



Boletín de la Comisión de Privado

Jueces para la Democracia

Número 1 - 2012

SUSPENSIÓN DE LANZAMIENTOS

El RDL 27/2012 de 15 de noviembre de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios regula la posibilidad de suspender durante dos años el lanzamiento de las viviendas habituales dentro de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Para ello, el ejecutado debe de encontrarse en alguno de los **supuestos de especial vulnerabilidad** previstos en el artículo 1 del citado RDL y que son:

- a. Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.
- b. Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.
- c. Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.
- d. Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.
- e. Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.
- f. Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.
- g. Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyan su domicilio habitual.

Además deben de cumplirse **otras condiciones**:

- a. Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
- b. Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.
- c. Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.
- d. Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

A los efectos de lo indicado anteriormente se entenderá:

- a. Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5.

SUMARIO

- Suspensión de lanzamientos
- Suspensión del procedimiento de EH
- La falta de legitimación activa en la entidad ejecutante
- La demanda ejecutiva para la entrega de inmuebles vendidos en el marco de una EH extrajudicial
- Ejecución de la resolución que aprueba el convenio concursal ante los Juzgados de 1º Instancia
- Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios en contratos de adhesión a la luz de la STJUE 14/06/12
- Swaps
- Otras cuestiones
- Bibliografía

COMISIÓN DE PRIVADO

Coordinación:

Diego Gutiérrez, Susana de la Parra y Guillen Soler



- b. Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

Examinada la norma, tras los debates en el seno de la Comisión de Privado, se hacen las **siguientes propuestas desde el punto de vista procesal o de trámite**:

- La solicitud y documentación se deben aportar al Secretario Judicial y previo traslado a la parte será el Juez quien decida si concurren estas circunstancias para la suspensión del lanzamiento.
- Serán las partes las que deban pedir la suspensión sin perjuicio de que al requerir al ejecutado y concederle un plazo para la desocupación se pueda informar de oficio de la posibilidad de aportar la documentación necesaria para justificar el cumplimiento de estos presupuestos. En esta línea cabrá la posibilidad de conceder un plazo de prórroga según los casos para poder aportar la documentación, con suspensión provisional del lanzamiento durante ese plazo concedido, si fuese necesario.
- Aunque la redacción de la disposición transitoria no es todo lo clara que sería deseable, no parece discutible que esta previsión se aplica a todos los procedimientos de ejecución hipotecaria, incluso los que ya estuviesen en trámite antes de la entrada en vigor de la norma y en los que todavía no se haya producido el lanzamiento.

LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Se ha debatido extensamente sobre los efectos en las ejecuciones hipotecarias en trámite del planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE relacionada con la ejecución hipotecaria, especialmente con ocasión de la emisión de las conclusiones de la Abogada General.

Se han remitido varias resoluciones en las que se optaba por acordar la suspensión de los procesos en curso:

1) Modelo de Auto propuesto de Junta de Jueces en Lleida en el que se opta por acordar la suspensión del procedimiento, entre otros, por los siguientes argumentos:

Por resultar obligada la interposición de la cuestión prejudicial por los siguientes motivos:

- a. El actual artículo 267 del TFUE establece que “cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”. En la mayoría de las decisiones adoptadas en el seno de la ejecución hipotecaria no cabe recurso : frente al auto por el que se despacha ejecución (art. 551.4), no cabe recurso devolutivo frente al auto que resuelve oposición por motivos de forma (artículo 559 de la LEC), frente al auto que desestima la oposición por motivos de fondo... En consecuencia, debe considerarse **obligatorio el planteamiento de la cuestión prejudicial antes de llegar a la adjudicación del inmueble y archivo del procedimiento**, momento en el ya se habría causado un perjuicio de difícil reparación.

- b . Por motivos jurídicos de fondo:

EJECUCIONES HIPOTECARIAS

- La resolución del TJUE podría afectar al despacho mismo de la ejecución, si llegara a considerar desproporcionada la resolución y vencimiento anticipado de la obligación por el incumplimiento de unas pocas cuotas del préstamo. En este caso la continuación del procedimiento daría lugar a actuaciones nulas y a perjuicios irreparables en el supuesto de un lanzamiento del inmueble.
- Se desconoce si el TJUE considerará no acorde a la normativa europea la regulación por la que no es posible suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria cuando se discute en un declarativo la nulidad por abusivas de ciertas cláusulas.
- Resulta menos perjudicial para las partes optar por la suspensión que plantear la cuestión prejudicial, entre otros motivos porque plantear una cuestión prejudicial cuyo objeto sea idéntico al que debe resolverse en las próximas semanas resulta poco práctico desde el punto de vista de la economía procesal, teniendo en cuenta que la decisión que se adopte en la cuestión prejudicial ya planteada será vinculante para el juez nacional y para el propio legislador español. Asimismo, planteada la cuestión este procedimiento se suspendería en tanto el Tribunal Europeo decidiera sobre la misma, parece lógico aplicar la doctrina consolidada del propio Tribunal que exceptúa del deber de plantear la cuestión prejudicial si ya se ha resuelto una materialmente idéntica. Así, son de ver la Sentencia de veintisiete de marzo de 1.963 (asunto Da Costa) y la de diecinueve de noviembre de 1.991 (asunto Francovich y Bonifaci).

2) AUTO de 23/11/12 del Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Azpeitia que opta por suspender el proceso de ejecución y el lanzamiento a la espera de la decisión del TJUE y de la nueva normativa interna sobre ejecución hipotecaria en base a los siguientes Argumentos:

Art. 3 del código civil.

La Abogacía General entendió que la normativa española sobre desahucios vulneraba la Directiva 93/13/CEE, en caso de que el TJUE asuma estas conclusiones ello tendría gravísimas consecuencias para la ejecuciones hipotecarias en trámite o que se inicien.

La situación de crisis social está llevando a aplicar la ejecución hipotecaria, lo que tiene gravísimas consecuencias materiales y personales, lo que ha motivado incluso que en el ámbito nacional esté pendiente un cambio en la normativa interna sobre ejecución hipotecaria.

Por último, la reciente resolución del TEDH por la que se suspende cautelarmente un lanzamiento y que si bien no se refiere a una ejecución hipotecaria, expone argumentos que podrían extrapolarse a los procedimientos de ejecución hipotecaria. A la espera del texto de la citada resolución, parece que este Tribunal entiende que el simple desalojo sin ofrecer una alternativa concreta de reubicación podría vulnerar derechos fundamentales. Esto parece ofrecer una nueva alternativa de suspensión de los procedimientos de ejecución hipotecaria

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ENTIDAD EJECUTANTE.

La AP de Castellón ha confirmado el archivo de las ejecuciones hipotecarias en las que la entidad ejecutante no tenía inscrita la hipoteca a su nombre. Debido a que por el proceso de reestructuración bancaria se ha procedido a la fusión de entidades y la consiguiente transmisión de los créditos hipotecarios a la nueva entidad resultante, ésta en la mayoría de los casos no ha procedido a inscribir los créditos a su nombre antes de presentar la demanda de ejecución. Este mismo argumento sería aplicable a los casos en los que se ceden los créditos hipotecarios a las Sociedades de Gestión de Activos ("bancos malos").

El AUTO DE LA SECCIÓN 3ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN de 12/07/12 recoge las siguientes argumentaciones:

- El proceso de ejecución hipotecaria es un proceso sumario con causas de oposición muy limitadas, en el que no hay traba previa, sino enajenación directa del inmueble, lo que exige al órgano judicial realizar un control estricto de los requisitos formales de los títulos que pueden dar lugar a la ejecución.
- La norma del art. 540 de la LEC que permite despachar ejecución a favor del que acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título, es una norma general de la ejecución que cede ante la especialidad de la regulación de la ejecución hipotecaria.
- El art. 149 de la LH, exige que la cesión del préstamo garantizado con hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.
 - Es propio de la disciplina legal hipotecaria el principio de la necesidad de la inscripción como requisito para la eficacia de la garantía real y ello es así, no sólo para constituir la hipoteca, sino también para que tenga virtualidad la modificación subjetiva de la misma; así el art. 5 de la ley 2/94, sobre Subrogación y modificación de Préstamos hipotecarios dispone que la subrogación



no ruse efectos frente a terceros si no se ha inscrito en el Registro.

•El art. 150LH sólo exime de hacerse constar en el Registro la transferencia del derecho hipotecario cuando la hipoteca se hubiera constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portado. Ello Obliga a concluir que para la transmisión de la garantía en cualquier otro caso sí es obligada la puesta en conocimiento al deudor y la constancia registral de la transferencia.

La SAP de Castellón que más recientemente ha defendido esta postura es la de la sección 3ª, de 15 de Noviembre del 2012 (ROJ: AAP CS 630/2012), que recuerda que *"en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1159/2004 de 3 diciembre (RJ\2004\7913) que es doctrina jurisprudencial la que sienta "como principio general el del rigor formal del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, que su extraordinaria limitación de cognición procesal exige en contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos". La STS núm. 105/2007 de 7 febrero (RJ\2007\780) reitera el criterio que acaba de transcribirse y añade, en relación con el rigor en la observancia de los trámites y formalidades legales que, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso de ejecución, "ha de ajustarse formalmente al cumplimiento de las mismas en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa". Concluye esta sentencia a modo de resumen que:*

El proceso de ejecución hipotecaria se sustenta en la certeza, fiabilidad y garantía que ofrece el contenido del Registro de la Propiedad. Por ello, si no puede acompañarse a la demanda el título inscrito, deberá adjuntarse certificación del Registro acreditativa de la inscripción y subsistencia de la hipoteca (art. 685.2 LH) y, una vez incoado el proceso, se reclama del Registrador certificación de la correspondiente inscripción (art. 688 LH).

El sistema de folio real o por fincas (arts. 8.1 y 2, 13.1 y, sobre todo, 243 LH) comporta que todas las incidencias que afecten a una finca, entre las que se cuenta la cesión de la garantía real constituida, consten en la correspondiente inscripción.

La cesión de la garantía debe figurar en el Registro, por así mandarlo los artículos 149 LH y 244 RH.

Por otra parte, promoviendo la ejecución NCG Banco SA y apareciendo en el Registro como titular de la garantía Caja Galicia, no existe entre los elementos subjetivos de petición e inscripción la identidad que exige el art. 130 LH.

Por lo tanto, para la ejecución de la garantía a instancia de NCG Banco SA debió previamente inscribirse la cesión de la misma a su favor.

No se cuestiona que el crédito que ostentaba Caja Galicia frente a aquéllos contra quienes se dirige la demanda de ejecución se haya cedido a NCG Banco SA. Pero lo que impide ahora que se siga el proceso promovido para la ejecución de la garantía real constituida en garantía de aquél es la falta de inscripción de la cesión de ésta en el registro inmobiliario.

Como reflexión nos planteamos que no obstante quizá haya que distinguir el mero proceso de "bancarización", en el que no ha habido fusiones o absorciones sino simples cambios de denominación y forma social (Caixabank), del proceso de reestructuración con fusiones o absorciones (Bankia). En estos últimos casos es donde habría transmisión de créditos o sucesión en los créditos hipotecarios.

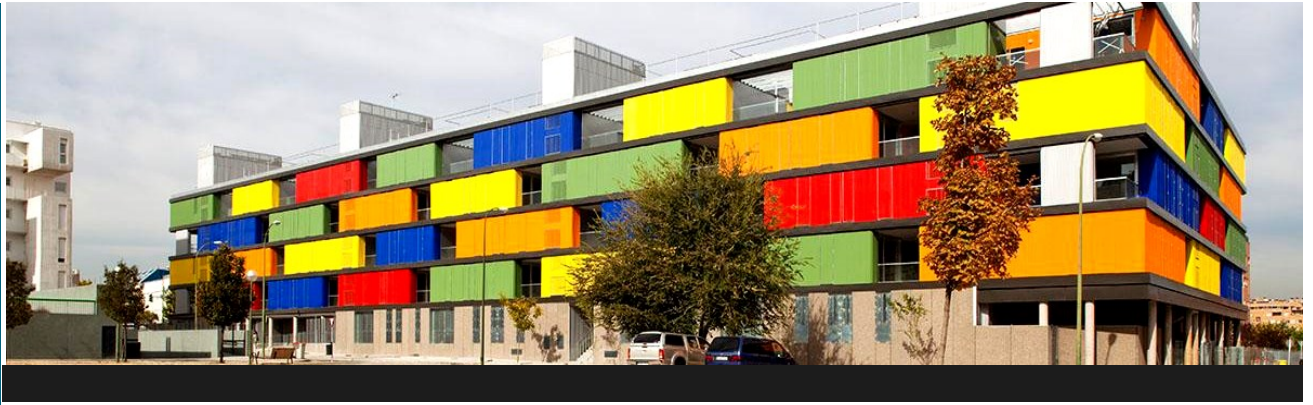
Protocolo de actuaciones en materia de lanzamientos de viviendas habituales en ejecuciones hipotecarias RDL 27-2012. Junta de Jueces de Bilbao

DEMANDA EJECUTIVA PARA LA ENTREGA DE INMUEBLES VENDIDOS EN EL MARCO DE UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EXTRAJUDICIAL.

Se ha planteado la duda relativa a si es posible solicitar la ejecución de la obligación de entrega de un inmueble vendido en escritura pública dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria. Se trata ciertamente de una escritura pública que por lo tanto es título ejecutivo con base en el artículo 517 de la LEC. No obstante hay que observar que el artículo 520.1 de la LEC establece que cuando se trata de títulos ejecutivos previstos en los números 4, 5, 6, 7 del apartado segundo del artículo 517 de la LEC solo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros. Parece por lo tanto que la LEC solo permite la ejecución de escrituras públicas cuando se trate de pago de cantidad determinada.

Se ha comentado igualmente que el artículo 236 del RH, que establece el procedimiento para la venta extrajudicial y entrega de los inmuebles, fue derogado por **STS de 4 de mayo de 1998**. No obstante hay que tener en cuenta que el artículo 129 de la LH ha sido modificado por el número 4 de la Disposición Final 9ª de la LEC y este precepto se remite expresamente al procedimiento previsto en el reglamento hipotecario por lo que podría discutirse si esos preceptos siguen vigentes. Ello nos lleva al argumento anterior como principal razón para excluir la ejecución del deber de entrega de inmuebles con base en una escritura pública.





EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE APRUEBA EL CONVENIO CONCURSAL ANTE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA.

Se trata de la cuestión relativa al incumplimiento del convenio concursal, razón por la que uno de los acreedores afectado por el incumplimiento decide ejecutar la sentencia que aprueba el convenio mediante su ejecución como título judicial ante los juzgados de primera instancia (artículo 517.2, 3º de la LEC).

Algún compañero entiende que dicho convenio no es un negocio jurídico que se pueda encuadrar en el artículo 1809 del CC. Por ello no cabría ejecutar ante los juzgados de primera instancia como resolución que aprueba una transacción, debiendo acudir al incidente del artículo 143.1, 5º de la LC, es decir, debería abrirse la liquidación concursal.

Frente a esta postura se defiende que la ejecución individual podría impedir la liquidación mediante el pago a ese acreedor individual. Aunque los demás acreedores podrían llegar a hacer lo mismo, lo cierto es que el propio deudor podría solicitar la liquidación por lo que frente al riesgo de esa emulación de otros acreedores, está la posibilidad de que el deudor pague o ejecute algún bien, continuando con su actividad con el resto y cumpliendo el convenio en lo restante.

En relación con este tema el **ATS de 14 de Mayo de 2012, recurso 178/2011**, ha establecido que desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 de la Ley Concursal). Por consiguiente, no opera ya la atribución de competencia exclusiva y excluyente prevista en el art. 8 de la citada Ley a favor del juez del concurso. En consecuencia, la competencia corresponderá al juez del orden civil ante quien se interponga la demanda. Parece que esta doctrina sería de aplicación a las ejecuciones por incumplimiento del convenio igualmente. Más recientemente se ha pronunciado en el mismo sentido el **ATS de 10 de julio de 2012, recurso 5/2012** señalando que *"si bien ciertamente la aprobación del convenio no supone la conclusión del concurso, que queda condicionada a la declaración firme de su cumplimiento (art. 176.1.2º en relación con art. 141 LC), y no obstante determinar el art. 8 de la Ley Concursal 22/2003 (LA LEY 1181/2003) de 9 de julio que " ...La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que*

se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil... " y establecer respecto de nuevos juicios declarativos el art. 50 del mismo texto concursal que " 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso ", una interpretación sistemática de los preceptos de dicha Ley Concursal, poniendo en coherente conexión la ubicación del art. 50 dentro del título III "De los efectos de la declaración de concurso" con lo dispuesto en el art. 133.2 , conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, lo establecido en el art. 143.2 en relación con el art. 141.3 y 4, que determinan la apertura de la fase de liquidación del concurso en caso de incumplimiento del convenio, y la aplicabilidad durante esa fase de liquidación de las normas contenidas en el título III de la Ley que dispone el art. 147, permite concluir que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio".

CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS EN CONTRATOS DE ADHESION A LA LUZ DE LA STJUE de 14 de junio de 2012.

Se ha vuelto a plantear en el seno de la comisión cómo tratar la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula que fije un interés moratorio y más concretamente, qué consecuencias se derivan de ello.

Los argumentos principales de la STJE han sido expuestos en el RESUMEN DE LOS DEBATES DEL

SWAPS

TRIMESTRE JUNIO/AGOSTO 2012 y a ellos nos remitimos.

La duda planteada ahora es la relativa a perfilar las consecuencias de que la cláusula que fija los intereses moratorios se tenga por no puesta y cómo interpretarlo, planteándose varias alternativas que se exponen:

- ⇒ **No fijar en la resolución ningún interés alguno** porque la nulidad de la cláusula supone que se tendrá por no puesta sin posibilidades de moderación y en consecuencia la mora del deudor no puede generar interés alguno, así se contribuye a la finalidad disuasoria a que se refiere el TJUE (Criterio seguido en la Sección 3ª de la AP de Castellón).
- ⇒ **Fijar interés moratorio del art. 1.100 y 1.108 del Código civil** desde la interpelación judicial por considerar que se aplican sin necesidad de pacto, por previsión legal. Este es el criterio que sigue el Auto de la AP de Barcelona de 29/10/12, en el que concluye que *al mantener la nulidad de la cláusula controvertida, por abusiva, contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no realicemos proceso alguno de interpretación integradora, aunque la nulidad parcial del contrato (en cuanto a la cláusula controvertida) no afecta al resto de lo pactado (STS, Civil sección 1 del 16 de Mayo del 2000 (ROJ: STS 3952/2000), ni a las previsiones legales. Resurge, por ello, la general previsión legal para el caso de demora: el actor tiene derecho (porque lo pide) a la aplicación de los intereses de demora, que han de ser los legales desde el momento de la mora. Todo ello sin perjuicio de que, conforme al principio de restitutio in integrum y si se solicita y se acredita debidamente, el acreedor pueda reclamar en otro pleito los daños y perjuicios que la mora le pueda haber producido.*
- ⇒ **Fijar intereses procesales**, en este caso se ha planteado que sólo proceden intereses procesales en los procesos declarativos, en las ejecuciones de título judicial o en los juicios monitorios por previsión legal expresa, pero no en la ejecución de título no judicial (Sección 3ª de la AP de Castellón, con el siguiente argumento: *la disciplina legal del proceso de ejecución de título no judicial carece de una norma análoga a la del art. 816.2 in fine LEC, que al regular el proceso monitorio prevé la aplicación de los intereses del art. 576.1 LEC. En el presente proceso de ejecución la parte formuló su pretensión con arreglo a lo previsto en los artículos 549 y 575 LEC y precisó que reclamaba los intereses moratorios contemplados en el contrato, no otros, ni siquiera con carácter subsidiario. Y la consecuencia de la nulidad de la cláusula contractual referida a dicho recargo, en*

relación con la exclusión de su integración, da lugar a que no pueda devengarse ningún interés por el concepto de mora. Finalmente, no debe asimilarse la resolución que decide sobre la oposición al despacho de ejecución con la que pone fin a una controversia sustanciada en un proceso declarativo, pues en el de ejecución que ahora nos ocupa los intereses a pagar por el deudor no son los del artículo 576, sino los del anterior art. 575 de la ley procesal, que en el presente caso han sido depurados por el tribunal con arreglo a la jurisprudencia comunitaria citada en el auto que se pretende complementar”.

- ⇒ **Entender que se siguen devengando los intereses remuneratorios** hasta que cobre el acreedor, porque durante todo ese tiempo de falta de pago se está manteniendo la causa del devengo: la disponibilidad del dinero por parte del deudor, ello supondría entender que el que se de por vencido el plazo no supone una resolución del contrato sino al contrario se está exigiendo el cumplimiento (en el contrato de préstamo sólo surgen obligaciones para el deudor: la de devolver), dejando sin eficacia el pacto de no exigibilidad en tiempo determinado (plazo).

En relación a este control de oficio de la “abusividad” de cláusulas fijadas en contratos de adhesión suscritos con consumidores, se ha planteado si cabe efectuarlo también en el seno de una ejecución hipotecaria, siendo mayoritaria la opinión favorable a ello.

SWAPS

JUICIOS MONITORIOS EN LOS QUE SE RECLAMAN LIQUIDACIONES DERIVADAS DE SWAPS.

Sometida a debate esta cuestión, se ha considerado que cabe inadmitir la petición inicial de juicio monitorio porque vendría referida a una reclamación contractual compleja, que debería presentarse por los cauces del juicio declarativo para determinarse si existió la obligación en que se sustenta la petición y la haga exigible. En relación al juicio monitorio cuando la Exposición de motivos de la LEC dice que *se busca que tengan protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y en especial de los profesionales y pequeños y medianos empresarios* está limitando el procedimiento monitorio a este tipo de relaciones, de compra venta, suministro o similares y a aquellos de los que resulte de forma natural la deuda mediante la acreditación de la prestación del servicio contratado y su precio facturado, de manera que no procedería extender su contenido de forma artificial



hasta llegar a pretender por vía monitoria una ejecución basada en afirmaciones y liquidaciones realizadas unilateralmente por el acreedor.

EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS QUE DECLARAN NULO EL CONTRATO DE SWAP.

Se ha planteado en la Comisión un problema que se está dando en la práctica y es que dictada en primera instancia una sentencia que declara la nulidad del contrato de permuta financiera y condena a restituciones recíprocas de lo cobrado, sin hacer pronunciamiento explícito que prohíba liquidaciones futuras, la entidad bancaria sigue efectuando liquidaciones porque entiende que en tanto no sea firme la sentencia, el contrato es válido y sigue desplegando efectos. Suele ser habitual que promovida una ejecución provisional en la que se pide la restitución de lo abonado, la entidad bancaria no formule oposición, pero continúe cobrando cantidades por liquidaciones posteriores a la sentencia.

En estos supuestos se han ofrecido varias alternativas cuando la demanda ejecutiva no pide que se suspendan provisionalmente las liquidaciones futuras:

Entender que el pronunciamiento de nulidad del contrato lleva implícito el de prohibición de continuar haciendo las liquidaciones que se vayan generando en tanto no sea firme la sentencia.

Considerar que el ordenar las restituciones recíprocas implica una condena, que implica automáticamente restitución de lo pagado y paralización de futuros pagos.

El título ejecutivo es la sentencia de primera instancia, de manera que sólo son ejecutables los pronunciamientos de la sentencia, ello impide al banco seguir haciendo efectiva la cuota del swap.

Para resolver la duda quizá sería conveniente revisar lo que se entiende en términos estrictos por sentencias meramente declarativas, que no admiten ejecución provisional, estas son las que declaran "la existencia de derechos y de situaciones jurídicas" (art. 5 Cc), mientras que las condenatorias son las que imponen al condenado la realización de una determinada prestación y al tiempo crean un título para la efectividad de la condena por vía jurisdiccional ejecutiva (STS 538/1998, de 11 de junio). Las sentencias mero-

declarativas se denominan así porque la tutela judicial se agota con la simple declaración de un derecho o situación jurídica individualizada, mientras que las condenatorias implican un comportamiento del condenado que modifique la situación de hecho existente antes de la ejecución. Declarar que un contrato cuya existencia no se ha cuestionado, es nulo, tiene necesariamente que implicar una condena, no sólo a restituirse recíprocamente lo ya recibido, sino a no continuar recibiendo en un futuro en base a dicho contrato.

3. RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15/11/12 (RECURSO 2091/2010, PONENTE: SR. FERRANDIZ), que confirma una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de LUGO que declaraba que la entidad bancaria (BANKINTER) no estaba legitimada para cobrar cantidad alguna por la resolución voluntaria del contrato de intercambio de tipos de interés suscrita entre las partes, una vez interpretada la cláusula contractual que regulaba esta cuestión.

OTRAS CUESTIONES TRATADAS

Valoración de la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26/09/12 sobre la condena en costas al interviniente provocado: Esta sentencia concluye que no será posible la condena o absolución del interviniente si el demandante no amplía la acción frente a él.

Rechazo a aplicar la cláusula rebus si stantibus en la Sentencia del TS de 27/04/04 (STS 234/12).

Tratamiento de la Sucesión procesal de los ejecutantes en procesos de ejecución de título no judicial: Bastaría con justificar la cesión sin tener que acreditar la notificación al deudor porque no es requisito de eficacia de la Cesión, en este sentido se ha pronunciado el Auto de la AP de **Barcelona, sección 1 de 5 de Junio del 2012 (ROJ: AAP B 4412/2012).**

Prescripción por aplicación del art. 121-21 de la Primera Ley de Código Civil catalán que estima que no hay justificación para no aplicar la norma catalana sobre prescripción, que contiene una regulación totalmente diferente a la prevista en el Código civil.. Está en trámite una cuestión de inconstitucionalidad frente a la

ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL. BIBLIOGRAFIA

regulación de la prescripción en Cataluña, admitida a trámite y planteada por el Juzgado de Primera instancia nº 1 de Lleida en el año 2008 y alguna sección de la AP de Barcelona no ha aplicado esta prescripción considerando que no es acorde a la constitución.

CUESTIONES QUE EXCEDEN DE LO TÉCNICO-JURÍDICO:

En la comisión se ha mantenido un intenso debate sobre cuestiones que no son de contenido técnico jurídico en sentido estricto, pero que han suscitado nuestra preocupación:

En relación a un Curso de formación ofertado por el CGPJ, al margen del plan anual de formación, sobre crédito al consumo a celebrar en octubre en S'Agaró, sobre una propuesta muy cerrada de ASNEF, se ha puesto de manifiesto la preocupación por la forma y el fondo de cómo se gestó y se ofertó dicho curso, dando lugar a un pronunciamiento expreso desde el Secretariado.

Se ha puesto de manifiesto también la preocupación por el último nombramiento de quien hasta ahora ha sido el responsable de los Servicios Jurídicos de La Caixa como magistrado del Tribunal Supremo.

Se ha analizado la propuesta del Consejo sobre Carga de Trabajo en el Orden Jurisdiccional Civil, considerándose una propuesta bastante ajustada y realista a la situación real de los órganos jurisdiccionales, con algunas matizaciones en cuanto a carga de trabajo de las Audiencias Provinciales.

INFORMACIÓN RELEVANTE SOBRE ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL Y BIBLIOGRAFÍA

ENLACES A RESOLUCIONES DE ÓRGANOS DE LA UNIÓN EUROPEA DE INTERÉS:

Asunto C-22/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de octubre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus — Finlandia) — Finnair Oyj/Timy Lassooy [Transportes aéreos — Reglamento (CE) no 261/2004 — **Compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque** —

Concepto de «denegación de embarque» — Exclusión de la calificación de «denegación de embarque» — Cancelación de un vuelo causada por una huelga en el aeropuerto de partida — Reorganización de los vuelos posteriores al vuelo cancelado — Derecho a compensación de los pasajeros de esos vuelos] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:366:0009:0010:ES:PDF>

2012/C 366/21 Asunto C-321/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de octubre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil no 2 de A Coruña) — Germán Rodríguez Cachafeiro, María de los Reyes Martínez-Reboredo Varela -Villamor/Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A. [Transporte aéreo — Reglamento (CE) no 261/2004 — **Compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque** — Concepto de «denegación de embarque» — Anulación por el transportista de la tarjeta de embarque de un pasajero a causa del retraso previsto de un vuelo anterior, facturado al mismo tiempo que el vuelo de que se trata y operado por el mismo transportista] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:366:0013:0014:ES:PDF>

Sentencia dictada por el TSJUE sobre prácticas desleales y protección del consumidor: 2012/C 379/18. Asunto C-428/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 18 de octubre de 2012 petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) — Purely Creative Ltd, Strike Lucky Games Ltd, Winners Club Ltd, McIntyre & Dodd Marketing Ltd, Dodd Marketing Ltd, Adrian Williams, Wendy Ruck, Catherine Cummings, Peter Henry/Office of Fair Trading (Directiva 2005/29/CE — Prácticas comerciales desleales — Práctica consistente en informar al consumidor de que ha ganado un premio y que le obliga a incurrir en un gasto para recibirlo). <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:379:0011:0011:ES:PDF>

Reglamento EU 1215/2012 sobre **competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, de 12 de diciembre de 2012**. Entra en vigor a los 20 días (el 10 de enero de 2013) y será aplicable a partir del 10 de enero de 2015, salvo los artículos 75 y 76 (informaciones de los Estados sobre lengua, autoridades competentes etc.etc.), que serán aplicables a partir del 10 de enero de 2014. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:ES:PDF>

Nuevos modelos a utilizar en materia de monitorio europeo. Reglamento (UE) no 936/2012 de la Comisión, de 4 de octubre de 2012, por el que se modifican los anexos del Reglamento (CE) no 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:283:0001:0023:ES:PDF>



BIBLIOGRAFIA:

La elección judicial del administrador concursal persona jurídica. Esteban F. van Hemmen. *Revista de derecho mercantil*, núm 282, octubre-diciembre 2011, pàg. 119-153.

Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda. Dolors Viñas Maestre. *Indret*, núm. 3, 2012 [suport electrònic]

Cuestiones procesales prácticas relativas a la enervación de la acción de desahucio (un nuevo ejemplo de la inoperancia de las reformas legales -Leyes 23/2003, 10 de julio, 13/2009, de 3 de noviembre, 19/2009, de 23 de noviembre y 37/2011, de 10 de octubre- mal diseñadas y a espaldas de su praxis). Agustín J. Pérez-Cruz Martín. *Práctica de Tribunales*, , núm. 96-97, septiembre-octubre 2012, pág. 6-29

Alonso Espinosa, Francisco J. **“Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito”.** *Diario La Ley* (7 junio 2012), núm. 7875.

Soletto Muñoz, Helena. **“Aciertos y desaciertos de la nueva normativa estatal sobre mediación civil”.** *Iuris* (mayo 2012), núm. 171.

Medidas cautelares en procesos de nulidad de contratos de permuta financiera de tipos de interés (swap's) y contratos marco de operaciones financieras. Jurisprudencia reciente de las audiencias provinciales. José Luis Fortea Gorbe. *Práctica de tribunales*, núm. 93, mayo 2012, pág. 6-23

Múrtula Lafuente, Cristina: **“La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos”**, Colección derecho del consumo, Ed. Reus, Madrid, 2012.

Almagro Nosete, José. **“La subrogación mortis causa en el contrato de inquilinato”.** *Diario La Ley* (6 noviembre 2012), núm. 7958.

de la Iglesia Monje, María Isabel. **“La intromisión del ruido en la intimidad domiciliaria: repercusiones jurisprudenciales”.** *Revista crítica de derecho inmobiliario* (julio-agosto 2012), núm. 732, pàg. 2235-2247.

Díaz Martínez, Ana. **“Una relectura de los presupuestos para la fijación y modificación de medidas en procedimientos de separación y divorcio a la luz de la crisis económica”.** *Aranzadi Civil* (2012), núm. 7.

Ferrer Tapia, Belén. **“El turista como usuario del servicio de transporte aéreo: normas comunitarias y convenios internacionales aplicables”.** *Revista crítica de derecho inmobiliario* (julio-agosto 2012), núm. 732, pàg. 2045-2066.

Jiménez París, Teresa Asunción. **“Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra: el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”.** *Revista crítica de derecho inmobiliario* (julio-agosto 2012), núm. 732, pàg. 2387-2425.

Méndez Tojo, Ramón. **“La permuta financiera de tipos de interés o swap: error en el consentimiento o contrato consentido”.** *Diario La Ley* (2 de noviembre 2012), núm. 7956.

Muñoz García, Carmen. **“Pensión compensatoria negociada. Repercusión sobre el devengo del derecho a la pensión de viudedad”.** *Diario La Ley* (13 noviembre 2012), núm. 7963.

Rodríguez Álvarez, Ana. **“Sobre el internamiento involuntario de ancianos no incapacitados en centros geriátricos”.** *Diario La Ley* (6 noviembre 2012), núm. 7958.