

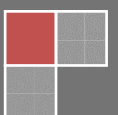
2013

JORNADA SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA
DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA DE MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN
LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA
CON ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN TRANSITORIO

Madrid 8 de mayo de 2013

Dirección: D. Juan Antonio Xiol Ríos
Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

María Jesús Parrón Cambero y Carlos Sánchez Martín
Magistrados. Letrados Gabinete Técnico Tribunal Supremo



JORNADA SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA DOCTRINA DEL TJUE EN MATERIA DE CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARA CON ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN TRANSITORIO.

ACTA DE SESIONES

ACTO INAUGURAL

Comienza la sesión con una presentación del director de la jornada el Excmo. Sr. D. Presidente de la Sala Civil, D. Juan Antonio Xiol Ríos.

El Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos destacó, en primer lugar, la enorme preocupación social por las ejecuciones hipotecarias y el necesario papel del juez en la materia. Señaló que más que una interpretación anclada en el formalismo, hay que buscar una interpretación finalista de la ley de acuerdo con sus principios y valores, lo que en nuestro contexto implica necesariamente interpretar la ley conforme a los principios constitucionales y conforme al Derecho de la Unión Europea, que prevalece sobre el derecho estatal.

La jornada tuvo como finalidad hacer unas reflexiones para fijar criterios en la materia que puedan servir a cada tribunal, sin perjuicio de su independencia e imparcialidad, como orientación en el ejercicio de su función. En un mundo globalizado, los jueces tienen que buscar y respetar el equilibrio entre las distintas instituciones de la sociedad, resaltando la dimensión ética de la función judicial y el control y ponderación del mundo de las emociones, con el fin de dar una respuesta a cualquier problema que tengamos que enfrentar.

PRIMERA MESA REDONDA.

ESTADO DE LA SITUACIÓN A RAÍZ DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA TRAS LA SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2012.

Moderador D. Ramón Camp i Batalla. Vocal del CGPJ

D. Francisco Marín Castán. Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

D. Francisco Javier Priego Pérez. Secretario General del Banco de España.

D. Pedro José Vela Torres. Magistrado de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba.

Tras las palabras del moderador, Interviene en primer lugar D. Francisco Marín Castán, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo que expresa su reconocimiento a la labor realizada por el magistrado D. José María Fernández Seijo, que a través del planteamiento de las cuestiones prejudiciales que han sido resueltas, ha permitido revelar las deficiencias del actual procedimiento de ejecución hipotecaria obligando al legislador a dar respuesta a los vacíos, fundamentalmente procesales, revelados por la sentencia del TJUE de 14 marzo de 2013 (caso Aziz).

Según el interviniente, la sobreabundancia de normas para proteger determinados bienes jurídicos, está provocando una disminución en la protección en general de los perjudicados al exigir un esfuerzo de motivación por parte del Juez. Esto le permite concluir que la normativa referida a consumidores no puede disminuir, sino aumentar el ámbito de protección que ya le otorga el Código Civil y los artículos 51 y 47 de la CE.

Las deficiencias del ordenamiento jurídico español, reveladas por la Sentencia de 14 de junio de 2012, son esencialmente procesales, especialmente en el ámbito normativo de protección del crédito. Al orientarse la norma procesal a la protección del crédito, se ha producido una disminución de las garantías del consumidor, pues la ley procesal es el camino para lograr la protección del derecho sustantivo. Alude a que la jurisprudencia del TJUE, va

más allá: el juez de la Unión no es neutral sino beligerante. El juez no puede ser neutral, tiene que ser beligerante en protección del consumidor, aunque imparcial, protegiéndole de oficio, impulsando la práctica de prueba sobre cláusulas abusivas, respetando el principio de contradicción. En este sentido, el TJUE ha recalcado que hay que buscar un equilibrio real entre las partes y no formal, y que el gasto judicial no puede disuadir al consumidor.

Manifiesta que las deficiencias procesales, en el procedimiento de ejecución, no puede remediarse mientras subsista el régimen transitorio del recurso extraordinario por infracción procesal. Los autos siguen sin poder ser recurridos ante el Tribunal Supremo y el recurso de casación en interés de ley no ha sido desarrollado. Destaca que sería deseable reformar el actual marco legal de forma que a través de este recurso se pudiera unificar la interpretación de las reglas procesales, especialmente en el proceso de ejecución hipotecaria.

Considera que la Proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios mejora la situación actual, aunque sigue siendo insuficiente al mantener distintas regulaciones sobre la misma materia, en vez de unificarlas en una única norma. Tampoco regula la situación de los que ya han sido lanzados de sus viviendas ni el posible carácter abusivo de las sobregarantías. Considera que se podía haber introducido la suficiencia del último recibo de la cuota hipotecaria para acreditar el pago de la deuda, siendo excesivo solicitar un certificado de saldo cero. Esta situación aconseja, en su criterio, suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que entre en vigor la reforma legal que se prevé cercana.

En segundo lugar ha intervenido D. Francisco Javier Priego Pérez, Secretario General del Banco de España. Señala que las hipotecas son uno de los componentes más importantes de la actividad crediticia de las entidades y un elemento muy importante para su rentabilidad y solvencia. El saldo vivo de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda ascendía, a finales de 2012, a cerca de 600.000 millones de euros, situándose la tasa de morosidad de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en torno al 4%, siendo una ratio muy contenida en relación con los países de nuestro entorno, por ejemplo Irlanda. El interviniente advirtió que si se introdujera en España una normativa que fuera vista como un incentivo al impago de préstamos, la situación podría llegar a asimilarse a la de Irlanda.

Analizando sucintamente el caso de Irlanda, destaca que en el año 2010, se aprobó un código de conducta aplicable a incumplimientos de

préstamos hipotecarios que se aplica a todos los deudores hipotecarios sin umbral de exclusión, que se encuentren en situación de incumplimiento o preincumplimiento, y a diferencia del modelo español, en el que la iniciativa está del lado del deudor hipotecario, en Irlanda todas las entidades estaban obligadas ante un incumplimiento, a ofrecer planes de reestructuración a los prestatarios.

Destacó que las cédulas hipotecarias (saldo vivo de 400.000 millones de euros) son la parte esencial de los valores aportados por la banca española en garantía de sus operaciones de financiación con el Eurosistema, que en consecuencia, se verían también afectadas por un incremento brusco de la tasa de morosidad de los préstamos subyacentes.

Como conclusión considera que hay que lograr el equilibrio entre todos los aspectos en juego (seguridad jurídica, las legítimas expectativas de los consumidores). A título personal considera que la proposición de ley ayuda significativamente, con lagunas que se pueden resolver con mayor detenimiento, y que no incentivará el impago porque el proyecto de ley limita el ámbito subjetivo de las medidas de reestructuración a los colectivos con mayor vulnerabilidad.

Por último plantea como reflexión personal, al hilo de la mencionada sobreabundancia de normas, que lo que existe también es una sobreabundancia de información al prestatario, que puede llegar a confundirle.

El tercer interviniente, D. Pedro José Vela Torres, Magistrado de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, realizó una comparación entre los requerimientos de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 y la reforma legal en trámite parlamentario.

La sentencia del TJUE señalaba ciertos déficits normativos que causaban desprotección al consumidor, como la imposibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución. Partiendo de esta vulneración, la sentencia señala como abusiva la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota porque no permite al consumidor explicar el motivo del impago, lo que va ser objeto de modificación legislativa en el artículo 693 de la LEC. En cuanto a los intereses moratorios excesivos, considera que no hay razón para que los intereses sean más altos que el resto de contratos de crédito con consumidores, al existir una garantía hipotecaria. En cuanto a la cláusula unilateral de determinación del saldo

deudor considera que podría plantearse su abusividad, sobre todo si entran en juego las denominadas cláusulas suelo.

El interviniente señaló que existen determinadas normas que pueden ser polémicas. Así destacó el actual artículo 579 de la LEC en orden a la continuación de la ejecución, una vez adjudicada la vivienda habitual. En torno a esta norma que es aplicación de principio de responsabilidad patrimonial universal, el interviniente se plantea si se puede detraer de esa responsabilidad restante los beneficios obtenidos posteriormente por la entidad con una posterior venta. También cuestionó los porcentajes del artículo 671 de la LEC en orden a la adjudicación al ejecutante del bien cuanto la subasta queda desierta, considerando que debería aplicarse las normas sobre determinación del precio del Código Civil cuando hayan datos que puedan acreditar que el precio es más alto para que se acerque a su valor real.

Analizando la reforma legislativa, destaca la modificación del artículo 552.1 LEC, en sede de despacho de ejecución, añadiendo un apartado en orden a conceder audiencia a las partes por cinco días respetando el principio de contradicción, para declarar la abusividad de una cláusula. El artículo 557.1 LEC introduce un nuevo motivo de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria consistente en que el título contenga cláusulas abusivas. El artículo 561.1. 3º determina las consecuencias de la declaración de abusividad. El artículo 695 añade también un nuevo motivo de oposición en sede de ejecución hipotecaria. El apartado segundo del artículo 693 de la LEC establece que «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución». El artículo 114 de la LH dispone que «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil». El artículo 579.2 LEC contempla como novedad que «a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total

que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación; b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante».

Esta regulación se completa con las Disposiciones Transitorias, haciendo especial referencia a la 1ª, 2ª y 4ª, señalando que en la DT1ª la ley se regula que la proyectada ley sería de aplicación a los procesos iniciados en los que no se hubiere ejecutado el lanzamiento. La DT 2ª, en cuanto a los intereses de demora, dispone «La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3.1 será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos». En la DT 4ª se prevé que en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de la ley en los que no se haya realizado la puesta en posesión del inmueble al adquirente, la parte ejecutada disponga de un plazo de un mes desde la entrada en vigor, sin necesidad de resolución judicial expresa, para formular un incidente extraordinario de oposición para alegación de las nuevas causas de oposición introducidas por la ley.

Señala que no se ha modificado, en cambio, el artículo 698 de la LEC actual, lo que podía entenderse como un incumplimiento de la sentencia del TJUE al no suspenderse la ejecución por la iniciación de un declarativo posterior. Sin embargo entiende que se debería suspender y que de hecho, ya existe algún auto que lo hace, como el del Juzgado de Primera Instancia

número 13 de Madrid de 15 de marzo, en aplicación de la sentencia del TJUE. Admitida la posibilidad de la suspensión, otra de las dudas es determinar quien tiene la competencia para adoptar tal medida, el juez encargado de la ejecución hipotecaria o el juez que conoce del juicio ordinario.

En el turno de preguntas y tras la intervención de D. Juan Antonio Xiol, se aludió a que las insuficiencias que puedan observarse en la legislación procesal pueden ser suplidas por el juez.

En relación a la falta de previsión legal de la suspensión, se manifestó que obedecía a que en el propio procedimiento de ejecución diseñado por la reforma se prevé la posibilidad de oponer las cláusulas abusivas e incluso su examen de oficio, de forma que no sería necesaria. En cuanto a esta posibilidad en los juicios ordinarios abiertos frente a ejecuciones ya finalizadas a la entrada en vigor de la reforma legal tampoco cabría la medida cautelar al haberse entregado la posesión del bien.

En este turno de intervenciones se aludió a la conveniencia de la suspensión de los procedimientos de ejecución hipotecaria en trámite en los que no se haya producido el lanzamiento hasta que entre en vigor el texto de la reforma. Para apoyar esta decisión se alude a razones de seguridad jurídica procesal ante la inminente reforma, la existencia de un fin jurídico superior, la trascendencia social de la problemática o el propio fundamento que impone al juez el control de oficio de las cláusulas abusivas. La propia Disposición Transitoria 4ª parece que abonaría tal tesis, en la medida que concede el plazo de un mes para denunciar cláusulas abusivas con independencia de la fase en que se encuentre el procedimiento.

Se destacó igualmente la ausencia del principio de inmediación en el control de las cláusulas abusivas al limitarse la prueba a la documental obrante y, también, al resultado de indeterminación en la cantidad a la que puede conducir tal trámite que impediría la ejecución. En relación a esta cuestión se manifestó que el principio de inmediación puede tener virtualidad en atención a las facultades de oficio del juez en materia de prueba. Sobre la indeterminación de la cantidad se reconoció que podía ser un problema frecuente.

Sobre la aplicación de la Disposiciones Transitorias 1ª y 4ª, se concluyó que la reforma legal no puede alterar el principio de la fe pública registral, si

bien en el procedimiento ordinario se podría adoptar una anotación preventiva que impidiese la figura del tercero hipotecario de buena fe.

Se señaló en relación con la Disposición Transitoria Cuarta, que en los 200 000 procedimientos de ejecución que se encuentran en marcha, la mayoría no tienen al deudor personado, que la ley está pensando en un incidente contradictorio, y no regula la actuación de oficio por el juez que solo está prevista para los nuevos procedimientos, pero no para los procedimientos en trámite. Plantea que o se articula un mecanismo para estos supuestos, o estaríamos ante la misma problemática. El Sr. Marín considera que el silencio ha de suplirse con la sentencia del TJUE que señala que aunque el interesado no se defiende, hay que actuar, de tal forma que transcurrido el mes, el juez de oficio debe poner de manifiesto a la parte ejecutante las posibles cláusulas abusivas en aplicación de aplicación del control de oficio de la normativa de protección del consumidor.

Por último se aludió a que el Derecho comunitario diseña un marco de garantía procesal del consumidor que puede superar las insuficiencias de la reforma legal a pesar de que no resulte lo más conveniente desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

SEGUNDA MESA REDONDA.

CONSECUENCIAS FORMALES Y MATERIALES DE LA DECLARACIÓN DE UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL COMO ABUSIVA

Moderador D. Manuel Almenar Berenguer. Vocal del CGPJ

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

D^a. Juana Pulgar Ezquerro. Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid.

D. Ángel Galgo Peco. Presidente de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Inicia la sesión como moderador el Vocal del CGPJ, D. Manuel Almenar Belenguer sobre las consecuencias de la declaración de abusividad de determinadas cláusulas contractuales, centrandó la cuestión en las de vencimiento anticipado, intereses de demora y pacto de liquidez.

Comienza la intervención el magistrado de la Sala Primera D. José Ramón Fernández Gabriel que señala que atendiendo a la sentencia del TJUE, es contraria a la Directiva 93/13 una normativa que no prevea en ejecución hipotecaria la posibilidad de alegar como causa de oposición una cláusula abusiva, por lo que el artículo 695 de la LEC es contrario a esa Directiva. El artículo 698 de la LEC completa la normativa vigente. La proposición de ley parece poner fin a esta situación al añadir un número 4 al artículo 695.

El TJUE ha señalado en varias ocasiones que el juez puede apreciar de oficio una cláusula abusiva. Así en el punto 23 de la sentencia Pannon de 4 de junio de 2009 (“[...] el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula”).

Atendiendo a la proposición de ley, la reforma del 129 LH supone que «Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo

pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos. En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales». Esto implica que en el caso de la venta extrajudicial, la actuación de oficio del órgano judicial no se podrá prestar ya que el procedimiento extrajudicial no se suspende salvo que las personas legitimadas que señala lo planteen ante el Juez. Esto puede suponer, a juicio del interviniente, que la mayor parte de las ejecuciones de las garantías hipotecarias se sustancien por esta vía extrajudicial con el fin de evitar el control judicial de las cláusulas abusivas.

En cuanto a las consecuencias de la abusividad de las cláusulas, el artículo 6.1 de la Directiva dispone que “ Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”, es decir, nulidad parcial (“utile per inutile non vitiatur”, lo válido no es viciado por lo inválido). No es posible, en cambio, la integración del contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, ya que lo excluye la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banco Español de Crédito, punto 73), sin embargo considera que si bien no sería factible que se modificara una cláusula abusiva, que es lo que dice el TJUE, sostiene que sería posible la aplicación supletoria de un ley dispositiva.

En cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, relacionada con el plazo, lo que se oculta es un fenómeno de resolución de contrato de préstamo, debiendo aplicarse la doctrina sobre el incumplimiento resolutorio de las obligaciones.

Sobre la cláusula de liquidación unilateral de la deuda, no considera que sea abusiva, siempre que exista un trámite para alegar el error.

Respecto a la cláusula de intereses moratorios, realiza ciertas precisiones. En primer lugar, que no se refiere a los intereses remuneratorios que no son controlables conforme al artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (“ La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución,

por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”) salvo en lo relativo al control de transparencia. Los intereses moratorios que se consideraren abusivos, determinarán la aplicación del ordenamiento español y la distinta normativa existente, pudiendo aplicase por ejemplo, los intereses del Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo que suma a los intereses remuneratorios un 2% sobre el capital pendiente de préstamo, o bien remitirse a cualquier otra normativa vigente.

La segunda intervención se produce por Doña Juana Pulgar Ezquerro, catedrática de derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid. Comienza relacionando los problemas de ejecución hipotecaria con los económicos del país y considera que pueden conllevar una exclusión social, circunstancia que se puede producir sobre todo en los países del sur de Europa, según el dictamen del Comité Económico y Social europeo “El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia (dictamen 2008/C 44/19).

Comenzando con el concepto de cláusula abusiva, el artículo 82 del Real decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios acota los elementos de la cláusula abusiva: estipulaciones no negociadas individualmente, en contra de las exigencias de la buena fe, que causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que hay que valorar si en el marco de una negociación individual, el consumidor habría aceptado esa cláusula, es decir, averiguar la voluntad virtual del consumidor.

En cuanto a las consecuencias de la abusividad, el artículo 83 del texto refundido señala que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas y que la parte del contrato afectada se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 CC y al principio de buena fe objetiva. Sin embargo, el TJUE dice que es contrario a la Directiva la moderación o integración de la cláusula abusiva. En su opinión en el supuesto de intereses moratorios se podría aplicar el 1108 del Código Civil, o la solución aportada por el Sr. Ferrándiz, pero que eliminar la cláusula de intereses totalmente crearía un desequilibrio en la posición de las partes. El Juzgado de lo mercantil número 3 de Barcelona en sentencia de 2 de mayo de 2013, ha dicho que la cláusula de intereses moratorios es abusiva y que afecta a la liquidez de la deuda reclamada.

Considera que a la luz de la doctrina del TJUE, el Real Decreto legislativo 1/2007 también habría que modificarlo y que sería deseable que también se diera respuesta legal al sobreendeudamiento de la persona física, y se regulara en qué situaciones habría que proceder a la condonación de lo no pagado. Señala la posibilidad de aplicar, en este sentido, la cláusula rebús sic stantibus, pese a la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo, cláusula no regulada en el CC, a diferencia del BGB alemán. Menciona las recientes sentencias del Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 que conectan la cláusula rebús a la situación de crisis económica, debiendo probarse la alteración extraordinaria de las condiciones del contrato. Dicha cláusula operaría como un criterio moderador del principio de responsabilidad patrimonial universal.

El tercer interviniente, D. Ángel Galgo Peco, Presidente de la Sección 28ª de Madrid, especializada en Mercantil, planteó diversos puntos de reflexión. En primer lugar destacó los recursos judiciales: el control de abusividad, posterior al control de legalidad del artículo 1255 del Código Civil; el ámbito de protección del consumidor, la Ley General de Consumidores y Usuarios, al limitarse el control a las cláusulas no negociadas individualmente a diferencia del control de abusividad regulado en el artículo 9 de la Ley 3/2004 que se extiende también a las cláusulas negociadas en el ámbito de los empresarios. Considera que hay que atender a todas las circunstancias concurrentes, sabiendo además que se está interviniendo en la libertad de mercado, y que la proposición de ley no resuelve todos los problemas, aunque aporta índices a ponderar, que estima son necesarios. Entiende acertada la aplicación de la doctrina de resolución de contratos para el vencimiento anticipado, y señala que podría llevar a la modificación de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de arrendamientos.

Se decanta en cuanto a los intereses de demora por las soluciones aportadas por el Real Decreto-ley 6/2012 o por la Ley de Crédito al Consumo, y considera más complicada la aplicación de artículo 1108 del Código Civil porque se está ante un negocio, con beneficios y ante la necesidad de garantizar de que va a haber un cumplimiento fiel por la parte contraria.

En cuanto a los intereses remuneratorios, coincide en la idea de que no son controlables al pertenecer a la economía de mercado, pero no descarta que se llegue a plantear su abusividad en los tribunales, porque la razón puede ser la misma.

Destaca, también, la importancia que debe tener en esta materia otros operadores jurídicos, por ejemplo, los registradores que deberían interactuar,

más aún teniendo en cuenta que la doctrina de la DGRN establecida en resolución de 19 de abril de 2006 referida a que no podía entrarse en las cláusulas abusivas, ha sido matizada posteriormente.

Abierto el debate, el Sr. D. Juan Antonio Xiol planteó tres cuestiones. La primera referida a si el tipo de interés abusivo puede ser o se justifica distinto en un préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual en la medida en que resulta más improbable que el deudor se coloque en una situación de incumplimiento sistemático y sean necesarios efectos disuasorios.

La segunda cuestión se refiere a las consecuencias del carácter abusivo del vencimiento anticipado, en relación al contrato y a la ejecución. En concreto se plantea si habría que acudir a los mecanismos de resolución del contrato o a la acreditación de la insolvencia del deudor, vías más complicadas de apreciación. De igual forma, si el proceso de ejecución sería nulo y habría que acudir a un juicio declarativo.

La tercera cuestión se formula en relación a los intereses remuneratorios. Al tratarse de cláusulas que afectan a los elementos principales del contrato, cuál sería el control a ejercer en relación a los mismos, el control de abusividad o el de transparencia.

Por último realizó una reflexión en el sentido de que el legislador no puede regular todos los problemas y supuestos de cláusulas abusivas y tendrán que ser los jueces los que resuelvan y sienten conclusiones, ponderando las circunstancias del caso. El legislador no puede llegar a resolver todos los problemas que se vayan a plantear. En este aspecto se realiza una petición clara para modificar la configuración actual del recurso de casación con objeto de que puedan ser recurribles los autos de contenido sustantivo dictados en los procesos de ejecución.

En relación a la primera cuestión se alude a que las soluciones deberían ser unitarias. En torno al carácter o no abusivo se hace necesario un juicio de relatividad.

Por lo que se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado, se aduce por D. José Ramón Ferrándiz que la sentencia del TJUE, cuando alude al carácter esencial de incumplimiento, asimila el vencimiento anticipado a la resolución por incumplimiento. En cuanto a sus consecuencias, como el fundamento de la ejecución es precisamente el vencimiento anticipado, en la reforma legal se establece el sobreseimiento de la ejecución.

Suscitó cierta discrepancia el efecto de una cláusula abusiva en abstracto pero que el banco la aplica cumpliendo los requisitos legales –espera el impago de al menos tres cuotas-. Se suscitaron opiniones favorables al carácter abusivo de la cláusula, y contrarias, en la medida en que la entidad bancaria realiza una aplicación en la realidad no abusiva del vencimiento anticipado. En cualquier caso, se afirmó la necesidad de aquilatar las consecuencias de la propia declaración dado que si se declarase nulo el préstamo, se causaría un perjuicio importante al consumidor.

Por el Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo, D. Sebastián Sastre Papiol se alude a que algunos de los debates resultan innecesarios porque cuando la entidad bancaria presenta la demanda de ejecución han transcurrido como mínimo cuatro o cinco impagos. Además, advierte del riesgo de la imposibilidad de asumir el pago de la deuda si se dilata la reclamación a un excesivo número de cuotas.

Se recuerda, en esta materia, que la futura reforma legal regula el vencimiento anticipado y el interés moratorio.

Por D. Francisco Marín Castán se plantea el problema del posible carácter abusivo de los préstamos hipotecarios con sobregarantías (artículo 82.4 del Real Decreto legislativo 1/2007 sobre consumidores) sobre todo en los casos en los que el valor de tasación del bien hipotecado ya cubría el importe del préstamo.

En relación a los intereses remuneratorios, los ponentes mayoritariamente se inclinaron por no admitir un control de abusividad. En este sentido, el magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo D. Francisco Javier Orduña Moreno, confirmó esta conclusión y con alusión a la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, expuso los distintos controles a los que se someten el examen de las cláusulas no negociadas individualmente o predispuestas, comenzando por el control de inclusión en la condiciones generales de la contratación para seguir con el control de transparencia que se aplica igualmente en el ámbito de la Ley de Condiciones Generales de la contratación y que se refiere al conocimiento de la carga económica y jurídica que para el consumidor comporta el contrato y, por último, el específico control de abusividad que se refiere propiamente a las cláusulas de los contratos con consumidores excluyendo las que definen las prestaciones

principales cuyo examen solo se ha de realizar a través del referido control de transparencia, en este sentido, el interés remuneratorio.

De igual forma, recordando la compatibilidad de los controles, diferencié el ámbito propio de tutela de consumidores del control que ofrece la Ley de represión de la usura y el vicio- error del consentimiento regulado en el Código Civil.

Respecto al carácter abusivo y a los efectos de las sobregarantías del préstamo, se discutió que este tipo de cláusulas en el momento de realizar el contrato, podía declararse así, pero, en cambio en la época actual, a la hora de ejecutar aquellas garantías, ese inicial exceso podría tornarse en insuficiente para cubrir la cantidad debida. Por el Magistrado D. José María Fernández Seijo se planteó la posibilidad de que se interpusieran demandas preventivas, esto es, dirigidas a la declaración de abusividad de estas sobregarantías, sin que se hayan iniciado los procesos de ejecución, desactivándose el riesgo de estos últimos.

En último término se planteó la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato de préstamo, dejando sentada su diferenciación de la imposibilidad sobrevenida y el efecto resolutorio, y la necesidad de acreditar el cambio absoluto de circunstancias desde una doble perspectiva: la base económica del contrato y la asignación de riesgos.

TERCERA MESA REDONDA.

FACULTADES DEL JUEZ PARA ACTUAR DE OFICIO EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Moderador D. Juan Antonio Xiol Ríos. Presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

D. Ignacio Sancho Gargallo. Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

D. Ignacio Díez-Picazo Jiménez. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense.

D. José María Fernández Seijo. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.

Comienza la intervención el Sr. D. Ignacio Díez-Picazo Giménez, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense diferenciando el control de oficio de las cláusulas abusivas y las consecuencias de la declaración de abusividad, sin que puedan darse fórmulas en abstracto, pues en supuestos como los relativos al análisis de la abusividad del interés moratorio, habrá que estar al momento en el que se celebró el contrato y los tipos referenciales de esa fecha. Considera que hay otros operadores jurídicos que también han de intervenir en este control y no solo los jueces, recomendando en la aplicación de la norma procesal audacia y coraje y en el ámbito sustantivo, prudencia.

Señala que el control de oficio conlleva un papel activo del juez que no debe llevar a la suspensión del procedimiento, sino a promover incidentes, practicar prueba, adoptar medidas cautelares como la suspensión cautelar de la ejecución, “tan pronto como disponga de los elementos de derecho necesarios”, lo que a su juicio supone que existan indicios sin que el juez tenga que realizar una labor inquisitiva, extendiéndose este papel, según la doctrina del TJUE, y a su juicio, incluso con posterioridad al lanzamiento.

El segundo interviniente, D. José María Fernández Seijo, magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, comienza recordando como desde la sentencia de 27 de junio de 2000 (caso Océano) los poderes públicos han de tener una intervención positiva y en el caso de los jueces se debe actuar de

oficio tan pronto como se disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para así restablecer el equilibrio entre las partes, partiendo además de una máxima, que cuando el consumidor interviene en un procedimiento, lo hace en rebeldía. El juez debe acordar de oficio diligencias de prueba, como se dijo en la STJUE de 9 noviembre 2010 (C-137/2008) Caso VB Pénzügyi Lízing, pero siempre respetando el principio de contradicción, como estableció la sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013 (caso Banif Plus Bank Zrt) que « obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales». Plantea que se pueden producir problemas en la delimitación de competencias entre los juzgados mercantiles y los de instancia, pudiéndose llegar a interferir en las decisiones de otros jueces.

El Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo comienza su intervención destacando la necesidad, conforme a la doctrina del TJUE, de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas aunque el procedimiento todavía no lo establezca, sobre todo en procedimientos de ejecución y monitorios, siendo el momento más propicio el de admisión de la demanda o despacho de la ejecución, sin perjuicio de las competencias del Secretario Judicial. Si se hace posteriormente con audiencia de cinco días, como dice la ley, debe advertirse cuál es la cláusula controvertida y en qué medida puede afectar a la ejecución, con la posibilidad de acordar prueba.

En el régimen transitorio, considera que se puede dar audiencia a las partes personadas, que debe permitirse alegar como causa de oposición la abusividad de una cláusula y si ha precluido este trámite, habilitar el plazo del mes legal para formular oposición, transcurrido el cual el juez de oficio puede apreciar el carácter abusivo de una cláusula oyendo al ejecutante si no se hubiera manifestado al respecto.

En cuanto al procedimiento monitorio, estima que no se puede cambiar su naturaleza, aunque la obligación de dar efectividad a la sentencia del TJUE plantea el problema de cuándo dar audiencia a las partes. Si el juez considera que la cláusula puede ser abusiva lo pondrá en conocimiento del solicitante, especificando la cláusula afectada y le concederá un plazo de cinco días para formular alegaciones. Si como consecuencia de la apreciación de la cláusula abusiva procediera la reclamación por una cantidad inferior a la inicial, se

procederá conforme establece el artículo 815.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tras una serie de preguntas por los intervinientes, se genera un intenso debate en el que se comienza destacando el enorme trabajo realizado por los jueces de primera instancia que, interiorizando la dimensión ética de la función judicial, están llenando lagunas y dando respuesta con arreglo a los principios y valores constitucionales a los problemas que afectan de manera relevante a la sociedad en estos momentos.

Aunque con reservas, el Sr. Díez-Picazo admitió el posible control de abusividad en los títulos ejecutivos judiciales. En relación a los problemas de competencia funcional en la decisión cautelar de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, este interviniente se inclinó por atribuir la competencia al juez que conoce del juicio ordinario sobre cláusulas abusivas con apoyo en los propios razonamientos de la sentencia del TJUE del caso Aziz. En relación al juicio monitorio ratificó la idea de no realizar una búsqueda masiva de cláusulas abusivas, abundando en la necesidad de que existan indicios de las mismas.

El magistrado Sr. Fernández Seijo insistió en la no necesidad de la intervención del consumidor en los procedimientos en los que se examinen cláusulas abusivas, cuando no han comparecido, de acuerdo con el principio de intervención positiva de los poderes públicos reconocido en la jurisprudencia del TJUE. Manifestó también la idea de defender una competencia exclusivamente residual del juzgado mercantil.

El Sr. Sancho Gargallo, a la cuestión suscitada sobre el cumplimiento del requisito del artículo 573 de la LEC (notificación del saldo deudor), cuando se haya examinado y declarado abusiva alguna cláusula que afecte al saldo, estima que bastaría requerir a la parte ejecutante para que aportase una nueva liquidación y sobre la misma, dictar orden general de ejecución, dado que el examen de la posible cláusula abusiva, de conformidad con el nuevo artículo 552 LEC se haría antes del despacho de ejecución. En relación a los recursos, se admite el recurso de apelación frente al auto que deniegue en parte el despacho de ejecución como consecuencia de la apreciación de una cláusula abusiva, e igualmente frente al auto despachando ejecución sin aplicar la cláusula abusiva cabrá recurso de apelación, respecto de la denegación parcial del despacho de ejecución.

En relación a la fijación de intereses remuneratorios altos, reiteró la aplicación del control de transparencia. Por último, se destacó la necesidad de contar con la voluntad del consumidor a la hora de declarar el carácter abusivo de una cláusula, esto es, no realizar esta declaración si el consumidor no muestra su acuerdo.

Como conclusiones del encuentro, se decidieron las siguientes:

Los asistentes quieren resaltar el trabajo que están llevando a cabo los jueces de primera instancia que, interiorizando la dimensión ética de la función judicial, están llenando lagunas y dando respuesta con arreglo a los principios y valores constitucionales a los problemas que afectan de manera relevante a la sociedad en estos momentos.

Conclusiones:

1.- Es necesario adaptar la legislación española, especialmente la de carácter procesal, al derecho europeo y a la doctrina sentada por el TJUE, para garantizar al consumidor una protección más eficaz, en los términos exigidos por la Directiva 13/93/CEE, de 5 de abril, y normativa que la desarrolla.

2.- La reforma legislativa en curso da respuesta a algunas de las cuestiones que suscita la doctrina del TJUE, lo que no exime a los jueces del deber de completar las lagunas que pudieran existir aplicando los principios generales del ordenamiento jurídico europeo y nacional.

3.- El Juez debe actuar de oficio en protección del consumidor, utilizando todos los instrumentos previstos en nuestras leyes para conseguir una solución acorde al derecho europeo y a la interpretación que del mismo hace el TJUE.

4.- Aunque el problema de las cláusulas abusivas trasciende a todo el ordenamiento, las reflexiones o propuestas analizadas se refieren al ámbito de ejecuciones hipotecarias en contratos entre profesionales y consumidores.

5.- De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo las cláusulas abusivas nulas no vinculan a ningún efecto. El juez no puede integrar o moderar dichas cláusulas, que deben ser tenidas por no puestas.

6.- Para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual se atenderá, además de a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato y a las circunstancias que concurren en el momento de su celebración,

a las demás cláusulas del contrato y a los parámetros contenidos en las normas de derecho interno en relación con situaciones similares a la que se plantea. En particular, se atenderá a los parámetros recogidos en la proposición de ley sometida hoy a la aprobación del Senado.

7.- Con relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas:

- En cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se contempla en el nuevo artículo 114 LH.

- En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula.

-En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio, de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia.

8.- Por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad:

-En el caso de las cláusulas de intereses de demora, la nulidad comportará la expulsión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (intereses del artículo 1108 CC) o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria (interés del nuevo artículo 114 LH).

-En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, la declaración de nulidad determinará la aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia de resolución contractual (artículos 1124 y 1129 CC), sin que proceda despachar ejecución.

9.- El deber de los tribunales españoles consistente en el control de oficio de las cláusulas abusivas incluidas en contratos con consumidores, tiene especial relevancia en el proceso de ejecución y en el juicio monitorio. Por

exigencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hay que acomodar los trámites procesales al efectivo control por parte del juez de los derechos del consumidor.

10.- En el procedimiento de ejecución el control de oficio debe, de entrada, ejercitarse en la fase de admisión de la demanda, siguiendo la pauta contenida en la proyectada reforma del artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El juez, si advierte que el título ejecutivo contiene alguna cláusula abusiva, deberá ponerlo en conocimiento de las partes personadas y darles una audiencia de cinco días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, sin necesidad de abrir ningún incidente.

El juez, si aprecia el carácter abusivo de alguna de las cláusulas, determinará las consecuencias de ello y declarará, bien la denegación de la ejecución bien el despacho de la misma sin aplicación de aquellas cláusulas que estime abusivas.

Frente al auto despachando ejecución sin aplicar la cláusula abusiva cabrá recurso de apelación, respecto de la denegación parcial del despacho de ejecución.

Lo anterior es un criterio orientativo que debe aplicarse hasta la entrada en vigor de la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, que prevé expresamente este control al tiempo de despachar la ejecución.

Respecto de todos los procedimientos en trámite en los que ya se ha despachado ejecución, se recomienda, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la futura reforma legal, y si se advierte que existe una posible cláusula abusiva, conceder la posibilidad de que el deudor haga valer en la fase de oposición la existencia de esta cláusula. De haber precluido el plazo para ello se habilitará un plazo de un mes para formular oposición con ese fin.

Transcurrido el plazo sin que el deudor se haya opuesto, el juez podrá apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula, oyendo al ejecutante si no se hubiera manifestado al respecto.

11.- En el proceso monitorio, sin perjuicio de las competencias del Secretario Judicial, corresponde al juez el examen del carácter abusivo de una cláusula incluida en el documento que sustente la reclamación del crédito. Este examen se realizará en la fase de admisión de la solicitud. Si el juez considera que la cláusula puede ser abusiva lo pondrá en conocimiento del solicitante,

especificando la cláusula afectada y le concederá un plazo de cinco días para formular alegaciones. Si como consecuencia de la apreciación de la cláusula abusiva procediera la reclamación por una cantidad inferior a la inicial, se procederá conforme establece el artículo 815.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.