

LA EJECUCIÓN DE VIVIENDA HABITUAL

The execution of habitual housing

Por Daniel de la Rubia Sánchez

Letrado de la Administración de Justicia

daniel.rubia.ius@juntadeandalucia.es

Artículo recibido: 11/02/19 | Artículo aceptado: 28/02/19

RESUMEN

La dispersión legislativa de la normativa vigente en materia de ejecución hipotecaria u ordinaria, que contiene especialidades para la vivienda habitual, hace aconsejable y conveniente su estudio sistemático y unificado.

Como veremos, son tantas las peculiaridades y derechos que se reconocen al deudor hipotecario que nadie duda que cuando el bien a ejecutar es la vivienda habitual nos encontramos ante una subespecie del proceso general de ejecución, con derechos reconocidos de tal trascendencia que resulta desde todos puntos de vista conveniente determinar:

- Las especialidades de la ejecución de vivienda habitual.
- Si la vivienda objeto de ejecución tiene o no el carácter de habitual y cuándo o en qué momento procede pronunciarse sobre el mismo.
- A quien le corresponde la determinación del carácter de la vivienda.
- Procedimiento a seguir en caso de oposición a tal calificación.
- El propio concepto de "vivienda habitual".
- A qué momento ha de referirse la calificación de vivienda habitual.

Son muchas las incertidumbres que no están resueltas en el régimen jurídico de la ejecución; y, además, hay que afrontar las que surgen específicamente en aquellas ejecuciones en las que previamente no consta el carácter de la vivienda, como ocurre en las ejecuciones ordinarias y en las hipotecarias derivadas de préstamos constituidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 1/2013 que introduce esta obligación.

ABSTRACT

The legislative dispersion of the current regulations on mortgage or ordinary foreclosure, which contains specialties for the habitual residence, makes its systematic and unified study advisable and convenient.

As we will see, there are so many peculiarities and rights that are recognized to the mortgagor that no one doubts that when the good to be executed is the habitual residence we are faced with a subspecies of the general process of execution, with recognized rights of such importance that it is from

all points of convenient view to determine: the specialties of the execution of habitual residence; whether or not the dwelling object of execution has the character of habitual and when or at what time it should be pronounced on it; to whom corresponds the determination of the character of the dwelling; procedure to be followed in case of opposition to such qualification; the very concept of "habitual residence"; at what time the qualification of habitual residence must be referred.

There are many uncertainties that are not resolved in the legal regime of execution; and, in addition, those that arise specifically in those executions in which the character of the dwelling does not previously appear, as in the case of ordinary foreclosures and mortgages derived from loans constituted prior to the effectiveness of Ley 1/2013 that introduces this obligation.

PALABRAS CLAVE

Vivienda habitual, Hipoteca, Ejecución hipotecaria.

KEYWORDS

Habitual housing, Mortgage, Foreclosure.

Sumario: 1. Recopilación de todas. 1.1. Especialidades a tener en cuenta en la ejecución de vivienda habitual no contenidas en la L.E.C. 1.1.1. RDL 8/2011 de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios aumenta el límite exento en el caso de embargo de sueldo o pensiones en ejecuciones hipotecarias. 1.1.2. Artículo 114.3 de la L.H. en cuanto a los intereses de demora. 1.1.3. Artículo 5.4 del Real Decreto Ley 6/2012, de 09 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. 1.1.4 Real Decreto Ley 6/2012. Artículo 3 bis. Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores. 1.1.5. Artículo 1 de la Ley 1/2013. Suspensión de lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. 1.2. Especialidades contenidas en la LEC. 2. Si la vivienda objeto de ejecución tiene o no el carácter de habitual y cuándo o en qué momento procede pronunciarse sobre el mismo. 3. La tercera cuestión no resuelta por la regulación de la ejecución es determinar a quién le corresponde la competencia para determinar el carácter de la vivienda, Juez o LAJ. 4. La cuarta cuestión a la que hay que dar respuesta y que no contempla el régimen jurídico de la ejecución hipotecaria u ordinaria es el trámite a seguir en caso de oposición a la determinación de oficio por Juez o LAJ del carácter de la vivienda. 5. Por los mismos motivos expuestos en apartados anteriores resulta conveniente señalar qué criterios y circunstancias hemos de tener en cuenta para la calificación de una vivienda como habitual o no. 6. Por último, conforme a los apartados enunciados, hemos de preguntarnos

a qué momento ha de referirse la consideración como vivienda habitual del inmueble objeto del embargo o de la ejecución hipotecaria. 7. Bibliografía.

1. Recopilación de datos

La primera cuestión a resolver es la recopilación de todas y cada una de las peculiaridades y derechos que se reconocen al deudor hipotecario, sin más pretensiones que indicar su regulación legal y un breve comentario a su contenido, sin analizar otras cuestiones que podrían plantearse y que no son objeto de este estudio, y para ello hemos de preguntarnos ¿Que especialidades contiene la normativa vigente para la vivienda habitual con incidencia directa en su ejecución?

1.1. Especialidades a tener en cuenta en la ejecución de vivienda habitual no contenidas en la L.E.C.

1.1.1. **RDL 8/2011** de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios aumenta el límite exento en el caso de embargo de sueldo o pensiones en ejecuciones hipotecarias. En el artículo 1 y bajo el título "inembargabilidad de ingresos mínimos familiares" dice: En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.

Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley.

Esta disposición establece un **aumento de los límites inembagables contenidos en el artículo 607 de la LEC** para el supuesto de que con arreglo al artículo 579 de la LEC, y cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra la vivienda habitual hipotecada, y subastada ésta, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de ejecución por la cantidad que falte y si se embargarán salarios, sueldos, pensiones o equivalente, se aplicarán los límites exentos previstos en el RDL.

1.1.2. **Artículo 114.3 de la L.H.** en cuanto a los **intereses de demora** de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual garantizados con

hipotecas constituidas sobre la misma vivienda establece que “no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo el supuesto previsto en el artículo 579.2.a).

Este precepto establece por un lado un límite máximo al interés de demora, y por otro la prohibición del anatocismo, o, lo que es lo mismo, que los intereses devenguen intereses; y exige para su aplicación el carácter habitual de la vivienda y que el destino del préstamo sea la adquisición de la vivienda habitual.

1.1.3. Artículo 5.4 del Real Decreto Ley 6/2012, de 09 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, dispone “Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas”.

Que dispone como medidas sustitutivas en la ejecución hipotecaria y durante la misma lo siguiente:

- Dación en pago de la vivienda habitual:

En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.

La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.

El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien.

Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que éste pueda prestar en dicha transmisión.

Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

- Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual.

El deudor hipotecario ejecutado cuyo lanzamiento haya sido suspendido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma por una renta anual máxima del 3 por cien de su valor al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación aportada por el ejecutado y certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario.

La solicitud a la que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2017, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiarios de la suspensión y desde que se produzca la suspensión para quienes se beneficiasen con posterioridad.

Dicho arrendamiento tendrá duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales.

Hay que tener en cuenta que la solicitud de reestructuración de la deuda o de dación en pago de la vivienda no podrá formularse una vez que haya sido anunciada la subasta, por lo que la presentación en el proceso de ejecución hipotecaria de la justificación de que se ha presentado dicha solicitud habrá de valorarse como causa de suspensión de la ejecución, puesto que, de otra manera obstaculizaría la aplicación de las medidas de protección del deudor.

1.1.4 Real Decreto Ley 6/2012. Artículo 3 bis. Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores

Los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.

Hay que tener en cuenta que, con arreglo art 3 del RDL, en el umbral de exclusión podrán considerarse los fiadores, avalistas e hipotecantes no

deudores a los que **se haya embargado su vivienda habitual o, sin ser deudores, hayan constituido hipoteca sobre la misma** en garantía de deudas de terceros y sus ingresos no superen los límites previstos en dicho artículo.

Los fiadores a los que se haya embargado la vivienda habitual o los hipotecantes no deudores podrán formular oposición por falta de excusión previa (artículo 3 bis RDL 6/2012), de manera que constituye causa de oposición a la ejecución ordinaria, añadida a las previstas en el artículo 557, habiendo de acreditar en el incidente de oposición los requisitos para ser considerado en situación de exclusión. Lo curioso es que en este caso la oposición se formularía en el plazo de diez días posteriores a la notificación del auto con la orden general de despacho ejecución, de modo que sólo sería admisible si entre las medidas ejecutivas se acordara el embargo de la vivienda habitual si atendemos al contexto del artículo 3 del RD Ley 6/2012 ya que constituye requisito para considerarlo situado en el umbral de exclusión que la ejecución se dirija contra la vivienda habitual; pero lo cierto es que el embargo puede solicitarse posteriormente, por lo que en ese momento tendría oportunidad de oponerse mediante un incidente de oposición extraordinario.

1.1.5. Artículo 1 de la Ley 1/2013. Suspensión de lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables: Vigente hasta el 19 de marzo de 2020 sin perjuicio de nueva revisión.

Artículo 1. *Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables.*

Hasta transcurridos siete años desde la entrada en vigor de esta Ley no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.

Este artículo contempla la suspensión inmediata de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Es una medida de carácter excepcional que afecta a cualquier ejecución hipotecaria por la que se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. Lo que hace la Ley es impedir que se proceda al lanzamiento evitando el desalojo de estas personas mientras dure la medida, que actualmente tiene vigencia hasta el 19 de marzo de 2020.

Durante estos años la suspensión de los lanzamientos ha sido una de las medidas con mayor impacto y más demandadas en nuestros órganos judiciales, por lo que resulta conveniente dejar constancia del Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley

1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Este Real Decreto de 2017 da una nueva redacción a las circunstancias económicas a las que se refiere el artículo 1 que inicia este apartado. También establece en qué supuestos se entiende que una familia se encuentran en una circunstancia de especial vulnerabilidad. Al cumplimiento de estos dos tipos de requisitos habrá que estar para acordar, en su caso, la suspensión del lanzamiento, considerando:

En primer lugar, que se encuentran dentro de una situación de especial vulnerabilidad las familias numerosas conforme a la legislación vigente, las familias monoparentales con hijos a su cargo, las que tienen un menor de edad o algún miembro con discapacidad o dependiente superior al 33%, la unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género o el deudor mayor de 60 años aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar. En segundo lugar, en cuanto a las circunstancias económicas, que los ingresos no superen el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, que se eleva respecto de unidades familiares en las que algún miembro sea persona con discapacidad o dependiente o que conviva con personas con discapacidad o dependientes. Además, es necesario 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, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

1.2. Especialidades contenidas en la LEC y por orden numérico de los artículos que contienen especialidades en cuanto a la vivienda habitual tenemos los siguientes:

1.2.1. Artículo 575 que bajo el título Determinación de la cantidad y despacho de la ejecución su apartado 1.bis dice "En todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las **costas** exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva".

Establece **tanto para la ejecución ordinaria como hipotecaria** de vivienda habitual un **límite en cuanto a las costas exigibles**, en caso de ser necesaria la práctica de la tasación de costas su importe no podrá superar el 5% de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva.

La reciente resolución de la DGRN de 29 de septiembre de 2018 ha establecido que entre los conceptos que deben tener la consideración de costas procesales a efectos de tasación de costas se incluyen los honorarios de defensa y representación técnica, e inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso y han de computarse a los efectos de la aplicación del límite del 5% al que alude aquel artículo 575.1 bis.

En lo que concierne a los honorarios, indica que, para calcular ese límite, también ha de tenerse en cuenta el importe del IVA devengado en las facturas emitidas por abogado y procurador.

1.2.2. Artículo 579.2 que bajo el título Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados dispone que, si el producto del bien subastado fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de ejecución por la cantidad que falte, y de ser el bien vivienda habitual se ajustará a las siguientes especialidades:

Como veremos estas especialidades consisten en el derecho a la **reducción parcial de la deuda o crédito pendiente.**

- El ejecutado quedará liberado del 35 o 20% del resto de la deuda, si la misma queda cubierta en los plazos de cinco o diez años desde la fecha de aprobación de remate o adjudicación.

Este artículo reconoce, al deudor que ha perdido su vivienda habitual, el derecho a la extinción del crédito pendiente con una quita del 35% o del 20% dependiendo si se satisface en 5 o 10 años.

- En caso de enajenación de la vivienda por el rematante o adjudicatario dentro de los diez años siguientes a la aprobación, el resto de la deuda se verá reducida en un 50% de la plusvalía obtenida.

En este caso otorga, al deudor que ha perdido su vivienda habitual, el derecho a la reducción en su deuda remanente del 50% del montante de la plusvalía obtenida por el ejecutante o cesionario de la adjudicación si la venta se produce dentro del plazo de diez años desde la aprobación del remate o la adjudicación.

1.2.3. Artículo 671 que bajo el título Subasta sin ningún postor y en cuanto a la adjudicación del bien por el acreedor, si es la vivienda habitual del deudor, establece, con carácter general para toda ejecución y por ello con inclusión de la hipotecaria, que se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o del 60% si la cantidad que se adeude por todos los conceptos es inferior al 70%.

Esto nos obligará, en los casos de escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda otorgadas e inscritas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, o en un apremio ordinario, a determinar el carácter de la vivienda del deudor objeto de ejecución; pues se constituye en presupuesto básico para obtener el valor de adjudicación, ya que el artículo, en caso de vivienda habitual, eleva al 60 ó 70% del valor de tasación la cantidad por la cual tendrá lugar la adjudicación al acreedor en las subastas sin postores.

Su contenido otorga **un incremento del valor de adjudicación para la vivienda habitual** estableciendo porcentajes diferentes para el precio de adjudicación dependiendo de si el inmueble a adjudicar constituye o no la vivienda habitual del ejecutado. **Es de aplicación en la ejecución ordinaria e**

hipotecaria al no estar ubicado en el capítulo V dedicado a las particularidades sobre bienes hipotecados.

Resolución de 20 de septiembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Arcos de la Frontera a inscribir un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución de títulos judiciales.

Conviene recordar cómo este Centro Directivo (Resoluciones de 12 de mayo y 21 de octubre de 2016) ya ha tenido ocasión de atemperar la literalidad del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considerando que se estima que la interpretación ponderada y razonable de este artículo, para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la ley, habrá de ser la de que «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta».

1.2.4. Artículo 693.3 que bajo el título Vencimiento anticipado de deudas a plazo, establece para el supuesto de reclamarse la totalidad de lo adeudado y que el bien hipotecado sea vivienda habitual, que el deudor podrá, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida a la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo.

Aquí se permite al ejecutado **liberar el bien o rehabilitar la hipoteca** mediante la consignación de las cantidades vencidas hasta el momento de la misma por principal e intereses, incluidas las cantidades vencidas durante la ejecución desde la demanda y hasta subasta, evitando de este modo el vencimiento anticipado del préstamo. Esta liberación se permite realizarla por segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y el nuevo requerimiento de pago.

El pago en la forma prevista dará lugar a la terminación del procedimiento previa tasación y abono de las costas calculadas sobre la cuantía de las cuotas atrasadas y abonadas.

Como vemos, con su cumplimiento se producen dos efectos, dar por terminado el procedimiento de ejecución hipotecaria y dejar sin efecto el vencimiento anticipado del préstamo.

Para una aplicación cierta del artículo y poder hacer saber al deudor, en el requerimiento judicial de pago o con posterioridad al efectuado fuera del procedimiento, la posibilidad de liberar el bien, se hace necesario determinar el carácter de la vivienda desde el mismo momento del despacho de ejecución.

1.2.5. Artículo 704.1 que bajo el título Ocupantes de inmuebles que deban entregarse establece, con carácter general para toda ejecución y por ello con inclusión de la hipotecaria, que cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado, el Secretario judicial les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más.

La aplicación de este artículo, que establece la posibilidad de **prórroga del plazo para el desalojo**, podría operar en los supuestos en que no proceda la suspensión del lanzamiento del ejecutado por no darse los requisitos exigidos en el artículo 1 de la Ley 1/2013 y siempre que se trate de la vivienda habitual del ejecutado.

Por propia disposición del artículo es aplicable a la **ejecución ordinaria e hipotecaria**.

Después de esta enumeración sólo cabe decir que son tantas las peculiaridades y tantos los derechos específicos para el ejecutado que, como ya he afirmado y se afirma en otros comentarios sobre la materia, la ejecución hipotecaria de vivienda habitual se constituye en una subespecie del proceso general que nos obliga, por seguridad jurídica, a la determinación del carácter de vivienda habitual del inmueble ejecutado cuando no está previamente determinado (ejecuciones ordinarias e hipotecarias anteriores a la Ley 1/2013 generalmente).

Se puede afirmar, aunque no lo exijan las normas de procedimiento, que la calificación de la vivienda como habitual o no, se constituye en un presupuesto imprescindible para la sustanciación del procedimiento de ejecución.

Después de la enumeración de las especialidades **las principales cuestiones a determinar**, no resueltas en el régimen jurídico de la ejecución, las podemos subdividir en las siguientes:

2. Si la vivienda objeto de ejecución tiene o no el carácter de habitual y cuándo o en qué momento procede pronunciarse sobre el mismo

2.1. Dada las peculiaridades y, en concreto, la limitación de los intereses de demora del artículo 114.3 de la L.H. como la aplicación cierta del artículo 693.3 de la LEC como facultad del deudor, son suficientes para entender que desde el despacho de ejecución se hace necesaria la determinación del carácter de la vivienda habitual del ejecutado, lo que encontraría su encaje en el artículo 551.2.4 de la LEC, cuando refiriéndose al auto judicial que contenga la orden general de despacho de ejecución dice que expresará " las precisiones que resulte necesario realizar respecto de las partes o del contenido de la ejecución.

Para ello es recomendable que **el ejecutante se pronuncie** al respecto en la demanda ejecutiva; si no lo realiza podría haber un **pronunciamiento de**

oficio y expresarse así **por el juez en el auto despachando ejecución** si en la escritura, certificación o documentos acompañados consta expresamente o si concurren circunstancias o indicios suficientes para presumir que lo es. Si el pronunciamiento se basa en circunstancias o indicios podrá oponerse el ejecutante.

En cuanto a las circunstancias a tener en cuenta podemos acudir, entre otras, a las que pone de manifiesto la DGRN en Resolución de 13 de febrero de 2014; que coincida con el domicilio indicado a efectos de notificaciones en la escritura de hipoteca o en anotaciones de embargos sobre la finca, que coincida con el lugar de empadronamiento del deudor o en el que se encuentre.

Para el caso de no concurrir circunstancias que permitan presumir el carácter de la vivienda, debería requerirse al ejecutante para que se manifieste previamente. Si no lo hace se podría **requerir al ejecutado** para que se manifieste en el plazo que tiene para oponerse. En caso afirmativo habría que dar traslado al ejecutante para que pueda oponerse sustanciándose el correspondiente incidente, al que habría que acudir cuando las partes tengan pronunciamientos opuestos.

2.2. En aquellos procedimientos en los que, no obstante, ya se hubiese efectuado requerimiento de pago, expedida certificación y cumplidos todos los trámites necesarios antes de la celebración de subasta, parece que no constituiría obstáculo para su celebración aunque no esté determinado el carácter de la vivienda objeto de subasta. Sin embargo entiendo que **tendría que determinarse el carácter de la vivienda, en el supuesto de aplicación del artículo 670.4** que contempla la **aprobación del remate por importe inferior al 50%**, pues para resolver el Letrado de la Administración de Justicia, a la vista de las circunstancias del caso, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y demás circunstancias que se contemplan, debería instar a las partes que se manifiesten sobre el carácter de la vivienda; dato trascendental al efecto, pues en caso de ser habitual no se justificaría hacerlo por debajo del límite que establece el artículo 671 de la LEC.

Declarada desierta la subasta se hace necesaria la determinación del carácter de la vivienda en los supuestos de la **aprobación de la adjudicación** al ejecutante al objeto de aplicar a su precio las limitaciones establecidas en el artículo 671 para la vivienda habitual.

En estos supuestos corresponderá la decisión al Letrado de la Administración de Justicia en el Decreto de aprobación de remate (en el supuesto contemplado) o de aprobación de la adjudicación al ejecutante, sin perjuicio en su caso del incidente de oposición a la calificación.

2.3. Una vez aprobado el remate, y si hasta este momento no ha sido necesaria la determinación del carácter de la vivienda, tendrá que afrontarse tanto si es necesaria la **tasación de costas** al objeto de aplicar el límite del

artículo 575 bis de la LEC o si el ejecutado solicita la **suspensión del lanzamiento** conforme al artículo 1 de la Ley 1/2013 vigente hasta el año 2020.

Dado el trámite en el que nos encontramos la determinación del carácter de la vivienda correspondería al Letrado de la Administración de Justicia, sin perjuicio, en su caso, de admisión de incidente de oposición.

2.4. Concluido el proceso de ejecución hipotecaria para el supuesto que el deudor solicite la **quita** del 35 o 20% en el crédito o la reducción del 50% de la **plusvalía** obtenida por el ejecutante que reconoce el artículo 579 de la LLEC ya comentado. Si no constara hasta el momento el carácter de vivienda habitual, porque no hubiera sido necesaria, habría que determinarse para la aplicación del precepto citado.

También en estos supuestos corresponderá al Letrado de la Administración de Justicia su determinación.

3. La tercera cuestión no resuelta por la regulación de la ejecución es determinar a quién le corresponde la competencia para determinar el carácter de la vivienda, Juez o LAJ

Aunque en cada supuesto se ha indicado a **quién correspondería la determinación del carácter de habitual o no de la vivienda del deudor**, se puede concluir como regla general que al no venir atribuida por la Ley la competencia entre Juez o LAJ le corresponderá a uno u a otro dependiendo de a quién le compete la tramitación y en su caso resolución del momento de la ejecución en que, a instancia de parte o de oficio, proceda determinar el carácter de la vivienda (despacho de ejecución, decreto aprobación remate o adjudicación, tasación de costas) o del trámite seguido para su determinación en caso de oposición y al que daremos respuesta en el siguiente apartado.

En cualquier caso, siempre que se haya sustanciado un incidente contradictorio resolverá el juez.

4. La cuarta cuestión a la que hay que dar respuesta y que no contempla el régimen jurídico de la ejecución hipotecaria u ordinaria es el trámite a seguir en caso de oposición a la determinación de oficio por Juez o LAJ del carácter de la vivienda

Determinado el carácter de la vivienda en atención a las distintas circunstancias que concurren, la parte contraria que no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto puede manifestar su oposición por considerar que no resulta acreditado o por tener conocimiento de otras circunstancias que puedan modificar su calificación. En este caso habría que sustanciar la cuestión en un incidente con oportunidad de proposición de prueba y posterior resolución. La pregunta es **¿qué trámite ha de seguirse para sustanciar y resolver el incidente?**

Un examen de la regulación de la ejecución en la LEC nos hace ver que regula distintos incidentes para supuestos concretos, como el del artículo 661.2 para resolver sobre el derecho de un ocupante a permanecer en un inmueble después de su enajenación; el del artículo 675 para resolución del lanzamiento de ocupantes del inmuebles; el de los artículos 712 y siguientes para la liquidación de cantidades ilíquidas, pero, como ya se ha manifestado, ninguno de ellos se refiere al trámite a seguir para la determinación del carácter de la vivienda.

A falta de regulación específica ¿Podría esta cuestión resolverse por el procedimiento incidental regulado en los artículos 387 y siguientes de la LEC denominado de las cuestiones incidentales, como es la determinación del carácter de la vivienda en la ejecución, que encaja a la perfección en el concepto de cuestión incidental que define el artículo 387 al decir que "son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso".

La primera duda nos puede surgir por estar regulado en el libro dedicado a los procesos declarativos, lo que nos podría hacer pensar que no sería de aplicación en la ejecución, pero desde mi punto de vista queda resuelta en el artículo 288 de la LEC cuando dice "Las cuestiones incidentales, que no tengan señaladas en esta Ley otra tramitación, se ventilarán en la forma establecida en este capítulo". Desde mi punto de vista, se trata de un artículo con vocación universal, pues al decir en "esta Ley", y por ello Ley de Enjuiciamiento Civil, sin haberlo limitado al libro en que se encuentra ubicado, nace con carácter supletorio para todo tipo de incidentes que no tengan señalada una tramitación específica, siendo indiferente que se suscite en fase declarativa o de ejecución.

El trámite a seguir con carácter general **será el de las cuestiones incidentales** regulado en los artículos 392 y 393 de la LEC y se resolverá mediante auto, siendo por ello competencia, en caso de controversia entre las partes, del Juez.

Se podría contemplar alguna **excepción al trámite incidental expuesto**, pues para el caso que la determinación del carácter de vivienda habitual se produzca en el auto conteniendo la orden general de ejecución, en el que se acuerde tanto su notificación como dar traslado de la calificación de la vivienda a efectos de oponerse a esa consideración como a la ejecución, parece lo más acertado que se resuelva por los trámites previstos en los artículos 557 y siguientes de la LEC para sustanciar la oposición a la ejecución; pues se trata de un cauce previsto específicamente en la LEC aunque no sea considerado por la misma como motivo de oposición.

Hay que añadir a esta excepción la ya expuesta de oposición a la ejecución del fiador o hipotecante no deudor por falta de excusión previa (artículo 3 bis RDL 6/2012), que seguiría igualmente el trámite de los artículos 557 y siguientes de la LEC si hasta este momento no consta el carácter de la vivienda.

Ahora resulta conveniente tratar **el régimen de recursos** contra la resolución que se pronuncie sobre la calificación de la vivienda objeto de ejecución. A tal efecto resulta necesario distinguir los siguientes supuestos:

- La determinación del carácter de la vivienda le corresponderá, como hemos puesto de manifiesto, al Juez o LAJ dependiendo de a quién le competa la tramitación y en su caso resolución del momento de la ejecución en que, a instancia de parte o de oficio, proceda determinar tal carácter (despacho de ejecución, decreto aprobación remate o adjudicación, tasación de costas), en este primer supuesto y siempre que no sea necesario iniciar incidente de oposición, en aplicación de los artículos 451 y siguientes de la LEC, contra la resolución de uno u otro determinando el carácter de la vivienda (providencia o auto y diligencia de ordenación o Decreto) cabría interponer recurso de reposición, que será resultado, mediante auto o decreto, siendo éstas resoluciones irrecurribles, sin perjuicio de reproducir la cuestión en la forma referida en los artículos 454 y 454 bis de la LEC.

Cuestión controvertida sería entender que el auto o decreto dictado, son definitivos por poner fin al, doctrinalmente conocido como, procedimiento especial sobre vivienda habitual y por ello considerar que los mismos pueden ser objeto de apelación o revisión y posterior apelación respectivamente, ya que ponen fin al procedimiento o impiden su continuación.

- Sería distinto el régimen de recursos cuando la parte contraria manifieste su oposición a la calificación por considerar que no resulta acreditado o por tener conocimiento de otras circunstancias que puedan modificarla. En este caso habría que sustanciar la cuestión, como hemos dejado resuelto anteriormente, por el trámite **de las cuestiones incidentales** regulado en los artículos 392 y 393 de la LEC y se resolverá mediante auto; siendo por ello competencia, en caso de controversia entre las partes, del Juez. Y respecto al recurso a interponer sería de aplicación el artículo 393.5 de la LEC y, dependiendo si consideramos que se está poniendo o no fin al procedimiento especial de ejecución de vivienda habitual, cabría apelación o no cabría recurso alguno.

No obstante, ha de tenerse en cuenta, para tener una perspectiva completa sobre el tema, que, con arreglo al artículo 562 de la LEC, la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución se podrá denunciar por medio del recurso de reposición establecido en la propia Ley si la infracción constara o se cometiera en resolución del tribunal de la ejecución o

del letrado de la administración de justicia, y por medio del recurso de apelación solo en los casos en que expresamente se prevea en esta Ley.

Para el supuesto de **excepción al trámite incidental expuesto**, ya contemplado, en caso de que la determinación del carácter de vivienda habitual se produzca en el auto conteniendo la orden general de ejecución, en el que se acuerde tanto su notificación como dar traslado de la calificación de la vivienda a efectos de oponerse a esa consideración como a la ejecución, parece lo más acertado, como ya se puso de manifiesto, que se resuelva por los trámites previstos en los artículos 557 y siguientes de la LEC para sustanciar la oposición a la ejecución; pues se trata de un cauce previsto específicamente en la LEC aunque el supuesto que nos ocupa no sea considerado por la misma como motivo de oposición, entendiéndose que sería de aplicación el régimen de recursos previsto en el artículo 561.3.

5. Por los mismos motivos expuestos en apartados anteriores resulta conveniente señalar qué criterios y circunstancias hemos de tener en cuenta para la calificación de una vivienda como habitual o no. A este respecto, y a falta de definición en las normas procesales a efectos de la ejecución, los conceptos o definiciones que de vivienda habitual encontramos en la Ley, aunque desde el punto de vista fiscal, son:

- Ley 35/2006, de 28 de noviembre del IRPF "Se considerará vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años".

- Artículo 54 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de IRPF "Con carácter general se considera vivienda habitual de contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años".

En cuanto al concepto de **residencia habitual** el Artículo 2 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbana dice que es "La que constituya el domicilio de la persona que la ocupa durante un período superior a 183 días al año".

En cuanto a las **circunstancias** que nos llevan a la presunción de calificación de la vivienda como habitual, entre otras están las ya apuntadas y contenidas en la Resolución de 13 de febrero de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado como son:

- Fijación en escritura de hipoteca como domicilio a efectos de notificaciones de la vivienda hipotecada.

- Que conste en anotación registral la vivienda objeto de ejecución como domicilio del deudor.

- Que conste como domicilio del deudor en el Padrón Municipal.

6. Por último, conforme a los apartados enunciados, hemos de preguntarnos a qué momento ha de referirse la consideración como vivienda habitual del inmueble objeto del embargo o de la ejecución hipotecaria

En el caso de la ejecución hipotecaria, en algunos casos es requisito para que el deudor goce de los beneficios legales que la hipoteca se haya constituido sobre la vivienda habitual y que el crédito se destinara a su adquisición, pero en otros supuestos simplemente se alude al carácter de vivienda habitual que puede haber devenido con posterioridad (vgr. Art 671 LEC).

Dada la finalidad de la norma, si el inmueble tiene ese carácter en el momento de decretarse el embargo o la ejecución hipotecaria, aunque no lo tuviera originalmente, habrá de considerarse sujeta la ejecución a las especialidades de la vivienda habitual.

Por otra parte, la casuística exigirá un especial pronunciamiento en casos atípicos pero no improbables, como por ejemplo cuando el ejecutado haya sido privado de la vivienda contra su voluntad (por ejemplo, orden de alejamiento o condena en el mismo sentido, o atribución judicial del uso de la vivienda en proceso matrimonial contencioso).

7. Bibliografía

- Especialidades en la constitución y ejecución de hipotecas sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013. Joaquín Delgado Ramos, Registrador y Notario.

Tratamiento Procesal de la vivienda habitual. Francisco Sánchez Gálvez. Magistrado de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga.

www.notariosyregistradores.com

- Estatuto jurídico de la vivienda habitual. Especialidades procedimentales en la ejecución sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013. Prudencio Moreno Trapiella. Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de Justicia.

Diario La Ley, nº 8475, Sección Doctrina, 6 de febrero de 2015, Ref. D-47. Editorial LA LEY.

- Artículo Monográfico. Controversia sobre el cumplimiento en el curso de la ejecución. Antonio Fraga Mandián. Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de A Coruña.

www.sepin.es/procesal-civil SP/DOCT/17717

- La protección de la vivienda habitual del deudor persona natural y del crédito hipotecario en la ejecución singular y en el concurso de acreedores tras el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. Francesc-Xavier Ra i Roig, Letrado de la Administración de Justicia. EL DERECHO.

www.elderecho.com

- Resolución de 13 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrado de la Propiedad de Alzira nº 1 por la que se suspende la inscripción de un decreto de adjudicación. BOE Nº 69. Viernes 21 de marzo de 2014.

- Resolución de 20 de septiembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Arcos de la Frontera a inscribir un decreto de adjudicación.

- RDL 8/2011, de 01 julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios.

- RDL 6/2012, de 09 marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

- Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Hipotecaria.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.