

**LOS PROBLEMAS REGISTRALES DERIVADOS
DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA STS DE
11 DE SEPTIEMBRE DE 2019 SOBRE
EL VENCIMIENTO ANTICIPADO**

**Registry problems derived from the practical
application of the STS of September 11, 2019
on early expiration**

ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
Registrador de la Propiedad de Madrid
avalero@registradores.org

Cómo citar/Citation

Valero Fernández-Reyes, Á. (2020).
Los problemas registrales derivados de la aplicación práctica de la STS
de 11 de septiembre de 2019 sobre el vencimiento anticipado.
Derecho Privado y Constitución, 37, 309-342.
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.03>

(Recepción: 07/07/2020; aceptación tras revisión: 11/10/2020; publicación: 18/12/2020)

Resumen

En la Sentencia 463/2019 de 11 de septiembre, el Tribunal Supremo, bajo la consideración del préstamo hipotecario de larga duración como un negocio jurídico complejo y unitario con causas entrelazadas, concluye que la anulación de la cláusula de vencimiento anticipado produce una desnaturalización o ineficacia de la hipoteca, lo que implica, a su vez, la extinción del contrato en su conjunto. Esta circunstancia, unida a que la alternativa del art. 1124 del Código Civil genera consecuencias perjudiciales para el deudor, posibilita la sustitución de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado por la norma imperativa posterior (el actual art. 693.2 LEC), y la continuación de la ejecución hipotecaria si el incumplimiento del prestatario alcanza los parámetros legales. El sobreseimiento de la ejecución en tales casos, cuando se hubiere verificado la adjudicación de la finca hipotecada, pero no hubiere tenido lugar la

entrega efectiva de la misma al adquirente, genera múltiples problemas en cuanto a su reflejo registral, ya que no siempre será posible la restauración del historial registral de la finca hipotecada al estado anterior a la ejecución anulada.

Palabras clave

Vencimiento anticipado; negocio jurídico complejo; desnaturalización de la hipoteca; sobreseimiento de la ejecución hipotecaria; transmisión de la propiedad; fe pública registral.

Abstract

Judgment 463/2019 of September 11, the Supreme Court, considering the long-term mortgage loan as a complex and unitary legal business with intertwined causes, concludes that the annulment of the early termination clause produces a denaturation or ineffectiveness of the mortgage, which implies, in turn, the termination of the contract as a whole. This circumstance, together with the fact that the alternative of article 1124 of the Civil Code generates harmful consequences for the debtor, makes it possible to replace the abusive of the early termination clause by the later imperative rule (the article art. 693.2 LEC), and the continuation of the foreclosure if the borrower's default meets legal parameters. The dismissal of the execution in such cases, when the adjudication of the mortgaged property has been verified, but the effective delivery of the same to the acquirer has not taken place, generates several problems regarding its registry reflection, since it will not always be possible the restoration of the registry history of the mortgaged property to the state prior to the canceled execution.

Keywords

Advanced expiration date; complex legal business; denaturation of the mortgage; dismissal of foreclosure; transfer of property; registration public faith.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MARZO DE 2019, ASUNTOS C-70/17 Y C-179/17, Y EL AUTO DE 3 DE JULIO DE 2019, ASUNTO C-486/16. III. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 463/2019 DE 11 DE SEPTIEMBRE: 1. La naturaleza jurídica del préstamo hipotecario de larga duración. 2. La existencia de consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor. 3. La existencia de una disposición supletoria aplicable en sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado. 4. Efectos de la sentencia sobre las ejecuciones hipotecarias suspendidas o sobreseídas. IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019 Y EL MOMENTO DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: 1. La transmisión de la propiedad en el procedimiento de ejecución hipotecaria español. 2. La excepción de la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de protección de los deudores hipotecarios. 3. Repercusión de los criterios de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019. 4. La doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019. V. PROBLEMAS REGISTRALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019: 1. Efectos registrales del sobreseimiento de las ejecuciones no consumadas y consumadas. 2. Posibles situaciones registrales de la finca hipotecada. 3. La aplicación de la normativa hipotecaria en los supuestos de sobreseimiento de ejecuciones hipotecarias que hayan culminado con la adjudicación de la finca. 4. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el Tribunal Supremo español, por auto de 8 de febrero de 2017 dimanante de un juicio declarativo de nulidad de cláusulas contractuales, planteó la cuestión prejudicial C-70/17 (asunto *Abanca*) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que preguntaba, en cuanto a lo que ahora nos interesa, si:

¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13 [...], para —una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato

de préstamo o crédito con garantía hipotecaria— poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) procedió a acumular esa cuestión prejudicial a la planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, por auto de 30 de marzo del 2017, dimanante de una ejecución hipotecaria, examinando otros factores involucrados en la controversia en las cuestiones prejudiciales C-92/16, C-167/16 y 486/16. Todas estas cuestiones prejudiciales han dado lugar a la importante sentencia de 26 de marzo de 2019 y a los tres autos de 3 de julio de 2019, que corroboran y complementan aquella, a las cuales se hará alusión en este comentario en cuanto presupuestos de la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta.

La sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 es ambigua y deja amplio margen a los órganos judiciales nacionales, que son sus destinatarios, para la interpretación, y, en último término, traslada al Tribunal Supremo la responsabilidad de la solución final acerca de la posibilidad de continuar las ejecuciones hipotecarias en caso de declararse nula por abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, siendo como es este pacto en derecho español el fundamento de la ejecución hipotecaria en reclamación de la total deuda. La pregunta a la que responde el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de septiembre de 2019, que fue formulada por el TJUE en la vista oral, es: «¿Cuáles son las consecuencias en el Derecho español de la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado sobre la existencia y la ejecución de la garantía hipotecaria?».

Entre tanto llegaban los anteriores fallos judiciales, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ha venido a incidir en la materia, ya que contiene una regulación específica al vencimiento anticipado en este tipo de contratos (recogido en el art. 24 LCCI, y sus homólogos los arts. 129bis LH y 693.2 LEC reformados) que luego se expone, y en su disposición transitoria 1ª establece que:

Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor

de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no.

Tanto la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019¹ como la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019² han sido comentadas en extenso por mí en sendos artículos, a los que me remito, por lo que en este trabajo me limitaré a realizar un breve análisis de las mismas, centrándome fundamentalmente en el estudio de las repercusiones registrales de las consecuencias jurídicas de la doctrina de ellas dimanante, especialmente de la que pueda tener la resolución de la ejecución consumada sobre la transmisión de la propiedad operada e inscrita en el Registro de la Propiedad.

A este respecto debe recordarse, por su trascendencia sobre esa problemática, que la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (modificada por la disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que prórroga su plazo por las razones que se expondrán posteriormente), «exclusivamente respecto de los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley, que no hubieran culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», establecía que las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apdo. 7.^a del art. 557.1 y 4.^a del art. 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (abusividad de las cláusulas contractuales).

La extensión del concepto de «puesta en posesión del inmueble al adquirente, conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, y también por la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019, más allá del ámbito de aplicación establecido en las expresadas disposiciones transitorias, origina serias distorsiones en el concepto tradicional de adquisición irrevindicable de la propiedad del inmueble hipotecado por parte del rematante o adjudicatario, y, subsiguientemente, en la operatividad del Registro de la Propiedad en caso de sobreseimiento de la ejecución consumada, cuestión que centra el objetivo de este trabajo.

¹ Valero Fernández-Reyes (2019a).

² Valero Fernández-Reyes (2019b).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MARZO DE 2019, ASUNTOS C-70/17 Y C-179/17, Y EL AUTO DE 3 DE JULIO DE 2019, ASUNTO C-486/16

Dispone el fallo de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 que:

Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Como indiqué en mi «Comentario a la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019» antes aludido, las conclusiones de la citada sentencia del TJUE, recaída en el marco de las cuestiones prejudiciales C-70/17 y C-179/17, se pueden concretar, prescindiendo del rechazo a la *blue pencil rule*, y yendo más allá del estricto contenido del indicado fallo, acudiendo a una interpretación integrativa de sus fundamentos de derecho, en especial a los importantes asertos contenidos en sus apartados 60 y 63, del siguiente modo:

1^a. La admisión de la sustitución de la cláusula declarada abusiva por la disposición legal que sustituya a aquella disposición que inspiró tal cláusula (en este caso el art. 693.2 LEC en su versión de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios), siempre que se cumplan los requisitos que se señalan: a) la extinción del contrato de préstamo hipotecario por la anulación de la cláusula de vencimiento anticipado, y b) que el sobreseimiento de la ejecución exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Con esta aseveración el TJUE no hace sino confirmar su doctrina, recogida en las sentencias de 20 de septiembre de 2018, C-51/17, asunto *OTP Bank*, y de 14 de marzo de 2019, c-118/17, asunto *Dunai vs. Erste Bank Hungary*, en las que, bajo las mismas premisas, se considera compatible con la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas en contratos con consumidores la

sustitución de la cláusula declarada abusiva por la norma *imperativa* posterior que legalmente la sustituya.

2ª. Si se valora que el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, antes de sobreeser la ejecución hipotecaria, el juez debe solicitar el consentimiento del consumidor; pero si se valora que el contrato no puede subsistir sin integración contractual, no es necesario ese consentimiento.

3ª. El juez nacional tiene la obligación de adoptar un enfoque objetivo a la hora de valorar si la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario puedan o no subsistir sin ella (apdo. 60).

4ª. Esa necesidad de adoptar un enfoque objetivo implica que la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato, sino que debe tener en cuenta, especialmente, *la seguridad jurídica de las actividades económicas* (apdo. 32 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, C453/10 —asunto *Pereničová y Perenič*—).

5ª. El criterio decisivo de valoración radica en atender al fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes, de tal manera que sea razonable pensar que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque *la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no serían las mismas*.

Con este criterio, el TJUE viene a equiparar la extinción o nulidad total del contrato con la desnaturalización o ineficacia práctica del mismo (apdo. 68 de las conclusiones de la abogada general, señora Verica Trstenjak en la expresada cuestión prejudicial C453/10, que es asumido por la sentencia del TJUE).

6ª. El deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, en los términos señalados por el Tribunal Supremo español en el planteamiento de la cuestión prejudicial, se considera pertinente a efectos de apreciar la existencia de consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor como consecuencia de la anulación de los contratos en cuestión.

Respecto a este denominado deterioro de la posición procesal del prestatario para el caso de sobreeser la ejecución hipotecaria, el TJUE ignora de plano todos los argumentos en contra del mismo que se formularon tanto por el juez remitente de la cuestión prejudicial C-179/17 que se acumuló a la C-70/17, cuyas conclusiones se han resumido, como las formuladas por los jueces remitentes de las cuestiones prejudiciales C-92/16 y C-167/16, que dieron lugar a sendos autos de 3 de julio de 2019.

Con posterioridad a esta sentencia de 26 de marzo de 2019, el TJUE dictó tres autos, todos de fecha 3 de julio de 2019, relativos a la cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario, de los cuales los dos primeros antes citados reproducen íntegramente el fallo contenido en la referida sentencia; abordando el tercer auto, el recaído en el asunto C-486/16, un tema de especial importancia, como es el derivado del efecto positivo de la cosa juzgada.

Así, este auto señala que la normativa comunitaria:

[...] no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario, y ello a pesar de que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución previa que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada.

En otras palabras, que sobreseída la ejecución hipotecaria por razón de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, es posible admitir una segunda ejecución basada en el mismo título ejecutivo cuando el acreedor interponga nuevamente la demanda hipotecaria por razón de un incumplimiento grave del prestatario, porque tal reclamación ejecutiva tendría su fundamento no en la cláusula contractual anulada, sino en la existencia de una norma imperativa o asimilada en el ordenamiento jurídico nacional, posterior a la fecha del contrato, que lo posibilita.

La importancia de este auto radica en esa argumentación jurídica recogida en su apdo. 48, en el que al resolver sobre las consecuencias económicas para el consumidor, derivadas de la presentación de una nueva demanda de ejecución hipotecaria, con base en el contenido del art. 693.2 de la LEC, señala que las mismas «no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, que constituye su obligación esencial en el marco del contrato de préstamo celebrado».

III. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 463/2019 DE 11 DE SEPTIEMBRE

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, previo recordatorio de cuál es la jurisprudencia del Alto Tribunal acerca de la validez y requisitos de las cláusulas de vencimiento anticipado (sentencias de 23 de

diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016), aborda el análisis de los tres requisitos que la jurisprudencia del TJUE exige para aplicar la denominada «solución Kásler», a saber: la posible falta de subsistencia del contrato de anularse la cláusula abusiva, la concurrencia de consecuencias especialmente perjudiciales a las que se expondría el consumidor si el contrato no puede subsistir; y la existencia de una disposición supletoria de derecho nacional que pueda aplicarse en sustitución de la cláusula abusiva; para, finalmente, exponer los efectos que el fallo debe tener sobre las ejecuciones hipotecarias suspendidas, en trámite o sobreseídas.

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO DE LARGA DURACIÓN

El Tribunal Supremo aborda en los apdos. 5º a 9º del fundamento de derecho octavo, como premisa para poder decidir acerca de esa subsistencia o extinción contractual, el estudio de la naturaleza jurídica del préstamo hipotecario de larga duración y afirma que aunque «en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria», cuyas causas se encuentran entrelazadas y no pueden fragmentarse, por lo que debe ser tratado jurídicamente de forma distinta al préstamo o crédito ordinario o personal.

Continúa el Alto Tribunal señalando que también el TJUE ha considerado el contrato de préstamo hipotecario como un solo contrato con dos facetas —préstamo y garantía— y, a partir de esa afirmación acerca de la naturaleza unitaria o compleja del contrato de préstamo hipotecario en el derecho español, el Tribunal Supremo concluye que si bien en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario (ej., posibilidad de ejecución parcial o de posponer la ejecución al vencimiento final), «resulta evidente que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 CC)», y añade que en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, «la garantía se desnaturaliza y pierde su sentido sin la cláusula de vencimiento anticipado».

Como conclusión de esta construcción doctrinal, el Tribunal Supremo afirma que no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta «ilusoria o extremadamente dificultosa», o por mejor decir, en mi opinión, «ineficaz para el cumplimiento de la función negocial que le es propia».

Es por ello que el Tribunal Supremo distingue entre el préstamo personal, en el cual la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato³, dado que el procedimiento del art. 1124 del Código Civil es el procedimiento normal de que dispone el acreedor. Y el negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria de larga duración, «en el que la supresión de tal cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia». En definitiva, sigue diciendo la sentencia, «el negocio jurídico de préstamo hipotecario tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario».

Esa causa contractual entrelazada de que habla el Tribunal Supremo, equivale claramente al «fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes» de que habla el apdo. 32 de la STJUE de 15 de marzo de 2012 (asunto C-453/10, *Pereničová*); y cuya falta por mor de verse alterada «la finalidad o naturaleza jurídica del contrato», entiendo que provoca la nulidad total del contrato de préstamo hipotecario.

2. LA EXISTENCIA DE CONSECUENCIAS ESPECIALMENTE PERJUDICIALES PARA EL CONSUMIDOR

El Tribunal Supremo pasa de soslayo el cumplimiento del requisito de concurrencia de consecuencias especialmente perjudiciales para el prestatario consumidor, seguramente porque ya se había pronunciado expresamente sobre su existencia en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, y porque los argumentos en contra de los distintos jueces remitentes de las cuestiones prejudiciales expuestas en los apartados anteriores ya habían sido descartadas tácitamente por el TJUE al no tomarlos en consideración, por lo que su análisis resultaba ocioso.

Concretamente el Tribunal Supremo se limita a señalar en el apdo. 9º del fundamento de derecho octavo que esas consecuencias perjudiciales serían: la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de

³ Criterio ratificado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, número 106/2020 de 19 de febrero, que señala que «a diferencia de lo que sucede en los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal, la supresión o exclusión de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva no compromete la subsistencia del contrato».

las ventajas procesales legalmente previstas para la ejecución hipotecaria (arts. 682.2.1º, 693.3 y 579.2 LEC) y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 del Código Civil (se sobreentiende que por la acumulación de intereses moratorios y costas más elevadas).

También se hace eco esta sentencia, en el apdo. 10º del fundamento de derecho octavo, de la afirmación recogida en el apdo. 62 de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 de que el deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, por perder los derechos de enervación de la ejecución pagando solo las cantidades naturalmente vencidas (art. 693.3 LEC), de condonación parcial en caso de amortización de la deuda remante en un número determinado de años, y la participación en las ganancias que el acreedor adjudicatario obtenga por su transmisión en el plazo de diez años (art. 579.2 LEC); es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión.

3. LA EXISTENCIA DE UNA DISPOSICIÓN SUPLETORIA APLICABLE EN SUSTITUCIÓN DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Partiendo de la conclusión del Tribunal Supremo, antes expuesta, de que el contrato de préstamo hipotecario bancario de larga duración no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, y para evitar que esa nulidad del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019). Ahora bien, la cuestión que surge inmediatamente es si deberían aplicarse los parámetros de la versión de dicho artículo derivada de la Ley 1/2013, que es a la que se refieren esas sentencias del TJUE, o la vigente en la actualidad tras la Ley 5/2019 de regulación de la contratación de los créditos inmobiliarios.

En este punto (apdo. 10º del fundamento de derecho octavo), el Tribunal Supremo considera que es necesario interpretar conjuntamente la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 (*Abanca*) y el auto 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16 (*Bankia*), por una parte, con la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (*Aziz*), por otra parte, y también con su propia jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 de la LEC (en su redacción dada por la Ley 1/2013) del impago de tres cuotas mensuales, los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio

de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Es decir, se trataría de una interpretación casuística en la que aparentemente habría que ver, primero, que la cláusula de vencimiento anticipado pactada exigiera al menos el impago de tres mensualidades y, luego, cuántas mensualidades se han dejado de pagar efectivamente en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor.

A estos efectos, el Tribunal Supremo considera como criterio orientativo clave para la interpretación de la gravedad del incumplimiento comprobar si se cumplen o no los requisitos de los arts. 24⁴ de la LCCI 5/2019, 693.2 LEC y 129bis LH; puesto que la sentencia del STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (*OTP Bank Nyrt*), permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de derecho nacional aprobada con posterioridad (apdos. 52 y 53 y conclusión segunda), posibilidad de sustitución que confirmó la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 que en su apdo. 59 y en el fallo ha señalado que,

⁴ El art. 24 de la LCCI dispone: «1.- En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos: a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses. b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: i) Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses. ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses. c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo. 2.-Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario».

concurriendo los requisitos que señala, los cuales ya han quedado expuestos, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden sustituir las cláusulas abusivas por la versión del citado art. 693, apdo. 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos, si bien se estaba refiriendo a la redacción dada por la Ley 1/2013, anterior a la hoy vigente.

Finalmente, el Alto Tribunal recuerda que, como se desprende de los apdos. 48 y 49 del auto del TJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-486/16), el principio de efectividad del derecho de la Unión no queda menoscabado porque, conforme al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, una demanda de ejecución hipotecaria pueda sustentarse en la nueva redacción de una norma legal de carácter imperativo.

El fundamento de esta opción jurisprudencial acerca de la gravedad del incumplimiento necesario para la continuación de la ejecución hipotecaria suspendida, o para la admisión de una segunda ejecución hipotecaria, una vez sobreseída una primera ejecución por la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, lo explica el Tribunal Supremo en la letra e) del apdo. 11º del fundamento de derecho octavo por la posible discordancia entre el contenido del art. 693.2 de la LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 (suficiencia del impago de tres cuotas mensuales), a que se refieren las resoluciones del TJUE, con la disposición transitoria primera-4 de la Ley 5/2019 (no aplicación del art. 24 de esta Ley a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a su entrada en vigor), por los siguientes argumentos:

- a) El art. 693.2 LEC, en su redacción anterior a la Ley 5/2019, era una norma de derecho dispositivo, mientras que el art. 24 de la LCCI, al que ahora se remite, es imperativa; por lo que parece que en el entendimiento del Alto Tribunal, esa norma dispositiva no encajaría con la redacción del art. 1.2 de la Directiva 93/13 y con la jurisprudencia del TJUE sobre la materia (asuntos *OTP Bank* y *Dunai*), que hacen mención solo a las normas imperativas.
- b) En la disposición transitoria primera-4 de la LCCI el legislador optó por la retroactividad limitada de la misma, renunciando a hacer directamente aplicable el 693.2 LEC «en su nueva redacción» a los créditos ya vencidos (a los no vencidos se opta por la imposición legal de los nuevos parámetros de gravedad); por lo que sería contradictorio ignorar esta voluntad del legislador de proteger al consumidor más allá de lo previsto en el art. 693.2 de la LEC en su redacción anterior a la reforma.

Pero, sin perjuicio de la coherencia y racionalidad de proteger con la misma intensidad a todos los prestatarios, tanto respecto de los préstamos ya

contratados, estuvieran vencidos o no, como respecto de los futuros, lo cierto es que la voluntad de legislador manifestada en la aludida reforma fue precisamente que los nuevos parámetros de gravedad que establecía no se aplicarán a los préstamos hipotecarios ya vencidos a su entrada en vigor. Así, la aludida disposición transitoria primera dice que el art. 24 de la LCCI «no será de aplicación a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no».

4. EFECTOS DE LA SENTENCIA SOBRE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SUSPENDIDAS O SOBRESEÍDAS

Finalmente, en el apdo. undécimo del fundamento de derecho octavo, el Tribunal Supremo procede a explicar las consecuencias prácticas en los procedimientos de ejecución hipotecaria pendientes o sobreseídos de la doctrina emanante de esta sentencia, siendo de agradecer que, no obstante ser la sentencia consecuencia de un juicio declarativo, asumiera el compromiso de abordar también sus consecuencias en los procedimientos de ejecución hipotecaria, lo cual está plenamente justificado según la doctrina del TJUE, como se ha analizado en un apartado anterior.

En primer lugar, se señala por el Tribunal Supremo que los procedimientos de ejecución hipotecaria en los que «se haya producido la entrega de la posesión al adquirente», se deben considerar firmes e inatacables; pero sin distinguir entre la regla general de la inatacabilidad cuando ha tenido lugar la transmisión de la propiedad, y la excepción recogida en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, que fija en la fecha de puesta en posesión del inmueble de que habla el art. 675 de la LEC, el límite a partir del cual no es posible plantear un incidente de oposición por razón de la posible abusividad de las cláusulas del préstamo hipotecario.

Salvo que se llegue al entendimiento que en unos casos la entrega de la posesión sea la instrumental derivada del título judicial, *ex* artículo 1462 del Código Civil, y en otros la puesta en posesión efectiva del citado art. 675 de la LEC; con este criterio, a mi juicio erróneamente, el Alto Tribunal viene a expandir, frente a su propia jurisprudencia, el momento de la inatacabilidad establecido como excepción en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013. Sobre esta cuestión incidiremos más ampliamente en otros apartados.

Por lo que se refiere a los procedimientos de ejecución hipotecaria en los que no se haya producido la entrega de la posesión al adquirente, con el significado que se dé a la misma, el Tribunal Supremo distingue:

a) Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

El debate realmente se encontraba centrado en si la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado podía y puede provocar la nulidad del contrato de préstamo hipotecario y si esa decisión se podría adoptar en el seno de una ejecución hipotecaria; pero una vez admitido esto, el mayor o menor grado de abusividad de la cláusula anulada, por establecer el vencimiento anticipado en uno o en tres meses de cuotas impagas, o el procedimiento concreto en que se produzca, en nada afecta, según la doctrina del TJUE, a la posibilidad de aplicar una norma imperativa posterior dentro del mismo procedimiento hipotecario.

b) Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

Este criterio plantea también la cuestión, no resuelta por el Alto Tribunal, de si la apreciación de la gravedad del incumplimiento (que se entiende el fijado en la LCCI de 12 o 15 cuotas mensuales impagadas) debe referirse al existente en el momento de la interposición de la demanda ejecutiva o al tiempo del nuevo enjuiciamiento que debe hacerse ahora; cuestión que ha sido resuelta por las audiencias provinciales en los términos que se exponen en el siguiente apartado.

c) Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en el art. 24 de la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario 5/2019 de 15 de marzo, podrán continuar su tramitación.

Es decir, si la cláusula contractual recoge el vencimiento del préstamo por el impago de tres o más cuotas mensuales, podrá seguir la ejecución si en el momento en que se determine (ej., de interposición de la demanda ejecutiva), el incumplimiento verificado cumple los parámetros de gravedad de doce o quince cuotas mensuales impagadas, según proceda, establecidos en la nueva versión del art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

d) Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apdos. a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16).

Previendo posibles críticas a este supuesto, el Tribunal Supremo aclara que esta solución no pugna con el art. 552.3 de la LEC, puesto que no se

trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en la cláusula contractual declarada nula, sino de una nueva ejecución basada en un título diferente, una nueva norma legal que impone el vencimiento anticipado con carácter imperativo.

Y tiene razón el Alto Tribunal en explicar esta solución porque se ha argumentado doctrinalmente con cierta insistencia que el citado art. 552.3 LEC impediría la apertura de una nueva ejecución hipotecaria porque establece que: «Una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor solo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a este la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución». Pero como ya se ha expuesto anteriormente, el auto del TJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16 (*Bankia*) y otras sentencias citadas, se han pronunciado expresamente a favor de la posibilidad de la sustitución de la cláusula declarada abusiva por una norma imperativa nacional posterior sobre la materia, promulgada para salvar la nulidad del contrato.

Por último indicar que, por supuesto, si no hay un procedimiento de ejecución en curso y la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado se plantea en un juicio declarativo, instado por el consumidor a esos efectos, la declaración de nulidad de la misma no debería impedir a la entidad financiera instar la ejecución hipotecaria, una vez declarada nula la cláusula, cuando se produzca el repetido incumplimiento grave, si es que este llega a tener lugar, invocando la aplicación del art. 24 del nuevo texto legal —LCCI— y sus concordante, ya referidos.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019 Y EL MOMENTO DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL

La transmisión de la propiedad en el derecho español tiene lugar por la concurrencia del título y el modo, es decir, como dispone el art. 609 del Código Civil, por consecuencia de ciertos contratos (título) mediante la tradición o entrega (modo), contratos entre los que se encuentra el de compraventa y sus homólogos de adjudicación en subasta judicial y extrajudicial.

Aunque la tradición se materializa, como regla general, con la entrega efectiva de la cosa vendida en poder y posesión del comprador, el art. 1462 del mismo Código Civil señala que cuando se haga la venta mediante

escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario; lo que constituye un supuesto de tradición simbólica que es suficiente para la transmisión de la propiedad sin necesidad de poner al comprador en la posesión fáctica de la finca.

Trasladando estas normas al procedimiento de ejecución judicial sobre bienes hipotecados, el art. 670.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que aprobado el remate y consignado, cuando proceda, en la cuenta de depósitos y consignaciones, la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate, se dictará «Decreto de adjudicación» en que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción de la adjudicación con arreglo a la legislación hipotecaria.

Por su parte, el art. 674 del mismo cuerpo legal señala que será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el letrado de la Administración de justicia, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

No obstante la discusión doctrinal existente acerca de si en la transmisión del dominio en las ventas judiciales opera la teoría del título y el modo, o se trata de una transmisión por ministerio de la ley, es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo español (véanse las sentencias de 10 de junio de 1994 (RJ 5244), 24 de junio de 1997 (RJ 5209), 7 de diciembre de 2005 (RJ 189), 25 de mayo de 2007 (RJ 3127) o 22 de julio de 2013 (RJ 5006)) que la transmisión de la propiedad en las ejecuciones hipotecarias se consuma con la aprobación del «Decreto de adjudicación» de la finca hipotecada. La plasmación de la venta forzosa en un documento público que viene constituido por el testimonio de dicho decreto de adjudicación expedido por el letrado de Administración de justicia, es el título hábil que permite la inscripción en el Registro de la Propiedad de las mismas, aunque también contribuye a generar la tradición simbólica, sin necesidad de la transmisión de la posesión material del bien, prevista en el art. 1462.2 del Código Civil, ya que dicho testimonio judicial ha venido a sustituir en el procedimiento a la escritura pública desde la reforma procesal introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril.

De esta forma se consigue una mayor coherencia con lo que sucede en el procedimiento de venta extrajudicial notarial (véase la STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-598/15) que concluye con el otorgamiento de la escritura pública de venta a favor del adjudicatario o rematante (art. 75.4 de la Ley Notarial), momento en que tiene lugar la adquisición de la

propiedad por parte del adquirente del bien subastado en aplicación del citado art. 1462.2 del Código Civil.

Por tanto, el rematante o adjudicatario es propietario desde la fecha de la firmeza del decreto de adjudicación y de la expedición de testimonio del mismo, aunque todavía no se haya llevado a cabo la entrega judicial de la posesión material de la finca hipotecada a su favor; entrega que, por otra parte, no es necesaria para que concluya la venta judicial hipotecaria, en la medida en que la toma de posesión debe instarse por el propio adquirente. Así, de la legislación procesal resulta que dicha toma de posesión es disponible tal y como prevé el art. 675 de la LEC que señala que si el rematante o adjudicatario lo solicitara, se le pondrá en posesión del inmueble que no estuviere ocupado, y si lo estuviere, podrá pedir el lanzamiento del ocupante en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario, transcurrido el cual la pretensión de desalojo solo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda (ej., el procedimiento de los arts. 41 LH y 250 LEC que se examinó en la STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-598/15).

De hecho, la propia legislación española impide en muchas ocasiones esa toma de posesión de la finca hipotecada subastada en caso de que el adjudicatario sea el propio acreedor ejecutante, como ocurre con la suspensión de los lanzamientos de su vivienda habitual, al menos hasta el 14 de mayo de 2024 (ver art. 1 de la Ley 1/2013 y sus sucesivas reformas), de las personas deudoras que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad fijados por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas de protección de los deudores hipotecarios; o con el derecho de los prestatarios que se encuentren inmersos dentro del umbral de exclusión social determinado en el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, de solicitar el alquiler social forzoso de su vivienda habitual subastada o adjudicada en pago al acreedor hasta un plazo de cinco años en las condiciones económica que fija el mismo real decreto ley.

No parece coherente considerar que la transmisión de la propiedad tenga lugar tras esos lanzamientos, que el propio legislador retrasa tanto, y así prolongar la posibilidad de alegar la abusividad más allá de esos cinco años desde la adjudicación. Además, la imposición por el Decreto Ley 6/2012 al banco ejecutante y adjudicatario de la carga de tener que soportar un alquiler social forzoso si la finca hipotecada constituye la vivienda habitual del prestatario es buena muestra del reconocimiento legal de que la propiedad se transmite con independencia de la entrega material de la finca.

La consecuencia de todo lo expuesto es que en el derecho español, como regla general, con la aprobación del decreto de adjudicación, la ejecución de la garantía se tiene por consumada, la transmisión de la propiedad operada y, emitido el correspondiente testimonio, el rematante o adjudicatario podrá inscribir su titularidad en el Registro de la Propiedad y gozar de su protección;

siendo ya improcedente volver a plantear un incidente de oposición por causa de abusividad de las cláusulas del préstamo hipotecario, con posibles efectos de nulidad de la ejecución y sobreseimiento de la misma, en el trámite de entrega efectiva de la posesión.

2. LA EXCEPCIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª DE LA LEY 1/2013 DE 14 DE MAYO, DE PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

Así las cosas, la posibilidad que se otorgó al deudor en la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013 de alegar la abusividad de las cláusulas del préstamo hipotecario vencido en un nuevo plazo preclusivo que se concede en los procedimientos ejecutivos que no hayan culminado «con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», no es la regla general, sino una excepción que el legislador nacional ha querido atribuir a los consumidores solo en aquellos procedimientos en curso a la entrada en vigor de la citada Ley 1/2013 en que hubiere transcurrido el plazo de oposición del prestatario, porque en los mismos no pudo haber ningún control de la abusividad de las cláusulas contractuales, ni de oficio ni a instancia de la parte consumidora, ya que tales controles fueron establecidos *ex novo* por dicha ley.

De ello es buena prueba la disposición transitoria 3ª de la Ley 5/2019 que modifica el régimen de la disposición transitoria citada en el párrafo anterior para adaptarlo a las sentencias del TJUE de 29 de octubre de 2015, asunto C-8/14 (BBVA) y de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (*Banco Primus*), estableciendo un nuevo plazo preclusivo de un mes para que el ejecutado pueda formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en los apdos. 7.º del art. 557.1 y 4.º del art. 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (abusividad de las cláusulas contractuales), plazo que se establece que esta vez se computará, no desde la publicación de la norma en el *BOE*, sino desde el día siguiente a la notificación de la resolución por la que se comunique personalmente a las partes ejecutadas la posibilidad de formular el incidente extraordinario de oposición en los términos indicados. La reforma se verifica en tal sentido porque el TJUE solo había considerado que el anterior plazo era contrario al derecho de la Unión por su forma de notificación, a través simplemente de la publicación de la nueva norma.

Esta vinculación de la excepción a la imposibilidad del prestatario de haber podido oponerse a la ejecución por razón de la abusividad de las cláusulas contractuales se pone de manifiesto por esa misma disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019, que excluye ese nuevo plazo para alegar la abusividad en los procedimientos de ejecución anteriores a la Ley 1/2013 que no hayan

culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente, cuando ya ha existido en el procedimiento un control de abusividad o posibilidad de haberse alegado la misma. Así no podrá utilizarse ese nuevo plazo para alegar la abusividad, aunque no hubiera existido la entrega de la posesión: a) cuando en su día se hubiera notificado personalmente al ejecutado de la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición por abusividad aunque este no se hubiera utilizado; b) si se hubiera formulado por el ejecutado ese incidente extraordinario de oposición en el plazo de un mes recogido en la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013; c) si formulado por el ejecutado el incidente extraordinario de oposición de forma extemporánea, hubiere sido admitido por el órgano judicial con base en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015; y, finalmente, d) cuando el juez de oficio ya hubiera analizado la abusividad de las cláusulas contractuales.

3. REPERCUSIÓN DE LOS CRITERIOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Como se ha expuesto anteriormente en el apdo. III, el Tribunal Supremo, en la examinada sentencia de 11 de septiembre de 2019, y en las posteriores que ratifican su doctrina (SSTS de 12 y 14 de noviembre de 2019, 12 de diciembre de 2019 y de 8 de enero de 2020), ha abierto la puerta para que todas las ejecuciones hipotecarias ya en curso, cualquiera que fuere su fecha de inicio y aunque se hubiera verificado la transmisión de la propiedad, si se declara *a posteriori* la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, se puedan sobreeser, pero subsiguientemente pueda volver a interponerse, si concurren los requisitos necesarios para ello, una nueva demanda ejecutiva, con todas las implicaciones que eso conlleva tanto desde el punto de vista procesal como desde la perspectiva registral.

Esto es así porque de dicha sentencia se infiere, *a sensu contrario*, que solo los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, «en los que se haya producido la entrega de la posesión al adquirente», la transmisión de la propiedad se debe considerar firme e inatacable, sin precisar qué debe entenderse por «entrega de la posesión» y sin distinguir entre la regla general de la inatacabilidad con la transmisión de la propiedad (con la aprobación del decreto de adjudicación), y la excepción recogida en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, que fija en la fecha de puesta en posesión del inmueble de que habla el art. 675 de la LEC el límite a partir del cual no es posible plantear un incidente de oposición por razón de la posible abusividad de las cláusulas del préstamo hipotecario.

En consecuencia, no habiendo tenido lugar la entrega de la posesión al rematante o adjudicatario, en todos los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, sean anteriores o posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, si se apreciara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y la misma es declarada nula, tendría lugar el sobreseimiento de la ejecución y, si esta hubiere culminado con la transmisión del dominio de la finca hipotecada y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la misma, en principio, la anulación de la dicha transmisión y de todos los asientos registrales a que hubiera dado lugar; lo que amplía el número de posibles ejecuciones en conflicto con la situación tabular del inmueble.

Ante el silencio del Tribunal Supremo en cuanto a su alcance, quedaría la posibilidad de una interpretación diferenciada del término «entrega de la posesión», según los dos supuestos legales expuestos en los dos primeros epígrafes de este apartado, pero no parece que esa vaya a ser la interpretación que se siga por los tribunales y juzgados.

Así, como se ha señalado anteriormente, existen dos parámetros fundamentales no resueltos en las pautas orientadoras que ofrece el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de septiembre de 2019: a) cuándo debe apreciarse la gravedad del incumplimiento que posibilita el vencimiento anticipado, y b) si es posible revocar el decreto de adjudicación cuando la entrega material del inmueble al adquirente no se ha verificado.

Las Audiencias Provinciales, como la Audiencia Provincial de Madrid en reunión de unificación de criterios del día 8 de octubre de 2019, se están inclinando respecto de esas dos cuestiones, dudosas pero trascendentales, por la siguiente interpretación:

- a) Para valorar la gravedad del incumplimiento debe estarse a la existente en el momento en que el acreedor declaró el vencimiento anticipado e interpuso la demanda ejecutiva, y no a la gravedad existente en el momento procesal en que el juez valore la abusividad de la cláusula.
- b) La entrega de la posesión debe identificarse, en todo caso, con el lanzamiento o puesta material en posesión del art. 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no con el otorgamiento del testimonio del decreto de adjudicación que genera la *traditio* instrumental del art. 1462 del Código Civil, o posesión civilísima asociada a la transmisión del dominio.

Al respecto de estas cuestiones debe señalarse, en primer lugar, que ha habido juzgados que por entender no abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado en caso de tres o seis impagos, o por haber interpretado que la STJUE de 26 de marzo de 2019 permitía la sustitución de la cláusula de

vencimiento anticipado de un impago por los tres impagos del art. 693.2 LEC en su versión de la Ley 1/2013 («por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró la cláusula en caso de convenio entre las partes»), han seguido con la tramitación de la ejecución que se inició solo con tres o seis impagos y han finalizado con la aprobación de la correspondiente adjudicación a un rematante o al acreedor.

Combinado ello, con diversas razones, como la permisividad del acreedor, rematante o cesionario, la aplicación de las consecuencias de dación en pago y arrendamiento forzoso del Real Decreto Ley 1/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o la aplicación de la suspensión de lanzamientos de la Ley 1/2013 de 14 de mayo (vigente hasta el 14 de mayo de 2024) en los supuestos que es aplicable; serán numerosas las ejecuciones en que conste inscrito el testimonio del decreto de adjudicación, pero en las que la entrega de llaves al ejecutante e incluso al rematante no se habrá producido. En estos supuestos, la consecuencia natural de la aplicación de las orientaciones y criterios de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019 antes expuestos será que la ejecución hipotecaria, *a priori*, podrá ser sobreseída en perjuicio del adquirente.

4. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 28 DE FEBRERO DE 2019

La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2019 de 28 de febrero, que ha sido ratificada por la Sentencia 30/2020 de 24 de febrero del mismo órgano, concluyó, basándose en la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (*Banco Primus*), que:

las cláusulas cuyo eventual carácter abusivo no haya sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, deben ser conocidas por el juez nacional, bien a instancia de parte o de oficio. [...] De ahí que no quepa considerar que el plazo para denunciar la existencia de cláusulas abusivas haya precluido solo porque la parte ejecutada no formulase oposición a la ejecución en el plazo de diez días previsto en el art. 557, en relación con el art. 556, ambos LEC (FJ 6); [y que] la sola afirmación en el auto de despacho de la ejecución, de que esta cumple los requisitos procesales pueda equivaler a un verdadero control de abusividad que impida un ulterior control de oficio o a instancia de parte (FJ 8).

En consecuencia, como en los supuestos examinados por el Tribunal Constitucional «no consta en ningún apartado del auto despachando la ejecución que se haya producido un examen del clausulado contractual»,

entiende que «el juzgado vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) con su inmotivada contestación acerca de la existencia de un control de la cláusula previo a la denuncia —única excepción contemplada por el Tribunal de Justicia para excluir, de haberse dictado resolución firme, un examen posterior—, pues «mal se puede realizar un control —ni siquiera externo— de lo que carece de un razonamiento expreso».

Es decir, el Tribunal Constitucional considera, con carácter general en todas las ejecuciones hipotecarias, que la ausencia de constancia en el auto despachando la ejecución del examen de oficio, por parte del juez que conoce de la misma, del carácter abusivo de todas las cláusulas del préstamo hipotecario⁵, con una motivación suficiente, permite al deudor alegar tal abusividad en cualquier momento mientras el procedimiento no haya terminado y obliga al juez que corresponda a realizar ese examen de oficio en el trámite de puesta en posesión del inmueble en favor del adquirente a que se refiere el art. 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; decretando, en su caso, el correspondiente sobreseimiento.

Desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, si bien los jueces siempre han llevado a cabo el control de oficio de la abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios *ex* art. 552.1 de la LEC, el mismo normalmente no se ha documentado y motivado porque tales circunstancias no constan que deban de reflejarse en el auto del despacho de ejecución en el art. 551.1 de la Ley procesal. Por ello, es bastante probable que proliferen incidentes de nulidad de la ejecución hipotecaria fundados en esta circunstancia, incluso después de aprobado el decreto de adjudicación, lo que constituye un factor más de inseguridad jurídica.

Pero en lo que está equivocado el Tribunal Constitucional es en la interpretación que da del apdo. 32 de la sentencia del TJUE en el asunto *Banco Primus*, que dice: [...] a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria en España no ha concluido con el Decreto de adjudicación, sino que continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente, tal y como confirmó el Gobierno español en sus observaciones escrita», porque esa afirmación hay que circunscribirla al supuesto objeto de dicha cuestión prejudicial y no generalizarla. Así, en ese caso concreto, al haberse iniciado la

⁵ Aquí debe entenderse solo de aquellas cláusulas cuya validez o eficacia sea relevante para resolver las pretensiones formuladas por las partes de que habla la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, 52/2020, de 23 de enero, es decir, de aquellas que hubieren constituido el fundamento de la ejecución o que hubieren determinado la cantidad exigible.

ejecución en el año 2010, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (el 15 de mayo de 2013), no había existido un control inicial de oficio del conjunto de las cláusulas del contrato, porque el mismo fue instaurado por dicha ley, sino solo de las cláusulas que alegó abusivas el prestatario en la fase procesal destinada al efecto (en junio de 2013), instaurada también por dicha ley; habiéndose interpuesto posteriormente, fuera de plazo, incidentes alegando nuevas cláusulas abusivas.

Por ello, lo que se explicó en Banco Primus al TJUE por parte del Gobierno de España⁶ es que el procedimiento de ejecución español finaliza con el Decreto de adjudicación y que el legislador nacional en la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013 (a la que expresamente hace referencia la sentencia del TJUE), como excepción, operó una mayor protección del consumidor en aquellos casos en que no pudo haber control de oficio de la abusividad, permitiendo un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas, en el plazo preclusivo de un mes, en aquellos procedimientos ejecutivos que no hubieran culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el art. 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero las conclusiones en torno a la aplicación de la citada disposición transitoria 4ª no pueden extenderse sin más a todos los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados tras la Ley 1/2013.

V. PROBLEMAS REGISTRALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019

1. EFECTOS REGISTRALES DEL SOBRESEIMIENTO DE LAS EJECUCIONES NO CONSUMADAS Y CONSUMADAS

La consecuencia procesal de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado es, dado que constituye el fundamento de la ejecución, y como expresamente señala la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, el sobreseimiento del procedimiento y la anulación de todas aquellas consecuencias jurídicas que del mismo se hubieren derivado.

A efectos registrales, no existirá problema alguno respecto de todas aquellas ejecuciones hipotecarias que se hubieren suspendido a la espera de la decisión del Alto Tribunal, ni tampoco respecto de aquellas que sin

⁶ M. J. García-Valdecasas Dorrego (2019).

esperar a su pronunciamiento se hubieren sobreseído, porque la única operación registral a realizar será la cancelación de la nota marginal de iniciación del procedimiento ejecutivo y expedición de certificación de dominio y cargas para el mismo a que se refiere el art. 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con la cancelación de esa nota marginal queda expedito el historial registral de la finca hipotecada para propiciar una posible nueva ejecución cuando el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en el art. 24 de la Ley 5/2019, con base, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, en la aplicación de las disposiciones legales que la propicien (arts. 24 Ley 5/2019, 693.2 LEC y 129 bis LH).

Por el contrario, en los casos en los que las ejecuciones hipotecarias hubieren continuado su tramitación sin esperar a la sentencia del Tribunal Supremo, o en todos aquellos en que, aun existiendo un incumplimiento grave y proporcional del prestatario, el control judicial de oficio de la abusividad no hubiere sido conjunto, documentado y motivado (STC de 28 de febrero de 2019), dichas ejecuciones habrán culminado con la inscripción de las fincas hipotecadas a favor del rematante o del ejecutante, y con la cancelación de la hipoteca ejecutada y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el art. 688 de la Ley procesal.

Los títulos para practicar tales asientos registrales habrán sido el testimonio del decreto de aprobación de la adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas registrales, expedidos por el letrado de la Administración de justicia con las formalidades exigidas por la legislación procesal e hipotecaria, a que se refieren los arts. 673 y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (aplicables por la remisión de los arts. 681 y 692 LEC) y los arts. 133 y 134 de la Ley Hipotecaria; títulos que se elaboran e inscriben sin esperar a la entrega de la posesión al adquirente, que, como se ha señalado anteriormente, puede tardar años, en el convencimiento que tal decreto genera la transmisión de la propiedad sin tener que esperar a ulteriores trámites.

Si finalmente esas ejecuciones hipotecarias se hubieren sobreseído, bien por anularse *a posteriori* la cláusula de vencimiento anticipado, o bien por la falta de documentación del control de oficio de la abusividad, la cancelación de los asientos registrales verificados, que sería su consecuencia natural y, en definitiva, la materialización de ese sobreseimiento en el tráfico jurídico inmobiliario, se verá dificultada por la situación registral de titularidad en que se encontrare la finca subastada y por la aplicación de la normativa sustantiva e hipotecaria pertinente, que analizamos a continuación.

2. POSIBLES SITUACIONES REGISTRALES DE LA FINCA HIPOTECADA

De conformidad con lo antes expuesto, existirán muchos supuestos en que la finca hipotecada se encuentre inscrita a favor del titular del dominio adquirido en el procedimiento de ejecución hipotecaria y, sin embargo, la posesión efectiva de la misma seguirá estando en poder del prestatario ejecutado, del hipotecante de deuda ajena o incluso de un tercer adquirente posterior del inmueble.

Las situaciones en que puede encontrarse la titularidad registral de la finca hipotecada pueden ser muy variadas y se pueden agrupar resumidamente en las tres siguientes: a) inscrita a favor de la entidad financiera o acreedor ejecutante, como rematante o como adjudicatario por falta de postores; b) inscrita a favor de una persona física o jurídica en virtud de cesión de remate o de remate directo; y c) inscrita a favor de una persona física o jurídica que ha adquirido la finca hipotecada del adjudicatario con posterioridad por medio de negocio jurídico oneroso. Situaciones a la que debe añadirse la inscripción y anotación de cargas y gravámenes, constituidas o entabladas por o contra el adquirente en la ejecución, y a favor de terceros, cuyo tratamiento debe realizarse también según la normativa hipotecaria.

Por otra parte, como se ha indicado en el epígrafe anterior, se habrán cancelado la hipoteca ejecutada en cada caso, así como todas las cargas (anotaciones de embargo, hipotecas, etc.) e inscripciones posteriores, incluidas las de dominio, en virtud de aplicación del principio hipotecario de purga; y esa cancelación se habrá notificado a los titulares registrales de los asientos cancelados, a efectos de su conocimiento, y a los juzgados en que se tramitaban las respectivas ejecuciones, a efectos que las mismas sean sobreseídas, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 135 de la Ley Hipotecaria y 143 de su Reglamento.

En consecuencia, la revitalización de las cargas posteriores a la hipoteca, es dudoso que se deba practicar de forma automática respecto de los embargos y otras hipotecas en ejecución, porque habiendo notificado el Registro de la Propiedad en su momento su cancelación a los respectivos juzgados, lo probable es que sus respectivos procedimientos se hayan sobreseído, lo que quizá implique la necesidad de oficiar a los mismos a efectos de que la decisión sea tomada por el juzgado competente en cada caso.

3. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA HIPOTECARIA EN LOS SUPUESTOS DE SOBRESEIMIENTO DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS QUE HAYAN CULMINADO CON LA ADJUDICACIÓN DE LA FINCA

En este contexto, los sobreseimientos, por nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, de las ejecuciones hipotecarias terminadas con la adjudicación de finca gravada, pero en la que no hubiere tenido lugar la entrega

efectiva de la misma al adquirente, debería tener también su correspondiente reflejo registral, que devuelva el historial registral de la finca hipotecada al estado anterior al comienzo de la ejecución hipotecaria.

Por tanto, en estos supuestos, que pueden ser numerosos, aunque difícilmente cuantificables, en principio, se debería ordenar por el juez competente la cancelación de todos los asientos registrales a que la adjudicación de la finca hipotecada hubiera dado lugar, es decir, la cancelación de la inscripción de adjudicación, y la cancelación del asiento de cancelación de la hipoteca que motivó el procedimiento de ejecución, así como, en su caso, la cancelación de los asientos de cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores que se hubieren practicado. Ello parecería necesario, no solo para la reposición de la situación registral de la finca hipoteca al estado previo a la ejecución sobreseída, sino, también, para posibilitar una hipotética nueva ejecución hipotecaria en aplicación de disposiciones legales de que habla en Tribunal Supremo, pues si la inscripción de hipoteca se encuentra cancelada la misma no sería posible.

Ahora bien, esas cancelaciones registrales en muchas ocasiones no se podrán llevar a cabo y, en consecuencia, el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria sería inejecutable, ya que no se trata de una cuestión estrictamente procesal, sino que operan también las normas y principios hipotecarios de protección de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, de persona que aparezca en el Registro con facultades para transmitir el inmueble. Cumplidos estos requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria, a los que hay que añadir que el título de adquisición propio sea válido (art. 33 LH), el sistema registral español protege al adquirente de forma absoluta.

El principio de «fe pública registral» se erige así como un principio fundamental del sistema hipotecario español, para la protección del tercero adquirente a título oneroso de buena fe, que necesita que la ley considere inatacable su adquisición apoyada en los pronunciamientos de los asientos registrales, ya que, en otro caso, se daría al traste con los más elementales principios de seguridad jurídica. En otras palabras, el principio de «fe pública registral» del sistema hipotecario español es el instrumento articulado por el legislador para lograr la efectividad de los principios de protección eficaz del derecho de propiedad adquirido e inscrito, de confianza legítima y de seguridad jurídica inmobiliaria.

Pues bien, de las situaciones en que puede encontrarse la finca hipotecada, en lo referente a su titularidad, después de una ejecución hipotecaria a que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior, en el último de estos supuestos, «el del titular registral subadquirente», que adquirió la finca por compra u otro título oneroso del rematante o del adjudicatario, en la medida que reúna los demás requisitos del citado art. 34 de la Ley Hipotecaria, tendrá una posición

inatacable aunque se sobresea el procedimiento de ejecución por declaración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado (o por cualquier otro motivo como que la finca no perteneciera al ejecutado), máxime cuando no ha sido parte ni en la escritura de constitución de hipoteca, que es el objeto de tacha de validez, ni en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Así, el Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de marzo de 2007 (rec.5299/1999), de 14 de marzo de 2008 (nº 236), de 31 de marzo de 2011 (nº 93), o la más reciente de 29 de mayo de 2020 (nº 208), respecto del alcance de la protección registral a los subadquirentes del rematante o adjudicatario en una ejecución hipotecaria y ordinaria, señala que:

[...] respecto del alcance de la aplicación del art. 34 LH es preciso recordar que sí resultaría protegido por la fe pública quien es tercero respecto del título de adquisición nulo y que adquiere de manera válida de un titular registral que lo fue en virtud de un acto nulo. Esto último es lo que sucedió en el caso de la sentencia de esta sala 139/2017, de 1 de marzo, que tras declarar la nulidad de la ejecución por no haberse suspendido a pesar de la interposición de una tercería, dejó a salvo la transmisión de los adjudicatarios a unos terceros subadquirentes, cuyo título de adquisición no era nulo y por tanto quedó protegido por el art. 34 LH. Parecidamente, con anterioridad, en la Sentencia 147/2009, de 6 de marzo, se declaró que la nulidad de la subasta y del auto de adjudicación al amparo del art. 33 LH por un error de identificación no afectaba al subadquirente, es decir, a quien adquirió del adjudicatario y quedó protegido por el art. 34 LH (FD 3º.2.ii) de la STS de 208/2020 de 29 de mayo).

Por su parte, las sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2020 (nº 29 y nº 32), que tratan sobre la ausencia de tutela judicial efectiva en sendos supuestos de ejecución hipotecaria en que el deudor-hipotecante alega no haber tenido conocimiento de la apertura, sustanciación y resolución de un procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra el mismo, si bien señala que no puede prosperar el óbice referido a que los bienes inmuebles objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria sean irrevindicables por gozar los terceros adquirentes de los mismos de la protección del art. 34 de la Ley Hipotecaria; lo hace sobre la base de que en sede constitucional, lo que se dilucida es el enjuiciamiento de la vulneración de los derechos fundamentales de un ciudadano, mientras que:

[...] la tutela de los derechos e intereses legítimos de los terceros que pudieran resultar afectados por la decisión que se adopte en este proceso constitucional de amparo, en cuanto adquirentes de buena fe y a título oneroso de los inmuebles objeto del procedimiento de ejecución, deberá ser hecha efectiva por el órgano judicial competente, conforme a las pruebas que acrediten su titularidad y de acuerdo con

las leyes aplicables a fin de que «tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa» de los mismos (STC 43/2010, de 12 de agosto, FJ 2).

El Tribunal Constitucional no prejuzga el resultado de ese procedimiento civil, en el que la aplicación de la legislación sustantiva antes señalada llevará forzosamente, en mi opinión, al resultado antes indicado de inatacabilidad de la adquisición del tercero hipotecario.

En cuanto a la adquisición del dominio de la finca hipotecada por parte de «un rematante» que luego inscribe su derecho de propiedad, esta se produce también por virtud de un título irrevocable, respecto al sobreseimiento del procedimiento por nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, por cuanto no caben contra el mismo el ejercicio de tales acciones de nulidad por abusividad, sino solo las basadas en causas o por motivos estrictamente procesales (falta de demanda al ejecutado, requerimiento defectuoso, etc.); ni tampoco de rescisión o resolución por causas que no consten en el Registro de la Propiedad por parte del anterior propietario ejecutado o por parte de terceros.

Ello es debido a que, aunque no cabe negar que el rematante es parte en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en el cual adquiere la propiedad de la finca, sin embargo, tiene la consideración de tercero respecto de la constitución del derecho real de hipoteca que da lugar a la ejecución, bajo cuyo concepto de tercero los vicios o defectos del título de constitución de la hipoteca, incluida la existencia de cláusulas abusivas, al no haber intervenido en el mismo, no le afectan, pudiendo ampararse su irrevindicabilidad en la fe pública registral, siempre que reúna los demás requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Solo cuando el título del rematante no sea válido por haberse declarado la nulidad de la ejecución por motivos procesales, el éxito de la acción de nulidad de la enajenación obligaría al rematante a la consiguiente restitución; pero en ese procedimiento declarativo habrá que dirigir la demanda contra todos los titulares registrales e interesados en el procedimiento (arts. 38 y 40.d) LH), no solo contra el acreedor ejecutante.

A este respecto, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2020 (nº 208) declara en su fundamento de derecho tercero, número 2, que:

[...] en una ejecución hipotecaria, partiendo de la constitución voluntaria de un derecho real, esta Sala admite que al amparo del art. 34 LH se constituya una hipoteca «a non domino»; en consecuencia, declarada la falta de propiedad de quien figura inscrito y constituye la hipoteca, si el título por el que posteriormente constituye la hipoteca es válido, el acreedor hipotecario que de buena fe inscribe su derecho queda protegido por la fe pública registral y, consiguientemente, el propietario real no registral no

puede impugnar con éxito la adjudicación que se produzca en la ejecución hipotecaria [añadiendo que] tal y como resulta del art. 594 LEC, el adjudicatario de una finca que no pertenece al ejecutado puede consolidar su adquisición si inscribe y reúne los demás requisitos del art. 34 LH. Ello significa que el verdadero propietario no puede impugnar con éxito la enajenación de los bienes embargados (o hipotecados) si el adjudicatario (o rematante) los hubiera adquirido de modo irrevindicable conforme a la legislación sustantiva. El adjudicatario que de buena fe inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad tiene, por tanto, la misma protección que dispensa el art. 34 LH a los adquirentes a título oneroso y de buena fe que adquieren de quien aparece en el Registro como titular y con facultades para transmitir.

Ahora bien, precisa dicha sentencia, siguiendo el criterio de la de 5 de marzo de 2007, la necesidad, para dicha protección del rematante o adjudicatario, que el título de adquisición de quién pretende la protección del Registro debe ser válido porque la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH), por lo que el adquirente, también cuando se trata de un procedimiento de ejecución, no está a salvo de las acciones de invalidez que afecten al propio título, es decir, si concurre algún vicio de nulidad del procedimiento por el hecho de haber «prescindido de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión —cfr. artículo 225.3º LEC—».

Un supuesto especial en cuanto a la adjudicación de la finca hipotecada es el que tiene lugar en los casos de «cesión del remate a terceros por parte del acreedor ejecutante» (art. 647.3 LEC), cesión que tiene lugar dentro del propio procedimiento de ejecución, en un trámite postrero (antes de la consignación final), y es considerada como un supuesto de subrogación onerosa del cesionario en la posición procesal del acreedor cedente. No obstante esta circunstancia, se trata también de un titular que no ha sido parte en la escritura de constitución de la hipoteca, por lo que su adquisición también debe calificarse de irrevocable frente al sobreseimiento por nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, aunque sí le afectará la nulidad del procedimiento por motivos estrictamente procesales, pues cuando se verifica la cesión no se ha producido todavía el decreto de adjudicación y, por tanto, no tiene la condición de subadquirente.

En consecuencia, solo en el supuesto de «adjudicación de la finca hipotecada al acreedor ejecutante» o a otra entidad crediticia que hubiera adquirido durante el procedimiento el crédito, por absorción o cesión, subrogándose tanto en la posición jurídica como en la procesal del aquel, será posible que la transmisión dominical sea anulada como consecuencia del sobreseimiento de la ejecución hipotecaria por la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que hubiere sido declarada después de la transmisión de la propiedad y antes de la toma de posesión de la finca hipotecada. Ello

es así porque la controversia sobre la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado tiene lugar exclusivamente entre el acreedor-ejecutante y el deudor-consumidor, sin intervención del titular registral que ha adquirido con título válido (subadquirente, rematante o cesionario) que no han sido parte en el contrato de préstamo hipotecario, por lo que solo ese acreedor puede verse afectado por esa nulidad.

En todo caso, insistimos, ese postrero incidente de oposición solo debería ser posible respecto de los supuestos de derecho transitorio antes indicados, que afectan solo a aquellas ejecuciones hipotecarias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013; mientras que en las ejecuciones hipotecarias posteriores, transmitida la propiedad de la finca, ya no debería poder reabrirse el incidente de oposición por abusividad.

4. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Como ya se ha expuesto anteriormente, la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (*Banco Primus*), señala que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del art. 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificada por la Ley 1/2013 y posteriormente por el Real Decreto Ley 7/2013, de 28 de junio, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada; pero que:

[...] por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.

También se ha explicado anteriormente que dicha sentencia, que no aborda los problemas relacionados con la previa transmisión de la propiedad de la finca hipotecada, no se refería a cualquier trámite procesal, sino solo al incidente extraordinario de oposición de la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013 y a su estricto marco de aplicación; por lo que sus conclusiones no pueden servir de base para resolver la cuestión que nos ocupa.

Es la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-598/2015 (*Banco de Santander*), la que se ha ocupado de la relación entre el enjuiciamiento de la abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios y la protección del derecho real de propiedad adquirido en el seno de una ejecución hipotecaria. A este respecto, considera el TJUE cuestión fundamental la determinación de cuándo se entienden terminados los procedimientos de ejecución en el derecho nacional de que se trate, en ese caso la venta notarial extrajudicial, entendiendo que tal terminación debe coincidir con el momento en «que la garantía hipotecaria ha sido ejecutada, el inmueble ha sido vendido y los derechos reales sobre el mismo han sido transmitidos».

La cuestión prejudicial versaba sobre si es posible el control judicial de la abusividad en un procedimiento de entrega efectiva en la posesión de la finca hipotecada al adquirente en un procedimiento de ejecución, pero no el regulado en el art. 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino en el procedimiento especial del art. 41 de la Ley Hipotecaria⁷ en relación con el art. 250 de la Ley procesal, procedimiento que tiene por finalidad garantizar la protección de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, con independencia del modo en que hayan sido adquiridos. El TJUE constata que tal procedimiento tiene lugar con posterioridad a la transmisión de la propiedad de un bien inmueble y es iniciado por el nuevo propietario de dicho bien, en virtud de su inscripción como tal en el Registro de la Propiedad, contra cualquier persona que se oponga a esos derechos o perturbe su ejercicio, y al margen de la relación jurídica que une al acreedor profesional y al consumidor.

En tales circunstancias, señala el TJUE que «el hecho de permitir que el deudor que constituyó una hipoteca sobre tal bien formule frente al adquirente del mismo, aunque sea el acreedor, excepciones basadas en el contrato de préstamo hipotecario, del cual este adquirente puede no ser parte, podría afectar a la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas» (par. 45), por lo que al basarse la acción ejercitada para obtener la posesión «en un título de propiedad que ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad y no en el contrato de préstamo hipotecario que establecía la garantía cuya ejecución extrajudicial ha sido llevada a término [...], las disposiciones de la Directiva 93/13 no pueden invocarse eficazmente para oponerse al reconocimiento y a

⁷ El art. 41 LH establece que: «Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente».

la protección de los derechos reales del propietario de dicho bien» (pars. 46 y 47), máxime si el consumidor no ha hecho uso de los recursos legales previstos para su defensa en el momento oportuno.

Por último, se encuentra pendiente de recaer sentencia en la cuestión prejudicial C-600/19, en la cual la Audiencia Provincial de Zaragoza pregunta, además de si el control judicial de oficio de la abusividad debe ser documentado y motivado y de si el plazo del consumidor para alegar la abusividad de las cláusulas contractuales puede ser preclusivo:

[...] si aprobado el remate y adjudicada la finca, que puede ser potencialmente a favor del mismo acreedor, producido incluso el efecto traslativo de la propiedad de la finca ofrecida en garantía y ya realizada, si es conforme al Derecho Europeo, una interpretación según la cual si el procedimiento ha finalizado al producirse un efecto consuntivo del proceso, agotado el efecto que le es propio, la realización de la garantía, el si es posible plantear nuevos incidentes por el deudor para que se declare la nulidad de alguna cláusula abusiva con incidencia en el proceso de ejecución, o si es posible que, producido ese efecto traslativo, que puede ser al acreedor y con acceso al Registro de la Propiedad, acordar una revisión de oficio que conlleve la anulación de todo el proceso de ejecución o termine incidiendo en las cuantías cubiertas por la hipoteca, pudiendo afectar a los términos en que se realizaron las posturas.

A la espera de la sentencia y de las conclusiones del abogado general, son significativas las observaciones de la Comisión que al respecto señala lo siguiente:

1. Las resoluciones definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento ejecutivo deben tener carácter definitivo «por lo que se refiere a la ejecución», y una ejecución despachada y finalizada produce el efecto de «cosa ejecutada», que no puede ponerse en entredicho más adelante, y no se puede, asimismo, salvo en caso de mala fe del tercero adquirente, deshacer el efecto traslativo de la propiedad (apdo. 51).
2. En un eventual procedimiento declarativo posterior no se podrá deshacer la ejecución ni la transmisión de la propiedad del bien hipotecado, salvo que concurra mala fe del tercero adquirente (par. 56); pero en él, por aplicación del principio de efectividad, el consumidor debería poder reclamar un resarcimiento económico al profesional (par. 59), siempre que no se haya producido un auténtico efecto de cosa juzgada por la existencia de un control de oficio motivado y documentado.

Conclusiones estas que consideramos acertadas y plausibles en los términos de seguridad jurídica que se defienden en este trabajo, por lo que sería deseable que el TJUE las confirmara. Sin embargo, la Comisión incurre

en el error de considerar que en la normativa procesal española el procedimiento de ejecución hipotecaria concluye, con efecto de cosa juzgada, cuando se produce el lanzamiento del deudor; lo cual, como se ha venido exponiendo, no es correcto, dado que la regla general es la terminación de la ejecución con la aprobación del decreto de adjudicación, por lo que urge acabar con este mal entendido.

Bibliografía

- García-Valdecasas Dorrego, M. J. (2019). *Cláusulas abusivas, cosa juzgada, preclusión de alegaciones y derecho de propiedad, o cómo ha interpretado el Tribunal Constitucional la sentencia del TJUE Banco Primus, 24-05-2019*. Madrid: Fundación FIDE.
- Valero Fernández-Reyes, A. (2019a). Comentario a la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos C-70/17 (Abanca Corporación Bancaria) y C-179/17 (Bankia SA), sobre cláusulas de vencimiento anticipado en caso de impago. *Boletín del Colegio de Registradores y Mercantiles de España*, 64.
- (2019b). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre, sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, número especial de octubre, 1-26.