

Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la ...

BIB 2013\904

•

Teresa Hualde Manso. Profesora Titular Derecho Civil. Universidad Pública de Navarra

Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 2/2013 parte Comentario.
Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

1. Presupuestos de la STJUE de 14 de marzo de 2013

a. Planteamiento

Nada más conocerse la [sentencia de 14 de marzo de 2013 \(TJCE 2013, 89\)](#) dictada por la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vertieron en los medios multitud de afirmaciones valorativas de la misma. Algunas informaciones ofrecían una imagen distorsionada del verdadero sentido, significado y trascendencia últimos de ese pronunciamiento. Seguramente una lectura superficial del fallo puede llevar a plasmar la idea en un escueto y tajante titular del estilo «La normativa española sobre las ejecuciones hipotecarias es contraria al Derecho de la Unión» o «La Ley Hipotecaria ha sido declarado ilegal por el Tribunal de Luxemburgo».

En una situación y un clima sociales como los que estamos viviendo las ejecuciones hipotecarias materializan a ojos de todos el lado más negro de la crisis económica. Debe existir una especial responsabilidad cuando se difunden noticias en este ambiente, pues pueden generar unas expectativas que no se acomodan a la realidad. Que la ejecución hipotecaria es -sin más explicitaciones- ilegal, que la Ley Hipotecaria ha sido declarada ilegal por el TJUE o que el TJUE ordena la paralización de las ejecuciones hipotecarias son afirmaciones que no deberían ser lanzadas a la sociedad cuando no responden a los estrictos términos de esa sentencia.

En las páginas que siguen se ofrece un análisis de algunos de los aspectos más relevantes de la sentencia a examen. No queda en estas líneas introductorias sino apuntar que esta sentencia debe relacionarse con otra muy reciente que el mismo TJUE dictó el 14 de junio de 2012 y que se refiere también a la adecuación de la normativa española -en concreto de determinados preceptos de la LEC sobre el proceso monitorio- a la regulación contenida en la [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#) sobre cláusulas abusivas. Ambos pronunciamientos han de ser puestos en relación a fin de extraer algunas conclusiones comunes.

b. Los hechos de la sentencia

Mohammed Aziz firmó en 2007 un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con CatalunyaCaixa. El inmueble hipotecado era la vivienda familiar del Sr. Aziz. El capital prestado ascendía de 138.000 € con amortización en 33 anualidades y 396 mensualidades a abonar desde el 1 de agosto de 2007. En el contrato suscrito se pactaron (cláusula 6) unos intereses de demora anuales del 18,75 %, automáticamente devengables con necesidad de requerimiento previo. Además la cláusula 6 bis establecía que la entidad bancaria tenía la facultad de exigir la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor lo hubiera pagado. Finalmente la cláusula 15 preveía que a efectos de ejecución hipotecaria, la entidad podría directamente presentar la liquidación mediante certificado que recogiese la cantidad exigida.

En el mes de junio de 2008 el Sr. Aziz dejó impagada por vez primera la cuota del préstamo y CatalunyaCaixa -tras obtener acta notarial de determinación de deuda por cuantía de 139.764 € en la que se incluye capital intereses ordinarios y de demora- interpuso el 11 de marzo de 2009 un procedimiento de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell. A resultas de dicho procedimiento se adjudicó a la entidad bancaria el inmueble por el 50 % de su valor. El Sr. Aziz fue expulsado de la vivienda el 20 de enero de 2011.

Pero antes de que se hubiera procedido a la expulsión, en el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona el Sr. Aziz había presentado el 11 de enero de 2011 una demanda declarativa alegando que la cláusula 15 del contrato de préstamo tenía carácter abusivo por lo que a su juicio, la ejecución hipotecaria que estaba en marcha y que tenía como base esas mismas cláusulas, debería ser considerada nula.

El juez ante el que se presentó la demanda de juicio declarativo observó que si finalmente se declarara que las cláusulas del préstamo hipotecario eran abusivas, de poco le serviría al Sr. Aziz esa declaración puesto que para cuando eso ocurriera habrían pasado meses desde que había sido expulsado de la vivienda y perdía entonces interés su pretensión. Más en concreto, el juez consideró que: a) no hay posibilidad de alegar el carácter abusivo de las cláusulas en el procedimiento de ejecución y tal alegación sólo se puede efectuar en un proceso declarativo posterior que no tiene efectos suspensivos del procedimiento de ejecución; b) la cláusula del vencimiento anticipado, la de la fijación de los intereses de demora y la de determinación unilateral de la entidad bancaria de la liquidación de la totalidad de la deuda, podían ser cláusulas abusivas por imponer o una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (Anexo Directiva 93/13, nº 1, letras e y q).

Ante la duda de que el efecto descrito que provoca la normativa española de ejecución hipotecaria sea conforme a la Directiva europea sobre cláusulas abusivas (93/13/CEE) el Juez suspendió el procedimiento y formuló por medio de auto una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

c. ¿Qué pronunciamientos concretos se piden del Tribunal?

El Juez del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona solicita del TJUE la resolución de las siguientes cuestiones:

- Cuando los [arts. 695 y ss. LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) limitan en los procedimientos de ejecución sobre bienes hipotecados los motivos de oposición del consumidor ejecutado ¿se infringe la tutela del consumidor en lo que ello supone de obstaculizar el ejercicio de acciones y recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos?

- ¿Es abusiva por desproporcionada una cláusula...

- de vencimiento anticipado en contrato de 33 años de duración cuando el incumplimiento del consumidor se produce en un periodo muy corto desde el inicio de vida del contrato?
- de intereses de demora superiores al 18 % que en otros ámbitos diferentes al de la contratación inmobiliaria con consumidores son abusivos y que además se aplican no sólo a las cuotas vencidas sino a su totalidad?
- de fijación de una vía de liquidación y fijación de intereses a realizar unilateralmente por el prestamista y sin vía de oposición para el consumidor?

2. ¿De nuevo sobre las ejecuciones por incumplimiento contractual del consumidor?

A la vista de los temas que se plantean en la sentencia del 14 de marzo quizá el lector experimentará la sensación de que se trata de un déjà vu , de un tema sobre el que ya se había pronunciado el TJUE o de que se plantea un tema similar ya resuelto. Y esa sensación no deja de tener su fundamento pues el [14 de junio de 2012 \(TJCE 2012, 143\)](#) ese mismo Tribunal (asunto C-618/10 Banco Español de Crédito) dictaba sentencia acerca de la adecuación de determinadas reglas del proceso monitorio de la LEC española a la Directiva 93/13/CEE sobre abusividad de las cláusulas contractuales.

En aquella ocasión el TJUE estimó que determinadas reglas del proceso monitorio, en la medida en que obstaculizan la oposición del consumidor para alegar la existencia de cláusulas abusivas -por la brevedad del plazo para ello, por el coste para el planteamiento de un declarativo en relación con la deuda, por el contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el monitorio o por otras causas-, se oponían o no eran conformes a la Directiva 93/13. En virtud de los [arts. 812](#) , [815](#) y [818](#) LEC no se permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio en ninguna fase del procedimiento el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando éste último no haya formulado oposición. Al examinar el TJUE esos preceptos de nuestra legislación procesal llegó a la conclusión de que bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13.

El régimen procesal de los ordenamientos nacionales se rige por el principio de autonomía, así que las normas de aplicación de los procesos monitorios nacionales corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del citado principio de autonomía procesal de los mismos. Pero este principio de autonomía tiene como uno de sus límites el principio de efectividad . Y es que si en la práctica resultara imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores, en suma si las normas europeas perdieran su efectividad como consecuencia de un defectuoso diseño procesal nacional, el Estado en cuestión «perdería» su autonomía procesal.

Tras analizar en conjunto las citadas normas del proceso monitorio español, el TJUE concluyó que las mismas violaban ese principio de efectividad porque no permiten que el juez que conoce una demanda en un proceso monitorio pueda examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando este no haya formulado oposición.

Sin haber dado todavía nuevo diseño a los [arts. 812 y ss.](#) LEC ¹, se vuelve a plantear a los pocos meses una cuestión muy similar pero ahora referida al procedimiento de ejecución hipotecaria.

En las observaciones presentadas por el Gobierno español en el asunto resuelto por esta sentencia de junio de 2012, se hacía ver al TJUE que las normas impugnadas de la LEC habían cambiado como consecuencia de la [Ley 13/2009 de 3 de noviembre \(RCL 2009, 2090 y RCL 2010, 1001\)](#) de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Pero no hace falta más que una lectura superficial de la nueva redacción que esa Ley 13/2009 dio a los artículos de la LEC examinados por el TJUE para concluir que la reforma en nada afectaba a las deficiencias que el TJUE les achacaba. De hecho, la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea ha dirigido al Gobierno español escrito de fecha 17 de enero de 2013 en el que desea conocer las medidas que las autoridades españolas han tomado hasta la fecha y las que tienen previsto adoptar para asegurarse de que la legislación española se ajuste a lo que el TJUE dispuso en su [sentencia de 14 de junio de 2012 \(TJCE 2012, 143\)](#). En concreto, ha requerido una copia de las nuevas disposiciones, así como un texto consolidado de las normas pertinentes. Añade a ello: les rogamos que expliquen los cambios introducidos por la Ley 13/2009 en relación con las disposiciones citadas en el asunto C-168/10. Finaliza el documento enviado al Gobierno español solicitando una respuesta en la que se indique el contenido de los cambios y calendario para su adopción. Hasta donde conozco no existe todavía un texto en proyecto para esa adecuación.

3. El Derecho Procesal y la protección de los consumidores

Volvemos a la sentencia que aquí nos ocupa. Tras el pronunciamiento del mismo TJUE del mes de junio, se produce la sensación de que algo falla en nuestras normas procesales. Nadie hubiera discutido hace pocos años que el procedimiento español de ejecución hipotecaria, cuyo diseño se acomoda a la naturaleza de la propia hipoteca y a una tradición inveterada pudiera quedar afectado por una Directiva comunitaria y que en concreto pudiera ser contrario a la [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#) sobre cláusulas abusivas. Tampoco lo hubiéramos afirmado del proceso monitorio.

Las dos sentencias a las que venimos aludiendo desmitifican la idea de que las normas comunitarias dejan a los Estados en libertad (principio de autonomía) para el diseño procesal de los procedimientos judiciales, pues no bastaría con transponer al Derecho sustantivo la normativa comunitaria e incorporar unas determinadas exigencias a los contratos que los profesionales celebren con los consumidores y usuarios. Eso es imprescindible, pero si no va acompañado de un sistema procesal ad hoc la protección sustantiva no tiene ningún sentido. En la [STJUE del 14 de marzo de 2013 \(TJCE 2013, 89\)](#) el Tribunal vuelve a indicar casi de forma textualmente idéntica la formulación del principio de autonomía nacional procesal y de sus límites (principios de equivalencia y de efectividad) para señalar ahora que al analizar en su conjunto el procedimiento de ejecución hipotecaria español, se observa que sólo se admite la oposición del ejecutado cuando ésta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la cantidad exigible o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. Cualquier otra reclamación que el deudor ejecutado pueda formular ya sea sobre vencimiento, certeza, cuantía de la deuda, etc. debe plantearse en el juicio que corresponda sin que el mismo además pueda suspender el procedimiento de ejecución.

La sentencia manifiesta en varias ocasiones la irreversibilidad de esta ejecución hipotecaria que tiene como única excepción que el consumidor hubiera realizado una anotación preventiva de la demanda de juicio declarativo de nulidad de cláusula con anterioridad a la nota marginal de expedición del certificado de cancelación de cargas. Se trataría de un procedimiento que

funciona como un rodillo y que una vez puesto en marcha es prácticamente imparable, sin que el deudor tenga casi ninguna forma de pararlo. Si el deudor/consumidor intentara paralizar la ejecución por considerar que el contrato de préstamo que la hipoteca garantiza contiene alguna estipulación abusiva, podría plantear un declarativo alegando tal abusividad pero, en primer lugar, ello no tendrá efecto suspensivo y, en segundo lugar, para entonces ya habrá finalizado el ejecutivo y habrá sido despojado de la propiedad del inmueble.

La falta de adecuación de la Ley Hipotecaria a la Directiva 93/13 se produce porque aquélla no prevé en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo; no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas en particular la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

4. La STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89) frente a los pronunciamientos del TC español sobre la oposición del deudor en la ejecución hipotecaria

En los últimos treinta años el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en varias ocasiones precisamente sobre idéntica cuestión a la que aquí analizamos. El asunto más reciente es una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera instancia nº 2 de Sabadell y resuelta por Auto de 19 de julio de 2011 (2011, 113). Se planteaba en el escrito de promoción de esa cuestión si la tasación de los motivos de oposición del [art. 695 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) (entre ellos el de la alegación de la nulidad del título) y la nula incidencia del declarativo en la suspensión del ejecutivo ([art. 698 LEC](#)) eran conformes a los principios constitucionales de igualdad procesal ([art. 14 CE \[RCL 1978, 2836\]](#)), al de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al derecho a una vivienda digna ([art. 47 CE](#)) y al de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos ([art. 9.3 CE](#)).

El TC en el Auto afirmó el carácter notoriamente infundado de la cuestión suscitada por el Juzgado de Sabadell relativa a la tasación de los motivos de oposición al despacho de ejecución del art. 695 LEC con el derecho a la tutela judicial efectiva. Esa falta de fundamento notoria la derivaba el TC del hecho de que tanto en Pleno como en Sala el TC se había pronunciado sobre la conformidad a la Constitución de las disposiciones legales que limitan los motivos de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria, así como sobre la remisión al correspondiente proceso declarativo para abordar una cognición plena del asunto.

En su [sentencia de 18 de diciembre de 1981 \(RTC 1981, 41\)](#), posteriormente reiterada por las de [30 de junio de 1993 \(RTC 1993, 217\)](#), [18 de octubre de 1993 \(RTC 1993, 296\)](#) o [4 de diciembre de 1997 \(RTC 1997, 223\)](#) el TC ha venido afirmando resumidamente que:

- a) La limitación de la contradicción procesal en la ejecución hipotecaria tiene su fundamento en que se trata de un proceso de realización de valor y la inexistencia de fase de cognición deriva de la naturaleza del título.
- b) La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento, no se produce cosa juzgada y se abre la puerta a un juicio declarativo, pudiéndose en él discutir las cuestiones de fondo.

c) La radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones.

La doctrina del TC se basa y fundamenta en el hecho de que existiendo un proceso declarativo en el que puedan plantearse motivos de nulidad del título ejecutivo, no se produce indefensión ni violación de la tutela judicial efectiva. Por el contrario la doctrina del TJUE contenida en la sentencia de 14 de marzo de 2013, sobre la base de la protección efectiva de los derechos de los consumidores y de la interdicción de la abusividad en los contratos, llega a la conclusión de que los derechos del consumidor/deudor frente a la abusividad quedan conculcados por la propia estructura procesal de esa ejecución.

La primera doctrina -la de nuestro TC- efectúa un planteamiento formalista según el cual si existe un cauce como el juicio declarativo -sea éste tardío, caro, infructuoso o inútil para paralizar la ejecución- queda desechada la indefensión ya que la abusividad de las cláusulas podría alegarse en ese cauce. El TJUE por el contrario adopta una visión finalista y práctica, y efectúa un examen consecuencial de la cuestión: si la vía del procedimiento declarativo no consigue suspender o paralizar el proceso de ejecución ni frenar la desposesión definitiva del inmueble del deudor, a pesar de que el título sobre el que se despacha la ejecución sea nulo, se impide que las normas de interdicción de abusividad en los contratos desplieguen sus efectos, resulten eficaces.

Es curioso, señala CORDERO LOBATO, que la sumariedad de los procedimientos de ejecución hipotecaria haya resistido los más sólidos argumentos en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y que sin embargo la falta de contradicción que es propia de nuestro ejecutivo hipotecario sucumba ante el «principio de efectividad». Sin embargo a mi juicio es necesario resaltar que aunque la sentencia del asunto Catalunya Caixa resuelve sobre el principio de efectividad, subyace en ella la argumentación y el discurso de la tutela judicial efectiva (derecho consagrado en el art. 47 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la UE \[LCEur 2000, 3480\]](#)). Y la sentencia a pesar de estar basada en el principio de efectividad de las normas europeas, tiene un sustrato de pensamiento de protección de derechos fundamentales. Por ello no es aventurado afirmar que podría verse esta sentencia como un pronunciamiento que va más allá del Derecho de Consumo e inicia una tendencia garantista de derechos y libertades fundamentales.

5. La apreciación de oficio de la abusividad por el juez que conoce de la ejecución

Antes se ha apuntado una idea a mi juicio fundamental que planea por la [sentencia de marzo de 2013 \(TJCE 2013, 89\)](#) y que quedó plenamente recogida en la de junio de 2012 y es la posibilidad de que el juez que conoce la ejecución examine de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato entre un profesional y un consumidor cuando éste no formule oposición. En la [sentencia de junio de 2012 \(TJCE 2012, 143\)](#) dictada en el asunto 618/10 Banco Español de Crédito, el TJUE - en relación con el procedimiento monitorio- resolvió que, dado que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule la oposición requerida dadas las especiales características de ese procedimiento y con objeto de respetar el principio de efectividad en relación con lo dispuesto en la [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#), el juez nacional está obligado, incluso antes de dictar el requerimiento de pago al que podría oponerse después el consumidor, a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, siempre que disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.

¿La misma conclusión ha de predicarse del procedimiento de ejecución hipotecaria? ¿Debe tener el consumidor de forma inmediata la posibilidad de alegar el carácter abusivo de las cláusulas en el procedimiento ejecutivo, y no sólo en un procedimiento necesariamente separado y paralelo? ¿Es aplicable a la ejecución hipotecaria la jurisprudencia del asunto Banco Español de Crédito sobre el particular? ¿Es contrario al Derecho comunitario y en especial al Derecho de consumidores y usuarios que un órgano judicial nacional eluda pronunciarse de oficio ab initio y en cualquier fase del proceso sobre la nulidad o no de una cláusula abusiva en un proceso ejecutivo? ¿Puede el juez deferir el posible análisis de tal cláusula a la iniciativa de la parte deudora (consumidora) mediante la oportuna oposición procesal?

El objeto principal del conflicto a resolver por el TJUE en el asunto *Catalunyacaixa* es una cuestión prejudicial que se concreta en la pregunta de si debe disponer el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento declarativo de la posibilidad de suspender de forma provisional el procedimiento ejecutivo y detener la ejecución forzosa, hasta que se haya comprobado el carácter abusivo de una cláusula contractual. Y esa es la pregunta que contesta el Tribunal. No se pronuncia sobre si el consumidor debe tener la posibilidad explícita en el procedimiento ejecutivo de alegar el carácter abusivo de una cláusula del contrato de préstamo. Tampoco se pronuncia sobre si la doctrina sentada en la sentencia del Banco Español de Crédito a propósito del proceso monitorio es aplicable al procedimiento hipotecario y el juez debe examinar de oficio la validez de determinadas cláusulas contractuales que pueden tener repercusiones en la ejecución forzosa.

El órgano jurisdiccional remitente no ha preguntado por las posibilidades de examen de oficio de las cláusulas, sino sobre las posibilidades de oposición del consumidor en el proceso declarativo y, construyendo su sentencia sobre el principio de efectividad, concluye el TJUE que el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento declarativo debe disponer de la posibilidad de suspender de forma provisional el procedimiento ejecutivo, con objeto de detener la ejecución forzosa, hasta que se haya comprobado el carácter abusivo de una cláusula contractual, de modo que se impida que el procedimiento ejecutivo cree una situación perjudicial para el consumidor que posteriormente sea de muy difícil o imposible reparación.

El procedimiento de ejecución hipotecaria deriva su configuración de sus específicas finalidades y objetivos y de ahí derivan su diseño formalista y la exclusión de los motivos de oposición. Con ello se persigue la rápida ejecución de las pretensiones amparadas por un título que tiene fuerza ejecutiva. Esta conformación del procedimiento hipotecario no obstaculizaría la protección del consumidor si éste pudiera hacer valer su oposición a la validez del título de forma rápida y efectiva. En el actual sistema eso sólo se puede hacer valer a través del inicio de un procedimiento distinto en el que poder analizar las condiciones contractuales y su posible abusividad.

Resulta inadecuado por ineficaz -de cara a despachar ejecución sobre un título afectado de nulidad- la actual compaginación del binomio ejecutivo/declarativo. En el ejecutivo el juez de oficio no puede examinar la abusividad y tampoco la puede oponer el consumidor; el proceso ejecutivo no se paraliza por la iniciación del declarativo; el declarativo no permite adoptar medidas cautelares. Es la combinación de esos elementos la que provoca que se produzcan expulsiones del inmueble sin haber tenido un cauce idóneo de examinar el clausulado contractual.

Ahora bien, aun con todo, el TJUE subraya en varios pasajes de su pronunciamiento que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y poder así subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (vid par. 41, 46 y 47). Y aunque esa misma doctrina no queda incorporada por las razones señaladas al fallo, lo cierto es que nada impide su aplicación al presente caso. La constante mención y alusión a la sentencia de 14 de junio de 2012 (y en concreto a los pasajes referidos al examen por el juez de la

abusividad del contrato) por esta sentencia que comentamos manifiesta una afirmación implícita de la incorporación de la doctrina que en ella se contiene al asunto de marzo de 2013.

6. Posibles soluciones legislativas frente a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89)

El ordenamiento español precisa llevar a cabo un replanteamiento de la ejecución hipotecaria en sí misma y en sus relaciones con el proceso declarativo que en paralelo ventile la abusividad de las cláusulas y la legalidad del título. El legislador tiene en sus manos distintas posibilidades para solucionar los problemas señalados por el Tribunal de Luxemburgo. Se recogen a continuación algunas de ellas. Es labor del legislador elaborar un nuevo sistema para dar cumplimiento a la STJUE y en esa medida habrá de adoptar las que considere oportunas a tal fin:

a) Introducción de una fase de mediación previa y necesaria al inicio del proceso de ejecución hipotecaria.

b) Ampliación de las causas de oposición que contempla el [art. 695 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) permitiendo que la abusividad de las estipulaciones que contenga el contrato de hipoteca pueda ser alegada como causa de oposición a la ejecución despachada. La alegación de este motivo determinaría la suspensión de la ejecución hasta la firmeza de la resolución del Juez o Tribunal y se resolvería mediante auto.

Este mecanismo no obligaría a promover un declarativo en el que deba además interesarse la suspensión del ejecutivo como medida cautelar. Obligar al deudor hipotecario a promover un declarativo de cuantía seguramente importante (al determinarse en función del valor de la finca) es a mi juicio un gravamen excesivo para el deudor.

c) Dar una nueva redacción al [art. 698,1 LEC](#) introduciendo como excepción a la regla de «no suspensión de la ejecución por el planteamiento de un declarativo» que el declarativo se fundamente en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento del título ejecutivo, en cuyo caso se adoptará entre otras medidas la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de la decisión final.

d) Previsión normativa que obligue al juez a analizar de oficio la escritura, ya sea modificando el [art. 682 LEC](#) introduciendo un nuevo requisito, ya sea estableciendo ese trámite antes del requerimiento de pago ([arts. 685 y 686 LEC](#)).

e) La vía preventiva: al notario autorizante corresponde la realización de un juicio de conformidad a Derecho y la calificación legal del contrato; no sólo de la legalidad formal sino también de la material.

Quien firma un contrato de préstamo con garantía hipotecaria lo hace confiado en un sistema jurídico que ha de ser garantista y protector de un deudor que no ha tenido en la mayoría de los casos posibilidad de negociar las condiciones. Acude al notario ya en el acto de firma y lo más seguro después de haber entregado las arras en el contrato de venta, por ello es preciso preguntarse: ¿va a desistir ante la posible advertencia del notario sobre la ilegalidad/abusividad del préstamo y la pérdida de las arras?

Un asesoramiento obligatorio previo a la firma (10 días antes p. ej.) con explicación de las consecuencias de cada una de las estipulaciones para que el ciudadano tenga capacidad de reacción puede expulsar del tráfico la existencia de estipulaciones ilegales o contribuir poderosamente a ello.

f) También desde un aspecto preventivo sería oportuno repensar la función que hayan de tener los registradores en el acceso de la hipoteca al Registro de la Propiedad. Los registradores son el último filtro que ha de pasar la escritura de constitución de hipoteca antes de practicarse la inscripción y quizá debiera reforzarse ese control, recuperando la función de control de legalidad del préstamo hipotecario de los registradores, función que desde la [Ley 41/2007, de 7 de diciembre \(RCL 2007, 2221\)](#) quedó ensombrecida (VÁZQUEZ DE CASTROyBALLUGERA).

Quedaría todavía por resolver la cuestión respecto a las ejecuciones extrajudiciales ([arts. 129 LH \(RCL 1946, 886\)](#) y [234 y ss. RH \(RCL 1947, 476, 642\)](#)) en las que también debería preverse un mecanismo -judicial lógicamente- de control de la abusividad en este tipo de ejecuciones ante notario. Si se opta por introducir el control de oficio de las cláusulas por parte del juez que conoce la ejecución habría que prever una vía de coste mínimo que permitiera paralizar la ejecución en marcha. De no hacerse así, en uno de los sistemas de realización de valor -el judicial- el deudor podría defenderse o sería defendido en la ejecución misma, mientras que si se opta por la vía notarial, para llegar al resultado de la paralización el deudor estaría abocado a entablar siempre un declarativo. Mantener esa divergencia en los medios de defensa del deudor puede entrañar además un peligro añadido en la medida en que sea el acreedor el que elija si acudir a la ejecución extrajudicial o judicial.

7. Una cláusula abusiva en un préstamo hipotecario suscrito por un consumidor no vincula y no puede aplicarse, pero tampoco puede suplirse, modificarse ni integrarse

Todas las medidas que líneas más arriba se han expuesto solucionarían sin duda la indefensión y desequilibrio que el Tribunal de Luxemburgo encuentra en nuestro sistema de realización de valor de bienes hipotecados. Y las consecuencias inmediatas que se desencadenan tras la [sentencia de 14 de marzo de 2013 \(TJCE 2013, 89\)](#) atañen y tocan al legislador procesal. Pero con todo lo que ello pueda suponer de novedoso y de las reformas de calado que pueden introducirse en la LEC, estimo que quedan en nada si se tiene en cuenta la revolucionaria [sentencia de 14 de junio de 2012 \(TJCE 2012, 143\)](#) (CARRASCOyMARÍN) y su incidencia en la nulidad hipotética de cualquier cláusula abusiva de un préstamo hipotecario.

Efectivamente es la aplicación de esa sentencia de junio de 2012 la que provoca un intenso cambio en nuestro sistema de sanción de cláusulas abusivas. El actual [art. 83 RD](#) por el que se aprueba el [TR de la LGDCU \(RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\)](#) atribuye al juez nacional cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la estipulación abusiva. Sin embargo, el [art. 6 Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#) impone la obligación de los Estados miembro de establecer en sus legislaciones nacionales que tales cláusulas no vincularán al consumidor . Esta última norma es una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre ellas.

El mismo art. 6 Directiva 93/13 ordena además que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si este puede subsistir sin las cláusula abusivas. En suma, la sanción de la Directiva es dejar sin aplicación la cláusula a fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar los

jueces facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato subsistirá sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva siempre que esa persistencia sea posible.

En la sentencia del mes de junio de 2012 el Tribunal señaló que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos -como hace el [art. 83](#) TRLGDCU-, dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que pura y simplemente tales cláusulas no se apliquen frente a los consumidores pues si los profesionales saben que cuando llegue a declararse la nulidad de la cláusula en cuestión el contrato será integrado por el juez en el vacío que la nulidad de la cláusula ha provocado, estarán tentados a la utilización de cláusulas abusivas y habrá quedado en nada la pretensión de la Directiva 93/13.

La aplicación de esta doctrina a los contratos bancarios, en concreto a los créditos hipotecarios celebrados con consumidores supone una importante vía para expulsar las cláusulas abusivas del tráfico jurídico bancario. Pero la falta de acomodación del [art. 83](#) TRLGDCU a la normativa europea no ha parecido preocupar a los poderes públicos españoles. En el escrito que la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea ha dirigido al Gobierno español (mencionado nota 1) se señala que España está obligada a modificar el art. 83 del RD 1/2007 para que sea compatible con el [art. 6, ap.1](#) Directiva 93/13 y recuerda que en tanto no se produzca una modificación legislativa, los jueces están obligados a interpretar el art. 83 TR de conformidad con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas. La Comisión pregunta a las autoridades españolas: ¿qué medidas han adoptado o tienen previsto adoptar las autoridades españolas para modificar el art. 83 del RD 1/2007? En caso de que no se hayan adoptado, sírvanse enviarnos un borrador de las medidas previstas y del calendario para su adopción y entrada en vigor. A la espera de la modificación de la legislación, ¿qué medidas han adoptado las autoridades españolas para que los jueces nacionales tengan conocimiento de la sentencia en el asunto C-618-10 Banco Español de Crédito puedan aplicar el artículo 83 RD 1/2007 de conformidad con la Directiva 93/13 7CEE?

8. La reacción frente a los procesos en curso

La eficacia en el tiempo de las sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo cuyo contenido sea interpretativo del Derecho de la Unión y del acomodo de las legislaciones nacionales al mismo, se produce desde el momento en que se adopta la norma europea y no desde el momento en que se dicta la sentencia. En caso de que el TJUE declare la incompatibilidad de la legislación de un Estado miembro con las obligaciones que se desprenden del Tratado de la Unión, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado están obligados a deducir las consecuencias de la sentencia del TJUE y los jueces nacionales han de tener en cuenta que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de la sentencia del TJUE, sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno (SSTJUE 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn y [26 de febrero de 2013 \[TJCE 2013, 56\]](#) , asunto C-617-10 Akerberg-Fransson).

La regla general en relación con las cuestiones de interpretación es la validez «ex tunc» de la interpretación efectuada por el Tribunal, por tanto los efectos de la misma se retrotraerán al momento de vigencia de la norma que se interpreta. «La interpretación que, en el ejercicio de su competencia prejudicial da el Tribunal de Justicia del Derecho comunitario aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de esta norma tal como la misma debe o habría debido ser comprendida y aplicada desde el momento de su puesta en vigor» (STJUE 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn). Excepcionalmente, sin embargo, puede el Tribunal limitar los efectos únicamente para el futuro o bien limitar su efecto

retroactivo al caso en concreto, excepciones que normalmente aplicará en supuestos en los que tenga en cuenta los elevados quebrantos que su decisión podría provocar para el pasado en las relaciones jurídicas establecidas de buena fe.

Los jueces, en tanto no se produzca el anunciado cambio legislativo están obligados a interpretar el Derecho Procesal interno en el sentido más favorable para el ejercicio de los derechos establecidos por la [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#) , es decir, para garantizar la efectividad del control de las cláusulas abusivas. En aquellas ejecuciones hipotecarias en las que se haya dictado auto de suspensión a la espera de que se produjera este pronunciamiento del TJUE, no parece que tal suspensión deba mantenerse hasta que el legislador efectúe el cambio normativo correspondiente. La incertidumbre que motivó esas suspensiones ha quedado en buena medida despejada y por otro lado los jueces están obligados a controlar de oficio la validez de las cláusulas contractuales y es de prever -como de hecho ya está ocurriendo- que los jueces llevan a cabo esta labor previa antes de despachar ejecución. Cuestión diferente es la de hasta qué momento o fase procesal es posible realizar el control de oficio de la ejecución, pregunta que a mi juicio queda respondida con la regla de actuación de los poderes en el sentido más favorable para el ejercicio de los derechos establecidos por la Directiva 93/13

La doctrina recogida en líneas anteriores acerca de los efectos temporales de la interpretación del Derecho de la Unión se ha reiterado por el propio TJUE en varias ocasiones y su aplicación al asunto de Catalunyaixa conlleva que el pronunciamiento de falta de conformidad de determinados preceptos de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) a la Directiva 93/13 se retrotrae al momento en el que venció el plazo de transposición de esa Directiva al Derecho español (31 de diciembre de 1994). ¿Y qué ocurrirá con los derechos de las personas y con las relaciones jurídicas ya sentenciadas y consolidadas con anterioridad a la sentencia de interpretación europea? Conjugando los intereses en juego el legislador español quizá deba introducir limitaciones al ejercicio de los derechos de aquellas personas que pudieron ampararse con anterioridad a la sentencia en la interpretación del Derecho de la Unión.

Bibliografía

MARÍN LÓPEZ, M.J., «Los intereses moratorios abusivos deben reducirse al interés legal del dinero», www.uclm.es/centro/cesco .

CARRASCO PERERA, A., «Las cláusulas abusivas se eliminan sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas», www.uclm.es/centro/cesco .

RUBIO TORRANO, «Derecho comunitario, legislación interna y cláusulas abusivas» en Aranzadi civil-mercantil , octubre 2012, nº 6, pp17 y ss.

CORDERO LOBATO, E., «Control judicial sobre cláusulas abusivas y ejecuciones hipotecarias (efectos de la STJUE de 14 de marzo de 2013)» en www.perezllorca.com/es/actualidadPublicaciones/NotasInformativas/Paginas/inicio.aspx .

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La documentación de la hipoteca y el acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario tras la Ley 41/2007, de reforma del Mercado hipotecario» en Financiación de la vivienda, calificación hipotecaria y protección de los consumidores tras la Ley 41/2007 de regulación del Mercado Hipotecario , Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009

BALLUGERA GÓMEZ, C., «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas» en Financiación de la vivienda, calificación hipotecaria y protección de los consumidores tras la Ley 41/2007 de regulación del Mercado Hipotecario , Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009.

[© 2012 Thomson Reuters](#)

Att. Cliente: clientes@aranzadi.es | 902 444 144 / 948 297 288