ha d'anul·lar la clàusula d'interessos, però tot això no provocarà l'extinció del deute que l'executat té amb el banc.³⁸ El deutor no ha restituit la quantitat prestada, per la qual cosa s'haurà d'executar la garantia tard o d'hora, existeixin o no clàusules abusives. Per tant, parlar de dany irreparable no és sensat en supòsits en els quals, declarada nul·la la clàusula abusiva pel jutge que decideix sobre el procediment declaratiu, el procediment executiu es reinicia i s'acaba executant la garantia, més tard però amb la mateixa contundència.

Una altra línia d'actuació és la que s'ha produït a partir de les sentències del Tribunal Suprem de 22 de febrer de 2013 i de l'Audiència Provincial (Secció Quarta) d'Oviedo de 20 de juliol 2010 i la Interlocutòria del Jutjat de Primer Instància Número 4 d'Arrecife de 8 d'abril de 2013. Aquestes tres resolucions tenen en comú que, davant de l'existència d'un préstec de caràcter usurari, l'òrgan judicial ha decidit la

38. No estic d'acord amb sentències com la de l'Audiència Provincial de Barcelona de 27 de gener de 2012, en la qual es considera que l'interès de demora del 29 % és usurari i desproporcionat i el magistrat el modera en el 15 %. Això és fer un gran favor a la banca, que no dubtarà a continuar establint interessos moratoris usuraris, ja que, en el remot supòsit que el client interposi una demanda davant dels tribunals contra el seu caràcter abusiu, aquests l'hi deixaran al percentatge que ja hagués pactat normalment i que li continua comportant ingents beneficis. Sobre aquesta qüestió ha resolt també el TJUE en la Sentència de 14 de juny de 2012 (cas Banesto), on s'estableix que els jutges nacionals estan obligats únicament a deixar sense aplicació la clàusula contractual abusiva, a fi que aquesta no produeixi efectes vinculants per al consumidor, i no estan facultats per a modificar-ne o moderar-ne el contingut.

nul·litat absoluta del contracte, tant de préstec com d'hipoteca, i no ha aplicat la regla «*utile per inutile non vitiatur*». Això significa que el gravamen hipotecari que requeia sobre la finca desapareix i que el prestatari deutor només està obligat a restituir la suma rebuda en concepte de préstec.

Des del meu punt de vista, quan una clàusula d'interessos (en la majoria dels supòsits, moratoris) es considera nul·la perquè és abusiva, atès el seu caràcter usurari, cal establir la nul·litat parcial, és a dir, la nul·litat només de la clàusula, no de tot el contracte. En els supòsits descrits, el fet que el deutor s'hagi convertit en deutor ordinari de determinada quantitat prestada implica que el banc creditor exercitarà l'acció de reclamació i demanarà l'embarcament de la finca i de la resta de béns del patrimoni del deutor. Això comportarà que, si no hi ha creditors que tinguin preferència, l'entitat bancària tard o d'hora aconseguirà executar la finca en subhasta pública i cobrar la totalitat del deute. A la fi, el que s'ha produït és una dilació del procediment, amb l'increment del cost d'aquest en bona part malgastant recursos públics.

En referència al segon punt, el TJUE és més breu i imprecís. Sobre la qüestió del venciment anticipat en les contractes de llarga durada, diu que el professional pot utilitzar aquesta facultat de donar per vençuda anticipadament la totalitat del préstec quan el consumidor hagi incomplert una obligació que comporti caràcter essencial en el marc de la relació contractual, és a dir, quan estiguem davant d'un incompliment suficientment greu respecte a la durada i la quantia del préstec. En aquest aspecte, crec que el TJUE no diu que estiguem davant d'una clàusula abusiva, sinó que diu que la facultat pactada en el contracte s'ha d'utilitzar de forma proporcionada davant d'un incompliment greu. Això pot significar que no pot exercir-se aquesta facultat en el supòsit d'incompliment d'una mensualitat o dues, però pot interpretar-se que l'incompliment superior a tres mensualitats podria considerar-se suficientment greu. Per tant, no estem davant d'una clàusula abusiva, sinó que l'exercici de la facultat per part del creditor s'ha de fer de forma proporcionada i no abusiva.

Respecte d'aquesta qüestió, la Sentència del Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona de 2 de maig de 2013, que va plantejar la qüestió prejudicial que va donar lloc a la Sentència del TJUE de 14 de març de 2013, estableix que l'incompliment de quatre mensualitats és un percentatge molt petit respecte del total que suma el deute, tant si es considera només el capital degut com si s'hi afegeixen els interessos remuneratoris.³⁹ En la resolució del TJUE de 14 de març de 2013 es diu que, en relació amb el venciment anticipat dels deutes a termini, el jutge nacional ha de comprovar «si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter

39. La Sentència del Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona de 2 de maig de 2013 afirma que «[e]l contrato se pactó con una duración de 33 años —396 meses—, el vencimiento anticipado se produce cuando se han constatado 4 incumplimientos, es decir en términos temporales cuando se había producido un incumplimiento equivalente al 1,01 % del plazo total pactado».

esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo». Basant-se en aquestes argumentacions, el Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona declara nul·la la clàusula de venciment anticipat del préstec, ja que considera que no es tracta d'un incompliment suficientment greu.

Davant d'aquesta opinió, al meu entendre la clàusula continguda en tots els contractes de prestacions a termini deriva de l'excepcionalitat del sinal·lagma funcional en aquest tipus d'obligacions recíproques, per la qual cosa considero que són del tot admissibles. Quant a si l'incompliment és suficientment greu o no, crec que l'incompliment de quatre mensualitats ja indica que tampoc no es compliran les restants, ja que la situació del deutor és molt precària. Si no fos així, fins quan l'incompliment no s'hauria de considerar suficientment greu? Crec que el fet que el deute sigui de més de cent trenta mil euros i l'incompliment sigui de pocs milers d'euros no és suficient per a considerar que no és greu. És clar que el deutor no podrà pagar les mensualitats ulteriors. Arribats a aquest moment, cal pensar que l'entitat bancària ha parlat amb el deutor i ha considerat si és procedent la proposició d'una moratòria, la reunificació dels deutes existents o la introducció d'ulteriors garanties reals o personals. Esgotats aquests aspectes, és evident que no cal esperar que passin un o dos anys per a entendre que el deutor no podrà fer front al deute.⁴⁰

A més, sorprèn que es declari abusiva una clàusula que l'únic que fa és transcriure el que ja diu la llei en l'article 1129 CC, en la regulació de les obligacions a termini, quan afirma que «[p]erderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras». Amb això afirma que no té gaire sentit dir que una clàusula és abusiva quan, si no consta en el contracte d'hipoteca,

40. L'argumentació del magistrat ponent de la Sentència citada arriba a reconèixer que estem davant d'un incompliment greu: «Sin duda es grave que el deudor haya dejado de pagar 4 cuotas aunque dicho incumplimiento pudiera ser previsible conforme a los datos de los que disponía la entidad financiera respecto del patrimonio e ingresos del Sr. J. M. incluso en el supuesto de que mantuviera su puesto de trabajo en las condiciones económicas referidas en la nómina —debía aplicar más del 70 % de sus únicos ingresos fijos reconocidos al pago del préstamo—. Pero la cuestión es la de determinar si el incumplimiento era suficientemente grave, y lo cierto es que resulta muy complicado entender que con la cantidad solicitada como préstamo y el plazo pactado, incumplimientos como los advertidos no debían ser considerados suficientemente graves cuando además eran previsibles».

és igualment aplicable, ja que deriva de la lletra de la llei.⁴¹ Cal dir que la mateixa LEC estableix, en el cas de declaració del venciment anticipat, la facultat del deutor d'enervar dit venciment anticipat mitjançant la consignació de les quantitats degudes. D'aquí es pot deduir que la justificació del venciment anticipat existeix des del moment que queda palès, si el deutor no enerva aquest efecte, que no pot fer-se càrrec dels terminis propers del deute a termini i que, per tant, estem davant d'un incompliment greu.⁴²

A tot això cal afegir que és lògic que el creditor declari vençut el deute a termini davant de l'incompliment, ja que si no no podrà iniciar la reclamació perquè es procedeixi a l'execució de la garantia hipotecària. Per a poder reclamar un deute, aquest ha de ser líquid i exigible, i no ho serà en la seva totalitat si no es declara vençut el termini de què disposava al seu favor el deutor. Tot sembla obeir a una lògica jurídica. No crec que hagi estat encertada la decisió de considerar que la clàusula de venciment anticipat és abusiva, ja que és una solució legal i contractualment coherent amb el sistema de reclamació d'obligacions pecuniàries.

Diferent seria entendre que no pot declarar-se el venciment anticipat per al cas d'incompliment de deures accessoris per part del deutor, sinó que s'ha de referir a un incompliment greu i principal.⁴³

41. En la regulació de les execucions hipotecàries, l'art. 693.2 LEC també estableix que «[p]odrá 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 alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro».

42. L'art. 693.3 LEC estableix que «el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. [...] Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior. Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor».

43. En aquest sentit, el document publicat pel Col·legi de Registradors el dia 5 de juny de 2013 estableix la no-inscripció de clàusules que estableixin un venciment anticipat per incompliment de deures accessoris: «El pacto de vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008 y 16 de diciembre de 2009 la rechazan razonando que “resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida” [...] No obstante, debe tenerse sumo cuidado con la aplicación de este criterio de accesoriedad a las concretas cláusulas de vencimiento anticipado pues, como la propia resolución de 2011 indica, la apreciación de la relevancia de la obligación incumplida depende de cada caso en particular y deberá atenderse, como se ha expuesto anteriormente, a la naturaleza de la obligación garantizada y la finalidad del préstamo».

Quant a la qüestió de la fixació dels interessos de demora, s'argumentava en la qüestió prejudicial que en altres matèries, com en la llei de crèdit al consum (Llei 16/2011, de 24 de juliol), s'estableix un límit legal (2,5 vegades l'interès legal del diner: art. 20.4) com a màxim a exigir per a interessos moratoris en els descoberts tàcits dels contractes de comptes a la vista. Davant d'això, el TJUE no clarifica gaire la qüestió i només diu que el jutge ha de comprovar en particular les normes nacionals aplicables entre les parts (per tant, si no és aplicable la llei del crèdit al consum no podrà considerar-se aplicable aquell límit) i també ha de comprovar que el tipus d'interès de demora fixat respecte al tipus d'interès legal no va més enllà del que sigui necessari.

En la Sentència del Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona de 2 de maig de 2013, que va donar lloc a la qüestió prejudicial del TJUE en la Sentència de 14 de març de 2013, s'estableix que la clàusula del 18,75 % d'interessos moratoris existents en el contracte d'hipoteca és abusiva i, per tant, la declara nul·la de ple dret. Ho expressa amb aquestes paraules la Sentència de 2 de maig de 2013:

En el debate legislativo y judicial abierto tras la publicación de la STJUE de 14 de marzo de 2013 se ha considerado que un interés de demora superior a 2 ó 3 veces el interés legal del dinero debería considerarse abusivo por lo que el interés de demora pactado —un 18,75 %— debe considerarse abusivo: tanto si se considera que es un instrumento a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, por lo que el tipo de interés de demora sería claramente excesivo cuando rebasa ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. La entidad financiera al ponderar el alcance de la sentencia TJUE no ha dedicado argumento alguno a justificar o concretar los perjuicios causados por la mora; como si se considera que con el interés de demora se pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

En aquest punt, estic totalment d'acord amb el que estableix el Jutjat Mercantil Número 3, ja que l'interès de demora pactat és excessiu tant si té per finalitat reparar els perjudicis produïts a l'entitat bancària com si té per finalitat prevenir un incompliment dels deutors davant del generós percentatge de l'interès.

També estic d'acord en el fet que en la Sentència s'aplica la doctrina derivada del TJUE referent que el jutge, davant d'una clàusula abusiva, no pot moderar-la o modificar-la, sinó que la declaració de nul·litat implica que la clàusula desapareix del contracte, que continuarà si no es tractava d'un element essencial d'aquest i el qual no es desnaturalitza sense aquella clàusula. Així ho ha establert la Sentència del TJUE (cas Banesto) de 14 de juny de 2012 (par. 65) en establir que «los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláu-

sulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible».

És del tot raonable i encertada l'argumentació que es fa d'aquesta solució, ja que (continua dient el TJUE, par. 69) «la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales».

La citada Sentència del TJUE (cas Banesto) va establir que l'article 83 LGDCU (2007) espanyola no podia aplicar-se, ja que anava en contra de la Directiva sobre clàusules abusives 93/13. En efecte, en el paràgraf 73 de la Sentència del TJUE de 14 de juny de 2012 (cas Banesto) s'afirma que «[a] la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».⁴⁴

En coherència amb aquesta interpretació, cal considerar que si en un contracte de préstec existeix una clàusula d'interès de demora que es considera abusiva (en la Sentència del cas Banesto era del 29%), el tribunal nacional, com que està obligat al seu examen d'ofici, l'haurà de declarar nul·la (nul·litat parcial) i, per tant, com a no posada. El contracte podrà continuar sent eficaç i vàlid si la clàusula no n'ha alterat elements substancials. En aquest sentit, no podrà moderar-se l'interès moratori, sinó que la clàusula que el conté quedarà sense contingut.

Si bé això sembla acceptat per tothom, cal considerar que en el nostre ordenament jurídic hi ha l'article 1108 CC, que estableix que «[s]i la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal». Això ens porta a un altre problema: el fet que la clàusula d'interessos moratoris sigui abusiva perquè és desproporcionada, desequilibrada o usurària, i que s'hagi de declarar nul·la, no

44. L'art. 83.2 del text refós de la LGDCU 2007 estableix que «[l]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de 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. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato».

implica que no s'hagin de satisfer interessos moratoris davant de l'incompliment. És a dir, en desaparèixer la clàusula d'interessos i no poder-se aquests moderar, no quedarà en el 0 % l'interès moratori, ja que l'article 1108 CC estableix que, en cas d'obligacions de diner, el dany de l'incompliment morós serà, com a mínim, l'interès legal del diner. En aquest cas, l'article 1108 CC no pot entrar en contradicció amb la jurisprudència del TJUE, ja que no estem davant d'una facultat moderadora del Tribunal, sinó davant l'aplicació de l'ordenament jurídic en cas d'incompliment morós. Per tant, des del meu punt de vista, en els casos en què hi hagi una clàusula d'interessos moratoris abusiva, caldrà declarar-la nul·la, però serà d'aplicació l'article 1108 i caldrà condemnar a la indemnització dels danys moratoris, consistents en l'interès legal del diner.

Quant a la qüestió de la liquidació unilateral pel prestador de l'import del deute impagat, diu el TJUE que el jutge ha de determinar si la clàusula de què es tracta representa una excepció a les normes aplicables a falta d'acord entre les parts, de manera que dificulta l'accés del consumidor a la justícia i l'exercici del seu dret de defensa. Això implica que no estem, en la generalitat dels casos, davant d'una norma contrària a la Directiva, sinó que és el jutge qui ha d'analitzar cas per cas l'adequació del supòsit amb els mitjans de defensa del consumidor.

En referència a aquest aspecte, el Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona diu en la citada Sentència de 2 de maig de 2013 que, com que és abusiva la clàusula de venciment anticipat, també ha de considerar-se abusiva la liquidació feta per l'entitat bancària, ja que s'hi computa la totalitat del deute i l'aplicació dels interessos moratoris, també declarats abusius. Però, al meu entendre, per si sola l'entitat bancària pot establir la determinació de la quantitat líquida exigible, sempre que aquesta es correspongui exactament amb allò degut.⁴⁵

7. MESURES ADOPTADES PEL PODER EXECUTIU

Davant l'alarma social creada pels llançaments provocats pels creditors hipotecaris i la pressió que determinats partits polítics i plataformes socials han exercit, l'executiu espanyol ha adoptat determinades mesures normatives, la majoria per mitjà de reials decrets llei, amb caràcter d'urgència, que han intentat pal·liar els dramàtics efectes

45. La Sentència de 2 de maig de 2013, repetidament esmentada, afirma: «Por lo tanto aunque con carácter general el Tribunal Supremo español ha permitido en el caso de pólizas de préstamo considerar líquida *ab initio* la deuda dimanante y considerar válido el pacto de liquidez, lo cierto es que dichos pronunciamientos no pueden eludir que la concreta liquidación de la deuda, cuando se haga aplicando cláusulas que finalmente se hayan declarado abusivas, haya de determinar que dicha cláusula de liquidez deba reputarse abusiva cuando habilita al acreedor a acudir a un procedimiento de ejecución tan extremadamente severo como el previsto en la LEC tanto para la ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados, como para la ejecución de títulos no judiciales en general».

de les execucions hipotecàries dels últims anys.⁴⁶ Es pot avançar que cap de les mesures adoptades i que ara s'examinaran ha estat revolucionària ni definitiva, sinó que s'ha intentat posar pedaçs a una situació determinada sense que s'hagi solucionat el problema existent. És cert que l'executiu no podia aprovar una llei de la dació en pagament amb caràcter retroactiu i aplicable a tots els casos, com demanaven determinats grups i plataformes socials d'afectats. En primer lloc, perquè les normes del joc no poden canviar-se a mitja partida i qui ha signat un contracte d'hipoteca sense cap limitació de responsabilitat, s'ha d'atenir a allò pactat. En segon lloc, perquè una solució dràstica i retroactiva podria provocar les anomenades *insolvències estratègiques*, és a dir, que determinats deutors que poden continuar pagant deixin de fer-ho en veure que la suma del deute que tenen amb el banc és superior o igual que el valor que actualment té la garantia.⁴⁷ Una solució podria ser establir mesures de condonació parcial o d'ajuda a les persones i famílies més desfavorides, a través de lloguers socials, moratòries, congelació d'interessos i quitaments. Però això és perillós perquè pot provocar que aquestes persones no intentin sortir de la penúria econòmica, és a dir, no vulguin treballar o treballin en l'economia submergida, per no veure's privades d'aquests ajuts, cosa que provoca que el problema s'allargui i es perpetui, sense una solució clara.

La normativa aprovada per l'executiu, principalment, és:

— *Reial decret llei 8/2011, d'1 de juliol, de mesures de suport als deutors hipotecaris, de control de la despesa pública i cancel·lació de deutes amb empreses i autònoms contrets per les entitats locals, de foment de l'activitat empresarial i impuls de la rehabilitació i de simplificació administrativa.*

Aquest Reial decret llei estableix determinades mesures davant l'especial dificultat amb què alguns dels deutors hipotecaris es troben per tal de poder atendre les

46. La utilització del format de decret llei és pròpia d'un parlament en què el partit del Govern té majoria absoluta; això li evita un desgastador debat parlamentari i li permet ratificar al cap de trenta dies la norma amb força de llei.

47. Tot i això, el Parlament Europeu va publicar el 30 d'abril de 2013 un informe, del qual ha estat ponent l'eurodiputada Karima Delli, on es dona un toc d'atenció al Govern espanyol sobre la conveniència de la dació en pagament, amb aquests termes: «2. Acoge favorablemente la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2011, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (2011/0062(COD)), que se propone limitar el endeudamiento excesivo de las familias; pide que la normativa europea sobre hipotecas incorpore las mejores prácticas que sean más favorables para los consumidores; pide también que se incluyan procesos de renegociación de la deuda o la dación en pago para los deudores y las familias en situación de quiebra; pide a los Estados miembros que impidan que las familias desahuciadas sigan teniendo que devolver sus créditos hipotecarios; pide a la Comisión y a los Estados Miembros que aborden la solución del drama social que plantean los desahucios y la pérdida de la vivienda para los más afectados por la crisis económica y el desempleo; recuerda además que estos se producen en un contexto de grandes ayudas públicas destinadas al saneamiento del sistema financiero europeo; pide a los Estados miembros que se esfuercen por ofrecer soluciones alternativas a los desahucios». Els resultats de la votació respecte del paràgraf 12 transcrit van ser els següents: 318 vots a favor, 269 en contra i 52 abstencions. I en el conjunt de l'informe: 353 vots a favor, 151 en contra i 189 abstencions.

obligacions de pagament dels seus préstecs. Això no obstant, aquesta norma manté plenament els elements fonamentals de la garantia dels préstecs hipotecaris i, amb aquesta, la seguretat i la solvència del sistema hipotecari.

Les principals mesures que adopta aquesta norma són:

a) S'eleva el llinard d'inembargabilitat quan el preu obtingut per la venda de l'habitatge hipotecat en un procediment d'execució hipotecària sigui insuficient per a cobrir el crèdit garantit. Exclusivament per als deutors hipotecaris que han perdut l'habitatge habitual, s'eleva la quantitat inembargable del salari mínim en un 50 % i un 30 % addicional per cada familiar del nucli que no percebi ingressos propis regulars, un salari o una pensió superior a dit salari mínim.⁴⁸

Aquesta mesura tindrà eficàcia retroactiva, en el sentit que afectarà supòsits en què ja s'ha produït l'execució de la garantia hipotecària i en els quals el creditor executant instarà l'agressió del patrimoni del deutor per a cobrar la resta del deute. La solució d'aquesta norma no paralitza en cap cas la producció d'interessos moratoris, que aniran incrementant el deute, per la qual cosa en certa manera no se soluciona el problema, sinó que es posposa.

Aquesta mesura d'eleva el salari mínim inembargable no em sembla gaire adequada. S'eleva el salari mínim un 50 % general més un altre 30 % per cada familiar sense ingressos regulars. El problema que això pot generar és que la unitat familiar tingui motius per a deixar de pagar el crèdit fins i tot en el supòsit que pugui fer-se'n càrrec, sabent que les quantitats rebudes en concepte d'ajuts i prestacions no podran ser embargades. Això pot, fins i tot, fomentar l'economia submergida en el mercat laboral, ja que si constessin aquests ingressos derivats d'un contracte de treball, perdrien els beneficis de la normativa que s'examina. També pot provocar la necessitat d'accedir al mercat no oficial del crèdit per al col·lectiu que veurà impedita la concessió de crèdits en el mercat financer ordinari, per la qual cosa hauran de dirigir-se al mercat clandestí, amb greu perjudici per a les seves economies.

b) Es modifica la LEC (art. 669.1) en el sentit que per a prendre part en la subhasta els postors han de dipositar prèviament el 20 % del valor que s'hagi donat als béns; abans d'aquesta reforma s'exigia un 30 %.

No obstant això, la modificació més substancial en aquesta matèria es produeix amb la nova redacció de l'article 671 LEC, que estableix que «[s]i en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación. Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciera uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

Un aspecte negatiu que s'ha destacat respecte de la modificació d'eleva del 50 % al 60 % el valor de taxació en les adjudicacions del creditor executant quan la subhas-

48. En una família amb un sou i un fill, el nivell del salari mínim seria de 1.350 €. Vegeu B. ARRUÑADA, «La reforma de la responsabilidad hipotecaria (1)», RCDI, núm. 731, p. 1275.

ta ha quedat deserta, és que es corre el risc d'alentir les adjudicacions, ja que l'entitat executant pot decidir no adjudicar-se la finca, cosa que pot arribar a provocar el deteriorament de l'immoble i la reducció del preu final si s'inicia una altra execució.⁴⁹

Des del meu punt de vista, la mesura és encertada, ja que s'ha vist en la pràctica que l'adjudicació de la finca per part del creditor executant pel 50 % pot veure's com a abusiva i injusta, especialment en els supòsits en els quals l'entitat bancària aconseguix vendre posteriorment la finca per un valor molt superior a aquest 50 % del valor de taxació. Crec que els supòsits en què el valor de la finca ha disminuït considerablement entre el moment de la taxació —concessió del préstec amb garantia hipotecària— i el moment de la celebració de la subhasta pública no són gaire nombrosos. Si bé és cert que el valor dels immobles s'ha estancat i que en alguns casos ha disminuït lleugerament, el principal problema ha estat que les taxacions estaven inflades i sobrevaloraven el valor de l'immoble.

El percentatge del 60 % es pot considerar adequat, tenint en compte la seva aplicació amb caràcter retroactiu. Si el percentatge es fixés en el 70 % o el 80 %, amb caràcter general crec que podria solucionar determinats problemes respecte de les hipoteques existents i en procés de ser executades, però a la llarga comportaria un increment de l'onerositat per al client en la concessió de préstecs hipotecaris.

— *Reial decret llei 6/2012, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos*

La finalitat d'aquesta norma és permetre la reestructuració del deute hipotecari de les persones que pateixen dificultats extraordinàries per a complir els pagaments, i també flexibilitzar l'execució de la garantia real. Es tracta, per tant, de mesures molt particulars destinades a col·lectius molt concrets. El preàmbul estableix clarament que aquestes mesures no deterioraran els elements fonamentals de la garantia hipotecària, la solvència i la seguretat de la qual s'han consolidat en el nostre sistema hipotecari. El sistema estudia l'elaboració d'un codi de bones pràctiques al qual voluntàriament podran adherir-se les entitats de crèdit.

El present Reial decret llei ha estat modificat per la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social.

Les mesures establertes en aquest Reial decret llei s'apliquen als contractes de préstec o crèdit garantits amb hipoteca immobiliària quan el deutor es troba situat en el llinard d'exclusió. Aquestes mesures també són aplicables als avalistes hipotecaris respecte del seu habitatge habitual i amb les mateixes condicions que les establertes per al deutor hipotecari. L'extensió de la protecció a l'avalista s'ha produït mitjançant la reforma operada per la Llei 1/2013.

La situació del llinard d'exclusió es defineix en l'article 3 i requereix la concurrència dels següents requisits:

49. B. ARRUNADA, «La reforma de la responsabilidad hipotecaria (1)», p. 1274.

— Que el conjunt d'ingressos dels membres de la unitat familiar no superi el límit de tres vegades l'*indicador público de renta de efectos múltiples*. Aquest límit serà de quatre vegades en el cas que algun dels membres de la unitat familiar tingui declarada una discapacitat superior al 33 %, una situació de dependència o una malaltia que l'incapaciti per a realitzar una activitat laboral; o de cinc vegades en cas que el deutor hipotecari tingui paràlisi cerebral, una malaltia mental o una discapacitat intel·lectual amb un grau de discapacitat reconegut igual o superior al 33 %, o una discapacitat física o sensorial amb un grau de discapacitat reconegut igual o superior al 65 %, així com en els supòsits de malaltia greu que incapaciti acreditadament la persona o el seu cuidador per a realitzar una activitat laboral.

— Que en els quatre anys anteriors al moment de la sol·licitud, la unitat familiar hagi patit una alteració significativa de les seves circumstàncies econòmiques, en termes d'esforç d'accés a l'habitatge (és a dir, que la càrrega hipotecària sobre la renda familiar s'hagi multiplicat per 1,5 com a mínim), o hagin sobrevingut en dit període circumstàncies familiars d'especial gravetat.

Es consideren com a circumstàncies familiars d'especial vulnerabilitat, la família nombrosa, la unitat familiar monoparental amb dos fills a càrrec, la unitat en què algun dels seus membres tingui declarada una discapacitat superior al 33 %, una situació de dependència o una malaltia que l'incapaciti de forma permanent per a realitzar qualsevol activitat laboral, i la unitat familiar de la qual formi part un menor de tres anys.

— Que la quota hipotecària resulti superior al 50 % dels ingressos nets que percebi el conjunt dels membres de la unitat familiar.

El codi de bones pràctiques, annex a la norma comentada, té tres fases d'actuació:

a) Aplicació d'una carència en l'amortització del capital i una reducció del tipus d'interès (Euribor + 0,25) durant cinc anys (la redacció del 2011 deia quatre anys), així com l'ampliació del termini total d'amortització fins a un màxim de quaranta anys a comptar des de la concessió del préstec.

b) Si aquestes mesures no han servit per a reestructurar la situació, les entitats poden, amb caràcter potestatiu, oferir als deutors un quitament sobre el conjunt del deute. Es considera que la reestructuració ha estat inviable si la quota hipotecària mensual és superior al 50 % (en la redacció del 2011 s'establia el 60 %) dels ingressos que perceben conjuntament tots els membres de la unitat familiar. La norma estableix uns paràmetres que haurà d'utilitzar l'entitat bancària per al càlcul del quitament, que podrà ser del 25 %, com a primera opció. Cal tenir en compte que aquestes mesures també poden ser sol·licitades pels deutors que es trobin en un procediment d'execució hipotecària en el qual ja s'hagi produït l'anunci de la subhasta.

c) Si cap de les dues mesures anteriors aconsegueix reduir l'esforç hipotecari dels deutors a límits assumibles per a la seva viabilitat financera, aquests poden sol·licitar, i les entitats han d'acceptar, la dació en pagament com a mitjà alliberador defi-

nitiu del deute. En aquest cas, les famílies poden romandre en el seu habitatge durant el termini de dos anys satisfent una renda anual del 3 % de l'import total del deute en el moment de la dació. Durant aquest termini, l'impagament de la renda meritarà un interès de demora del 10 %.

S'estableix també la possibilitat que les entitats puguin pactar amb els deutors la cessió d'una part de la plusvàlua generada per l'alienació de l'habitatge, en contraprestació per la col·laboració que el deutor presti en la transmissió.

La norma defineix en l'article 3 el llinar d'exclusió, és a dir, la situació econòmica que permet a determinats subjectes acollir-se a les mesures del present Reial decret llei. Entre aquestes cal destacar les següents: que tots els membres de la unitat familiar estiguin mancats de rendes del treball; que la quota hipotecària resulti superior al 60 % dels ingressos nets del conjunt de la unitat familiar; i que manquin qualsevol altres béns titularitat de qualsevol membre de la unitat familiar, principalment.

Pel que fa als interessos moratoris, els deutors que estiguin en el llinar d'exclusió veuran com els interessos moratoris que han de satisfer seran com a màxim el resultat de sumar als interessos remuneratoris pactats un 2 % sobre el capital pendent del préstec (la redacció del 2011 deia un 2,5 %).

— *Reial decret llei 27/2012, de 15 de novembre, de mesures urgents per a reforçar la protecció als deutors hipotecaris*⁵⁰

El tercer Reial decret llei es dicta amb caràcter excepcional i urgent i té per objecte principalment la suspensió immediata i per un termini de dos anys dels desnonaments de les famílies que es trobin en una situació d'especial risc d'exclusió.

Cal dir que aquest Reial decret llei 27/2012 ha quedat en gran manera sense contingut a partir de l'aprovació de la Llei 1/2013, que passem tot seguit a comentar.

50. El dia 30 de novembre de 2012 *El Periódico de Catalunya* publicava aquesta notícia: «Dimarts de la setmana passada, a Brussel·les, el ministre d'Economia va xifrar en 600.000 les famílies que es podrien beneficiar de la *moratòria de dos anys* dels desnonaments aprovada pel Govern mitjançant decret llei. No obstant, aquest dijous, durant l'aprovació parlamentària de la norma, *Luis de Guindos* ha rebaixat sensiblement aquesta xifra. "A un total de 120.000 famílies se'ls podrà aplicar la moratòria una vegada hagin perdut la vivenda. Però seran menys, perquè no es produeixen 120.000 desnonaments a l'any", ha dit el ministre al Congrés. No obstant, fonts d'Economia han explicat després que no hi havia cap contradicció entre les dues xifres. Quan va donar la dada de 600.000, van dir aquestes fonts, De Guindos es referia als beneficiaris potencials. És a dir, als que compleixen aquests dos requisits: guanyar menys de 19.000 euros a l'any i destinar més del 50 % dels seus ingressos a la hipoteca. Però el reial decret imposa a més altres requisits, bàsicament de tipus familiar. D'aquí ve la xifra de 120.000».

8. MESURES ADOPTADES PEL PODER LEGISLATIU. LA LLEI 1/2013, DE 14 DE MAIG, DE MESURES PER A REFORÇAR LA PROTECCIÓ ALS DEUTORS HIPOTECARIS, REESTRUCTURACIÓ DE DEUTE I LLOGUER SOCIAL

Arran de la Sentència del TJUE de 14 de març de 2013 i del debat social que aquesta va generar, el Govern de l'Estat es va veure obligat a presentar un projecte de llei de modificació de determinades lleis i decrets per tal d'adaptar la legislació actual a les interpretacions que la citada Sentència del Tribunal de Luxemburg va establir.

La Llei 1/2013 consta de quinze articles, però només els dos primers són articles de desenvolupament de la legislació: la resta són modificacions de diverses lleis. En efecte, l'article 3 estableix la modificació de determinats preceptes de la LH, l'article 4 estableix la modificació de la Llei del mercat hipotecari, l'article 7 i els següents estableixen la modificació de la LEC, i s'afegeix una modificació del Reial decret llei 6/2012, tal com s'ha comentat anteriorment.

La Llei 1/2013 no estableix novetats especials respecte a la regulació que existia fins al moment, excepte en qüestions forçades per la Sentència del Tribunal de Luxemburg.

En el seu article 1 estableix el mateix que ja es deia en el Decret llei 27/2012, de 15 de novembre, respecte a la suspensió del llançament durant dos anys des de l'entrada en vigor de la llei quan en un procediment judicial o extrajudicial d'execució hipotecària s'ha adjudicat al creditor l'habitatge de persones que es troben en un supòsit d'especial vulnerabilitat. Segons l'article 2, la concurrència d'aquestes circumstàncies l'ha d'acreditar el deutor en qualsevol moment del procediment d'execució hipotecària i abans del llançament davant del jutge o notari encarregat del procediment.

L'article 3.2 de la Llei modifica l'article 114 LH quan diu que «[l]os intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Aquest article introdueix un límit als interessos de demora, com n'estableix un la Llei de crèdit al consum en relació amb els comptes corrents al descobert (cfr. art. 20 de la Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum).⁵¹

La qüestió prejudicial presentada davant del TJUE pel Tribunal del Jutjat Mercantil Número 3 de Barcelona feia una pregunta referent a la diferència no justificada

51. L'art. 20.4 de la Llei de crèdit al consum diu: «En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero».

respecte de la limitació dels interessos de demora en alguns àmbits i no en altres, sense gaire justificació, ja que en ambdós supòsits estem davant del dret dels consumidors.

Es modifica l'article 129 LH quant al procediment d'execució extrajudicial de la garantia hipotecària. S'introdueix la novetat especial consistent que, quan el notari consideri que alguna de les clàusules del préstec hipotecari que constitueix el fonament de la venda extrajudicial o que hagi determinat la quantitat exigible pot tenir caràcter abusiu, ho ha de posar en coneixement del deutor, el creditor i, si escau, l'avalista i l'hipotecant no deutor, a l'efecte oportú. El notari ha de suspendre la venda extrajudicial quan qualsevol de les parts acreditat que ha presentat davant del jutge competent una demanda sobre el caràcter abusiu de dites clàusules contractuals. Això té relació directa amb la Sentència del TJUE de 14 de març de 2013 (paràgrafs 59 i 64), que considera que l'existència de clàusules abusives ha d'entendre's com un supòsit de suspensió del procediment d'execució, sempre que dita clàusula contractual constitueixi el fonament del títol executiu i que la suspensió sigui necessària per a garantir la plena eficàcia de la decisió final. Aquestes consideracions de la Sentència del TJUE han fet que es modifiqués l'article 695 LEC, que regula les causes d'oposició del procediment executiu, al qual s'afegeix una quarta causa segons la qual s'admetrà l'oposició de l'executat quan es fonamenti en una de les causes següents: «4ª. El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

Des del meu punt de vista, reitero que la possibilitat d'oposició al procediment executiu s'hauria de permetre quan la impugnació de la clàusula abusiva sigui determinant per a l'acció executiva, no quan dita clàusula abusiva no alteri el fonament de la pretensió. Així, per exemple, si estem impugnant una clàusula sòl que és abusiva, però que en realitat no ha arribat a aplicar-se o que la seva aplicació ha comportat el cobrament en excés d'una quantitat insignificant respecte del deute principal, no hauria de suspendre's el procediment. Les normes s'han d'aplicar en la seva justa mesura i proporcionalitat. Si no, estarem donant armes als deutors morosos per a perllongar al seu arbitri l'acció de la justícia. Si s'examina la lletra de l'article 695 LEC modificat, pot observar-se que la suspensió pot acordar-se quan la clàusula abusiva constitueixi el fonament de l'execució, però també quan hagi servit per a determinar la quantitat exigible. Aquesta segona part de l'apartat trobo que és desafortunada, en el sentit que si la clàusula ha servit per a determinar la quantitat exigible però només ho ha fet en un 1 %, ja es pot demanar la suspensió del procediment d'execució, però en realitat no ha constituït el fonament de l'execució, tal com pretenien les consideracions del TJUE.

Seguint amb les recomanacions del TJUE, es modifica l'article 552.1 LEC en permetre que el jutge d'ofici hagi d'apreciar l'existència de les clàusules abusives, com s'ha fet amb el notari en les execucions extrajudicials.

És destacable la modificació de l'article 579 LEC, que, després de reiterar que si, subhastats els béns, el producte de la subhasta és insuficient per a cobrir la totalitat

del deute, el creditor pot demanar l'execució respecte de la quantitat que falti sobre els béns del deutor, i estableix unes regles que premien el deutor que ha aconseguit complir el pagament de part del deute, a mode de segona oportunitat.

L'executat queda alliberat de la seva responsabilitat quan en el termini de cinc anys des de l'aprovació de la rematada o de l'adjudicació hagi aconseguit satisfer el 65 % de la quantitat que quedava pendent, incrementada només amb l'interès legal del diner. També queda alliberat si, atès que no pot satisfer el 65 % en cinc anys, pot satisfer el 80 % en deu anys. Si no es poden complir les premisses anteriors, el creditor pot reclamar el 100 % del deute.

El deute pendent pot veure's reduït en un 50 % de la plusvàlua obtinguda per la venda de la finca per part de l'entitat bancària dins del termini de deu anys des de l'aprovació de la rematada o l'adjudicació, havent reduït del càlcul els costos que l'executat acrediti degudament.

Cal considerar aquestes dues mesures força positives per tal d'evitar que es produeixi l'exclusió social i la mal anomenada *mort civil* de determinats deutors, que es veurien, d'altra manera, fora del sistema per sempre.

Respecte a la participació del creditor adjudicatari en un 50 % de la plusvàlua de la venda del bé immoble, cal considerar que es tracta d'una mesura més fictícia que no pas real, ja que l'entitat bancària disposa de molts recursos i maniobres per tal de burlar aquesta norma. Si veu que el valor és molt superior al d'adjudicació, només ha d'esperar que transcorrin els deu anys; si vol vendre abans, pot oposar els costos que li ha comportat el manteniment de l'immoble o les reparacions que s'hi hagin hagut de fer. La llei expressa que l'executant ara venedor de l'immoble pot deduir-se tots els costos que acrediti degudament, sense que s'hi hagi posat cap límit ni s'hagi precisat quins costos cal considerar inclosos i quins no.⁵²

L'article 647 LEC es modifica en el sentit que considera suficient el dipòsit o l'aval bancari del 5 % del valor de taxació dels béns per a poder prendre part en la subhasta com a licitador. Això no acaba d'entendre's, ja que l'article 647 LEC està dins de la secció cinquena, respecte de la subhasta de béns mobles. En canvi, l'article que regula la subhasta de béns immobles, l'article 669, en la secció sisena estableix que «[p]ara tomar parte en la subasta los postores deberán depositar, previamente, el 20 % del valor que se haya dado a los bienes [...]». Tot sembla indicar que es tracta d'un error del legislador, ja que no té sentit modificar el percentatge en les postures respecte dels béns mobles quan la llei porta per títol «medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social».

Es modifica també l'article 671 LEC respecte a les subhastes desertes o sense postor. S'estableix en la redacció actual que el creditor pot demanar l'adjudicació del

52. Per exemple: els costos de les quotes dels deu anys de manteniment de la comunitat de propietaris, així com les derrames extraordinàries que s'hagin pogut generar, poden considerar-se elements deduïbles?

bé pel 70 % del valor de taxació sempre que es tracti de l'habitatge habitual del deutor o per un 60 % si la quantitat que es deu per tots els conceptes és inferior a aquell percentatge. En els casos en què no es tracti de l'habitatge habitual, el creditor pot demanar l'adjudicació per un 50 % o per la quantitat que es degui per tots els conceptes.⁵³ Aquesta mesura podria veure's com a positiva si no fos perquè deixa alguna porta oberta a l'astúcia del creditor executant. En efecte, l'exigència del 70 % del valor de taxació només està prevista en el cas que la subhasta quedi deserta, però no en el cas que el creditor concorri a la subhasta juntament amb altres postors. Si en la subhasta concorre el creditor amb altres postors, la finca es pot adjudicar al que faci una postura superior al 50 % del valor de taxació o, si és inferior, que cobreixi almenys la quantitat per la qual s'hagi despatxat l'execució, incloent-hi la previsió d'interessos i costes. Així, no sembla gaire tergiversat pensar que el creditor pot concórrer a la subhasta juntament amb algun postor del seu cercle d'amistats i provocar que la subhasta no quedi deserta, de manera que es pugui adjudicar la finca per poc més del 50 %. No sembla clar si això ha estat un error del legislador o ha estat una mesura tendent a no perjudicar les entitats bancàries, encara que la reforma imposada per la llei sembla, a primera vista, molt positiva.

Una altra mesura incentivadora de la bona conducta del deutor en el procediment de la subhasta es troba en l'article 691.2 LEC, que estableix en la nova redacció que «[c]uando 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».

Aquesta mesura, juntament amb les establertes en l'article 579.2 LEC, tendeixen a establir petits quitaments del deute romanent en determinades circumstàncies. Cal tenir en compte que aquests quitaments, del 2 % en l'article 691.2, del 35 % en l'article 579.2a i del 20 % en l'article 579.2b, només es produiran respecte dels supòsits en què del producte de la subhasta no s'hagi pogut obtenir líquid suficient per a liquidar tot el deute i l'executat encara sigui deutor de l'entitat executant. Aquesta mesura no paralitzarà l'execució ni el meritament d'interessos, si bé la llei els limita als interessos legals.

53. L'art. 671 LEC estableix en la seva nova redacció: «Subasta sin ningún postor. Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3. Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

Respecte de la polèmica que el creditor pugui declarar el venciment anticipat del deute per manca de pagament i la consideració del TJUE que podria anar contra el dret comunitari en matèria de defensa de consumidors i usuaris, l'article 693 LEC s'ha modificat en el sentit que si s'han incomplert tres terminis o mensualitats i és necessària la venda de la finca per a fer el pagament d'aquest deute, però queden encara per vèncer altres terminis, es produirà la venda i la finca es transferirà al comprador amb la hipoteca corresponent a la part del crèdit que no estigués satisfeta.

En canvi, el venciment anticipat de la totalitat del deute per capital i interessos es produirà si es va convenir en l'escriptura de constitució el venciment total per manca de pagament d'almenys tres terminis mensuals. No queda clar, de la redacció d'aquest precepte, si la possibilitat del venciment anticipat de la totalitat del deute es produirà en els casos en què dit venciment anticipat està pactat expressament i hi ha un incompliment de tres mensualitats, o si només escaurà en el cas que dit pacte contingui exactament el venciment anticipat davant de l'incompliment de tres mensualitats o més. Si la interpretació fos aquesta última, és difícil pensar que sigui aplicable a les hipoteques ja constituïdes i que s'executaran en el futur, ja que en aquestes segur que hi consta la clàusula de venciment anticipat, però no limitada a un incompliment de tres mensualitats o superior.

L'apartat tercer de l'article 693 LEC permet que el deutor pugui fer el pagament del deute i l'alliberament del bé fins al dia assenyalat per a la celebració de la subhasta, mitjançant la consignació de la quantitat exacta que per principal i interessos estigui vençuda en la data de la presentació de la demanda, incrementada, si escau, amb els venciments del préstec i els interessos de demora que es vagin produint al llarg del procediment i resultin impagats del tot o en part. L'alliberament del bé per primera vegada permetrà l'alliberament una segona i ulteriors vegades sempre que transcorrin tres anys entre la data de l'alliberament i la del requeriment del pagament judicial o extrajudicial efectuat pel creditor.

És una novetat important la modificació del Reial decret llei 6/2012 amb la introducció de l'article 3 bis, que estableix que els fiadors i els hipotecants no deutors que es trobin en el llinar d'exclusió poden exigir que l'entitat esgoti el patrimoni del deutor principal abans de reclamar-los el deute garantit, encara que haguessin renunciat expressament al benefici d'exclusió. Aquesta va ésser una demanda de les plataformes de defensa dels afectats per les hipoteques, ja que la situació dels fiadors quedava desatesa en els decrets llei aprovats pel Govern fins al moment.

9. CONCLUSIONS

— Si bé és cert que l'execució d'habitatges habituals per part de les entitats bancàries per incompliment dels contractes de préstec amb garantia hipotecària ha creat una certa alarma social entre la població, també és cert que la morositat actual

a Espanya està per sota del 4 % pel que fa a deutors particulars. Això pot significar que si la crisi econòmica no millora i la morositat augmenta, el problema pot agreujar-se considerablement.

— El sistema de garanties hipotecàries ha funcionat bé en aquest país durant molts anys i ha permès que tant petites i mitjanes empreses com particulars hagin tingut accés al crèdit per tal de poder realitzar inversions i adquirir habitatges. Tot això indica que, si bé és cert que s’havien de modificar alguns aspectes millorables, com ha estat el percentatge a partir del qual el creditor executant podia adjudicar-se el bé hipotecat, així com la plusvàlua que podia treure d’una venda posterior d’aquest, la imposició d’una dació en pagament amb caràcter retroactiu la considero inadeguada. No poden canviar-se les regles del joc a mitja partida, amb l’afegit que la imposició per llei de la dació en pagament de tots els préstecs hipotecaris podria comportar una crisi encara més acusada del sistema financer, tenint en compte que la majoria d’entitats bancàries han emès cèdules hipotecàries garantides amb els préstecs hipotecaris emesos per elles mateixes.

— Davant la manca de solució en la legislació vigent als casos en què molts deutors es veien abocats a perdre la casa i a continuar endeutats durant tota la vida, es van dictar resolucions judicials contradictòries, ja que algunes estimaven que l’adjudicació de la finca pel banc necessàriament havia de provocar l’extinció del deute restant, mentre que d’altres, en aplicació de la llei, consideraven que la responsabilitat del deutor havia de cobrir amb tot el seu patrimoni, present i futur, el pagament del deute pendent. Tot sembla indicar que les reformes actuals fetes pel Govern i per les Corts Generals han reduït aquestes resolucions, però també és cert que la legislació aprovada l’única cosa que fa és posposar el problema, amb solucions parcials i poc satisfactòries.

— L’actuació del poder executiu i del legislatiu en l’àmbit normatiu no ha estat gaire satisfactòria, ja que ha vingut forçada primerament per la pressió social i mediàtica i segonament per la Sentència del TJUE de 14 de març de 2013. A més, l’executiu ha vist com el Parlament Europeu ha aprovat un informe que recomana a l’Estat espanyol que afavoreixi la dació en pagament en les execucions hipotecàries (informe de l’eurodiputada Karima Delli, de 30 d’abril de 2013).

— Respecte de la declaració de nul·litat de les clàusules abusives i la impossibilitat de moderar o integrar el contracte per part del jutge (en contra del que diu l’art. 83 del Reial decret legislatiu 1/2007), cal considerar que l’article 1108 CC impedeix que es pugui considerar que el percentatge d’interès moratori abusiu establert per l’entitat bancària se situï a zero, com pot deduir-se de l’esperit de les sentències del TJUE, especialment la de 14 de juny de 2012 (cas Banesto). Potser hagués estat desitjable que el legislador, en la Llei 1/2013, hagués establert la no-aplicabilitat de l’article 1108 CC en matèria de clàusules abusives que afectin consumidors.

— S’ha trobat a faltar en les reformes legislatives la imposició d’un arrendament forçós a les entitats bancàries respecte dels habitatges provinents d’execucions hipo-

tecàries i que estan buits, especialment a les entitats bancàries que han rebut ajuts públics derivats de la crisi financera. Aquest arrendament forçós hauria de poder-se negociar en favor del deutor respecte del seu mateix habitatge per tal d'evitar el llançament i l'atorgament posterior d'un habitatge diferent. L'incompliment de la concertació d'arrendaments a les famílies executades hauria de comportar com a sanció l'expropiació dels dits habitatges per una causa d'utilitat pública i l'establiment com a just preu de la deducció de la part del deute que té l'entitat vers l'erari públic per les ajudes obtingudes.