

CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA ¹

Ana Isabel Blanco García

FPI-MINECO Derecho Procesal

Universidad de Valencia

Resumen: El presente artículo analiza las consecuencias jurídicas y las medidas adoptadas para la protección de los deudores hipotecarios, en concreto, en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, dictada como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 que declaraba que la normativa hipotecaria española era contraria a la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. En especial, se centra en la posibilidad del juez de controlar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Palabras clave: ejecución hipotecaria, cláusulas abusivas, control de oficio, protección de los deudores hipotecarios.

Title: Official judicial control of the unfair terms within the foreclosure process

Abstract: This paper analyses both the legal consequences and the measures taken within the mortgagors' protection. Specifically, it is focus on the Law 1/2013, May 14, of measures to strengthen the protection of the mortgagors, debt restructuring and social rental, as a consequence of the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 14 March, which declared that the Spanish mortgage Law was opposed to the Directive 93/13/EEC, on unfair terms in consumer contracts. This paper studies the control of fairness made by the judge within a foreclosure process.

¹ Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC/DER2010-17126: "La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI". Directora: D^a Silvia Barona Vilar.

Key words: foreclosure process, unfair terms, judicial control, mortgagors' protection.

SUMARIO. 1. Necesidad de protección de los deudores hipotecarios como consecuencia de la crisis. Medidas adoptadas por el Gobierno. 2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. 2.1. Criterios para la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas en contratos con consumidores. 2.1.1. *Fundamentación jurídica*. 2.1.2. *La buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones*. 2.1.3. *Otros criterios específicos*. 2.2. Incompatibilidad entre la normativa europea y la normativa española de ejecución hipotecaria. 2.3. ¿Cabe la apreciación de oficio por el juez del carácter abusivo de las cláusulas?. 3. Otras repercusiones (indirectas) de la resolución. 3.1. Unificación de criterios por los jueces nacionales. 3.2. Los notarios también se han visto afectados. 4. El procedimiento de ejecución hipotecaria español, ¿una vulneración de la normativa europea? La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. 4.1. El antecedente del proceso monitorio. 4.2. Motivos de la vulneración de la regulación de la ejecución hipotecaria. 4.3. Medidas adoptadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo. 5. Y ahora... ¿qué? Una nueva Directiva europea.

1. Necesidad de protección de los deudores hipotecarios como consecuencia de la crisis. Medidas adoptadas por el Gobierno

Los últimos años han venido marcados, a todos los niveles, económicos, jurídicos, sociológicos, etc., lamentablemente por la crisis económica, con graves consecuencias no solo a nivel nacional, sino también internacional. Crisis que - puede decirse- tiene su origen a partir de 2007 en EE.UU., con la ya más que conocida *crisis subprime*. Los créditos *subprime* eran un tipo especial de crédito hipotecario pero de elevado nivel de riesgo (por su baja calificación crediticia o solvencia de un segmento de la población). El hecho de que bancos y entidades de inversión tuvieran sus activos comprometidos en esta clase de hipotecas de alto riesgo ocasionó el fenómeno conocido como *credit crunch*, esto es, una contracción del crédito. A su vez, constituyó el motivo del incremento de la desconfianza de inversores y consumidores, con la consecuente bajada de los valores bursátiles. Todo ello generó una falta de liquidez en los mercados sin precedentes.

Esta crisis hipotecaria comenzó con el alza progresiva de la tasa de interés por parte de la Reserva Federal y el aumento de las cuotas supuso, a su vez, el incremento de la tasa de morosidad y del nivel de ejecuciones. Generó además un pánico financiero -generalizado y descontrolado- que se trasladó a la economía en el año 2008. Así, lo que, en un principio, parecía que iba a ser una crisis con consecuencias nacionales, por sus características y especialmente por producirse en el sector inmobiliario, pronto traspasó fronteras, contagiando al resto de países, con especial incidencia en Europa.

En España, uno de los países fuertemente afectados por la crisis económica y financiera, se ha unido la crisis laboral, con la pérdida de innumerables puestos de trabajo. Ello ha supuesto un duro golpe para muchas personas, incluidas

familias enteras que no tienen ningún miembro en activo. Como consecuencia de esta pérdida del empleo, los ahorros también se han visto reducidos, al mismo tiempo que las posibilidades de cumplir con los pagos vencibles a corto y medio plazo se disipaban. Creemos que la crisis en España se vio agudizada dadas la filosofía y mentalidad de los españoles, más proclives a la adquisición de una vivienda que a otras opciones como el alquiler. Además, y dada la situación de "burbuja inmobiliaria" en la que vivíamos, las viviendas fueron adquiridas con unos precios sobrevalorados, lo que conllevaba el pago mensual de cantidades importantes.

Toda esta incertidumbre económica y la consecuente reducción del crédito por parte de las entidades de crédito han supuesto para muchas familias la imposibilidad de hacer frente a los pagos de lo único que podía aportarles algo de estabilidad: sus hogares. Y con ello producirse un fenómeno de empobrecimiento no sólo de las personas en particular sino de familias enteras y de la sociedad española en general.

Asimismo, en el ordenamiento jurídico español, como es bien sabido, rige el principio de responsabilidad patrimonial universal –regulado en el art. 1911 del Código Civil, que señala que "*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*"-. Este principio es, pues, un medio de protección general del derecho de crédito que solo entra en juego cuando se produce un incumplimiento de la obligación.

Las entidades de crédito –acreedoras de la deuda– han reaccionado frente a los impagos mediante la incoación de procedimientos de ejecución hipotecaria, instrumento procesal mediante el cual se ordena la venta del bien inmueble gravado con una hipoteca para hacer efectivo su importe y pagar las deudas debidas. Este procedimiento de ejecución hipotecaria viene regulado en los arts. 681 a 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil², (en adelante, LEC), enmarcada en el Capítulo V, del Título IV, del Libro III, bajo la rúbrica "De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados".

Sin embargo, aunque la vivienda sea objeto de ejecución, si el dinero obtenido de su venta forzosa no es suficiente para saldar la deuda, esto es, no cubre toda la cuantía debida al banco, el deudor sigue respondiendo, por la diferencia, con el resto de sus bienes presentes y futuros. Esto no supone sino otro golpe al consumidor, pues no solo pierde uno de sus bienes más preciados (su vivienda), sino también otros bienes de los que disponga, lo que no va sino en detrimento de sus derechos e intereses.

A mayor abundamiento, todos estos lanzamientos y las ejecuciones afectan derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a una vivienda digna, recogidos en los arts. 24 y 47 de la Constitución Española, (en adelante, CE), respectivamente. Derechos que tienen que ser necesaria y

² BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

eficazmente tutelados por los poderes públicos, tal y como se infiere de los arts. 51 y 53 de la CE, pues deben garantizar sus legítimos intereses mediante procedimientos eficaces. Protección que constituye uno de los aspectos más importantes de la sociedad y que ha adquirido una indudable relevancia en los últimos tiempos, con especial hincapié en la figura de los deudores hipotecarios.

En este sentido, y para reforzar el marco jurídico de protección de los consumidores que se encuentran en una situación de especial riesgo de exclusión debido al sobreendeudamiento, el Gobierno ha adoptado una serie de medidas para mejorar la situación de los deudores hipotecarios. Medidas que, si bien son positivas, no creemos sean suficientes para acabar con los abusos ni con los perjuicios causados a los consumidores³. Entre ellas destacamos el Real Decreto Ley 8/2011, de 7 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa⁴; el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos⁵ y el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios⁶.

No obstante, uno de los puntos clave de la protección de los consumidores y usuarios, cuya evolución se ha desarrollado por la vía jurisprudencial, ha sido la apreciación de oficio por el juez del carácter abusivo de las cláusulas insertas en los contratos celebrados con consumidores. Esta cuestión ha quedado resuelta tras la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, la Sentencia o STJUE) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, caso *Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa* (hoy Catalunya Banc, S.A.). Y decimos que ha quedado resuelta en cuanto, precisamente como consecuencia directa de esta Sentencia, el legislador español se ha visto en la necesidad de aprobar la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁷ (en adelante, Ley 1/2013, de 14 de

³ En el mismo sentido, véase, DEFENSOR DEL PUEBLO, "Informe Anual 2012", p. 68, encontrado en: www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido_1327485609380.html, consultado el día 20 de abril de 2013.

⁴ BOE núm. 161, de 7 de julio de 2011. En relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria, se trató de ampliar o flexibilizar los requisitos para poder acceder a las subastas de los inmuebles modificando el contenido del art. 669.1 de la LEC. El objetivo de esta medida era lograr que personas no profesionales pudieran participar de las subastas de inmuebles.

⁵ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012. Vigente hasta el día 28 de junio de 2013.

⁶ BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012.

⁷ BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013. Entrada en vigor ese mismo día. Esta Ley 1/2013 modifica la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946; la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario; y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

mayo). Se ha abierto, al menos, una bocanada de esperanza para quienes se encontraban en esa posición de desprotección o desfavorecidos.

2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013

La Sentencia del TJUE ha sido dictada como consecuencia de una petición de decisión prejudicial, conforme al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸ (en adelante, TFUE), planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, en el marco de un litigio entre una entidad de crédito y uno de sus clientes, con el objeto de interpretar la posible vulneración de la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario, el derecho a una vivienda digna y adecuada en la oposición del procedimiento hipotecario y su imposibilidad de aplicar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. El origen de este enjuiciamiento data de 2011, momento en el que se produjo el desahucio de Mohamed Aziz de su piso de protección oficial en Mataró, tras el procedimiento de ejecución incoado por Catalunya Caixa.

El juez del Juzgado de lo Mercantil planteó al TJUE dos cuestiones prejudiciales. La primera, en relación a la interpretación y apreciación de la abusividad de las cláusulas insertas en el contrato de préstamo hipotecario. En concreto de la cláusula que fija los intereses de demora –superiores al 18%–, la cláusula de vencimiento anticipado en contratos proyectados a largo plazo (en este caso eran 33 años) y la cláusula relativa a la liquidación de la deuda impagada.

En segundo lugar, si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son limitadas, pues quedan postergadas a un procedimiento declarativo ulterior que carece de efectos suspensivos⁹, dado que la existencia de cláusulas abusivas no estaba prevista como causa de oposición en el art. 698 de la LEC.

A grandes rasgos, del pronunciamiento del TJUE podemos extraer las siguientes conclusiones, todas ellas interrelacionadas y de vital importancia por las repercusiones en nuestro ordenamiento jurídico procesal y en la mejora del régimen de protección de los consumidores, a saber:

En primer lugar, que la normativa española sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria contraviene el Derecho de la Unión, puesto que no contempla como motivo de oposición el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

⁸ DOUE C83/47, de 30 de marzo de 2010.

⁹ El antiguo art. 698 de la LEC disponía que "*cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, (...), se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo*".

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, que la normativa española contraviene también el Derecho europeo debido a que no permite el control de oficio respecto de la validez de las cláusulas contractuales en las que se funde el título ejecutivo.

En tercer lugar, cabe el control de oficio del juez del declarativo para poder adoptar las medidas cautelares necesarias para que su decisión resulte eficaz. Asimismo, este control de oficio no queda limitado al juez del proceso declarativo, sino que se extendería al juez que esté conociendo de la ejecución¹⁰. Si bien debemos matizar que la decisión solamente hace alusión expresa al control de oficio del juez del proceso declarativo, pues fue en el marco de ese proceso donde se plantearon las cuestiones prejudiciales objeto de la decisión.

Además de estas aportaciones, el TJUE, en respuesta a la cuestión prejudicial, interpreta la Directiva 93/13/CEE para establecer y concretar el contenido de los criterios que deben ser tenidos en cuenta por los jueces nacionales para apreciar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado con consumidores.

Todos estos aspectos van a ser tratados separadamente a continuación, para poder determinar el fundamento jurídico de las mismas, así como sus repercusiones en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. Criterios para la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas en contratos con consumidores

El juez de lo Mercantil buscaba que el TJUE apreciara la abusividad de las tres cláusulas enunciadas *supra* en relación con el criterio de desproporción. Sin embargo, en reiterada jurisprudencia, el TJUE ha afirmado que no cabe dentro de su ámbito competencial analizar e interpretar el Derecho interno vigente en un Estado miembro concreto, sino solo de la Directiva europea, tal y como se infiere del art. 267 del TFUE. Sin embargo, sí tiene competencia para exponer y clarificar cuáles son los requisitos que deben ser tenidos en cuenta para considerar el carácter abusivo de una cláusula.

Así pues, en diversas sentencias, entre ellas, la sentencia *Freiburger Kommunalbauten*, asunto C-237/02¹¹, y la sentencia *Caja Madrid*, asunto C-484/08¹², el TJUE ha delimitado su alcance competencial indicando que

¹⁰ En el mismo sentido, véase, CORDERO, E., "Y ahora viene lo difícil: ¿Cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5/2013, p. 29.

¹¹ STJUE de 1 de abril de 2004, asunto C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH v. L. Hofstetter and U. Hofstetter*, ECR I-3403.

¹² STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECR I-4785. Sobre esta Sentencia, véase, CÁMARA LAPUENTE, S.: "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJE 3 Junio 2010 (CAJA MADRID) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo", encontrado en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/19.pdf>, consultado el día 2 de junio de 2013.

"comprende la interpretación de las disposiciones de las mencionadas Directivas y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de estas disposiciones, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta tales criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso".

En consecuencia, observamos que el TJUE no concluye si las cláusulas objeto de impugnación son o no abusivas, pero, por el contrario, establece los parámetros necesarios para estimar que una cláusula es abusiva: la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones entre el consumidor y la entidad de crédito.

2.1.1. *Fundamentación jurídica*

Estos criterios se derivan del apartado 1 del art. 3 de la Directiva europea 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹³ (en adelante, Directiva 93/13/CEE). Entiende que las cláusulas abusivas son aquellas cláusulas no negociadas individualmente que, *"pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"*.

Esta normativa fue un hito importante en la política europea y de los Estados miembros, un paso adelante en la garantía de la tutela de los derechos de los consumidores frente a cláusulas contractuales que podían ocasionar perjuicios a los consumidores. Se basaba en la idea de la existencia de una desigualdad entre los empresarios y los consumidores, y el abuso que de su posición realizaban los primeros.

Las relaciones jurídicas establecidas entre las entidades de crédito y los consumidores nunca se han caracterizado por su equidad, sino más bien al contrario, por la asimetría existente entre ambas partes. Así, las entidades bancarias han gozado de una posición dominante, dejando al consumidor en una posición claramente inferior, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información.

Son estos dos aspectos los que merecen nuestra atención, pues fenómenos como la globalización y la contratación en masa han dado lugar a la contratación mediante contratos o formularios-tipo, utilizados para reportar ventajas y beneficios a los profesionales y empresarios, pero limitando o, prácticamente anulando, la posibilidad del consumidor de negociar el contenido de los mismos. Así las cosas,

¹³ DO L núm. 95, de 21 de abril de 1993. Modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 (DO L núm. 304, p. 64). Sin embargo, esta Directiva no modifica aspectos relevantes para el caso aquí tratado.

y con mayor repercusión en ámbitos como el bancario, son las entidades de crédito quienes elaboran, de forma unilateral, todos los contratos que van a celebrar con los clientes, esto es, desarrollan las cláusulas que van a resultar de aplicación en la relación contractual, incluyendo aquéllas que después fundamentarán el título ejecutivo que pondrá en marcha el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La realidad ha puesto de manifiesto que las entidades de crédito se han valido de su posición dominante para hacer uso –o abuso– de una serie de condiciones generales que han supuesto un desequilibrio entre las partes, perjudicando, como es obvio, al consumidor. En este sentido, se hace necesario, por un lado, un mayor equilibrio y transparencia en el mercado hipotecario y, por otro, la expulsión del tráfico jurídico de las cláusulas abusivas.

En el ordenamiento jurídico español, esta Directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación¹⁴ (en adelante, LCGC). A diferencia de la Directiva 93/13/CEE, la norma legal española se refería a estas cláusulas como cláusulas no negociadas individualmente, en lugar de utilizar el término acuñado por la norma europea. Así pues, una cláusula no negociada individualmente es aquella que ha sido redactada previamente y sobre cuyo contenido el consumidor no ha influido de forma alguna. Esta regulación la debemos completar con el 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 y otras leyes complementarias¹⁵ (en adelante, Texto Refundido de 2007), que también regula el régimen y tratamiento de las cláusulas abusivas.

2.1.2. *La buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones*

Continuando con los dos criterios fijados por el propio TJUE, -la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones entre el consumidor y la entidad de crédito- en respuesta a una de las cuestiones prejudiciales planteadas, señala que la apreciación del desequilibrio importante en detrimento del consumidor debe basarse en *"un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si (...) el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente"*. Para saber si el desequilibrio ha sido causado aun atendiendo a las exigencias de la buena fe, *"debe comprobarse que el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría"*

¹⁴ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304.

¹⁵ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181. Los contratos con consumidores vienen regulados en el Libro II, Título I.

la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual” (considerando 76 de la Sentencia).

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo ha analizado reiteradamente el alcance y contenido de estos dos criterios, estableciendo, por un lado, que la buena fe hace alusión a la buena fe objetiva, esto es, al *“comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico”*¹⁶, así como al *“cumplimiento de reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de la honradez, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida”*¹⁷. Por otro lado, establece que el desequilibrio debe causarle al consumidor un perjuicio importante y desproporcionado. Se trata, por tanto, de un desequilibrio jurídico¹⁸, no económico entre las prestaciones que corresponden a cada una de las partes, sino entre los derechos y obligaciones.

Interesa aquí traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013, que, en el marco del enjuiciamiento de la validez y control judicial de las cláusulas suelo, integra e incorpora la doctrina de la STJUE que comentamos. La resolución, a la hora de determinar y concretar el requisito de transparencia exigido para considerar válidas las cláusulas contractuales, parte de los arts. 5 a 7 de la LCGC, que regulan los requisitos de incorporación, a saber: aceptación por el adherente, claridad, complitud, legibilidad y que se facilite un ejemplar del contrato al consumidor adherente. Dejando a un lado estas cuestiones, nos centramos en el hecho de que confirma el requisito de transparencia como criterio a tener en cuenta en la apreciación de las cláusulas abusivas.

A tal efecto, el Tribunal entiende que la transparencia se concreta en la comprensibilidad real de su importancia por parte del consumidor, asegurando que éste entienda la cláusula de forma individualizada y

¹⁶ A título de ejemplo, véanse las SSTs, Sala de lo Civil, núm. 865/2000, de 2 de octubre (B.D. Aranzadi-Westlaw, RJ 2000/8131) y núm. 147/2001, de 22 de febrero (B.D. Aranzadi-Westlaw, RJ 2001/2609).

¹⁷ Entre otras, véanse las SSTs, Sala de lo Civil, núm. 718/2002, de 12 de julio (B.D. Aranzadi-Westlaw, RJ 2002/6047) y núm. 37/2003, de 30 de enero (B.D. Aranzadi-Westlaw, RJ 2003/2024).

¹⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5/2013, pp. 35-43, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Concepto de cláusulas abusivas. Art. 82”, en AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. por S. CÁMARA, Colex, Madrid, 2011, pp. 744-745, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 82”, en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson, 2009, pp. 962-965. MARÍN LÓPEZ, M. J., “La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5/2013, pp. 35-43.

no enmascarada en la totalidad del contrato, sin diluir la realidad de sus efectos mediante el resto de cláusulas del contrato.

De lo que se trata, en definitiva, es de que el consumidor quede plenamente informado de los derechos que le corresponden y de las obligaciones que pueden exigírsele, así como de las posibles repercusiones jurídicas de las cláusulas.

Todas aquellas cláusulas que finalmente y tras su análisis se consideren abusivas serán declaradas nulas, de acuerdo con el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, no vinculando al consumidor pero siendo el contrato obligatorio para las partes en los mismos términos en caso de que pudiera subsistir sin aquéllas. Esta disposición imperativa pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y con base en este precepto, el juez nacional solamente puede dejar de aplicar las cláusulas consideradas abusivas, pero no puede integrarlas o moderarlas, pues deben ser tenidas por no puestas. Así pues, el contrato subsistirá, en aquellos casos en que sea posible, sin dicha cláusula.

2.1.3. *Otros criterios específicos*

Para las cláusulas objeto de cuestión prejudicial, el TJUE determinó también, pero sin apreciar si tenían o no carácter abusivo¹⁹, los criterios a seguir por el órgano judicial para ello.

En primer lugar, con respecto a la cláusula que fija los intereses de demora, el órgano jurisdiccional deberá comparar el tipo de interés fijado en la misma con el interés legal del dinero y verificar si se adecúa para garantizar la realización de los objetivos que el interés de demora persigue en España y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

En segundo lugar, cuando estemos ante una cláusula de vencimiento anticipado de un crédito inmobiliario, corresponderá al juez nacional comprobar si esa facultad depende de que el consumidor haya incumplido una obligación esencial del contrato y si el incumplimiento tiene el carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

En tercer y último lugar, en el caso de una cláusula relativa a la liquidación unilateral del importe de la deuda impagada, el juez nacional deberá apreciar si esa cláusula dificulta el acceso del

¹⁹ Sobre el posible carácter abusivo de las cláusulas, véase, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los Tribunales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5/2013, pp. 16-25.

consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa no se encuentra limitado o vulnerado.

2.2. Incompatibilidad entre la normativa europea y la normativa española sobre ejecución hipotecaria

Una de las conclusiones del TJUE en esta Sentencia que ha hecho temblar los cimientos de la arcaica regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria ha sido la tajante afirmación de que nuestra normativa procesal en la materia es contraria a la normativa europea de protección de los consumidores.

En este mismo sentido, la Abogada General, la Sra. Juliane Kokott, señaló que la regulación hipotecaria vigente en España era contraria a la Directiva 93/13/CEE. Esta incompatibilidad se debía al hecho de que la normativa española no permitía al juez del proceso declarativo que estaba conociendo de la posible nulidad de las cláusulas contractuales por su naturaleza abusiva suspender provisionalmente la ejecución hasta que se resolviera la cuestión relativa a la nulidad. Esta suspensión provisional de la ejecución hipotecaria supondría en cierto modo un medio eficaz para garantizar la protección de los derechos e intereses del ejecutado. Por tanto, defendía que quedaba patente la clara contradicción entre la regulación procesal española y la Directiva 93/13/CEE.

Por su parte, si bien el TJUE no entra, como se ha señalado, a interpretar las normas internas de cada Estado miembro, en la Sentencia reciente sí responde cuestiones procesales, declarando la normativa procesal española contraria a la Directiva 93/13/CEE en cuanto a la ejecución hipotecaria se refiere. Así pues, ha afirmado que la normativa española, que impide al juez que es competente para declarar abusiva una cláusula inserta en un contrato de préstamo hipotecario suspender el procedimiento de ejecución hipotecario iniciado por otra vía, es contraria al Derecho de la Unión.

Recordemos que, a falta de armonización de las medidas nacionales sobre ejecución forzosa, son los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal, los encargados de establecer dicha regulación. Pero esta autonomía viene limitada por dos principios: el de equivalencia y el de efectividad. En este caso el principio que suscitó dudas fue el de efectividad. De acuerdo con este principio, la regulación procesal no puede ser un obstáculo al ejercicio de los derechos garantizados por el consumidor en la Directiva 93/13/CEE. Al respecto, la Abogada General señaló en el punto 52 de sus conclusiones que "(...) *No constituye una protección efectiva contra las cláusulas abusivas del contrato el hecho de que el consumidor, a raíz de dichas cláusulas, deba soportar indefenso la ejecución de la hipoteca con la consiguiente subasta forzosa de su vivienda y la pérdida de*

*la propiedad y el desalojo subsiguientes, y que sólo con posterioridad esté legitimado para ejercitar la acción de daños y perjuicios*²⁰.

Así pues, esta incompatibilidad viene dada por la imposibilidad del juez nacional de controlar de oficio la naturaleza abusiva de las cláusulas insertas en los contratos de préstamo hipotecario. Y ello debido a que, de entre las causas de oposición a la ejecución, no se contempla la existencia de cláusulas abusivas, lo que impide que el juez del proceso declarativo pueda decretar como medida cautelar la suspensión de la ejecución hasta que se resuelva la cuestión de la abusividad de las cláusulas.

Por tanto las conclusiones de la Abogada General como del TJUE, "chocan" frontalmente con la doctrina asentada por nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC), a través del recurso de amparo, en lo relativo a la vulneración por la normativa hipotecaria del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de nuestra Constitución. El TC²¹ ha venido reiteradamente considerando que el sistema de motivos tasados de oposición al despacho de la ejecución hipotecaria no suponía límite alguno al principio de contradicción entre las partes. Esto es, que la regulación especial del procedimiento de ejecución hipotecaria no vulneraba los derechos de los consumidores, pues esa naturaleza especial encontraba su fundamento en la posibilidad de iniciar un juicio declarativo y separado (art. 698 de la LEC) para plantear oposición, no restringiéndose por tanto las posibilidades de defensa del ejecutado. Además, la eficacia de la sentencia del declarativo se aseguraba mediante la realización de una anotación preventiva de la demanda, así como de la retención de la cantidad que debiera entregarse al ejecutante.

2.3. ¿Cabe la apreciación de oficio por el juez del carácter abusivo de las cláusulas?

La imposibilidad de controlar de oficio por el juez el carácter abusivo de una cláusula es, en palabras del propio TJUE, una de las causas de que la normativa española vulnere las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE, pues menoscaba el derecho a una tutela judicial efectiva. No obstante, ésta no es la primera vez que el TJUE interpreta el alcance de la disposición de la Directiva 93/13/CEE, concluyendo en sentido favorable a la apreciación de oficio²² por el juez del carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el marco de la Directiva, aun cuando este control no haya sido solicitado por los afectados. Pero este control no

²⁰ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, del 8 de noviembre de 2012 en el asunto C-415/11, documento disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=129481&mode=reg&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=183286>, consultada el día 10 de mayo de 2013.

²¹ Auto del TC número 113/2011, de 19 de julio, siguiendo la línea fijada por la STC 41/1981, de 18 de diciembre de 1981, que analizaron la constitucionalidad de los preceptos de la LEC que regulan el procedimiento de ejecución hipotecaria (695 y 698).

²² STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, Rec. P. I-0000), apartados 42 y 43 y STJUE de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I 4713, apartados 31 y 32.

constituye exclusivamente una potestad del juez, sino que supone un deber inherente a la función jurisdiccional, tal y como se infiere del contenido del apartado 1 del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE.

A tal efecto el TJUE señala que este control debe ser realizado por el juez nacional *"tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello"* (considerando 41 de la Sentencia) y que *"cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone"*²³. En esta línea se había pronunciado en su Sentencia de 21 de febrero de 2013 (asunto C-472/11)²⁴ al indicarse que *"el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que se solicite se anule dicha cláusula"*. Si bien el juez sí tiene la obligación de informar de esta circunstancia a las partes en cumplimiento del principio de contradicción.

Y todo ello con la finalidad de restablecer el equilibrio entre la entidad de crédito y los consumidores, puesto que, recordemos, la Directiva 93/13/CEE tenía su fundamento y base en la idea de que el consumidor queda configurado como la parte débil del contrato carente de cualquier atisbo de poder de negociación con la entidad de crédito, quien ostentaba todo el poder de la relación contractual.

Sin embargo, lo llamativo es que esta opción del juez de suspender la ejecución ante la posibilidad de que el contrato contenga una cláusula abusiva se extiende a aquellas situaciones en las que el deudor no ha presentado oposición a la ejecución. Esta posibilidad ha sido recogida en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en su Capítulo III, art. 7 que modifica el apartado 1 del art. 552 de la LEC.

Esta Ley permite, pues, que el juez del proceso declarativo pueda adoptar, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución hipotecaria seguida ante otro tribunal cuando así lo requiera la protección de los derechos de los consumidores, siempre y cuando se aprecie el carácter abusivo de la cláusula o cláusulas que han dado lugar a la ejecución. Y ello porque la indemnización derivada de la posterior o ulterior estimación de la demanda del consumidor en el procedimiento declarativo y separado iniciado para declarar el carácter abusivo de las cláusulas incluidas en el contrato de préstamo hipotecario, título con base en el cual se inicia la ejecución hipotecaria, no será, muy probablemente, suficiente para reparar los daños y perjuicios que la realización del inmueble le hayan causado, pues la

²³ STJUE de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713, apartado 31. En el mismo sentido, véanse las SSTJUE de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Rec. p. I-10421, apartado 38; de 21 de noviembre de 2002, asunto *Cofidis* y de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941.

²⁴ *Banif Plus Bank Zrt vs. Csaba Csipai, Viktória Csipai*.

pérdida de la vivienda no acarrea exclusivamente consecuencias económicas, sino también personales por afectar directamente a la vida del consumidor. Este es el verdadero problema de este procedimiento que se ha agravado sobremanera con la crisis económica y laboral de los últimos años.

Además, en este sentido creemos conveniente señalar la utilización que de esta regulación hacían los profesionales en su propio beneficio. Las entidades de crédito, en vista de las limitadas opciones del consumidor para oponerse al procedimiento de ejecución, instaban la apertura del mismo para obtener, mediante el lanzamiento y ejecución de la vivienda, parte o toda la deuda debida. Esta circunstancia suponía un menoscabo a la tutela judicial efectiva que los poderes públicos deben prestar a los consumidores, siendo asimismo contrario a la finalidad de la propia Directiva 93/13/CEE. Esta instrumentalización de la norma es lo que se trata de evitar.

A pesar de que, como ya expuso el propio Magistrado que planteó la cuestión prejudicial, D. José María Fernández Seijo, "*el ordenamiento jurídico español en materia de consumidores se había asentado en normas claras en las que se recogían con precisión los derechos de los consumidores*"²⁵, nuestro ordenamiento presentaba lagunas en tanto en cuanto tal regulación no encontraba su equivalente en el ámbito procesal. Así pues, la LEC solamente contemplaba expresamente el control judicial de oficio en relación a las cláusulas de sometimiento a fueros ajenos al domicilio del consumidor, lo cual complicaba la garantía eficaz de la tutela de los consumidores. Asimismo, señala que "*la sentencia no es una resolución aislada, sino un escalón más en la tutela de los más débiles por parte del Tribunal de Luxemburgo*"²⁶.

3. Otras repercusiones (indirectas) de la Resolución

Hemos visto que esta Sentencia ha tenido repercusiones importantes en la legislación nacional, pero, ¿y en la jurisprudencia? Debemos decir que también. Y, ¿cómo han reaccionado los jueces tras este pronunciamiento deseado y esperado? ¿Cuál ha sido la reacción de los notarios?

3.1. Unificación de criterios por los jueces nacionales

Los jueces y tribunales han aplicado desde el primer instante la doctrina asentada por el TJUE. Merece destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera²⁷, concluyendo que la subasta o el lanzamiento hipotecario debe suspenderse en aquellos casos en los que el

²⁵ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: "El alcance de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo sobre ejecución hipotecaria", *Món Jurídico*, n. 276, 2013, p. 9.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ Sentencia núm. 117/2013, de 14 marzo de 2013. (B.D. Aranzadi-Westlaw, JUR 2013\139120). Sobre esta resolución y sus repercusiones véase, CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, "Protección jurídica de las personas hipotecadas", *Escritura Pública*, núm. 81, mayo-junio 2013, pp. 26-27.

juez no haya analizado previamente la posible naturaleza abusiva de las cláusulas insertas en el contrato con la entidad de crédito.

Por otro lado, la Sentencia del TJUE ha supuesto un punto de inflexión, e igualmente de reflexión, para los jueces, con el único objetivo de fijar un necesario régimen transitorio común y de unificar su doctrina en relación con los criterios mínimos a tener en cuenta para declarar una cláusula como abusiva, a las consecuencias de la declaración de una cláusula como tal y a las facultades del juez para actuar de oficio en materia de cláusulas abusivas. Estas reuniones tuvieron lugar en la mayoría de los Colegios Profesionales durante el mes de abril, como la celebrada entre una veintena de jueces de Primera Instancia y de lo Mercantil, coordinada por el Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo²⁸, D. Juan Antonio Xiol Ríos²⁹.

No obstante, los criterios definidos por los diferentes Colegios Profesionales diferían en determinados aspectos. Así, observamos que una de las divergencias era la relativa al interés de demora. Por ejemplo, los jueces de Barcelona estimaron considerar abusiva aquella cláusula que impusiera un interés de demora superior a 2,5 veces el interés legal del dinero, mientras que los jueces de Valencia consideraron que debía ser 3 veces superior³⁰.

Pese a tales divergencias (hoy superadas por la nueva Ley 1/2013, de 14 de mayo), es reseñable el hecho de que los respectivos Colegios Profesionales profundizaron en la problemática suscitada y trataron de fijar y homogeneizar sus actuaciones al respecto, tratando de asegurar la mejor protección al consumidor en esta situación. Asimismo, recalcaron e incidieron en la imperiosa necesidad de adaptar y modificar nuestra legislación nacional a las disposiciones de la Directiva y a las exigencias del TJUE. Destaca asimismo la afirmación tajante de que el juez nacional tiene la obligación de actuar de oficio en protección del consumidor, utilizando todos los medios e instrumentos de nuestro ordenamiento para lograr una solución acorde al derecho europeo y a la jurisprudencia del TJUE.

3.2. Los notarios también se han visto afectados

Hemos visto que, hasta ahora, el procedimiento de ejecución hipotecaria no brindaba la posibilidad al afectado de oponerse por una causa tan importante y relevante como es la existencia de cláusulas abusivas en el contrato. Si bien es cierto que esta circunstancia suponía un límite en el

²⁸ Sobre estas reuniones, véanse, <http://areacompliance.redcumes.com/2013/05/13/criterios-judiciales-en-ejecuciones-hipotecarias>, consultada el día 13 de mayo de 2013 y <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/las-clausulas-abusivas-no-vinculan-a-ningun-efecto>, consultada el día 14 de mayo de 2013.

²⁹ El día 7 de junio de 2013 fue elegido magistrado del Tribunal Constitucional por el Consejo General del Poder Judicial.

³⁰ AGÜERO ORTIZ, A.: "Los jueces alcanzan acuerdos para homogeneizar criterios respecto a las cláusulas abusivas", *Centro de Estudios de Consumo*, 2013, pp. 2-3.

ejercicio de los derechos de los consumidores, ello debe matizarse. Y decimos esto porque los contratos de préstamos hipotecarios celebrados con las entidades de crédito en los que se han incluido –casi como regla general– este tipo de cláusulas, pasaban un filtro importante: los notarios.

Todos estos contratos son elevados a escritura pública, y el deber de los notarios es efectuar un control de la conformidad al derecho del contenido contractual, además de informar y explicar el contenido de las mismas y sus repercusiones jurídicas a las partes firmantes del mismo. No obstante, hemos comprobado cómo estos deberes no siempre han sido cumplidos de forma eficaz. Para evitar que esta situación vuelva a repetirse, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ha establecido en su art. 3, que modifica el apartado 2 del art. 129 de la Ley Hipotecaria, la obligación de los notarios de informar de forma pormenorizada tanto de las condiciones del préstamo como de los riesgos que las mismas podrían implicar.

Asimismo, los notarios quedan facultados para decretar la suspensión de la venta extrajudicial si cualquiera de las partes le acredita haber presentado una demanda ante el juez competente sobre el carácter abusivo de alguna cláusula del préstamo. En este punto, recordemos que la competencia para declarar el carácter abusivo de una cláusula corresponde a los jueces y tribunales y que las cláusulas con esa naturaleza son inscritas en el Registro de Condiciones Generales.

Más recientemente, y en vista de toda la repercusión de la STJUE y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, los notarios, como funcionarios públicos que también tienen el deber de garantizar a los consumidores esa tutela tan ansiada, han creado en el mes de junio el Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA)³¹, dependiente de la Comisión de Consumidores del Consejo General del Notariado y conformado por notarios y expertos en la materia.

También han desarrollado un archivo informático que contendrá todas las sentencias judiciales firmes en las que alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario haya sido declarada abusiva.

Así las cosas, contaremos en nuestro ordenamiento jurídico con dos Registros de condiciones abusivas –por una parte, el de Condiciones Generales, competencia de los Registradores de la Propiedad y, por otra, este registro competencia de los notarios–. Consideramos este último registro como un medio para lograr un fin, pero a la vez una posible clave para ayudar a dar un giro a la situación actual que estamos viviendo: evitar el otorgamiento de escrituras públicas en las que se contengan

³¹http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-3&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=4148027, y http://www.elderecho.com/actualidad/notarios-Organo-Control-Clausulas-Abusivas_0_552375101.html, consultadas ambas el día 26 de junio de 2013.

cláusulas que posteriormente puedan ser objeto de impugnación judicial. Sistema de control, en todo caso, que permite apuntalar esta tutela de los ciudadanos, amén de corregir las posibles deficiencias del sistema tras la evaluación pertinente.

4. El procedimiento de ejecución hipotecaria español, ¿una vulneración de la normativa europea? La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social

La respuesta a esta cuestión es, sin lugar a dudas, una de las que han provocado un mayor debate en estos últimos tiempos. La respuesta la vamos a encontrar en la propia Sentencia, en donde el TJUE afirma que nuestra normativa sobre el procedimiento de ejecución es contraria a las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE. Esta es la consecuencia más importante de la Sentencia.

4.1. El antecedente del proceso monitorio

Para entender la situación que describimos no podemos tan solo basarnos en la reciente Sentencia del Tribunal Europeo sino recordar, necesariamente, que la posición del Alto Tribunal Europeo ya fue de forma lineal expuesta en relación a cuestiones relacionadas con la que es objeto de nuestro trabajo, a saber, el TJUE ya había censurado el funcionamiento del proceso monitorio en 2012. En su Sentencia de 14 de junio de 2012, el TJUE ya sentó las bases para el control de oficio –incluso sin la oposición del consumidor– pero para el proceso monitorio. Basándose en el desequilibrio existente entre las entidades de crédito y los consumidores, motivó su decisión en que para restaurar el equilibrio en la relación jurídico privada es necesaria una intervención positiva pero ajena a las partes (considerando 41)³².

Al igual que sucedía en el procedimiento de ejecución hipotecaria, si el consumidor quería alegar el carácter abusivo de una cláusula inserta en el contrato que había suscrito con su entidad de crédito, debía incoar un procedimiento declarativo separado del monitorio para ello. Como ya hemos indicado, este segundo procedimiento no tenía influencia alguna sobre el principal, lo que supone, sin lugar a dudas, un perjuicio para el consumidor. En otras palabras, el sistema procesal español no permitía al juez nacional que conoce de la demanda en un proceso monitorio examinar de oficio –*in limine litis*– ni en ninguna fase del procedimiento, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato celebrado con la entidad de crédito, cuando el consumidor no haya formulado oposición.

³² Sobre la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en el juicio monitorio, véase, a título de ejemplo, JUECES PARA LA DEMOCRACIA: “La tutela de los derechos del consumidor en Primera Instancia: cláusulas abusivas, control de oficio por el tribunal y líneas jurisprudenciales recientes en materia hipotecaria”, encontrado en: <http://juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2012/conclusiones/Latuteladelosderechosdelconsumidor.pdf>, consultado el día 16 de mayo de 2013.

4.2. Motivos de la vulneración de la regulación de la ejecución hipotecaria

En el origen de esta nueva disyuntiva radica el hecho, como ya se ha visto, de que nuestro sistema jurídico no permitía al consumidor, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo. Esto conllevaba imponerle al consumidor otra obligación: incoar un procedimiento declarativo, al margen de la ejecución hipotecaria iniciada previamente por la entidad financiera, para resolver dicha cuestión.

La necesidad de acudir a un procedimiento separado para obtener la nulidad de la cláusula supone un riesgo nada desdeñable de que los consumidores no formulen la oposición requerida y necesaria, además de la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva y de otra disposición de la Directiva 93/13/CEE. Concretamente, de su art. 6, cuyo objetivo básico es librar a los consumidores de cargas adicionales en la búsqueda de la citada tutela de sus derechos e intereses. A tal efecto han de tenerse en cuenta los costes que debe soportar el consumidor por la iniciación del otro procedimiento o la escasa información que puede tener sobre sus derechos. A mayor abundamiento, la existencia de dos procedimientos paralelos juega en contra del principio de economía procesal, así como también conlleva la imposición de la carga de la prueba al consumidor.

Ahora bien, el juez que conoce de este proceso declarativo carecía de la facultad de adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar el efecto de su decisión, por la cual se apreciaba la naturaleza abusiva de una o varias cláusulas contractuales. La imposibilidad de influir, mediante este segundo procedimiento, en la ejecución, implicaba en la realidad la causación de daños irreversibles –pérdida de la vivienda– para el consumidor.

De conformidad con esta regulación procesal ex art. 695 de la LEC –en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo–, las causas tasadas de oposición planteables en el procedimiento de ejecución hipotecaria se fundaban en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. Básicamente, el deudor hipotecario debía soportar la ejecución hipotecaria sin posibilidad alguna de que el juez que estuviera conociendo de la ejecución pudiera contemplar el posible carácter abusivo de la cláusula o cláusulas contractuales que hubieran dado lugar a dicha ejecución.

Por tanto, entendemos que este sistema legal resultaba perjudicial para el consumidor, quien tras verse obligado a iniciar un nuevo procedimiento, el declarativo, para oponer el carácter abusivo de una cláusula contractual, podía quedarse sin la vivienda al haberse realizado ya el lanzamiento en el

procedimiento de ejecución hipotecario previamente iniciado por la entidad financiera. En este sentido, la Sentencia reseñada concluye que la Directiva europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro (como la española) que, al mismo tiempo que no prevé la posibilidad de alegar el carácter abusivo de una cláusula contractual como motivo de oposición a un procedimiento de ejecución hipotecaria, no permite que el Juez que conozca del procedimiento declarativo (siendo el competente para apreciar el carácter abusivo de la cláusula), adopte medidas cautelares, como por ejemplo la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Es de sobra conocido que el deudor dispone de la acción de reclamación de daños y perjuicios, pero esta debe plantearse *a posteriori* de la ejecución y posterior venta forzosa de la vivienda, lo que supone otra merma de los derechos del consumidor, amén de no constituir un medio eficaz de protección, pues esa indemnización no será en la generalidad de los casos suficiente para cubrir y resarcir al ejecutado. Una vía posible, pero absurda en los momentos que vivimos.

La inmensa mayoría de estos problemas han quedado expuestos en la STJUE y posteriormente han sido objeto de incorporación en la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Esta nueva norma ha tratado de recoger las decisiones del Tribunal, adoptando otras medidas para una mejor garantía de la protección de los deudores hipotecarios.

4.3. Medidas adoptadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo

Si bien una norma puede suavizar una situación como la actualmente sufrida, no es en absoluto la panacea de todos los males y, por ello, hay que asumir que favorece la búsqueda de soluciones jurídicas aun cuando pervivan problemas de otra naturaleza. No obstante, esta Ley ofrece una vocación evidente de poner fin al drama social que estamos viviendo. Sin embargo, algunas de las medidas y soluciones planteadas suscitan nuestras dudas en cuanto a su efectividad a largo plazo, pues en su mayoría constituyen medidas paliativas.

Este es el caso de la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos vulnerables por un plazo de dos años desde el momento de entrada en vigor de la propia Ley, mediante la cual se retrasa en el tiempo los plazos del proceso de ejecución. Para ello es necesario cumplir con un requisito procedimental: la vivienda debe haber sido adjudicada al acreedor o a la persona que actúa en representación, además de cumplir obviamente con los requisitos de vulnerabilidad. En efecto, para que un deudor hipotecario se encuentre en este ámbito de aplicación será necesario el cumplimiento de dos tipos de requisitos. Por un lado, los colectivos sociales que pueden acogerse son las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro discapacitado o dependiente, o en las que el

deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o, finalmente, las víctimas de violencia de género. Por otro lado, en las familias que se acojan a esta suspensión, los ingresos no podrán superar el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Este límite 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.

No obstante, hay otras medidas que creemos sí son protectoras del deudor hipotecario y que, con una gran probabilidad, tendrán consecuencias jurídicas muy positivas, como la prohibición de la capitalización de los intereses de demora. Aunque se podría haber ahondado más en este asunto y haber regulado otros aspectos como el devengo de esta clase de intereses, aun cuando fueran los relativos a las cuotas vencidas que hubieran quedado impagadas.

Por otro lado, consideramos que un aspecto que debería haberse tenido en cuenta y que el legislador ha obviado –quizá deliberadamente– ha sido la capacidad de elegir el tipo de procedimiento –judicial o extrajudicial–. Cuestión nada baladí.

Vivimos inmersos en una especie de revolución o cambio de mentalidad en la que los poderes públicos, desde los supranacionales hasta los nacionales, tratan de impulsar y desarrollar nuevas formas de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) para mejorar las relaciones jurídicas. Así ha quedado reflejado a través del desarrollo legislativo –recordemos la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje –. Este dato pone de relieve la clara y expresa intención del legislador de fomentar el uso de cauces extrajudiciales para solventar las disputas en casi todos los ámbitos.

Así las cosas, sorprende que dada la magnitud y la cuantía de los problemas en materia hipotecaria, no se haya planteado la posibilidad de acudir a estos medios más ágiles y rápidos que la justicia ordinaria. Consideramos que las repercusiones de acudir a una mediación o incluso, a un arbitraje, no serían solamente de carácter económico por el menor coste en comparación con la vía judicial, sino también resultaría extremadamente beneficiosa para el deudor en el ámbito personal. Así, las ventajas económicas serían consecuencia de los menores plazos de los procedimientos extrajudiciales, en tanto en cuanto los intereses de demora no alcanzarían cifras tan elevadas como si se acudiese a la vía judicial.

En relación con la ausencia de regulación, el legislador podría también haber incluido, o, al menos, haber realizado alguna mención, a la posibilidad de acudir a la mediación o intermediación hipotecaria. Mecanismo éste que está viviendo una época dorada en nuestro país y que sigue en auge por la

creación de instituciones o centros dentro de la estructura de los Colegios Profesionales.

Finalmente, destacamos las dos medidas que a buen seguro van a tener una gran repercusión jurídica, y que son consecuencia directa de la Sentencia del TJUE aquí comentada, pues vienen a salvaguardar el equilibrio entre las partes en el contrato, evitando la inclusión de cláusulas abusivas en el mismo.

Por un lado, queda establecido que en la venta extrajudicial cabe la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas.

Por otro lado, en relación con el procedimiento ejecutivo, se determina que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente puede apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.

A tal efecto, el legislador español ha fijado el momento procesal en el que es posible el control de oficio por el juez. Esta fue una de las cuestiones debatidas en las reuniones de los jueces, sobre las que ya hemos hecho alusión anteriormente. El control de oficio debe ejercitarse, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, en la misma fase de la admisión de la demanda ejecutiva. Esta decisión encuentra ahora su fundamento legal en el art. 552 de la LEC. En caso de que el juez advierta la existencia de una cláusula abusiva en el título ejecutivo, tiene el deber de ponerlo en conocimiento de las partes, así como darles audiencia en el plazo de cinco días para formular las alegaciones pertinentes. Por tanto, si el juez aprecia el carácter abusivo de alguna cláusula denegará el despacho de la ejecución o, si es posible, procederá a despachar la misma pero sin la aplicación de dichas cláusulas.

Otro de los cambios en nuestro ordenamiento ha sido la inclusión, como motivo de oposición –ex art. 695 de la LEC³³– del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, siempre y cuando dicha condición general

³³ El artículo establecía una lista taxativa de los motivos de oposición, señalando a tal efecto que "sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas". Básicamente tres: la extinción de la garantía o de la obligación garantizada; el error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado y; por último, en caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.

constituya el fundamento y el objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria. Así, esta nueva causa de oposición viene a facilitar y mejorar el funcionamiento de las ejecuciones hipotecarias, suponiendo para el consumidor una vía de salvaguarda de sus derechos e intereses, pues el objeto de tal procedimiento judicial no es otro que su vivienda habitual. Además, formulada dicha oposición, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación. En esta comparecencia, el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

Tras la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, surgieron las preguntas de ¿qué va a suceder con las ejecuciones ya resueltas y que se habían basado también en cláusulas abusivas? ¿Es posible la aplicación retroactiva de la norma? Finalmente la nueva normativa carece de carácter retroactivo, si bien sí establece un especial régimen para las ejecuciones en curso en el momento de su entrada en vigor (15 de mayo de 2013). En particular, fijó un mes de plazo para que los consumidores afectados presentaran oposición a tales ejecuciones pendientes. Sin embargo, para los procedimientos iniciados desde esa fecha, el plazo para tal oposición queda reducido a 10 días.

5. Y ahora... ¿qué? Una nueva Directiva europea

Como ya hemos dicho, la STJUE ha tenido grandes repercusiones, agravadas por la situación excepcional de crisis que estamos viviendo y que implica la adopción de medidas que contribuyan a garantizar la tutela de los derechos e intereses de los deudores hipotecarios.

Pero no solamente ha sido el legislador español el que ha iniciado estos cambios legislativos, tendentes a impulsar nuevas medidas de protección. El legislador europeo ha hecho lo propio, mediante su iniciativa de elaborar una nueva Directiva comunitaria sobre créditos hipotecarios, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial³⁴ (el nombre original es *European Directive on Credit Agreements Relating to Residential Property (CARRP)*, conocida como *Mortgage Credit Directive*).

El objetivo de esta nueva regulación consiste en dotar de mayor protección y seguridad a los deudores hipotecarios mediante la eliminación de las cláusulas abusivas de los contratos y la obligación de que las entidades de crédito les asesoren sobre los costes y las consecuencias jurídicas derivadas de la asunción de una hipoteca y del posible impago de las cuotas.

³⁴ COM (2011) 142 final. Texto disponible en la web oficial de la Comisión: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0142:FIN:ES:PDF>, consultado el día 29 de junio de 2013.

A tal efecto, la Directiva se basa en cinco pilares, a saber: en primer lugar, la necesidad de dotar al consumidor de toda la información necesaria previamente (se otorga un plazo de 7 días) a la firma del contrato de crédito hipotecario; en segundo lugar, se prohíbe la vinculación de unos productos con otros, evitando que el consumidor deba contratar productos o servicios que suponen mayor coste y/o riesgo adicional; en tercer lugar, se flexibiliza la amortización de la deuda pero sin que la entidad bancaria pueda imponer sanciones que desincentiven tal amortización; en cuarto lugar, y relacionado con las ejecuciones hipotecarias y los desahucios, la Directiva exige una tolerancia razonable antes de proceder a ejecutar el bien inmueble y; por último, se adoptarán medidas para evitar la concesión de préstamos irracionales, siendo necesaria, entre otras, una evaluación más exhaustiva de la solvencia del comprador de la vivienda, con el fin de reducir la morosidad y los problemas derivados del impago.

Los Estados miembros dispondrán, una vez sea aprobada, de un plazo de dos años para su correspondiente transposición a los ordenamientos nacionales. Ello evidencia interesantes cambios en este sector que, cuanto menos, permitirán ahondar en una mayor protección de los consumidores y respuestas en los ordenamientos a situaciones que como la actual han causado tantos perjuicios a las personas, a las familias y al propio sistema a la postre.