

1.7. Concursal Civil

LAS SENTENCIAS DEL TJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y DE 14 DE MARZO DE 2013, Y LA INMINENTE REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA RELATIVA AL SISTEMA HIPOTECARIO Y AL MERCADO HIPOTECARIO.—II. LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y DE 14 DE MARZO DE 2013: 1. LA STJUE DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE SU DOCTRINA SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE INTERESES MORATORIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. 2. LA STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013 Y SU DOCTRINA EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL Y AL CONCEPTO DE DESPROPORCIÓN EN CLÁUSULAS INDEMNIZATORIAS IMPUESTAS AL CONSUMIDOR: A) *El planteamiento de la cuestión prejudicial*. B) *Las conclusiones de la Abogada General*. C) *El escrito del CGAE para la solicitud de la suspensión inmediata de los procedimientos de ejecución hipotecaria*. D) *El documento «Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles»*. E) *La resolución de la cuestión prejudicial por el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013*. 3. CONSECUENCIAS INMEDIATAS DE LAS SSTJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y 14 DE MARZO DE 2013. 4. IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA SENTADA POR EL TJUE EN SU SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2013 EN LA RESOLUCIÓN DE LA PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—III. EL TEXTO LEGISLATIVO PROPUESTO POR EL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR: 1. ¿RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS? 2. EL PROBLEMA DE LA DEUDA REMANENTE TRAS LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA RELATIVA AL SISTEMA HIPOTECARIO Y AL MERCADO HIPOTECARIO

La legislación referente al sistema hipotecario español y al mercado hipotecario ha sido y es muy numerosa. Además de la regulación contenida en el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, y su Reglamento, de 14 de febrero de 1947, en el Código Civil y la LEC de 2000, cabe señalar, fundamentalmente, la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, pieza clave de la regulación de aquél, que fue desarrollada reglamentariamente mediante el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo. Este Real Decreto fue modificado mediante el Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto¹, que adaptó sus previsiones a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

¹ Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto, por el que se modifican determinados artículos del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

En palabras de la Defensora del Pueblo, la Ley 2/1981 fue «fruto de los “Pactos de la Moncloa” de 1977 y surgió para remover los obstáculos jurídicos y administrativos que se oponían a un mercado amplio de hipotecas y para proponer la regulación de fondos de inversión inmobiliaria que tomaran como activo las hipotecas sobre inmuebles. Se pretendía, por tanto, modernizar el sistema financiero de la época. En ella se regulan pormenorizadamente los títulos hipotecarios como vía eficiente para movilizar los préstamos hipotecarios. La principal característica de esta Ley de 1981 es la concepción del mercado hipotecario como un auténtico sistema integrado, tratando las siguientes materias: entidades financieras que pueden operar en el mercado; operaciones activas; características de los créditos hipotecarios; operaciones pasivas: cédulas, bonos y participaciones hipotecarias; régimen fiscal, financiero y de control administrativo, y mercado secundario de títulos»². En 1981 se inició también el proceso de liberalización de los tipos de interés y de las comisiones, que culminó con la Orden de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés y de comisiones y sobre normas de actuación de las Entidades de depósito, luego derogada por la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito. Aquella norma dispuso la creación en el Banco de España de un Servicio de Reclamaciones³.

Interesa destacar también la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, que establece dos posibilidades para intentar mejorar las condiciones de los préstamos hipotecarios: la novación objetiva del préstamo pactada con la entidad bancaria acreedora y la subrogación, consistente en trasladar la hipoteca a otra entidad.

Tanto la Ley 2/1981, como la Ley 2/1994, fueron modificadas por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, 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.

Esta Ley hizo ya entonces especial hincapié «respecto de la contratación de créditos y préstamos hipotecarios... en la transparencia que debe regir sus condiciones financieras. Asimismo, se establece una referencia explícita a la información precontractual que las entidades de crédito deben poner a disposición de sus clientes, a fin de asegurar que estos, a la hora de contratar los diferentes productos bancarios, dispongan de los datos más relevantes sobre sus características para la obtención de una opinión fundada. Esta previsión legal viene recogida en una nueva letra h), en el apartado 2 del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito»⁴. De conformidad con la Disposición Final 8.^a de la Ley 41/2007, de 7

² DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*. Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, pág. 17.

³ *Op. cit.*, pág. 32. «La aparición en España de un servicio encargado de la resolución de los conflictos entre las entidades financieras y sus clientes se encuadra dentro del proceso de liberalización de los tipos de interés y de las comisiones». ...[La Orden de 3 de marzo de 1987] «dispuso la creación en el Banco de España de un Servicio de Reclamaciones, encargado de recibir y tramitar las reclamaciones que pudieran formular los clientes de las entidades de depósito sobre las actuaciones de estas que pudieran quebrantar las normas de disciplina, o las buenas prácticas y usos bancarios en las operaciones que les afectasen, facultando al Banco de España para regular su organización y funcionamiento, y ordenando el inicio de sus actuaciones el 1 de septiembre de 1987» (*Ibidem*).

⁴ *Op. cit.*, pág. 18.

de diciembre, se dictó el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, que derogó el Real Decreto 685/1982.

Con anterioridad, la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de reforma económica (art. 19), había establecido la previsión de que «las entidades de crédito informen a los deudores hipotecarios, con préstamos a interés variable, sobre los instrumentos, productos, o sistemas de cobertura de riesgo de incremento de los tipos, que tengan disponibles, sin que la contratación de la cobertura varíe el contrato de préstamo. Las entidades están obligadas a ofrecer estos productos de cobertura a los nuevos clientes que contratasen un préstamo hipotecario a tipo de interés variable. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se tienen que hacer constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos, previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de los préstamos hipotecarios».

En cuanto a la regulación original de la tasación inmobiliaria se contenía en el artículo 7 de la Ley 2/1981, desarrollado por el Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación. *Dicho régimen fue modificado por la Ley 41/2007. Esta Ley trató de reforzar la independencia de las entidades de tasación a través de la exigencia de un reglamento interno de conducta destinado a prevenir los conflictos de interés y de una Comisión Técnica encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos de independencia establecidos por el citado reglamento*⁵. También el Real Decreto 716/2009, modificó en algún aspecto el Real Decreto 775/1997, que se encuentra vigente.

Además de las normas mencionadas, *existían otras disposiciones protectoras de los consumidores de servicios financieros*. Fundamentalmente, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. A raíz de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dicha Ley fue modificada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, de 13 de abril⁶, que transpuso la Directiva y añadió una Disposición Adicional 1.^a a la LGDCU para introducir la lista de cláusulas abusivas indicadas en la Directiva y otras. Además, la Ley 7/1998, procedió a regular todo lo relativo a las Condiciones Generales de la Contratación. La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, modificó la LGDCU y previó en su Disposición Final 5.^a la elaboración de un Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, que fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que sustituye a la vieja LGDCU y ha sido recientemente reformado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

También hay que mencionar la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, dictada por el Ministro de Economía y Hacienda en desarrollo de la LGDCU. Esta Orden fue complementada por la Or-

⁵ *Op. cit.*, pág. 23.

⁶ Esta Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (registro previsto en el art. 7 de la Directiva) y por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la LCGC.

den de 5 de mayo de 1994, de Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que tenía la finalidad primordial de garantizar la adecuada información y protección de quienes concertasen préstamos hipotecarios. Según la Defensoría del Pueblo, esta norma «presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad las condiciones financieras de los préstamos. La orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende facilitar la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Se circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, suscritos por personas físicas, con cuantía inferior a 25 millones de pesetas (150.253,03 euros)»⁷.

A la normativa dicha debía añadirse la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que regulaba los tipos de interés, comisiones, publicidad y normas de actuación con la clientela, así como la organización y funcionamiento del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Igualmente, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, que dedicaba su artículo 40 a la información previa a la formalización de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda, recogiendo además, la libre designación de notario ante quien se vaya a otorgar la correspondiente escritura pública. También, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, cuyo artículo 30 regulaba la presentación de reclamaciones ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Finalmente, la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Esta última Ley regula la contratación de préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito.

La publicidad financiera se rige en la actualidad por la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, desarrollada por la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.

En fechas más recientes se ha promulgado la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que dedica los artículos 29, 31 y la Disposición Transitoria Quinta a esta materia. «Así el artículo 29 regula la responsabilidad en el crédito y la protección de los usuarios de servicios financieros facultando al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo.

⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, op. cit., pág. 25.

El artículo 31 tiene por objeto la protección de clientes de servicios financieros a través de los servicios de reclamaciones de los supervisores financieros y encarga a los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ejercer las funciones de protección a los usuarios de servicios financieros».

En cumplimiento de la habilitación prevista en el artículo 29 de la Ley, se ha dictado la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. «Esta orden trata de concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que, de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la dispersión normativa. ...La norma desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que introduce las obligaciones correspondientes para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones»⁸. Esta Orden «sistematiza y actualiza la normativa anterior, recogida en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, teniendo en cuenta las previsiones recogidas en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de mayo de 2011»⁹. De conformidad con esta Orden se ha dictado la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (que deroga la Circular 8/1990, de 7 de septiembre).

La Orden EHA/2899/2011 también deroga, con efectos de 29 de abril de 2012, la Orden de 12 de diciembre de 1989. Igualmente, su Disposición Transitoria 5.^a mantiene la aplicación *transitoria* del procedimiento previsto en los artículos 7 a 15 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero (que deroga), por el que se aprobó el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros¹⁰. De manera que en la actualidad la Orden

⁸ *Op. cit.*, págs. 29 y 30. «El nuevo marco legal fijado por la Orden EHA/2899/2011 incide en la educación financiera, obligando a las entidades a poner a disposición de los clientes la “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario” que debe elaborar el Banco de España, con información adecuada para adoptar la decisión de contratar o no el préstamo hipotecario. Además existen formatos de fichas informativas que deben entregarse a los clientes con información general y personalizada. Se mantiene el derecho del cliente a obtener una oferta vinculante y se regula, como novedad [*sic*], la información a suministrar en caso de que la oferta del banco incluya *productos de cobertura o cláusulas suelo*». En el acto de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario mantiene la función del notario como asesor técnico del cliente, quien debe comprobar que ha recibido la información preceptiva y advertir de los principales riesgos que se asume en la operación» (DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, *op. cit.*, págs. 30 y 31).

⁹ *Op. cit.*, pág. 54.

¹⁰ De acuerdo con el derogado Real Decreto 303/2004, la finalidad del Servicio de Reclamaciones es *recibir y tramitar las quejas y reclamaciones formuladas por los usuarios de los servicios bancarios prestados por las entidades de crédito autorizadas a operar en el territorio nacional, así como por los usuarios de los servicios de las sociedades de tasación, y realizar una labor de asesoramiento financiero mediante la resolución de consultas de carácter general*. El Comisionado que preveía el texto legal, nunca llegó a nombrarse, siendo abandonada la idea de tal institución, por la Ley 2/2011. El Servicio ha sido un «*órgano*

EHA/2899/2011, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, así como la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (dictada de conformidad con el artículo 31 de la Ley de Economía Sostenible y el artículo 30 de la Ley 44/2002), regulan la organización y funcionamiento del Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

En fechas recientes se ha publicado también el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero¹¹, el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos; la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y la Orden ECC/371/2013, de 4 de marzo, por la que se modifica la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

Igualmente, se ha promulgado la Ley 26/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que traspone la Directiva 2008/48/CEE y deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo.

Para mejorar la situación de los deudores hipotecarios afectados por la crisis económica y el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, se han dictado: el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda, que estableció las condiciones básicas para acceder a la línea ICO-Moratoria Hipotecaria, «consistente en el aplazamiento temporal y parcial en la obligación de pago del 50 por 100 del importe de las cuotas hipotecarias del periodo comprendido entre 1 de marzo de 2009 y 28 de febrero de 2011. Esta medida prevé la concesión de un máximo de 500 euros mensuales a favor de determinados colectivos y exige un acuerdo previo entre la entidad prestataria y el deudor hipotecario»¹²;

carente de funciones ejecutivas y ejecutorias, por lo que las actuaciones e informes que emite no tienen la consideración de actos administrativos, no siendo susceptibles de recurso alguno» (op. cit., págs. 32 a 34).

¹¹ Esta Ley ha sido desarrollada por la Circular 8/2012, de 21 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre bases de datos de activos transferibles a las sociedades previstas en el capítulo II de la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

¹² DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, op. cit., pág. 39. Se indica también: «esta línea de ayuda estaba dirigida a trabajadores por cuenta ajena en situación de desempleo y a trabajadores por cuenta propia en situación legal de desempleo u obligados a cesar en la actividad, siempre que mantuviesen esta situación durante un período mínimo de tres meses con anterioridad al momento de la solicitud. También abarcaba a aquellos deudores hipotecarios que, siendo trabajadores por cuenta propia, acreditasen que sus ingresos no superaban el 300 por 100 del importe mensual del IPREM durante al menos tres meses. Por último, podían ser también beneficiarios los pensionistas de viudedad que acreditasen que el fallecimiento había ocurrido tras concertar el préstamo hipotecario y con posterioridad al 1 de septiembre de 2008. Para acceder a la Línea ICO-Moratoria Hipotecaria el solicitante, además de encontrarse en alguna de las situaciones descritas, debía cumplir los siguientes requisitos: importe del préstamo inferior a 170.000 euros de capital inicial; la fecha de concertación del préstamo anterior al 1 de septiembre de 2008; estar destinado, exclusivamente, a la adquisición de la vivienda habitual, y no haber incurrido en

el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, y la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (normas que han reformado la LEC); el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Algunas de estas normas para la mejora de la situación de los deudores hipotecarios se han caracterizado por no ser normas de Derecho General, sino por constituir privilegios, esto es, una disposición normativa «dictada en beneficio de cierta clase de personas, cosas, relaciones, etc...». Siendo el privilegio «norma jurídica favorable (para los *privilegiados*), por *concesión de ventajas o exención de cargas*; constituyendo Derecho especial, excepcional o particular»¹³. Pienso que esta forma de legislar puede propiciar situaciones de discriminación hacia los colectivos no privilegiados y lesionar el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley (art. 14 CE¹⁴), por no atender a los elementos *objetivos* del problema jurídico a solucionar, sino a los *subjetivos* que concurren en determinadas personas que lo padecen. Ello propiciaría, a mi juicio, *que determinados sectores de la población fuesen los que siempre soportasen todo el peso de la carga social comunitaria*.

Por otro lado, examinada esta enumeración de la normativa habida en España en relación con el sistema hipotecario y la protección del consumidor, antes y después del estallido de la burbuja inmobiliaria, cabe preguntarse si esta proliferación legislativa es razonable y conveniente; *si verdaderamente las normas ya existentes son cumplidas o no lo son, y, en este caso, por qué los poderes públicos no reaccionan frente al incumplimiento; si las normas son útiles y verdaderamente buscan conseguir el fin que manifiestan proponerse; y si las sucesivas reformas son verdaderamente reformas que atajan los problemas existentes, o si solamente son un instrumento político utilizado para manifestar una voluntad de cambio y de solución, difícilmente presente*. Estas reflexiones nos llevan a preguntarnos si la nueva reforma legal del sistema hipotecario y del mercado hipotecario, que se encuentra en ciernes y que tendrá que dar respuesta a las cuestiones planteadas por las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 marzo de 2013 (que analizaremos a continuación) será una solución definitiva al problema planteado por la expansión y posterior pinchazo de la burbuja inmobiliaria, y si evitará que en el futuro vuelvan a repetirse situaciones como las que desgraciadamente ha atravesado y atraviesa nuestra patria, inmersa en una crisis, sobre todo espiritual, pero también material, sin precedentes.

mora a la fecha de la presentación de la solicitud. El aplazamiento de las cuotas se tenía que instrumentar a través de un contrato firmado entre el cliente y la misma entidad de crédito con la cual estuviese formalizada inicialmente la hipoteca, manteniendo la vigencia y condiciones establecidas del préstamo inicial» (*Ibídem*).

¹³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, 15.ª ed. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002, págs. 33 y 34.

¹⁴ «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... cualquier... condición o circunstancia personal o social».

II. LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y DE 14 DE MARZO DE 2013

1. LA STJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012, Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE SU DOCTRINA SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE INTERESES MORATORIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

El 28 de mayo de 2007, el señor Calderón Camino suscribió un contrato de préstamo por importe de 30.000 euros con la entidad financiera Banesto, para la adquisición de un vehículo. El interés retributivo fijado era del 7,950 por 100, el TAE del 8,890 por 100 y el interés de demora del 29 por 100. Si bien la fecha de vencimiento del contrato era el 5 de junio de 2014, Banesto lo dio por vencido anticipadamente, ya que en septiembre de 2008 no se habían abonado siete cuotas de amortización mensuales. Banesto presentó el 8 de enero de 2009 ante el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, una demanda de juicio monitorio en reclamación de 29.381,95 euros, correspondientes a las cuotas mensuales impagadas, más intereses y costas. El 21 de enero de 2010, el Juzgado dictó *un auto en el que constataba que el contrato controvertido era un contrato de adhesión y declaraba de oficio, tomando en consideración el EURIBOR, el tipo de interés del BCE y el hecho de que el interés de demora sobrepasaba el interés retributivo en más de 20 puntos, la nulidad de pleno derecho de la citada cláusula de intereses moratorios por estimarla abusiva, fijando el interés de demora en un 19 por 100, basándose en el interés legal y en el interés de demora establecidos en las Leyes de Presupuestos de 1990 a 2008, requiriendo a Banesto para que procediera a un nuevo cálculo del importe de los intereses.*

Hay que tener presente que el procedimiento monitorio es un procedimiento que permite al acreedor cobrar rápidamente sus créditos. Se inicia con una demanda redactada mediante un formulario a la que se acompaña documento acreditativo de deuda pecuniaria de hasta 250.000 euros, vencida, líquida y exigible. Si los documentos aportados con la demanda fueran de los previstos en el artículo 812.2 de la LEC o constituyeren, a juicio del Tribunal, un principio de prueba del derecho del peticionario, confirmado por lo que se exponga en aquélla, se requerirá al deudor para que en el plazo de 20 días, pague o comparezca ante el Tribunal y alegue en escrito de oposición las razones por las que, a su entender, no debe la cantidad reclamada, apercibiéndole de que de no pagar, ni formular oposición, se despachará contra él ejecución por la cantidad adeudada. Es evidente que el plazo de oposición es muy breve, y que la oposición es cara, pues si la deuda es de más de 900 euros, el deudor necesita abogado. *Todo ello puede disuadir al deudor de formular oposición. De manera que el profesional podría evitar a través de este procedimiento el control de cláusulas abusivas.* Ello es lo que debió pensar el Juzgado número 2 de Sabadell, y por ello, en Auto de 21 de enero de 2010, verificó un control de oficio de la nulidad de la cláusula que establecía los intereses moratorios y procedió a la integración del contrato, en aplicación del artículo 83 del TRLGDCU.

Contra dicha resolución, Banesto interpuso recurso de apelación ante la AP de Barcelona, alegando que el Juzgado no podía en esa fase del proceso ni declarar de oficio la nulidad de la cláusula, ni modificar dicha cláusula. La Audiencia Provincial, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales. En concreto, la Audiencia Provincial planteó si era contrario al Derecho de la UE que un órgano judicial esperara a la iniciativa

de la parte deudora (mediante la oportuna oposición procesal) para pronunciarse sobre la nulidad de una cláusula de este tipo y cómo debía ser interpretado el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, teniendo presente el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor»¹⁵. Si bien fueron planteados cuatro interrogantes más, esas cuestiones prejudiciales 3.^a a 6.^a fueron inadmitidas a trámite por el TJUE, limitándose a contestar a las dos primeras antes señaladas.

En relación con la primera cuestión, el TJUE señala en su sentencia de 14 de junio de 2012 que «el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello...». En el caso de autos se trata de definir las responsabilidades que, en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13, incumben al juez nacional, en el marco de un proceso monitorio, antes de que el consumidor haya formulado oposición. En este ámbito, indica el Tribunal «un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13...

En efecto, habida cuenta de la configuración general, desarrollo y peculiaridades del proceso monitorio, ...existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen.

De este modo, 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, lo que resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho

¹⁵ El artículo 6 de la Directiva 93/13 establece lo siguiente:

- «1. Los Estados miembros establecerán que *no vincularán al consumidor*, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, *si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad».

nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13...

En tales condiciones, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos.

A la luz de las precedentes consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no 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—in limine litis ni 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 este último no haya formulado oposición».

Ahora bien, declarada la nulidad de la cláusula que establece un interés moratorio abusivo, la cuestión es cómo debe aplicarse el artículo 83 TRLGDCU, que determina la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Éste era el contenido de la segunda cuestión prejudicial planteada. Según el TJUE, hay que remitirse a la letra del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, y su finalidad. Si bien dicho artículo «reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les impone expresamente la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularán al consumidor»». «...Del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible...

En este contexto es preciso señalar que, ...si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores..., en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección.

Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no puede entenderse en el sentido de que permite, ...que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor».

El TJUE concluye afirmando que «a la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».

A la vista de esta doctrina, pudo formularse la cuestión de si la misma, *mutatis mutandi*, podría ser predicada del procedimiento de ejecución especial hipotecaria, teniendo presentes los artículos 695 a 698 de la LEC, que no prevén la posibilidad de plantear oposición en este procedimiento por existencia de cláusulas abusivas.

Lo cierto es que a raíz de esta sentencia, los jueces decanos, en un documento denominado «Conclusiones de los Jueces Decanos sobre la Ley Hipotecaria», han señalado: «la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de junio de 2012, dictada como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por la AP de Barcelona, permite al juez español apreciar de oficio y en cualquier fase del procedimiento la nulidad de una cláusula incorporada a un contrato celebrado con un consumidor, cuando considere que el interés de demora pactado es abusivo, sin que quepa su moderación o integración. En consecuencia, esta innovadora sentencia pone en manos de los jueces un instrumento muy poderoso para el control de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que los jueces debemos de tener muy en cuenta en el actual contexto socioeconómico. Los jueces decanos instamos la convocatoria de juntas sectoriales para que, en su caso, se establezcan criterios uniformes para su aplicación» (TOL 2.671.614).

Uno de tales criterios a establecer sería precisamente el relativo a si la doctrina sentada por el TJUE en dicha sentencia debería ser o no aplicada, *mutatis mutandi*, al procedimiento de ejecución hipotecaria. Sobre esta cuestión se pronunció el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia, número 13 de Málaga, de 20 de noviembre de 2012.

La entidad Banco CAM presentó demanda de ejecución hipotecaria con base en escritura pública de 8 de agosto de 2008, de préstamo hipotecario, frente a don Agustín y doña Teodora, en calidad de prestatarios, y frente a la entidad mercantil ALESTVEPAL, S. L., en calidad de tercer poseedor, solicitando el despacho de la ejecución por cantidad de 372.865 euros, de las que 366.364,21 correspondían al principal, 5714,99 correspondían a intereses remuneratorios y 785,80 correspondían a intereses de demora, más los intereses de demora que se devengasen desde el 4 de abril de 2012, fecha de liquidación de la deuda, hasta el total pago del débito y las costas y gastos que se causen en el procedimiento, que se presupuestaban de conformidad con el artículo 575.1 LEC, inicialmente, en 111.500 euros. En relación con los intereses moratorios pactados en el contrato, el Juzgado declaró nula de pleno derecho dicha cláusula por ser abusivo el interés moratorio pactado del 25 por 100. Procediendo a despachar ejecución por las siguientes cantidades: 366.364,21 de principal, más 5714,99 euros devengados de intereses remuneratorios, más 111.500 euros presupuestados provisionalmente para intereses moratorios procesales y costas, sin perjuicio de su ulterior liquidación.

El Juzgado fundamentó su resolución sobre los argumentos siguientes:

«La STJCE, Sala 4.^a, de 4 de junio de 2009, en respuesta a la consulta relativa a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas de contratos celebrados con consumidores, declara que: «El artículo 6, apartado 1 de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que a este respecto no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula», debiendo «el juez nacional examinar de oficio el carácter abusivo tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello», de tal manera que «cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone; obligación que le incumbe en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial».

La STJCE, Sala 1.^a, de 14 de junio de 2012, en relación con la primera cuestión de prejudicialidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en un procedimiento de juicio monitorio instado por una entidad financiera, de si, ¿es contrario al Derecho comunitario, en especial respecto al Derecho de los consumidores y usuarios, que un órgano judicial nacional eluda pronunciarse de oficio y *ab limine litis* y en cualquier fase del proceso, sobre la nulidad o no y la integración o no de una cláusula de intereses moratorios (en este caso del 29 por 100), en un contrato de préstamo al consumo? ¿Puede el tribunal optar, sin alterar los derechos del consumidor de la legislación comunitaria, por diferir el posible análisis de tal cláusula a la iniciativa de la parte deudora (mediante la oportuna oposición procesal)?, tras los correspondientes razonamientos y cita de diversas sentencias anteriores dictadas por dicho Tribunal, resuelve la cuestión en los siguientes términos:

1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no 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 —in limine litis ni 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 este último no haya formulado oposición.

Y respecto a la segunda cuestión de prejudicialidad también planteada por la AP de Barcelona de si a la luz del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y artículo 2 de la Directiva 2009/22/CE, ¿cómo debe interpretarse de manera conforme el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (...) a tales efectos? ¿Qué alcance tiene, a estos efectos, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE cuando establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor»? tras los correspondientes razonamientos y cita de diversas sentencias anteriores dictadas por dicho Tribunal, resuelve la cuestión en los siguientes términos: 2. El artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

Aun cuando la segunda de las sentencias dictadas se refiere a un procedimiento monitorio, las razones dadas en la misma para justificar el examen de oficio

del carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora recogida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor *son trasladables a los procedimientos de ejecución hipotecaria, pues en estos no solo no existe tampoco posibilidad de examinar a lo largo del mismo el carácter abusivo de dichos intereses si no existe oposición, sino que incluso existiendo oposición tampoco sería ello posible al no estar recogido entre los motivos tasados de oposición del artículo 695 LEC*; y si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 698 de la LEC, ello pudiera ser alegado en un posterior juicio declarativo, la reparación de los perjuicios causados al consumidor se antojan de difícil reparación, pues de no haber podido hacer frente a la deuda, lo que en la práctica muchas veces ocurre por lo elevado de los intereses moratorios, conllevaría la pérdida del bien hipotecado, que podría haber pasado a un tercero de buena fe, y que no se olvide constituye en muchos casos la vivienda habitual del deudor.

De otra parte, ya con anterioridad a la citada sentencia del TJCE algunas Audiencias Provinciales habían declarado de oficio y al inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria, abusivos los intereses moratorios cuando el prestatario era un consumidor (Autos de 12 de enero de 2011, de la Sección 2.ª de la AP de Girona y de 20 de abril de 2012, de la Sección 3.ª, de la AP de Tarragona).

Es evidente que todo interés de mora, por su propia condición de cláusula indemnizatoria por el incumplimiento del deudor de la obligación, tiene que ser superior al ordinario pactado con carácter remuneratorio, pero en todo caso debe de guardar una cierta proporción, que lógicamente no se da cuando existe una diferencia muy sustancial entre el interés remuneratorio y de demora. En este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2012, de la Sección 21.ª de la AP de Madrid, consideró que una diferencia entre el interés remuneratorio y el moratorio de más de 14,84 era desproporcionado, esto es, abusivo; mientras que un diferencia inferior a 10 no tenía esta consideración.

Por tanto, siendo el interés legal del dinero aplicable al año 2008, fecha en que se celebra el contrato de préstamo hipotecario entre las partes litigantes, del 5,50 por 100 anual y oscilando el interés remuneratorio pactado entre el 3,144 por 100 y el 3,004 por 100, la cláusula sexta del préstamo, que establece un interés de demora del 25 por 100 anual se ha de considerar abusiva y por consiguiente nula de pleno derecho y no puesta (art. 10 bis de la LGDCU de 19 de julio de 1984, modificada parcialmente por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre CGC, vigente en la fecha de celebración del contrato, y hoy arts. 82 y 83 del TRLGDCU), y dado que no es posible integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (STJCE, Sala 1.ª, de 14 de junio de 2012), la consecuencia no puede ser otra que admitir a trámite solo la reclamación de 366.364,21 euros de principal, más 5.714,99 euros de intereses remuneratorios, más 11.500 euros presupuestados provisionalmente para intereses moratorios procesales y costas, sin perjuicio de su ulterior liquidación».

Esta resolución judicial abundaría en una línea jurisprudencial existente, a la que hace referencia el AAP de Tarragona (Sección 1.ª), de 10 de julio de 2012 (*pero corrigiéndola sobre la base de lo declarado por el TJUE, en cuanto a la imposibilidad de integrar el contrato*). Según dicho Auto, «cuando el prestatario sea consumidor, a los intereses moratorios son de aplicación las normas de protección de consumidores y usuarios, para examinar de oficio si son o no abusivos y, concretamente, la Ley de Crédito al consumo, que establece una norma definidora de qué puede considerarse abusivo. Aunque esta norma no sea aplicable directamente, si no se tratara de una cuenta corriente, cabe una aplicación analógica de la misma, como criterio orientativo en caso de aplicar

facultades moderadores para establecer los límites no abusivos de una cláusula de intereses moratorios.

La consecuencia será declarar, en su caso, el interés moratorio pactado como manifiestamente abusivo, y reducirlo.

Esta doctrina, en relación con los consumidores, se está imponiendo de manera que se acepta que puedan los Tribunales de oficio examinar si los intereses moratorios pactados son o no abusivos conforme a la normativa de protección de consumidores y usuarios. Resulta aceptada por la reciente STS, Civil, Sección 1.ª, de 23 de septiembre de 2010, que declara abusivo el interés moratorio pactado del 29 por 100 anual en base al aplicable, por la fecha del contrato. Este criterio es seguido por otras Audiencias, como la de Gerona, que en sus acuerdos de fechas 30 de septiembre de 2005 y 14 de septiembre de 2009 ha establecido *el control de oficio de las demandas de juicio monitorio y ejecución de títulos no judiciales, incluidas las de ejecución hipotecaria, en lo que se refiere a la posible reclamación de intereses abusivos.*

Es también la doctrina seguida reiteradamente por este Tribunal, que ya se ha pronunciado sobre la posibilidad que tienen de oficio los Tribunales para examinar si los intereses pactados son, o no, abusivos, y la posibilidad de reducirlos de oficio examinando la legalidad de cualquier procedimiento judicial, incluyendo el hipotecario en el momento inicial al admitir a trámite la demanda de monitorio o de ejecución reduciendo los intereses moratorios abusivos». En igual sentido se pronunciarían las SAP de Valencia (Sección 7.ª), de 20 de abril de 2012 (AC 2012/954), la SAP de Valladolid (Sección 3.ª), de 22 de febrero de 2011 (AC 2011/938) y la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7296).

Ahora bien, existen resoluciones judiciales que se pronuncian en un sentido diferente, como el AAP de Barcelona (Sección 4.ª) de 12 de julio de 2012. Según este Auto no cabe el control de oficio por el juzgador en el momento de la admisión a trámite de la demanda, del carácter abusivo de la cláusula que establece el interés de demora. La resolución recurrida en apelación, que inadmitía a trámite la demanda de ejecución hipotecaria plantada por Caixabank, S. A., consideraba que debía apreciarse de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, subsanando el desequilibrio entre consumidor y profesional, teniendo en cuenta la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre y el artículo 85.6 del TRLGDCU, que establece que son cláusulas abusivas las que imponen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumple con sus obligaciones. Para determinar el carácter abusivo del interés de demora pactado (20,50 por 100) tenía en cuenta lo dispuesto en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que establecería un límite aplicable al interés remuneratorio y al moratorio consistente en 2,5 veces el interés legal del dinero.

La AP de Barcelona estima el recurso interpuesto por Caixabank, S. A. contra tal resolución, si bien sin hacer alusión a la STJUE, de 14 de junio de 2012. Señala:

«No se desconoce que la tesis mantenida en la resolución encuentra apoyo en resoluciones dictadas por la Audiencia de Gerona, así a modo de ejemplo, las de 20 y 23 de febrero de 2012, *mas no es lo sostenido por otras Audiencias, por ejemplo, Baleares de 10 de febrero de 2012 o de esta Audiencia de Barcelona, entre las más recientes, Auto de 8 de septiembre de 2011...*

Y en aquella citada de Baleares se decía: «El auto de primera instancia inadmite la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la entidad crediticia actora por entender el juez *a quo* que la doctrina sentada en la STJUE (Sala 1.ª)

de 26 de octubre de 2006, autoriza el control de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual lo que le permite calificar como abusiva la cláusula del contrato de préstamo garantizado con hipoteca en el que se establece un interés moratorio del 20,50 por 100 y ello en aplicación de las previsiones del artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 18 de noviembre... puesto en relación con el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo...

[Pero] esta Audiencia Provincial ya ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre supuestos análogos, teniendo sentada a partir del Auto de 18 de julio de 2011, la doctrina que a continuación se reproduce:

«SEGUNDO.—En el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el TJUE, en su sentencia de 4 de junio de 2009, en la cuestión prejudicial en el asunto C-243 (Pannon GSM Zrt contra Erzsébet Sustikné) no solo permite sino que impone el examen de oficio de la abusividad de cláusulas contractuales.

La STS de 1 de julio de 2010, haciendo suya dicha doctrina, señala que en el control de oficio de la abusividad no tiene por qué limitarse a las cláusulas accesorias sino que puede extenderse, también a «las cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual, a la “economía del negocio”».

Ahora bien, dicha posibilidad de control de oficio del carácter abusivo de cláusulas contractuales *debe llevarse a cabo cuando sea procesalmente adecuado, ya que una cosa es que el control pueda hacerse de oficio y otra es que pueda llevarse a cabo en cualquier momento del devenir del proceso. Y es lo cierto que el artículo 555.1 de la LEC veda al juez cualquier posibilidad de analizar el fondo del asunto, al que pertenece la cuantía de la correspondiente demanda, debiendo limitar su examen a la regularidad formal del título, esto es, a comprobar que la resolución o título extrajudicial cuya ejecución pretende el acreedor reúne la condición de tal, a verificar que no se trata de una mera apariencia de título ejecutivo.*

TERCERO.—Pero además, el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 establece la obligación de integrar el contrato, una vez declarado el carácter abusivo de una determinada cláusula, estableciendo que “la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva...”».

Siguiendo pues la doctrina de la AP de Baleares, la resolución que comentamos de la AP de Barcelona (Sección 4.ª) de 12 de julio de 2012, señala que la inadmisión *in limine litis* de la demanda ejecutiva, sin oír ni al acreedor hipotecario ni a los demandados, impide al juez cumplir con su obligación de integración; de manera que el juez *a quo*, siguiendo sus propias tesis, *no debió inadmitir, sino despachar ejecución pero por los intereses calculados al límite legal que él entendía de aplicación*. Concluyendo: «*Todo ello revela la improcedencia de inadmitir la ejecución, sin perjuicio de que los demandados puedan hacer valer sus derechos en el momento y trámite oportunos, y sin perjuicio del juez para intervenir de oficio en aquellos supuestos en que le esté permitido el conocimiento del fondo del asunto*». Ahora bien, cabe señalar que la cuestión radica en que no existe la posibilidad de examen a todo lo largo del procedimiento de ejecución hipotecaria del carácter abusivo de dichos intereses. Luego, en el fondo, la resolución remitía la cuestión a un juicio declarativo ordinario (art. 698 LEC). En la misma línea, el AAP de Ciudad Real (Sección 2.ª), de 24 de julio de 2007 (AC 2007/1861); AAP de Barcelona (Sección 14.ª), de 9 de noviembre de 2006 (JUR 2007/224259); AAP de Barcelona (Sección 14.ª), de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/117236) y AAP de Barcelona (Sección 17.ª), de 24 de mayo de 2004 (JUR 2004/221219).

Resultaban evidentes, pues, las disparidades de criterio existentes entre órganos judiciales: control de oficio *in limine litis*, suprimiendo la cláusula de interés moratorio abusivo e integrando el contrato; control de oficio *in limine litis*, suprimiendo la cláusula de interés moratorio, y no integrando el contrato y control diferido al procedimiento declarativo del artículo 698 LEC¹⁶. Desde el punto de vista de la defensa jurídica del deudor hipotecario, el problema con que podía encontrarse éste radicaba en que no se produjese la apreciación de oficio por el juzgador de la nulidad de los intereses moratorios. En tal caso, pienso que el deudor podía alegar (en la ejecución ordinaria posterior, artículo 579 LEC) *pluspetición*, en la oposición por motivos de fondo a la ejecución de un título no judicial (arts. 557, 558, 560, 561 LEC). Parece ser que la doctrina y la jurisprudencia entienden por *pluspetición* los casos en que el acreedor incluye en la deuda cantidades no debidas (por ejemplo, comisiones, intereses no devenidos, etc.). No obstante, era posible que este camino no fuese seguro, pues en la opinión de DE LA OLIVA SANTOS, Díez-PICAZO JIMÉNEZ y VEGAS TORRES, ese modo de concebir la *pluspetición* es erróneo, ya que desnaturaliza el carácter tasado

¹⁶ Fuera del ámbito de la ejecución hipotecaria se ha discutido qué consecuencias debe tener la declaración del carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios en contratos de adhesión a la luz de la STJUE de 14 de junio de 2012. El AAP de Barcelona, de 29 de octubre de 2012 concluye, por su parte, que «al mantener la nulidad de la cláusula controvertida [de intereses moratorios], por abusiva, contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no realicemos proceso alguno de interpretación integradora, aunque la nulidad parcial del contrato (en cuanto a la cláusula controvertida) no afecta al resto de lo pactado (STS, Civil, Sección 1.ª, de 16 de mayo de 2000), ni a las previsiones legales. *Resurge, por ello, la general previsión legal para el caso de demora: el actor tiene derecho (porque lo pide) a la aplicación de los intereses de demora, que han de ser los legales desde el momento de la mora. Todo ello sin perjuicio de que, conforme al principio de restituto in integrum y si se solicita y se acredita debidamente, el acreedor pueda reclamar en otro pleito los daños y perjuicios que la mora le pueda haber producido*». Otras resoluciones han entendido que en este caso sólo proceden intereses procesales, pero sólo en los procesos declarativos, en las ejecuciones de título judicial o en los juicios monitorios por previsión legal expresa, pero no en la ejecución de título no judicial sobre la base del argumento de que la disciplina legal del proceso de ejecución de título no judicial carece de una norma análoga a la del artículo 816.2 in fine de la LEC, que al regular el proceso monitorio prevé la aplicación de los intereses del artículo 576.1 LEC (El art. 576 señala: «1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley. 2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto. 3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones de cualquier orden jurisdiccional que contenga condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas»).

Otra solución que se propone es entender que *se siguen devengando los intereses remuneratorios hasta que el acreedor cobre, porque durante todo ese tiempo de falta de pago, se está manteniendo la causa del devengo que es la disponibilidad del dinero por parte del deudor*. Ello supondría entender que el que se dé por vencido el plazo no supone una resolución del contrato, sino la exigencia de su cumplimiento (obligación del deudor de devolver el capital prestado), dejando sin eficacia el pacto de no exigibilidad en tiempo determinado (plazo). (JUECES PARA LA DEMOCRACIA, *Boletín de la Comisión de Privado*. 4.º trimestre, 2012, págs. 6 y 7). Existen, pues, criterios múltiples en cuanto a las consecuencias que tiene que tener para las partes, la apreciación de la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios.

de las excepciones oponibles por el deudor¹⁷. En todo caso, le hubiera quedado al deudor el recurso del artículo 562.1.3.º LEC, esto es, un escrito dirigido al Tribunal, que es un medio reservado para las infracciones causadas por actos concretos del proceso de ejecución, *cuando no exista resolución expresa frente a la que recurrir*¹⁸. Esto es, si la ilicitud de la ejecución la ha causado una *omisión (no apreciación de oficio de la nulidad de los intereses moratorios abusivos)* y no hay resolución judicial expresa frente a la que recurrir, cabía el recurso del artículo 562.1.3.º LEC, que señala: «Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución: ...3.º Mediante escrito dirigido al Tribunal si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad *la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada*» (*en este caso, la apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, por ser obligación del juzgador, según el Derecho interno y Comunitario su apreciación y no existir cauce específico de alegación por el deudor*). Este remedio, por regularse en el Título III del Libro III de la LEC, relativo a Disposiciones generales en materia de ejecución forzosa, hubiera podido ser utilizado tanto en el procedimiento de ejecución hipotecaria, como en la posterior ejecución ordinaria sobre todo el patrimonio del deudor (art. 579 LEC).

En todo caso, en esta situación ha venido a incidir profundamente la doctrina sentada por el TJUE, en su sentencia de 14 de marzo de 2013, que explicamos a continuación.

2. LA STJUE, DE 14 DE MARZO DE 2013, Y SU DOCTRINA EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL Y EL CONCEPTO DE DESPROPORCIÓN EN CLÁUSULAS INDEMNIZATORIAS IMPUESTAS AL CONSUMIDOR

A) *El planteamiento de la cuestión prejudicial*

Esta sentencia tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona (Auto de 19 de julio de 2011). Las cuestiones prejudiciales se plantean cuando un juez nacional tiene que aplicar

¹⁷ En opinión de estos autores «debe entenderse que pluspetición se produce en aquellos casos en que el acreedor reclama la deuda (incluso aunque la reclame parcialmente) afirmando hacerlo tal y como la misma consta en el título ejecutivo y, sin embargo, reclama una cantidad mayor que la que consta en el título. Sólo hay pluspetición en el sentido del artículo 557.1.3.º LEC si, aceptando en hipótesis que el ejecutado le debe al ejecutante una deuda cierta, líquida y exigible, documentada en título ejecutivo, aun así habría que concluir que la cantidad debida es menor que la exigida en la demanda ejecutiva. Así, por ejemplo, se pueden producir casos de pluspetición en los numerosos supuestos en que la deuda sea líquida en sentido jurídico, pero esté necesitada de simples operaciones aritméticas de liquidación (por ejemplo, de intereses) y haya un error en su realización; o porque se incluyan en la cantidad reclamada conceptos no debidos o plazos aún no vencidos. Pero, *insistimos en que, so pena de desnaturalizar enteramente la ejecución de títulos extrajudiciales, no se puede alegar como pluspetición cualquier hecho que conduzca a que la cantidad debida sea menor*». DE LA OLIVA SANTOS, A.; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2000, pág. 96.

¹⁸ *Op. cit.*, pág. 85.

Derecho de la UE para emitir su fallo y tiene alguna duda sobre el alcance del Derecho de la UE. En tal caso, se dirige al TJUE solicitándole que lo interprete, mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial. Esta cuestión prejudicial no está prevista para controlar el Derecho interno de los Estados (si éste contraviene o no el Derecho de la Unión). Para ello existe el llamado proceso por incumplimiento. Pero en la práctica, la vía principal a través de la que se ejerce un control del Derecho interno son las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho de la Unión Europea, pues, indirectamente, al señalar el TJUE si el Derecho de la UE debe ser interpretado de tal o cual manera, estaría poniendo de relieve que una legislación interna que manifestara lo contrario, sería opuesta al Derecho de la UE.

Los hechos que dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial fueron los siguientes. El señor Aziz había suscrito con Catalunyacaixa un préstamo hipotecario con garantía sobre la vivienda familiar el 19 de julio de 2007, para cancelar otro anterior con otra entidad, que sirvió para la adquisición de dicha vivienda. El préstamo de 138.000 euros debía amortizarse en 33 anualidades, mediante 396 cuotas mensuales computadas a partir del 1 de agosto de 2007 y hasta el 31 de julio de 2040. Los intereses ordinarios se establecían del siguiente modo: hasta el 30 de enero de 2008, un interés fijo del 4,87 por 100 nominal anual. Desde el día siguiente, hasta la amortización total del préstamo, el tipo de interés nominal pasaría a ser variable (Índice Euribor + 1,10 por 100). Respecto de los intereses de demora, la condición financiera sexta establecía que la prestataria incurriría en mora automáticamente sin necesidad de intimación, si dejase de pagar a su vencimiento, incluso por vencimiento anticipado, cualquier cantidad debida por intereses o por amortización. Las cantidades respecto de las que se incurriese en demora producirían a favor del prestamista unos intereses a un tipo del 18,75 por 100, desde el día siguiente a aquel en el que se hubiese tenido que hacer el pago, hasta el día en que se hiciese efectiva la deuda, ambos incluidos. Dichos intereses serían liquidables día a día. Se establecía igualmente una cláusula de resolución anticipada por parte de la prestamista, que podía dar por vencido la totalidad del préstamo con anterioridad al plazo establecido, en caso de vencimiento de alguno de los plazos estipulados (parece, pues, que bastaba uno) y no cumplimiento por parte del deudor. En la cláusula 15.^a, bajo el epígrafe «ejecución hipotecaria», se establecía la tasación de la finca (194.400 euros); el domicilio a efectos de notificaciones; las vías judiciales que tenía la prestamista para reclamar judicialmente la deuda, incluida la ejecución hipotecaria; y el modo de determinar unilateralmente por la entidad prestataria la deuda exigible: *«sin perjuicio de la liquidez de las cantidades debidas, cualquier reclamación judicial de la deuda y, en especial, para el caso de ejecución, se pacta expresamente que Caixa Tarragona, junto con la presente escritura pueda presentar la liquidación que practicará en la forma convenida en este título para determinar la deuda mediante certificado oportuno que recoja la cantidad exigida»*.

La cláusula 11.^a, relativa a la constitución de la hipoteca, establecía que ésta cubría el capital prestado (138.000 euros), los intereses pactados de una anualidad y los intereses de demora hasta la cantidad máxima de 51.750 euros, más otros 13.800 euros en previsión de costas y gastos (en total, 203.550 euros). Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad personal del prestatario.

A partir de octubre de 2007, el señor Aziz se demoró en el pago de varias mensualidades. Debido al retraso, la Caja de Ahorros cargó los intereses de demora pactados. Desde el 31 de julio de 2007 —fecha del primer vencimiento del préstamo— hasta el 31 de mayo de 2008, el señor Aziz había satisfecho 1325,98

euros del principal prestado y 6.656.44 euros en concepto de intereses ordinarios e intereses de demora.

A partir de dicha fecha, el señor Aziz dejó de pagar las mensualidades de junio, julio, agosto y septiembre de su crédito que hasta entonces había venido pagando con mayor o menor regularidad. La Caja de Ahorros aplicó la cláusula de vencimiento anticipado del crédito. Mediante acta de determinación de deuda, se acredita notarialmente que de la documentación aportada y el contenido del contrato de préstamo la liquidación practicada el 16 de octubre de 2008 se ha realizado correctamente.

El 11 de marzo de 2009, la Caja de Ahorros inició un procedimiento de ejecución hipotecaria contra la vivienda familiar del señor Aziz. Éste no contestó a los requerimientos de pagos extrajudicial y judicial efectuados, ni se personó en forma en el procedimiento ni se opuso a la ejecución. Tampoco hizo uso de la posibilidad de enervar la ejecución prevista en el artículo 693.3 LEC. El 20 de julio de 2010 tuvo lugar la subasta del bien. Al quedar desierta, la entidad crediticia se adjudicó la vivienda por el 50 por 100 de su valor de tasación y el señor Aziz fue lanzado de su vivienda el 20 de enero de 2011. En el procedimiento judicial se le reclamaban 139.000 euros de principal más los correspondientes intereses y costas que podrían superar los 40.000 euros más. Tras la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación inicial (97.200 euros), el señor Aziz seguía adeudando a la prestamista más de 40.000 euros de principal, más la liquidación correspondiente de gastos y costas.

El señor Aziz acudió entonces a un procedimiento declarativo ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, solicitando que se declarase el carácter abusivo y la consiguiente nulidad de la cláusula 15.^a de su contrato y, por ende, que se declarase nulo el procedimiento ejecutivo tramitado.

Por providencia de 30 de junio de 2011, el titular del Juzgado dio vista a las partes de su intención de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la interpretación del Derecho de la UE, concretamente, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

El juez consideró que la citada cláusula 15.^a debía ponerse en relación con la cláusula 6 bis, relativa a la resolución anticipada del préstamo, pues la liquidación unilateral de la deuda exigible por la entidad crediticia dependería de que se hubiese activado la resolución anticipada. Igualmente, con la cláusula 6.^a, que establecía el criterio para calcular el interés de demora, entendiendo así, de forma integrada, que lo que el señor Aziz cuestionaba (según se desprendía de su demanda) era que *el criterio de liquidación de la deuda pendiente, vinculado a la posibilidad de vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, y cálculo de los intereses ordinarios y moratorios pactados, era nulo por vulnerar las normas referidas a las condiciones generales de la contratación recogidas en el TRLGDCU 1/2007, de 1 de noviembre*. Por otro lado, estando tasados los motivos de oposición a la ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados por los artículos 695, 696 y 697 de la LEC, y remitiendo el artículo 698 LEC para cualquier otra reclamación a un declarativo ordinario, que no suspendería ni entorpecería el curso del procedimiento de ejecución hipotecaria, para el juez era evidente que «cualquier procedimiento que quisiera interponer el deudor para cuestionar la validez de las cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que habilitaban al prestamista para iniciar la ejecución singular sobre ese bien ofrecido en garantía, debía realizarse por el mecanismo de un procedimiento ordinario que en modo alguno podría comprometer el desarrollo y culminación del procedi-

miento de ejecución hipotecaria», con la adjudicación al ejecutante. De manera que el señor Aziz, señalaba el juez, tuvo que acudir al procedimiento ordinario como último remedio (el 11 de enero de 2011), para intentar evitar el lanzamiento de su vivienda (que se produjo el 20 de enero de 2011).

El juez manifiesta dudar de si el ordenamiento español, tanto en sus aspectos materiales como procesales, cumple con el marco de protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas. Siendo muy complicado a un juez español poder establecer una tutela de oficio a un consumidor en un procedimiento de ejecución hipotecaria, este control debe verificarse en un declarativo, como el que él sustancia, el cual no evita la venta o realización del bien hipotecado ni su transferencia a un tercero de buena fe. Por tanto en orden a la validez o nulidad de la cláusula 15.^a (liquidación unilateral unida a posibilidad de acudir al procedimiento especial de ejecución hipotecaria), es necesario que el Tribunal de la UE se pronuncie sobre si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales, que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

Esta duda o pregunta se vincula necesariamente a la formulación de dos cuestiones que se complementan y permiten determinar el alcance la primera. Son las referidas a la interpretación de las cláusulas mencionadas en el artículo 85.6 del TRLGDCU y el apartado 1.e) del Anexo a la Directiva: [Son abusivas] «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Este segundo bloque de preguntas se orientaría a que el TJUE diera contenido al concepto de desproporción, en orden a la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo, por incumplimiento en un periodo muy limitado y concreto; la fijación de unos intereses de demora que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos, y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado; y finalmente, la fijación de mecanismos unilaterales de liquidación de los intereses variables, tanto remuneratorios como moratorios, por el prestamista, vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria, que no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el procedimiento ejecutivo, debiendo remitirse al citado declarativo, con la consiguiente pérdida de su vivienda familiar.

«Parecería —concluye el juez en su Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial— que el legislador español habría limitado los mecanismos de protección de los consumidores en caso de ejecución hipotecaria, materia especialmente sensible en supuestos en los que se vea afectada una vivienda que sea domicilio habitual del consumidor, y no ha establecido pautas claras para determinar si el vencimiento anticipado y los criterios de liquidación del total de la deuda son desproporcionados o no».

Por todo lo expuesto, el juez plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE, haciendo las dos preguntas susodichas, en torno a la limitación de causas de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el contenido del concepto de desproporción.

B) *Las conclusiones de la Abogada General*

El 8 de noviembre de 2012, la señora Juliane Kokott, Abogada General del TJUE, presentó sus *Conclusiones sobre el sistema hipotecario español* [asunto C415/11, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)] (TOL. 2.672.044).

En cuanto a la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial, relativa a si el sistema de ejecución hipotecaria español constituye una limitación de la protección de los consumidores e infringe, por tanto, la Directiva 93/13, la Abogada General entiende que la cuestión formulada es hipotética en la medida en que, de hecho, no la plantea el juez que conoce del procedimiento ejecutivo, único al que se le plantea directamente la cuestión acerca de las posibilidades de oposición en su procedimiento y acerca del influjo de la Directiva 93/13 en las posibilidades de protección jurídica en dicho procedimiento. Por consiguiente, considera que *la cuestión debe entenderse en un sentido amplio, refiriéndose a las posibilidades que tiene el consumidor de obtener a través del procedimiento declarativo, protección jurídica frente a la ejecución*. Ahora bien, la cuestión relativa a la protección jurídica frente a la ejecución [en la propia ejecución] es relevante para la resolución del órgano jurisdiccional remitente, el cual, en virtud del principio comunitario de efectividad, *puede verse obligado a compensar a posteriori, mediante su resolución, posibles vicios del procedimiento tramitado hasta el momento*.

Por ello, concluye, procede analizar los requisitos que impone la Directiva 93/13 en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias, respecto de las posibilidades del consumidor de alegar el carácter abusivo de las cláusulas.

Señala la Abogada General que «al no existir en el Derecho de la Unión una armonización de las medidas nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, establecer la regulación procesal. Ahora bien, la libertad de configuración de los Estados miembros está limitada *por el principio de equivalencia y el principio de efectividad*...»

El *principio de equivalencia* dice que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables *no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno*...

Con arreglo [*al principio de efectividad*]..., la regulación procesal nacional no puede conducir a que se obstaculice la invocación de los derechos garantizados al consumidor por la Directiva 93/13...».

Dado que *según la explicación hecha por el juez nacional, el deudor hipotecario debe soportar la ejecución hipotecaria sin que se consideren las posibles cláusulas abusivas, debiendo acudir a un procedimiento separado declarativo en el que tan sólo tiene la posibilidad de intervenir en el reparto del producto de la ejecución o formular reclamaciones de indemnización por los daños y perjuicios originados por la ejecución, pero sin posibilidad de que el juez nacional ni en el procedimiento ejecutivo ni en el declarativo pueda ordenar la suspensión provisional de la subasta forzosa del inmueble [explicación del juez nacional no exacta, según veremos después]*, esta regulación procesal menoscabaría la protección que pretende otorgar al consumidor la Directiva 93/13. Esta exigiría que el consumidor dispusiera de un recurso legal eficaz para *comprobar el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo, y mediante dicho recurso, detener la ejecución forzosa*.

«En el mismo sentido —subraya la señora Kokott— se pronuncia la reciente sentencia dictada en el asunto Banco Español de Crédito. En esa ocasión, el Tri-

bunal de Justicia —en relación con un procedimiento monitorio— resolvió que, con objeto de respetar el principio de efectividad en relación con lo dispuesto en la Directiva 93/13, 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. En efecto, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule la oposición requerida.

¿Se desprende también de ello que el consumidor debe tener de *forma inmediata en el procedimiento ejecutivo, y no sólo en un procedimiento separado*, la posibilidad de alegar el carácter abusivo de las cláusulas? A este respecto se plantean dudas sobre la aplicabilidad de la jurisprudencia del asunto Banco Español de Crédito ya que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso monitorio, en una situación como la del caso de autos, la escritura notarial constituye un título ejecutivo y ha de reconocerse el interés del acreedor en tramitar rápidamente la ejecución forzosa. Mediante la configuración formalista del procedimiento ejecutivo y la amplia exclusión de los motivos de oposición, el legislador persigue el objetivo de que puedan ejecutarse rápidamente las pretensiones amparadas por un título. *En estas circunstancias, no me parece forzosamente necesario calificar a priori de excesiva obstaculización de la protección jurídica del consumidor el hecho de que éste deba generar previamente mediante la incoación de un procedimiento, las condiciones necesarias para que el tribunal competente examine las cláusulas contractuales.*

...Por lo tanto, a efectos del litigio principal, lo único decisivo es que el principio de efectividad exige, en todo caso, 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.*

En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignoralos en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13 cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo, mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, la Abogada General considera que debe entenderse en el sentido de que interesa una interpretación del concepto más general, utilizado en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 de «desequilibrio» entre los derechos y obligaciones contractuales, que sólo en el caso concreto de las indemnizaciones a que se refiere el número 1, letra d), del anexo a la Directiva es sustituido por el término «desproporción». Aunque sólo la cláusula 15.^a del contrato ha sido objeto del litigio principal, una visión de conjunto de las condiciones individuales del contrato y de su valoración jurídica (y por lo tanto de las demás cláusulas sobre las que el juez nacional interesa un pronunciamiento), pueden tener también repercusiones en la interpretación de la cláusula controvertida, y respecto a la eficacia del procedimiento ejecutivo, cuya nulidad solicita el señor Aziz.

Señala la Abogada General que conforme reiterada jurisprudencia del TJUE, es al juez nacional a quien corresponde determinar si una cláusula contractual es

abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, ya que sólo él puede apreciar de forma completa las consecuencias que la cláusula puede tener en el ámbito del Derecho aplicable al contrato, lo cual lleva consigo un examen del ordenamiento jurídico nacional. *Al TJUE le corresponde simplemente interpretar los criterios generales que permiten apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de la Directiva. Dichos criterios, a su juicio, serían los siguientes:*

En relación con la cláusula de vencimiento anticipado, señala la Abogada General, que no puede evaluarse si un cláusula causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor, sin examinar cómo regula el Derecho nacional el caso *si las partes no han establecido ninguna estipulación*. De manera que *sólo en el caso de que el consumidor, debido a la cláusula contractual, quede en peor situación que con la aplicación de las normas legales de Derecho dispositivo, podrá calificarse a la cláusula de abusiva*. Pero además será preciso que la apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato (art. 4.1 de la Directiva), determine que la alteración que la cláusula produce en los derechos y obligaciones de las partes, con respecto al Derecho dispositivo, *causa un importante e injustificado desequilibrio en detrimento del consumidor*. En particular, *un desequilibrio importante será injustificado cuando los derechos del consumidor se recortan hasta tal punto que el predisponente no puede considerar de buena fe que el consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato*. En este contexto, ha de analizarse, entre otras cosas, si la cláusula se utiliza habitualmente en contratos comparables en el tráfico jurídico o si por el contrario, son inusuales; así como si la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual a favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo (dispuesto por el Derecho dispositivo) de la cláusula en cuestión.

«Por lo tanto, en el litigio principal es ante todo relevante la configuración de las normas legales sobre la resolución del contrato de préstamo, en particular, los presupuestos con arreglo a los cuales el prestamista está legitimado para, en caso de mora del deudor por falta de pago de una sola cuota, resolver y dar por vencido todo el préstamo. Acto seguido la cláusula controvertida debe valorarse de acuerdo con este criterio.

A este respecto ha de tenerse en cuenta, por una parte, que la obligación de pago de las cuotas es la obligación contractual esencial del prestatario. Por otra parte, al responder a la pregunta de si basta con el impago de tan sólo una cuota para que no quepa esperar razonablemente que la Caja de Ahorros siga cumpliendo el contrato, debe tenerse en cuenta que con la hipoteca se concedió una garantía a la Caja de Ahorros y que la mora de una sola cuota puede deberse a un mero error y no necesariamente a dificultades de pago del prestatario. Además, el importe del préstamo garantizado, su duración y su importancia vital para el prestatario han de ponerse en relación con el interés del prestamista en poder liberarse del contrato tras el impago de una sola cuota del préstamo.

El órgano jurisdiccional remitente también tiene que considerar, por último, qué posibilidades deja al consumidor el Derecho nacional, incluido el Derecho procesal nacional, para poner remedio a los efectos del vencimiento total [art. 693 LEC]... Ello debe tenerse en cuenta en la necesaria apreciación global de si mediante la cláusula controvertida se perjudica al consumidor en una medida desproporcionada, contrariamente a las exigencias de la buena fe».

En relación con la cláusula sobre intereses de demora, la Abogada General remite a las consideraciones anteriores. Señala que el juez nacional debe efectuar una comparación con el tipo de interés legal, con objeto de comprobar después, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, si la alteración resultante causa un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

Para efectuar el examen concreto puede ser relevante qué tipo de interés de demora suele acordarse en los préstamos hipotecarios. Si el Derecho español limita para los demás créditos al consumo el interés de demora en 2,5 veces el interés legal del dinero, ello puede servir de indicio para apreciar un posible desequilibrio, al igual que la circunstancia de que *los costes de refinanciación de las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios [a través del mercado secundario, mediante la titulación de las hipotecas], debido a la garantía concedida, son por regla general, mucho menores que en los demás créditos al consumo*.

También hay que tener en cuenta los fines lícitos que persigue el interés de demora con arreglo al Derecho nacional: si sólo se trata de una cláusula penal liquidatoria de los perjuicios causados por la mora, o si busca la finalidad de que la otra parte cumpla lo pactado. *Si su finalidad es sólo la primera, el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Si busca la segunda finalidad, será abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo*.

En relación con la cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda, se señala que se trata de una cláusula mediante la cual el prestamista fija de modo autónomo un requisito esencial para la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria simplificado, sin que el deudor pueda en tal procedimiento oponerse a esa cuantificación. Para juzgar de la validez de tal cláusula, la Abogada General entiende que el juez nacional debe partir de los siguientes criterios. En primer lugar, cuál sería la situación jurídica, en este caso, el procedimiento ejecutivo, si el contrato no contuviera dicha cláusula. Al reducir la tutela jurídica anterior a la fase de ejecución (fase de declaración), la cláusula produce una alteración del equilibrio de las partes en detrimento del consumidor. Ahora bien, si tal desequilibrio es importante debe apreciarse mediante una ponderación conjunta de las ventajas y desventajas resultantes de lo pactado en la cláusula para ambas partes. Para la Caja de Ahorros, la cláusula tiene la consecuencia de poder realizar más fácil y rápidamente la garantía hipotecaria. Esto incrementa, a favor del deudor, el valor de la garantía por él constituida. También debe ponderarse cómo está configurado el procedimiento de determinación unilateral del importe de la deuda, qué competencias de comprobación tiene en este sentido el notario interviniente y cómo se debe valorar el hecho de que sólo las entidades de crédito sometidas al control bancario del Estado estén legitimadas para utilizar la cláusula controvertida. Hasta aquí el Informe de la Abogada General.

C) *El escrito del CGAE para la solicitud de la suspensión inmediata de los procedimientos de ejecución hipotecaria*

Como consecuencia de este Informe de la Abogada General, el Consejo General de la Abogacía Española elaboró un escrito (TOL 2.675.084) para solicitar *la suspensión inmediata* del procedimiento de ejecución hipotecaria en tanto en cuanto no se lleve a cabo la modificación en la Ley procesal que permita el planteamiento de motivos de oposición basados en la existencia de cláusulas

abusivas. Subsidiariamente, se solicita la declaración de nulidad de las actuaciones llevadas a cabo, con petición de retroacción de las mismas al momento procesal de admisión de la demanda [para proceder a un control de oficio de tales cláusulas abusivas, como permitiría la STJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2012], o en su caso, se solicita el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE en los mismos términos que la presentada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona. El documento fundamenta sus peticiones, como ya hemos dicho, en las conclusiones de la Abogada General del TJUE, así como en el informe de febrero de 2012 de la Comisión Europea, aportado al procedimiento, en el cual advierte que la LEC española no respeta el Derecho comunitario si mantiene un sistema de oposición por cláusulas abusivas que sólo se puede activar una vez efectuado el lanzamiento del deudor; y si los intereses moratorios que se pudieran aplicar al deudor fueran desproporcionados. En el escrito argumenta el CGAE que la imposibilidad de plantear oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria, supone impedir el uso del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos y que el TC, en su Declaración del Pleno del TC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, reiteró la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno: «Reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del Ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos». Por otro lado, la decisión del TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, es base lógico-jurídica necesaria para la resolución de los procedimientos de ejecución en curso, por lo que estos deberían suspenderse hasta que se emitiera tal resolución, atendiendo a la seguridad jurídica, a fin de evitar posiciones contradictorias de los distintos órganos judiciales¹⁹.

En el sentido indicado por el CGAE, el titular del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción, número 2 de Azpeitia (Guipúzcoa), decretó la suspensión de un desahucio de una familia de su vivienda, hasta que se estableciera una nueva regulación hipotecaria en España y hubiera una decisión definitiva del TJUE sobre la Ley hipotecaria española²⁰.

D) El documento «Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles»

Este documento fue elaborado por el «Grupo de Trabajo sobre medidas de agilización y reforma procesal de los procesos civiles» presidido por Manuel ALMENAR

¹⁹ En dicho escrito el Consejo se refiere a la situación de emergencia causada por las más de 400.000 ejecuciones hipotecarias producidas en España desde 2007, citando el Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada, Raquel Roinik (Naciones Unidas A/67/286 Asamblea General) de fecha 10 de agosto de 2012, según el cual, «en España se han ejecutado más de 350.000 hipotecas desde 2007 y en 2011 tuvieron lugar aproximadamente 212 ejecuciones y 159 desalojos al día. La crisis ha afectado desproporcionadamente a los más pobres y vulnerables, que fueron los últimos en ingresar en los mercados hipotecarios y los primeros en sufrir las consecuencias de la crisis en razón de su escasa resistencia a las conmociones económicas y su poca capacidad de pago. Algunas investigaciones recientes indican que la mayor parte (el 70 por 100) de los impagos registrados en España guarda relación con la crisis del empleo y que el 35 por 100 de las propiedades ejecutadas pertenecen a migrantes [luego el 65 por 100 pertenece a población nacional].»

²⁰ «Un juez decreta la suspensión de un desahucio hasta la decisión definitiva del TJUE sobre la Ley Hipotecaria española» (*Diario La Ley*, núm. 7985, Sección «Hoy es Noticia», 17 de diciembre de 2012).

BERENGUER e integrado por los Magistrados Ángel GALGO PECO, Pilar LÓPEZ ASENSIO, Enrique GARCÍA GARCÍA, María del Mar HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Pablo QUECEDO ARACIL y Pedro Luis VIGUER SOLER. Contenía un Anexo relativo a «*Propuestas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria (deuda, aval y pérdida de la vivienda)*».

El documento señala que el procedimiento de ejecución hipotecaria es «extremadamente agresivo frente al deudor» porque «dota a la escritura de préstamo hipotecario de mayor eficacia incluso que una sentencia ya que las posibilidades de que dispone el deudor para oponerse son muchas menos que si se tratara de la ejecución de una sentencia». A su juicio se deberían arbitrar ciertas medidas protectoras del deudor de buena fe, buscando una solución equilibrada que evite la exclusión social de éste y distribuya equitativamente las consecuencias de la crisis económica. Se indica que «aun respetando el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, sería conveniente abrir un debate y estudiar medidas que palién en la medida de lo posible» la situación de los deudores hipotecarios. Entre esas medidas, destacan las siguientes:

1. Determinar el concepto de deudor hipotecario de buena fe, a efectos de establecer las bases de aplicación de las medidas excepcionales que se enumeran después, y que deberían centrarse en los supuestos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual o locales de negocio.
2. La flexibilización de los requisitos que establece el Real Decreto-ley 6/2012, para acogerse al Código de Buenas Prácticas.
3. La limitación de los intereses moratorios en términos similares a los previstos en el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.
4. Establecimiento de un régimen especial en caso de ejecución de préstamos hipotecarios cuando se refieran a vivienda habitual o local de negocio.
5. Reconducir la ejecución hipotecaria a las normas generales de la ejecución ordinaria, como sucede con cualquier otro crédito documentado en escritura pública, para que el deudor disponga de un catálogo de motivos de oposición a la ejecución.
6. Atribución de facultades al juez para que pueda acordar moratorias en el pago, dejando en suspenso el mismo transitoriamente, en caso de que concurran circunstancias excepcionales, en términos similares a los que prevé el artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la venta a plazos de bienes muebles.
7. La revisión legal del concepto de fuerza mayor del artículo 1105 del Código Civil y la redefinición de la cláusula *rebus sic stantibus*, que permitiría suspender el cumplimiento de las obligaciones cuando el cambio de circunstancias impidan al deudor su cumplimiento momentáneo por motivos ajenos a su voluntad.
8. La modificación del régimen de tasación de las viviendas, a realizar por expertos independientes.
9. La elevación del porcentaje de adjudicación al acreedor del artículo 671 LEC: 100 por 100 de una nueva tasación realizada por peritos independientes.
10. Establecimiento de periodos de carencia en la amortización del capital, ampliación del plazo de amortización, reducción provisional del tipo de interés, y quitas, cuando concurran circunstancias que lo aconsejen.

11. Potenciación y centralización de las subastas electrónicas por internet para ampliar el número de postores y mejorar el tipo de adjudicación de las subastas.
12. Regulación de un procedimiento concursal específico para las personas físicas y que permitiera, en circunstancias predeterminadas, la paralización de ciertas ejecuciones.
13. La previsión y ampliación de los supuestos en que el deudor puede, en determinadas circunstancias, continuar utilizando la vivienda habitual o el local de negocio, satisfaciendo un canon y mediante la fórmula jurídica más adecuada (arrendamiento, derecho de habitación, *leasing*, etc.).
12. La limitación de gastos en caso de mora.
13. La ampliación de la posibilidad de enervar la ejecución y rehabilitar el préstamo (art. 693.3 LEC).
14. La mediación previa o simultánea obligatoria en las ejecuciones hipotecarias.
15. La creación de Comisiones Mixtas integradas por la Administración, banca y consumidores, para favorecer soluciones negociadas.

En las *Conclusiones de los jueces decanos sobre la Ley Hipotecaria* (TOL 2.671.614), los jueces decanos declararon compartir en su totalidad el Informe elaborado por el Grupo de Trabajo antes mencionado, designado por el CGPJ, aunque dicho Informe hubiera sido rechazado de plano por el Consejo General del Poder Judicial.

E) *La resolución de la cuestión prejudicial por el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013*

Finalmente, se produjo la resolución de la cuestión prejudicial por el TJUE. Este hace importantes pronunciamientos, referidos en primer término, a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano nacional.

Catalunyacaixa y el Reino de España habían manifestado dudas en cuanto a la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial, ya que consideraban que no era útil al órgano nacional para resolver el juicio declarativo de que conocía. Igualmente, cuestionaban la admisibilidad de la segunda cuestión prejudicial, ya que mediante ella se pretendía obtener una interpretación del concepto de desproporción en cuanto a cláusulas que no guardan ninguna relación directa con la controvertida cláusula 15.ª del contrato cuya nulidad por abusiva se pretendía.

A estas alegaciones, el TJUE responde que corresponde exclusivamente al juez nacional apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad como la pertinencia de las cuestiones prejudiciales que plantea al Tribunal de Justicia de la Unión. «Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el TJUE está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10... apartado 76 y jurisprudencia citada).

Así pues, la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial... sólo está justificada cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones

planteadas (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 77 y jurisprudencia citada).

Ahora bien, no ocurre así en el presente asunto».

El TJUE entiende que la primera cuestión debe entenderse en sentido amplio, como indicaba la señora Kokott, esto es, destinada a *apreciar la compatibilidad con la Directiva de las facultades reconocidas al juez que conoce del proceso declarativo*.

En cuanto a la segunda cuestión, siguiendo también a la Abogada General, el TJUE indica que aunque la demanda de nulidad sólo se refiere a la cláusula 15.^a (determinación unilateral de deuda vinculada a la posibilidad de ejecución especial hipotecaria, con limitación de motivos de oposición e imposibilidad de discutir la cuantificación de la misma en el proceso ejecutivo; sólo en un declarativo que no suspende el ejecutivo), una visión de conjunto de las otras cláusulas del contrato a que se refiere la cuestión, puede repercutir en el examen de dicha cláusula. Aparte de que el juez nacional está obligado en virtud de la jurisprudencia del TJUE, a apreciar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, Rec. P. I 4713, apartados 31 y 32, y Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 43).

Entrando en el fondo de las cuestiones planteadas, en relación con la primera, señala que la cuestión que se dilucida es determinar «las obligaciones que incumben al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, con el fin de que se garantice, en su caso, el efecto útil de la decisión sobre el fondo por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual *que constituye el fundamento del título ejecutivo y, por tanto, de la incoación del procedimiento de ejecución hipotecaria*».

El Tribunal señala que, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, la determinación de los motivos de oposición en un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez que conozca del proceso declarativo, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, «a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)».

El TJUE considera que el artículo 698 LEC española no vulnera el principio de equivalencia, pues el juez que conoce del procedimiento declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, tiene prohibido adoptar medidas cautelares que garanticen la efectividad de su resolución no sólo cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, sino también cuando compruebe que una cláusula resulta contraria al orden público.

Sin embargo, *en relación con el principio de efectividad*, sí que considera que la legislación española vulnera dicho principio pues «de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, *salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal [de expedición de la certificación de cargas (art. 131 LH)]...*

A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos...²¹

Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva».

Pues, añade, la decisión del juez que conoce del declarativo sólo permitiría una protección *a posteriori* del consumidor meramente indemnizatoria que resulta incompleta e insuficiente (máxime al no impedir la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda) y no constituye un medio adecuado y eficaz para

²¹ Como ya indicamos en un trabajo anterior, si bien es cierto que el juicio declarativo del artículo 698 LEC no suspende *de iure* el procedimiento de ejecución hipotecaria, que continúa hasta la subasta, remate y lanzamiento del deudor, sí que existe una vía de defensa para el deudor hipotecario, que ha señalado GÓMEZ GÁLLIGO (GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Desahucios y mercado hipotecario», en *Expansión*, viernes 18 de enero de 2013, pág. 47). Consiste esta en la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la demanda de nulidad ejercitada en el juicio declarativo del artículo 698 que, señala el autor, *de facto* produce esa paralización. Esta posibilidad resulta del artículo 131 de la LH, *a contrario sensu*, donde se indica que «las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 [mandamiento de cancelación de cargas], siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas...». Así pues, si la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca fuese anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, subsistiría tras la ejecución hipotecaria, perjudicando al acreedor adjudicatario (pues hay que pensar que ningún tercer postor acudiría en tales condiciones a la subasta) y a cualquier subadquirente posterior. De facto, pues, aunque no sea de iure, el procedimiento de ejecución hipotecaria quedaría suspendido en su virtualidad realizatoria del valor del inmueble, pues dicha realización, de operarse, sería claudicante, de acogerse la demanda de nulidad. En estas condiciones, pensábamos, el acreedor hipotecario se vería compelido a una negociación extraprocesal que luego tendría su reflejo en el proceso. En otras palabras, la anotación preventiva de la demanda de nulidad anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, tenía efectos reales, por efecto de los principios de prioridad y oponibilidad, y no sólo indemnizatorios, lo que no tuvo en cuenta el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial. Si el TJUE, quien, no obstante, consideró esta medida de protección del deudor como residual, pues ciertamente, la celeridad del procedimiento de ejecución hipotecaria puede impedir, por grande que sea la diligencia del deudor, que la anotación se practique a tiempo de tener efectos reales, simplemente por una demora del juicio declarativo y de las actuaciones a verificar en el mismo (expedición del mandamiento ordenando al Registrador de la Propiedad la práctica de la anotación de demanda de nulidad), demora que escapa al control por parte del deudor hipotecario. De ahí que la sentencia del TJUE constituya un acierto al incidir en la necesidad de aumentar las causas de oposición del deudor en la ejecución hipotecaria, para obtener la efectividad de la Directiva 93/13.

que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13²².

Por lo tanto, la normativa española controvertida no se ajusta al principio de efectividad, en la medida que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria entre profesional —demandante y consumidor— demandado, la aplicación de la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos.

En relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE precisa que su competencia se extiende a la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3.1 de la Directiva y en su Anexo, así como a la determinación de los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de la Directiva. Ahora bien, es el juez nacional quien tiene que pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación de dicha cláusula, en función de las circunstancias del caso.

Sentado lo anterior, el TJUE delimita los siguientes criterios a tener en cuenta por el juez nacional remitente, asumiendo conclusiones de la Abogada General. Para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un *desequilibrio importante* en los derechos y obligaciones contractuales de las partes, *debe tenerse en cuenta el Derecho positivo nacional aplicable al caso si dicha cláusula no existiera, lo que permitirá valorar si, y en qué medida, el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por dicho Derecho positivo*. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para cese el uso de cláusulas abusivas.

Además, *para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe» deberá comprobarse si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*. Además como el artículo 4.1 de la Directiva señala que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, de ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula pueda tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional.

En particular, por lo que se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado, como señaló la Abogada General, corresponde al juez remitente comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial; si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento *tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo*; si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado.

²² Artículo 7.1 de la Directiva: «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el juez nacional deberá comprobar en particular, como señaló la Abogada General, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado dicho pacto; o las aplicables en distintos contratos de ese tipo celebrados con consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es el adecuado para garantizar la realización de los objetivos que dicho interés persigue, y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Finalmente, en lo relativo a la cláusula de liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda exigible, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, el juez remitente deberá determinar si —y, en su caso, en qué medida— la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

3. CONSECUENCIAS INMEDIATAS DE LAS SSTJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y 14 DE MARZO DE 2013

Aparte de las consecuencias ya señaladas anteriormente, en relación con la STJUE, de 14 de junio de 2012 (debate sobre el control o no de oficio de los intereses moratorios abusivos en la ejecución hipotecaria y sobre las consecuencias de apreciar tal carácter abusivo) por lo que respecta a la STJUE, de 14 de marzo de 2013, esta resolución *va a implicar una necesaria reforma legislativa del procedimiento de ejecución hipotecaria*.

Pero en tanto ésta se verifica, distintas Juntas de Jueces de 1.^a Instancia están intentando *unificar criterios en cuanto al tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos judiciales (hipotecarios o no)*.

Así, la Junta de Jueces de 1.^a Instancia de Barcelona, celebrada el 4 de abril acordó: «Entender que de cara a la consideración como abusivas de las cláusulas en las que se establecen intereses de demora, *se tendrán por tales aquellas en las que tal interés supere en 2,5 veces el legal del dinero salvo en aquellos casos en los que el interés remuneratorio pactado fuere superior al antes indicado, en cuyo supuesto el carácter abusivo se daría cuando el interés de demora superase en 2 puntos al interés remuneratorio pactado*». En relación con las nuevas ejecuciones hipotecarias que se inicien «se haga la indicación de la posibilidad de suscitar como motivo de oposición [principio de efectividad del Derecho Comunitario] la posible concurrencia de cláusulas abusivas». En los procesos en trámite, en los que no se haya celebrado subasta, se procederá a conceder a la parte ejecutada un *plazo de diez días* a fin de que si estima que el título base de la ejecución pudiera estar afectado por una cláusula abusiva, lo pueda poner de manifiesto en escrito con intervención de Letrado y Procurador, resolviéndose sobre ello por el Juzgado tras la adecuada audiencia contradictoria de las demás partes. En relación con los restantes casos *en que se pueda de oficio constatar la posible concurrencia de una cláusula abusiva, ello se podrá plantear previa audiencia al menos, de las partes personadas*.

Por su parte, la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia, en cuanto al *control judicial de oficio de cláusulas abusivas* ha establecido:

«Conforme a la Directiva 93/13/CEE y jurisprudencia del TJUE en materia de protección del consumidor, teniendo en cuenta las recientes resoluciones de

las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo en la materia, y sin perjuicio de las circunstancias que concurran en el caso concreto, en los procesos declarativos, en los monitorios, *así como en los de ejecución hipotecaria y de títulos extrajudiciales, se procederá, incluso de oficio y en cualquier momento del proceso, siempre que concurran suficientes elementos de juicio a la anulación de las cláusulas abusivas en cualesquiera contratos de bienes y servicios que lesionen los derechos de los consumidores, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer valer sus pretensiones respecto a las mismas a través de las vías legales oportunas.*

En concreto, en lo relativo a las cláusulas que establezcan intereses moratorios, y con el fin de establecer una pauta orientativa, la Junta de Jueces acuerda, por unanimidad, que procederá declararlas nulas de oficio cuando establezcan intereses que excedan del límite establecido en el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo, en el caso de descubiertos en cuenta corriente. En los demás supuestos que queden fuera del ámbito de dicha norma, singularmente en el caso de préstamos personales o garantizados con hipoteca, ante la falta de previsión legal expresa y en aras a una deseable uniformidad, se considerarán nulas dichas cláusulas si el interés moratorio excede del cuádruplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato. En todos los casos deberá respetarse el principio de contradicción conforme exige la reciente sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de fecha 21 de febrero de 2013.

También los tribunales, de forma aislada, han adoptado medidas al respecto, en cuanto, como precisa la STJUE de 21 de octubre de 2010, *«la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales»*. En este sentido, el Juzgado de 1.ª Instancia, número 1 de Miranda de Ebro, inadmitió a trámite una demanda ejecutiva hipotecaria, aplicando la doctrina sentada por la STJUE, de 14 de junio de 2012, dado que la cláusula 3.3 de la escritura de hipoteca fijaba un límite a la variación del tipo de interés aplicable, estableciendo un tipo de interés nominal mínimo aplicable del 3,50 por 100, entendiendo el juzgador de instancia que tal cláusula-suelo era abusiva y contraria a la Directiva 93/13/CEE.

La parte ejecutante recurre en apelación, y la AP de Burgos (Sección 2.ª), en auto de 10 de abril de 2013, revoca la resolución de instancia, ordenando que se proceda a despachar la ejecución y a practicar las notificaciones y requerimientos preceptivos, si bien verificado lo anterior, y antes de continuar con el señalamiento de la subasta se deberá resolver *«con libertad de criterio por el juez a quo, previa audiencia de las partes y previo análisis del posible carácter abusivo de la cláusula 3.3 objeto de esta causa, sobre la procedencia de la suspensión cautelar y provisional del presente procedimiento con las pautas fijadas en esta resolución; tanto si se ha formulado oposición, como si no se ha formulado de forma expresa por el deudor hipotecario»*.

El AAP fundamenta su resolución, en que la decisión apelada de no admitir el despacho de ejecución, deja sin efectividad el proceso de ejecución hipotecario desde su inicio, cuando el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2012, sólo considera contrarios al Derecho Comunitario los artículos 695 y 698 LEC. Ello supone, argumenta la Audiencia, que el proceso ejecutivo-hipotecario debe ser admitido a trámite *«como ya ha entendido el Pleno Jurisdiccional de la AP de Madrid, de 4 de marzo de 2012, en relación con el Juicio Monitorio»*.

Lo establecido por la doctrina comunitaria es la posibilidad de arbitrar mecanismos de paralización del proceso ya iniciado. «Es decir, lo que se pretende por la Justicia Comunitaria es que ningún proceso hipotecario continúe sin que se haya valorado, al menos cautelarmente, la licitud de alguna de las cláusulas del contrato de hipoteca y propicia que haya un cauce procesal para tal análisis judicial; lo que determina la aplicación del “principio de utilidad” y del “principio de efectividad”, lo que no debe de ser incompatible con la admisión del proceso hipotecario».

«...Lo que se pretende en el ámbito procesal que nos ocupa por la jurisprudencia comunitaria es que en el derecho procesal español y en sus procesos de ejecución hipotecaria se garantice el denominado “principio de efectividad” y el “principio de utilidad” del proceso. Ello supone que el Derecho Comunitario, dice que, aunque los Estados miembros tienen autonomía para implementar los mecanismos procesales de ejecución forzosa como estimes pertinente, nunca lo podrán hacer de forma que “hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil” el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el Ordenamiento Jurídico de la Unión. Esto determina que lo procedente es establecer un cauce para que sea posible ejercitar los derechos de los consumidores en el mismo proceso hipotecario, aún de forma provisional o cautelar.

...Ahora bien, no se comparte la solución del juez *a quo* en el sentido de que antes de la fase de oposición en el juicio hipotecario y antes de cualquier proceso declarativo definitivo y plenario y antes de cualquier medida cautelar, decidir, sin trámite alguno, pese a concurrir los requisitos de admisión, sin audiencia alguna y sin todos los elementos de juicio del caso concreto y sin concurrir todos los “elementos de hecho y derecho” sobre plazos, tipos de interés, efectos de las cláusulas nulas o de las posibles cláusulas abusivas, que una cláusula concreta es nula, que no hay posible subsanación y que no procede despachar ejecución. Todo ello máxime, cuando, en el caso concreto, los límites pactados en la cláusula objeto de esta causa eran entre el 3,50 por 100 y 7,50 por 100, las cuales están muy alejados de otros analizados por esta Audiencia Provincial (SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 23 de marzo de 2012, donde la cláusula era entre 5,5 por 100 y 17,50 por 100)».

Por ello lo que procede según la AP de Burgos es *evitar, con plenas garantías de alegación de las partes, que se siga adelante con la subasta y lanzamiento, sin que se valore la concreta cláusula debatida.*

Igualmente entiende que en el supuesto enjuiciado concurren algunas particularidades a tener en cuenta y que son:

- El Tribunal Supremo no ha declarado nulas todas las cláusulas-suelo, por el mero hecho de haber un suelo en la escritura hipotecaria para el pago de los intereses cuando estos bajan.
- Aunque la resolución apelada se fundamenta en el hecho de que un contrato de larga duración en el que el acreedor se beneficia de las subidas de tipos de interés, pero luego no sufre las bajadas, puede suponer un desequilibrio y una falta de reciprocidad; sin embargo, omite que, siendo cierto que existe una cláusula suelo de 3,50 por 100, también está establecida en la escritura una cláusula techo del 7,50 por 100.
- Por lo tanto, habría que analizar si existe efectiva desproporción entre el suelo y el techo fijados y si hubo falta de transparencia en la contratación, como apunta el Tribunal Supremo español (nota de prensa de 20 de marzo

de 2013)²³, y debe de comprobarse, como establece la STJUE, de 14 de marzo de 2013, «si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual».

- Ello es así porque la STJUE establece, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada, que se realizará en función de las circunstancias propias del caso, y en este caso, admitido el proceso, habría que analizar la cláusula, pero lo que no procede es inadmitir el proceso.

Por todo lo expuesto, la AP de Burgos opta en la resolución de este recurso porque el juez *a quo* admita el despacho de la ejecución, y dicte resolución en la que se analice cautelarmente la validez o no de la cláusula discutida y la procedencia de suspender el procedimiento de ejecución hipotecario, antes de iniciar su fase de subasta. «Todo ello si se considerase que concurre «aparición de buen derecho» para suspender de manera provisional la continuación del proceso hipotecario iniciado; y tanto si se ha formulado oposición, como si no se ha formulado de forma expresa por el ejecutado. De este modo, se adecua de manera armónica y ponderada el Derecho comunitario a la normativa especial hipotecaria española, siendo esta solución acorde con la Comunicación del Consejo General del Notariado sobre las ejecuciones hipotecarias extrajudiciales y con el Proyecto de Ley de Medidas Urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, procedente del Real Decreto 27/2012, de 15 de noviembre, donde se establece que, una vez admitida a trámite la demanda de ejecución hipotecaria, se verifique en un momento anterior al lanzamiento su efectividad y la corrección de las cláusulas de la hipoteca con los derechos del consumidor, para lo que se articula una «suspensión provisional». Esta *mens legislatoris* se considera adecuada para garantizar la concordancia armónica entre el sistema Hipotecario Español y el Derecho Comunitario». Por otro lado, el artículo 727.11 LEC establece una cláusula abierta para la adopción de medidas cautelares inominadas que se estimen necesarias para la efectividad de la tutela judicial. En todo caso, finalmente, la suspensión del proceso hipotecario, tanto judicial como extrajudicial, es posible y está admitido en algunos preceptos como el artículo 697 LEC o el artículo 236.5 RH.

«En definitiva, se acuerda que antes de señalar las subastas, y para garantizar los referidos principios de positividad en la aplicación del derecho comunitario, de efectividad y de utilidad, se paralizará el presente proceso y, se valorará, en resolución autónoma y previa audiencia de las partes, la procedencia de la suspensión provisional y cautelar del procedimiento, y en función de que la cláusula dubitada se considere ajustada o contraria al Derecho Comunitario y/o al Derecho interno regulador de los Derechos de los Consumidores. *Ello supone que si se considera adecuada y ajustada al Derecho interno y al Derecho Comunitario en materia de consumidores la cláusula 3.3 de la hipoteca ejecutada, se continuará el procedimiento iniciado y si se considera contraria a esos derechos y en perjuicio*

²³ El 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo ha fallado en sentencia 241/2013, el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil, número 2 de Sevilla, en los autos de juicio verbal 348/2010.

del consumidor, se determinará la suspensión cautelar y provisional del proceso hipotecario; y ello siempre al margen del derecho de las partes de acudir al proceso declarativo que a su derecho pudiera convenir». Lo que, a mi juicio, no queda claro en este AAP de Burgos, es cómo terminará esa suspensión cautelar y provisional. Parece que por la resolución firme de un procedimiento declarativo que declare la validez de la cláusula o por la intervención del legislador que ordene resolver sobre el fondo del asunto en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Otra resolución judicial dictada como consecuencia de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, ha sido el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Valladolid, de 24 de abril de 2013.

Iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria por la entidad General Electric Capital Bank, S. A. y seguido el procedimiento por los trámites legales, se dictó por el Juzgado auto de aprobación de remate y adjudicación de la finca hipotecada a favor de la entidad demandante el 17 de abril de 2012. Solicitada la entrega efectiva del inmueble, se acordó la suspensión de la ejecución, *ante la tramitación de la cuestión prejudicial suscitada al TJUE por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, en el asunto C-415/11, resuelta el 14 de marzo de 2013.*

Mediante providencia de fecha 18 de marzo de 2013, se confirió traslado a los deudores hipotecarios a fin de que pudieran denunciar la nulidad por abusividad de las cláusulas contenidas en la escritura pública que constituyó el título de ejecución, conforme a lo resuelto por el TJUE, formulándose escrito en este sentido por la representación de la deudora y oponiéndose la entidad ejecutante.

El Juzgado señala en su Resolución que la STJUE, de 14 de marzo de 2013, declara la normativa española no ajustada al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos. Como el procedimiento de ejecución hipotecario se tramitó bajo el régimen normativo (art. 695 LEC) que el TJUE ha considerado contrario a dicha Directiva, de modo que ante el despacho de la ejecución no se podían invocar otros motivos de oposición previstos en el artículo 557 para la ejecución de título no judicial, y los motivos formales del artículo 559 LEC, entre ellos, la nulidad radical del despacho de la ejecución por no cumplir el documentos presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, entiende el juzgador que, en congruencia con la decisión del TJUE, ha de arbitrarse un sistema que permita al Juzgador examinar si las pólizas hipotecarias tramitadas conforme a aquel régimen normativo, incluían cláusulas abusivas, para en su caso, impedir su eficacia en perjuicio del consumidor, que no pudo denunciar tal abusividad.

Por ello, al amparo de lo dispuesto en el artículo 227.2.º LEC, el juzgador, de oficio, y antes de la conclusión del procedimiento mediante la entrega efectiva del inmueble adjudicado a la entidad acreedora, ha conferido traslado a la parte deudora para que pueda alegar la abusividad de determinadas cláusulas, como efectivamente ha hecho.

La parte deudora interesa que se acuerde la *retroacción de las actuaciones al momento de admisión de la demanda, o subsidiariamente, la suspensión del procedimiento en tanto se procede a modificar la Ley española, para adecuarla a las exigencias de la normativa europea.*

El Juzgado considera que la pretensión subsidiaria carece de encaje procesal y jurídico sustantivo, «pues la ley no prevé una suspensión *sine die*, supeditada a una eventual modificación normativa cuyo contenido es incierto y a la que

presumiblemente no podrá otorgarse un efecto retroactivo, debiendo entrar a valorarse la petición principal», que es lo que efectivamente hizo el juzgador.

Antes de entrar en materia, el juzgador cita de la STS de 18 de junio de 2012, que delimita dos ámbitos de control previstos en la LCGC y en la Ley de represión de la usura. Ésta contemplaría como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la correspondiente obligación restitutoria (arts. 1 y 3) mientras que la declaración de abusividad de una cláusula o su no incorporación, inclusive por ser contraria a la moral o al orden público, no determinaría directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo. Mientras la sanción de la Ley de Usura queda particularizada a la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación que se pueden considerar anómalas (contratos usurarios o leoninos), la normativa de consumo tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y, con ello, de incidir en el tráfico patrimonial, de suerte que dicho fenómeno comporta un modo de contratar diferenciable de la contratación por negociación. Dicha sentencia también declaró que *aun admitiendo que doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto*, debía entenderse por aplicación teleológica de la Directiva 93/13, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (arts. 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación).

Sentando, lo anterior, el Juzgador señala que los motivos de nulidad que pudieran invocarse en relación a tipo de interés remuneratorio, plazo de amortización y gastos bancarios, *al configurar el contenido esencial del contrato, negociado por las partes, debería ser controlado mediante la aplicación del régimen previsto en la Ley de Represión de la Usura, lo que en el presente caso no se ha hecho. Pero que las causas de nulidad invocadas en el escrito presentado por la deudora, se refieren a condiciones generales introducidas en la contratación en masa por la predisponente, siendo susceptibles de control por el Juzgador, conforme a la doctrina del TJUE expresada. Ahora bien, que las consecuencias de tal declaración de nulidad serán parciales, al quedar a salvo el contenido esencial del contrato, y afectarán al despacho de la ejecución, lo que ha de conllevar la retroacción del procedimiento al momento inicial, cuando debió poderse efectuar ese control de oficio reduciendo la situación a un equilibrio entre las partes.*

De entre las cláusulas que constituirían condiciones generales de la contratación y fueron denunciadas como abusivas por la parte deudora, algunas constituirían previsiones de la póliza que no dieron lugar a la reclamación dineraria y la ejecución de la garantía hipotecaria, sin reflejo en la determinación del saldo deudor ni en el importe de las cantidades reclamadas por la ejecutante, por lo que su trascendencia era nula a los efectos de la resolución del incidente. También se denunciaba la abusividad relativa a la Imputación de Pagos contenida en la cláusula 2.^a de la póliza, con vulneración del régimen de los artículos 1172 y 1173 del Código Civil, pues imponía la aplicación de los pagos que pudiera efectuar al deudor a conceptos o cantidades distintas que la de la amortización del principal. Ahora bien, al no haberse acreditado ni constar la incidencia que tal estipulación hubiera podido tener en la determinación del saldo resultante de la liquidación efectuada por la entidad ejecutante, no se accede a la oposición por este motivo. Tampoco se otorga trascendencia anulatoria a las previsiones sobre coste de amortización anticipada.

La deudora denunció también la nulidad de la cláusula relativa al cálculo del interés de demora y de la cláusula que fijaba el importe de una penalización por

resolución anticipada de la prestamista ante el incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de la prestataria (3 por 100 de la suma total adeudada). En relación con los dos puntos anteriores se denunciaba la nulidad del pacto de liquidez, al conferir a la entidad prestamista la facultad de determinar la cantidad exigible en caso de ejecución mediante la liquidación efectuada por ella a los efectos de lo previsto en el artículo 572.2 LEC.

A estas alegaciones, el Juzgado respondió que «la validez del pacto de liquidez está admitido por el TC y el TS (SSTC de 10 de febrero de 1992 y TS de 7 de mayo de 2003 y 3 de febrero de 2005), habiéndose declarado por el Tribunal Supremo que se trata de un pacto válido porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de la ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma —SSTS de 30 de abril y de noviembre de 2002, 7 de mayo de 2003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2005; arts. 520.1, 550.1.4.º, 572.2 y 573.1.3.º LEC—. Pero que «la determinación de los intereses de demora, a diferencia de lo que acontece con los remuneratorios, no suelen ser objeto de negociación entre las partes, sino que aparecen prefijados en la póliza elaborada por la predisponente. Desde luego, no consta que se estableciera ningún tipo de negociación en este sentido en la póliza litigiosa, lo que implica que se trata de una cláusula constitutiva de condición general de la contratación. Se manifiesta por la deudora que el tipo de interés moratorio fijado en la póliza inicial y en la de ampliación y novación hipotecaria, imponen un gravamen desproporcionado en perjuicio del consumidor, al resultar excesivo su importe en relación tanto al tipo del interés remuneratorio pactado en la póliza como al interés legal del dinero vigente durante la vida del préstamo, excediendo ampliamente el índice de 2,5 veces que se ha acogido como criterio legal (Ley 7/1995 LCC) y jurisprudencial.

...En el reciente panorama jurisprudencial se ha ido consolidando una doctrina que considera que el interés de demora exigible en los contratos celebrados con consumidores no puede exceder de 2,5 veces el interés legal del dinero, imponiendo al juez un control de oficio dejando fuera de la reclamación frente al consumidor los importes correspondientes a tales intereses excesivos o desproporcionados sin posibilidad de moderación judicial, como declaraba la sentencia de la Sala Primera del TJUE de fecha 14 de junio de 2012.

En el ámbito de los intereses de demora hipotecarios, se han dictado varias Resoluciones de Audiencias Provinciales que han aplicado en este ámbito el criterio de sancionar como abusivos intereses fijados en un 18 por 100 (AP de Valencia, de 4 de diciembre de 2012, para una escritura de préstamo suscrita en el año 2006; AP de Vitoria, de 13 de abril de 2011, en un supuesto similar) o AP de Vizcaya, de 15 de abril de 2013, para una escritura suscrita en el año 2008 y que estipulaba un interés de demora del 24 por 100).

Asume este juzgador la doctrina recogida y expresada en tales resoluciones, en la consideración de que no está justificada la fijación de un interés de demora en un porcentaje que excede ampliamente de los márgenes razonables teniendo en cuenta el tipo de interés legal vigente, el 4 por 100 y el remuneratorio pactado en la póliza, que se ajustaba al tipo de referencia del euribor más 0,82 por 100, lo que enmarca el tipo de interés de demora variable en torno al 20 por 100.

La consecuencia de tal declaración de nulidad por abusividad, ha de conllevar la nulidad de las actuaciones practicadas desde el momento del auto despachando ejecución, momento en el que debió poderse llevar a cabo el control de oficio de tal abusividad expurgando del contrato la cláusula abusiva en perjuicio del consumidor,

o, en su caso, darle la posibilidad de oponerse más allá de los estrechos cauces que permite la normativa española.

Así procede dictar nuevo auto despachando ejecución sin incluir los intereses de demora que superen en 2,5 veces el interés legal del dinero durante el período de liquidación previo requerimiento a la parte ejecutante a tal fin.

Lo mismo cabe decir del importe incluido en la demanda de ejecución y correspondiente a la penalización por resolución anticipada...

Se trata de una cláusula que carece de justificación más allá de configurar una sanción a mayores de los intereses de demora en perjuicio del consumidor, una penalización que impone unilateralmente la ejecutante cuando su posición en el contrato se verá asegurada mediante la ejecución sobre la garantía hipotecaria y la responsabilidad personal de los deudores más allá de la adjudicación del inmueble.

Se trata, en definitiva, de una sanción unilateral, desproporcionada e injustificada, que no cabe admitir por vulneración de la normativa española sobre protección de consumidores (art. 82 y 88.1 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Del mismo modo que en el punto anterior, procede la retroacción de las actuaciones al momento del despacho de ejecución, reduciendo el importe de la reclamación ejercitada en la cantidad correspondiente a dicho concepto inexigible para la parte deudora».

Los diversos criterios judiciales que hemos ido recogiendo en este trabajo en relación con la problemática de las cláusulas abusivas de intereses moratorios (y otras), pondrían de manifiesto, la incertidumbre a que en el momento presente se encuentran sometidos los deudores hipotecarios (y también los acreedores), en cuanto a la manera de resolver procesalmente la alegación o apreciación de oficio de la existencia de cláusulas abusivas tras las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013. De ahí que sea urgente una intervención del legislador reformando la normativa relativa a la ejecución hipotecaria para adecuarla al principio comunitario de efectividad, y que se haya planteado la necesidad de paralizar todos los procedimientos de ejecución hipotecaria, hasta que se apruebe una reforma legal, en evitación de sentencias contradictorias²⁴.

²⁴ La Editorial Tirant On Line publicó recientemente un formulario de oposición a la ejecución hipotecaria conforme a la doctrina de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, en el cual, en aplicación de dicha resolución, se fundamenta que «siendo éste un procedimiento especial, concebido para favorecer al acreedor ejecutante, quien, por otro lado, es el predispuesto de la cláusula abusiva nula, no puede continuar la tramitación de este procedimiento especialísimo sin que previamente se haya resuelto en la vía procesal adecuada, que no es otra sino la del juicio declarativo ordinario, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas litigiosas y, en su caso, la declaración de su nulidad de pleno derecho. Procede en consecuencia, el archivo de este procedimiento o, subsidiariamente, la suspensión del mismo hasta que la cuestión del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el título ejecutivo sea resuelta en el procedimiento ordinario correspondiente.

Subsidiariamente, para el caso de que el anterior fundamento no fuera acogido por el juzgador, en aplicación de la doctrina del TJUE, procedería la apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas por el juez ante el que tengo el honor de dirigirme. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (en este sentido, sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, apartados 31 y 32; de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartados 42, 43 y 76 y jurisprudencia citada y de 14 de marzo de 2013, C-415/11,

4. IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA SENTADA POR EL TJUE EN SU SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2013 EN LA RESOLUCIÓN DE LA PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La importancia de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, en cuanto a la primera cuestión prejudicial resuelta, radicaría en que la asunción de su doctrina debería suponer un cambio en la concepción del procedimiento de ejecución hipotecaria, que de ser un procedimiento *pro creditore*, debería transformarse en un procedimiento más equilibrado en el que se redujera el automatismo de la hipoteca y de su ejecución. Si bien el procedimiento de ejecución hipotecaria se fundamentaría en la incontestabilidad de la deuda contenida en el título (escritura pública), lo que haría que se suprimiera toda cognición previa, como privilegio para el acreedor²⁵ (diferiendo la cognición al declarativo posterior; artículo 698 LEC), esto es precisamente lo que la sentencia comentada considera contrario al principio de efectividad comunitario, por impedir o dificultar la protección que la Directiva 93/13 presta al consumidor. De ahí que para el TJUE, no cabría más que o bien, apreciar de oficio o a instancia de parte en el procedimiento ejecutivo la existencia de cláusulas abusivas, o bien diferir la cognición de la nulidad por abusividad a un declarativo, pero pudiendo adoptar en este como medida cautelar la suspensión del procedimiento ejecutivo. Aunque se ha señalado que resulta muy oneroso para el deudor acudir a un declarativo para dilucidar la validez o nulidad de condiciones generales de la contratación incorporadas a su préstamo hipotecario, y solicitar en él la medida cautelar de suspensión, lo cual es cierto, la cognición en el declarativo sería más amplia y permitiría también, de manera mucho más clara, el control de la validez de los elementos esenciales del contrato, negociados por las partes, según el régimen de la Ley de Represión de la Usura, por lo que pienso que el legislador no debería descartar el conceder también esta alternativa al deudor. De manera que existirían tres alternativas legales para dar cumplimiento a la resolución del TJUE: permitir la oposición en la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas; plantear un declarativo para ello en el que se solicite como medida cautelar la suspensión del procedimiento ejecutivo o permitir al deudor ambas vías. En cualquier caso, parece que mientras el legislador no legisle, cualquier juez puede optar por permitir al deudor una u otra solución.

En todo caso, todo ello acentuará también la importancia del control de legalidad de las escrituras hipotecarias por parte de Notarios y Registradores de la Propiedad (art. 23.1 LCGC, 84 TRLGDCU, art. 18.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito y 258 LH), pues ya no sólo el deudor, sino también el acreedor, tendrá interés en que tal control sea especialmente riguroso,

apartado 46). El juez nacional está obligado, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a apreciar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, incluso en el caso de que no se haya solicitado expresamente, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas de 4 de junio de 2009, apartados 31 y 32, y Banco Español de Crédito, apartado 43 y de 14 de marzo de 2013, apartado 41)».

²⁵ El procedimiento de ejecución hipotecaria sólo se podía suspender por tercera de dominio (art. 696 LEC) o prejudicialidad penal (art. 697 LEC), estando por lo demás, absolutamente limitados los motivos de oposición (art. 695 LEC).

para que la escritura de préstamo hipotecario llegue completamente depurada al procedimiento de ejecución. Precisamente, como señala GÓMEZ GÁLIGO, citando el fundamento 7.º de la STC 41/1981, de 18 de diciembre, «la intervención notarial y registral es un argumento utilizado por el Tribunal Constitucional para defender la constitucionalidad de la ejecución hipotecaria»^{26 27}.

²⁶ GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013, pág. 21, nota 2.

²⁷ Con el desarrollo de la financiación hipotecaria han ido surgiendo fórmulas jurídicas y financieras cada vez más complejas, con la pretensión de tuvieran su reflejo en el Registro. Por ello, la calificación de las escrituras de préstamo hipotecario se fue convirtiendo en un verdadero problema. Existían criterios dispares en la calificación registral y del análisis de la doctrina científica y de la DGRN sobre esta materia resultaba una notable confusión. En relación con el contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, el artículo 12 LH, en su redacción anterior a la reforma de 2007 se limitaba a disponer que «las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado», aunque el artículo 9 LH, y 51.6.ª RH, contenía normas para la inscripción en general.

Se sostuvo la tesis, entre otras, de que como la obligación determina el contenido de la hipoteca, debían inscribirse, con el derecho real, las cláusulas del préstamo que hayan de tener efectos frente a terceros. El registrador *debe rechazar la inscripción de las estipulaciones que sólo produzcan efectos personales y, en cambio, debe inscribir los pactos que sean oponibles a terceros por concretar facultades del crédito hipotecario*. Ahora bien, para conseguir uniformidad en el contenido de la inscripción del derecho de hipoteca, se reformó el artículo 12 de la LH, por la Ley 41/2007. En la Exposición de Motivos de esta norma se indica: «Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto *precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad de la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa*. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real». No obstante, sobre la nueva norma también surgieron interpretaciones contradictorias. Así se defendió que el nuevo artículo 12 LH implicaba que ahora se tendrían que *inscribir las cláusulas financieras del préstamo aunque carezcan de trascendencia real, debiendo ser calificada toda cláusula* (de trascendencia real, y de trascendencia personal, para juzgar sobre su validez). Las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, previa su calificación y sólo cuando sean válidas, deben acceder al Registro, *porque al incidir en la obligación garantizada afectan al derecho real de hipoteca*. Lo que significa la reforma es que el registrador *ya no podrá excluir la inscripción de las cláusulas financieras por su naturaleza obligacional*, las cuales una vez inscritas tendrán oponibilidad. Frente a ello, la DGRN entendió que la norma distingue entre las cláusulas que se inscriben (las de trascendencia real, art. 12.1.º) y las que meramente se transcriben con efectos de publicidad noticia (art. 12.2.º, cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, siempre que se trate de hipotecas a favor de entidades financieras, pues en otro caso, no se transcriben), debiendo ser objeto de calificación sólo aquellas. Sólo se inscribe, y por ende, se califica lo que es propiamente contenido del derecho real, no el contenido obligacional del préstamo. *Únicamente se transcribirán las cláusulas financieras si se trata de hipotecas a favor de las entidades referidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, y si las cláusulas con trascendencia real son calificadas favorablemente* (RDGRN de 24 de julio de 2008). La novedad del artículo 12 LH vendría dada porque respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, *al registrador le está vedado incluso entrar*

a determinar si tienen o no, per se, trascendencia real o si deben afectar a terceros, estando obligado a hacerlas constar en el asiento [mediante transcripción, con efectos de publicidad noticia] en los términos resultantes de la escritura. En resumen, sería fundamental tener en cuenta que el artículo 18 LH delimita el ámbito de la calificación registral ciñéndola a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, y a los solos efectos de la inscripción. Por ello, la calificación únicamente podría afectar al contenido del derecho real, sin que pudiera extenderse a un pretendido control in complexu del contenido obligacional del negocio de préstamo. Por tratarse de un control que se realiza a los solos efectos de la inscripción, no puede extenderse a cláusulas que no hayan de ser inscritas. Pero la DGRN en su Resolución de 1 de octubre de 2010, ha variado sustancialmente el criterio expuesto en cuanto a la interpretación del artículo 12 de la LH. Considera que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras a las que se refiere el párrafo 2.º del artículo 12 LH, han de inscribirse [no meramente transcribirse] en el Registro, siempre y cuando el registrador haya calificado favorablemente aquellas que por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real. En tal sentido, al estar contenidas en el asiento de inscripción, pueden legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria como resulta del artículo 130 LH y 153 bis de la LH. Literalmente ha indicado: «Dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos...

Por último, resulta necesario tener en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas...». [SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., «Calificación registral e inscripción de cláusulas de préstamos hipotecarios conforme a la Ley 41/2007 y la Doctrina de la DGRN», en *Libro Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, 2010, págs. 577 a 651. Vid., también: GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Calificación registral e inscripción de cláusulas de préstamos hipotecarios conforme a la Ley 41/2007 y la Doctrina de la DGRN», en *Libro Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (2010)].

«La sentencia de 1 de abril de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona — en juicio verbal interpuesto contra la [RDGRN de 24 de julio de 2008, anteriormente citada]— procede a su anulación. Esta sentencia se basa en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (en su sentencia de 16 de diciembre de 2009) y en la más reciente y adecuada de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (entre ellas, *Resoluciones de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011*). Según esta posición —jurisprudencial y del Centro Directivo de notarios y registradores— más reciente y acertada podemos afirmar que los notarios y registradores deben rechazar aquellas cláusulas financieras —incluidas las de vencimiento anticipado—, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dicho de otro modo, el control sobre cláusulas abusivas debe extenderse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente porque así resulte claramente de una norma que lo exprese sin entrar en conceptos jurídicos indeterminados» (GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Presente y futuro de la garantía hipotecaria»..., *op. cit.*, pág. 28). Hay autores, sin embargo, que han ido más lejos que esta RDGRN, entendiendo que también debería el registrador extender su control a aquellas condiciones que pudieran ser cláusulas abusivas según la definición general de cláusula abusiva del artículo 82 del TRLGDCU (cláusula contraria a la buena fe o que rompe el justo equilibrio de prestaciones o perjudica de manera desproporcionada al

consumidor o usuario). A favor de esta posición se ha manifestado BUSTO LAGO (BUSTO LAGO, «El control registral de las condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, septiembre-octubre de 2001, págs. 1972 y 1974). También puede citarse a José María MIQUEL. Según este autor, «aunque se habla constantemente de control judicial de contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, en realidad el control del que tratamos es un control de legalidad que incumbe a todo aquel que deba aplicar la ley. Se trata ante todo de un control de validez de las condiciones generales o cláusulas predispuestas que realiza la ley y cuya consecuencia es la nulidad de pleno derecho (art. 83 TRLGDCU). Es decir, ni los jueces tienen un poder configurador del contenido contractual, ni es necesaria una sentencia para que se produzca la nulidad, porque ésta es de pleno derecho. La STJUE de 4 de junio de 2009 (Caso Pannon, C 243/08) confirma que la apreciación de la nulidad no requiere una declaración judicial y con ello desautoriza una interpretación a sensu contrario del artículo 84 TRLGDCU y que el control de legalidad de las cláusulas predispuestas corresponda solamente a los jueces.

Ahora bien, el control abstracto del contenido de las condiciones generales, por medio de las acciones colectivas, sí es, en cierto sentido, un control judicial, si lo designamos así justamente por oposición a un hipotético control administrativo, es decir, en el sentido de que no existe un control administrativo [previo a la utilización de las condiciones generales] que someta las condiciones generales a un control abstracto de validez por un órgano de este tipo. Pero ese control judicial efectuado en abstracto sigue siendo un control legal de validez, porque los Tribunales al ejercer ese control lo hacen exclusivamente en aplicación de la ley. Los Tribunales además tienen la última palabra en cuanto a la declaración de nulidad de una condición general o cláusula predispuesta, pero, al tratarse de una nulidad de pleno derecho, la nulidad existe con independencia de la sentencia. Otros funcionarios (notarios, registradores y los competentes para imponer sanciones) dentro de su competencia, pueden y deben apreciar esa nulidad sin que sea obstáculo una improcedente interpretación a contrario del artículo 84 TRLGDCU o del artículo 258.2 de la LH. Como acertadamente dijo DE CASTRO, «la nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación» (*Derecho Civil de España*, 1949, I, pág. 539). Obviamente las decisiones de estos funcionarios son recurribles y los Tribunales tienen la última palabra, pero los funcionarios pueden y deben aplicar la ley sin necesidad de una previa decisión judicial. Por eso, no es exacto decir que el control de las condiciones generales es un control judicial, a no ser que se diga del control abstracto en el sentido que antes hemos precisado. Es decir, el control abstracto de contenido es judicial por oposición a administrativo. Tanto el Tribunal Supremo en STS de 28 de mayo de 2008 (Sala 3.^a), que declaró la nulidad de ciertos artículos del Reglamento Notarial, como la DGRN, en su Resolución de 19 de abril de 2006, entre otras, han estado poco acertados al no apreciar debidamente el control de legalidad que corresponde a notarios y registradores en el ámbito de sus competencias. La Ley de 29 de marzo de 2009 [debe referirse a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito] en su artículo 18 ha desautorizado afortunadamente de manera general la doctrina de ambas decisiones» (MIQUEL, J. M.^a, «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», en *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2010, págs. 42 y 43). Esta última posición, más incierta (en cuanto el Registrador de la Propiedad no es un órgano judicial), no es compartida por GÓMEZ GALLIGO que señala el siguiente ámbito de control registral de las cláusulas abusivas en la contratación hipotecaria:

«En concreto, tratándose de condiciones generales abusivas, los notarios y registradores deben rechazarlas en los tres siguientes casos:

- a) Cuando estén incluidas en la lista negra de cláusulas abusivas (hoy día contenida en los arts. 85 a 90 del TRLGDCU de 2007, antes Disposición Adicional primera de la misma Ley de 1984), de manera que se puedan encuadrar en ella sin lugar a dudas: la razón es que «son nulas en todo caso» y no cabe interpretación.

En lo relativo a la segunda cuestión prejudicial resuelta, el TJUE sienta unos criterios para la apreciación de la abusividad en relación con el pacto de liquidación unilateral, las cláusulas de vencimiento anticipado y los intereses moratorios. Ciertamente, como se ha señalado, el pacto de vencimiento anticipado, las cláusulas de intereses moratorios, y las costas, son los clausulados del contrato de préstamo hipotecario que mayores problemas causan al deudor [en un contexto de hipoteca que no altera el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 105 LH)], aparte de otras consideraciones en torno al agravamiento de las consecuencias de este principio por las condiciones de concesión de los préstamos hipotecarios en el pasado reciente y el fenómeno de expansión y estallido de la burbuja inmobiliaria.

No vamos a entrar, sin embargo, en el examen de esos criterios dados por el TJUE para apreciar el carácter abusivo de los pactos de vencimiento anticipado y liquidación unilateral de la deuda e intereses moratorios, pues pensamos que merece un estudio más detenido que el que permiten estas líneas.

III. EL TEXTO LEGISLATIVO PROPUESTO POR EL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR

En la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso, se han estado tramitando conjuntamente tres proyectos legislativos: la tramitación como Proyecto de Ley del Real Decreto-ley 27/2012; la Iniciativa Legislativa Popular presentada por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca; y finalmente, la proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social²⁸. Es este último texto el que resultó aprobado en dicha Comisión, con competencia legislativa plena, y el que ha sido remitido al Senado.

-
- b) Cuando sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva que claramente las rechace.
 - c) Cuando se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Lo que no parece posible es que se abstengan de intervenir o califiquen negativamente cláusulas abusivas en base a la declaración general de abusividad contenida en el artículo 82 TRLGDCU de 2007 —antes art. 10 bis de la LGDCU—, ya que corresponde al juez, en tales casos, declarar tal nulidad e integrar en tal caso el contrato. Por supuesto, tampoco podrán considerar abusivas cláusulas contractuales negociadas individualmente o aquellas que integren el objeto del contrato —como pudiera ser el precio en una compraventa o el tipo de interés en un préstamo— (GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «Presente y futuro de la garantía hipotecaria»..., *op. cit.*, págs. 26 y 27).

²⁸ Los textos legislativos que se han ido proponiendo para la solución del sobreendeudamiento del consumidor y de los problemas derivados del impago del préstamo hipotecario han sido muy numerosos. Podemos citar:

- Proposición de Ley relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B. 9 de mayo de 2003, núm. 336-1. VII Legislatura.
- Proposición de Ley sobre medidas para proteger los intereses de los ciudadanos en el ámbito del mercado inmobiliario e hipotecario. Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B; 16 de mayo de 2008, núm. 105-1. IX Legislatura.

Si bien, el resultado final del paso por el Senado de dicho texto merecerá un estudio especial, analizo a continuación muy someramente el texto que proponía el Grupo Parlamentario Popular antes de su definitiva aprobación en la mencionada Comisión.

-
- Proposición de Ley sobre el derecho a la vivienda. Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B. 13 de febrero de 2009, núm. 152-1. IX Legislatura.
 - Proposición de Ley sobre el contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés. Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG. Congreso de los Diputados. 23 de abril de 2010, núm. 238-1. IX Legislatura.
 - Proposición de Ley sobre modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, 18 de marzo de 2011, núm. 308-1.
 - Proposición de Ley por la que se reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en materia de ejecución hipotecaria. Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, 11 de marzo de 2011, núm. 306-1. IX Legislatura.
 - De modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOCG. Senado. Serie III A. 2 de junio de 2010, núm. 22 (a). IX Legislatura.
 - Proposición de Ley de medidas urgentes en materia de ejecución hipotecaria. Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, 27 de junio de 2011, núm. 322-1. IX Legislatura.
 - Proposición de Ley relativa a la dación en pago y la protección de las personas físicas insolventes. Presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, 27 de diciembre de 2011, núm. 11-1. X Legislatura.
 - Proposición de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Presentada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, 20 de julio de 2012, núm. 86-1. X Legislatura.
 - Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante los procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual. Presentada por el Parlamento de Cataluña. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, 7 de septiembre de 2012, núm. 93-1. X Legislatura.
 - Proposición de Ley de medidas contra el desahucio, el sobreendeudamiento y la insolvencia. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, 31 de octubre de 2012, núm. 98-1.
 - Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual. Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió). BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, 23 de noviembre de 2012, núm. 100-1. X Legislatura.

1. ¿RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS?

En cuanto al problema existente y que dio lugar a la STJUE, de 14 de marzo de 2013, de la imposibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la reforma propuesta *supondría la posibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas (pero solo limitadamente, en cuanto incidan directamente en la ejecución). Ahora bien, en relación a la STJUE, de 14 de junio de 2012, y su posible aplicación a los procesos de ejecución hipotecaria y en relación a la doctrina sentada por la STJUE, de 14 de marzo de 2013, en cuanto a los criterios para apreciar la existencia de cláusulas abusivas, a mi juicio, la nueva normativa no resolvería el problema de los intereses moratorios abusivos ni daría cumplimiento a la jurisprudencia comunitaria, ni por tanto, al Derecho comunitario en la materia.*

En concreto, para los nuevos procedimientos que se inicien tras la entrada en vigor de la norma, en el artículo 695 LEC, relativo a las causas de oposición en la ejecución hipotecaria, se añade la posibilidad de plantear oposición por el carácter abusivo de una cláusula contractual que *constituya el fundamento de la ejecución* (por ejemplo, hay una cláusula de vencimiento anticipado en el contrato que es abusiva y permite reclamar la totalidad del capital prestado y pendiente de pago) o bien una cláusula abusiva que hubiese determinado la cantidad exigible (cláusula suelo, cláusula de interés moratorio, etc.). La oposición por cláusulas abusivas se limita a aquellas que tienen relevancia directa en la propia ejecución hipotecaria planteada.

Formulada la oposición, se suspende la ejecución, y el Tribunal resuelve en forma de auto. Si se estima que la cláusula contractual denunciada que *fundamentaba la ejecución es abusiva, se acuerda el sobreseimiento del procedimiento.*

Si la cláusula abusiva determinaba la cantidad exigible, el juez resuelve *lo procedente y en todo caso, el procedimiento continuaría sin la aplicación de dicha cláusula.* La alegación de cláusulas abusivas parece que sí se ha resuelto, en la medida en que todas las que condicionen la ejecución y la cantidad reclamada en la misma, entiendo que podrán ser alegadas.

Pero, ¿se va a eliminar la cláusula que establecía un interés moratorio abusivo o se la va a modificar? En mi opinión, que someto a cualquier otra mejor fundada en derecho, habría que eliminar dicha cláusula, lo que estaría en línea con la STJUE, de 14 de junio de 2012, que para un procedimiento monitorio, como hemos explicado antes, entendió que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 exige *suprimir la cláusula abusiva de modo que no se aplique interés moratorio alguno*, pues si se integrase el contrato, modificando el contenido de la cláusula declarada nula, *se evitaría el efecto disuasorio para el profesional que la supresión de la cláusula tiene.* A mi juicio esta doctrina es trasladable, *mutatis mutandi*, al procedimiento de ejecución hipotecaria. Así lo ha entendido el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia, número 13 de Málaga, de 20 de noviembre de 2012, a que se hizo antes mención. Sin embargo, la norma proyectada parecería querer impedir la aplicación de esta doctrina.

La Ley proyectada establecería un límite a los intereses moratorios abusivos de tres veces el interés legal del dinero (nuevo art. 114 de la LH). Lo establecería para el futuro, pero en las disposiciones transitorias se prevería también *la aplicación de este límite a los intereses previstos en préstamos constituidos antes de la entrada en vigor de la norma, y que se devenguen con posterioridad o que se hayan devengado antes de la entrada en vigor y no hayan sido satisfechos, dándose simplemente un plazo de diez días en los procedimientos de ejecución actualmente*

en curso para que se recalcule la cantidad exigida por intereses moratorios, si ya pasó el momento de la oposición a la ejecución. Es evidente que si esto se prevé [el recálculo] para los procedimientos en curso, para los que se inicien tras la entrada en vigor de la norma, aunque pueda ya formularse oposición por interés moratorio abusivo, se aplicará la misma solución *de modificar el interés y no la eliminación de la cláusula.* Es más, al limitar por ley el interés moratorio a *tres veces el interés legal del dinero con efectos retroactivos*, se impediría o dificultaría igualmente la aplicación analógica del límite previsto en el artículo 20 de la Ley de Crédito al consumo, más favorable al deudor; y al que hemos visto que recurría la Jurisprudencia [2,5 veces el interés legal del dinero], o la aplicación supletoria simplemente del interés legal (derecho dispositivo aplicable en caso de inexistencia de la cláusula de interés de demora, según el artículo 1108 del Código Civil, al que remite la STJUE, de 14 de marzo de 2013, según hemos explicado antes). *Soluciones, todas ellas, más favorables que la aparentemente adoptada.*

Podemos preguntarnos también qué pasará con los procedimientos de ejecución hipotecaria que están en curso al entrar en vigor esta norma y en los que ya ha pasado el plazo de oposición. La Ley concede un plazo de un mes para formular un incidente *extraordinario de oposición* basado en la existencia de cláusulas abusivas (que no se refieran al interés moratorio, pues para ello se prevería lo dicho antes: plazo de diez días para *recalcular el interés*). Podrían referirse a un pacto de vencimiento anticipado abusivo: por ejemplo, se inició la ejecución por dejar de pagar una o dos mensualidades. Según la ley el pacto de vencimiento anticipado sólo es válido cuando se han dejado de pagar tres mensualidades o cantidades equivalentes a tres mensualidades. Como esta reforma del pacto de vencimiento anticipado *es aplicable retroactivamente y se aplica a los procesos en curso, tal alegación podría prosperar. Pero pueden existir otros pactos de vencimiento anticipado que no sean el descrito que también sean abusivos, aunque no estén tipificados legalmente. También ellos deberían ser apreciados por el juzgador.*

Este plazo de un mes se computa desde el día siguiente a la entrada en vigor de la ley y la formulación del incidente de oposición suspenderá el proceso hasta resolver el incidente.

Si ya el procedimiento de ejecución hipotecaria hubiera culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente y lanzamiento del deudor, no se podrá plantear la oposición en la ejecución hipotecaria por cláusulas abusivas. Pero sí se podría plantear en la ejecución ordinaria posterior que se dirija sobre todo el patrimonio del deudor y de sus fiadores por la cantidad no satisfecha en la ejecución hipotecaria, o podría abrirse un declarativo ordinario para obtener una indemnización.

2. EL PROBLEMA DE LA DEUDA REMANENTE TRAS LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Era fenómeno habitual en las subastas la no concurrencia de postores, y por lo tanto que el banco se adjudicaba la vivienda, esto es, la compraba, a cambio de extinguir parte del crédito. La LEC indicaba, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 8/2011 y la Ley 37/2011, que el banco podía adjudicarse el bien por cantidad *igual o superior al 60 por 100 del valor en que lo tasó inicialmente.* De modo que el deudor continuaba debiendo, tras perder su vivienda, capital, intereses remuneratorios, intereses moratorios, y costas, deducido ese importe nominal de la adjudicación, pudiendo ser esa deuda remanente superior al capital

que se le concedió como préstamo (por el incremento que en la deuda suponían los intereses de demora y las costas del procedimiento).

El nuevo texto prevé que si se trata de vivienda habitual, la adjudicación al acreedor se hará por importe *igual al 70 por 100 del valor de tasación inicial* o bien si la cantidad que se le debe es *inferior a ese porcentaje, por el 60 por 100*. Esto último puede suponer que si el valor de tasación era 100, y la deuda 30, como la adjudicación debe producirse por el 60 por 100, el acreedor deberá entregar en metálico 30 al deudor. Esta última medida es una mejora importante, pero ya estaba contemplada a raíz del Real Decreto-ley 8/2011. Ahora bien, si la deuda es superior al 60 por 100 e inferior al 70 por 100 del valor de tasación sigue habiendo remanente insatisfecho, porque se prevé adjudicación por el 60 por 100 para tal caso (¿y por qué no, nos preguntamos, por el importe de la deuda, *por lo menos*, para que quede totalmente extinguida?). Igualmente queda remanente pendiente, si la deuda es superior al 70 por 100 del valor de tasación inicial, en cuyo caso la adjudicación se produce, parece que imperativamente, por el 70 por 100. Es cierto que la norma eleva el porcentaje de adjudicación y lo aproxima más a lo que sería el valor actual de mercado del inmueble. Pero con esta dicción legal, el legislador impide aplicar (o por lo menos, dificulta) la aplicación de la doctrina jurisprudencial que moderaba la responsabilidad patrimonial del deudor por la vía de entender que la adjudicación del bien se producía por el 100 por 100 del valor de tasación inicial si el importe de la deuda total excedía de dicho porcentaje, al no poder fijar unilateralmente el acreedor el precio de adjudicación. Esta solución, que explicamos en otros trabajos²⁹, unida a la nueva posibilidad abierta por la STJUE, de 14 de junio de 2012, de eliminación de la cláusula de interés moratorio abusivo, *sin integración de la misma*, pienso que dejaría al deudor hipotecario en una situación mucho más ventajosa que la resultante del nuevo texto legal propuesto. La pregunta que cabe formularse, entonces, es si realmente estamos ante una mejora legislativa, cuando el uso de medios legales que el ordenamiento pone al alcance del juzgador permitiría obtener para el deudor hipotecario soluciones mucho más ventajosas que las que propone la reforma legislativa.

Continuando con el análisis del texto propuesto, si con la adjudicación del bien, no se satisface íntegramente la cantidad por la que se hubiese despachado la ejecución, más los intereses y costas devengados durante la ejecución, con ese importe nominal de la adjudicación se entenderían pagados, por este orden, primero, los intereses remuneratorios, *luego el principal*, después los intereses moratorios y luego las costas. Con esta norma que modifica el Código Civil, se evita que primero se entiendan pagados los intereses (que es la regla que fija el CC) y luego, si es posible, el capital.

Esta regla del Código Civil [en la imputación de pagos no cabe imputar el pago al capital mientras existan intereses devengados por aquel pendientes (art. 1173 CC)] hacía que al seguir el capital pendiente de pago, totalmente o en una buena proporción, *siguiere devengando intereses moratorios en una espiral sin fin. Esta solución es más razonable, aunque se ve mermada por lo que diremos después*.

Terminada la ejecución hipotecaria, y no satisfecha toda la deuda, se puede pedir un nuevo despacho de ejecución contra el deudor y sus fiadores, sobre sus

²⁹ JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013.

patrimonios personales. Incluso, si el deudor puede beneficiarse de la suspensión del lanzamiento y continuar viviendo en el inmueble que ya es propiedad de la entidad crediticia, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad. Ahora bien, esa ejecución se ajusta a unas nuevas especialidades.

Se concede una *segunda oportunidad* al deudor en los siguientes términos: una condonación o perdón parcial de su deuda, si se dan los siguientes requisitos:

- Si en los cinco años posteriores a la adjudicación al acreedor, abona el deudor el 65 por 100 de la deuda pendiente, queda liberado. Pero la deuda pendiente va *generando un interés moratorio hasta el momento de pago total igual al interés legal del dinero (y un interés de un 2 por 100 en el caso de los deudores especialmente vulnerables no lanzados)*. Esa deuda pendiente, *puede estar integrada exclusivamente por los intereses moratorios y costas devengados hasta la adjudicación en pago, por haberse pagado todo el capital según la nueva regla de imputación de pagos. ¿Por qué debería en tal caso devengar un interés legal (anatocismo) según permite el nuevo artículo 114 LH en relación con el artículo 579 LEC nuevo?*³⁰ ¿No eliminaría esto buena parte de la virtualidad de la alteración de la regla de imputación de pagos?

³⁰ Artículo 4 de la Proposición de ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social:

«La Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, queda modificada como sigue:

Uno. Se añade un párrafo al artículo 114, que queda redactado del siguiente modo:

“Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC”.

Artículo 8 de la Proposición de Ley:

“La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada como sigue:

...Cinco: El artículo 579 queda redactado del siguiente modo:

Artículo 579: Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados:

1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.
2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:
 - a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, el 65 por 100 de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento de pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por 100 dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por 100 dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la

- Si en los diez años posteriores satisface el 80 por 100 de la cantidad pendiente con los intereses moratorios calculados según lo dicho antes.

De no darse tales circunstancias, el acreedor puede reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

La pregunta es si realmente va a poder un deudor hacer frente a estas condiciones.

La segunda especialidad introducida es que si se adjudica el bien al acreedor y en el plazo de diez años desde la adjudicación, se enajena la vivienda, el 50 por 100 de la plusvalía obtenida por la venta se puede aplicar para reducir la deuda que el deudor tenía *en el momento de la enajenación*. Esta norma sí que parece más positiva, pero sólo producirá efectos en caso de enajenación del inmueble. Es posible que las entidades bancarias opten por el arrendamiento de tales bienes, máxime, cuando se está tramitando un Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que como su nombre indica fortalece la posición de los arrendadores, y disminuye el carácter tuitivo de la norma arrendaticia hacia el arrendatario³¹.

totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

- b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación a favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por 100 de la plusvalía obtenida en la venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior».

³¹ Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, 7 de septiembre de 2012, núm. 21-1. X Legislatura.

Hoy, 15 de abril, fecha en que concluía este trabajo, ha sido publicada en el BOE la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Según ha publicado el *Diario La Ley*, núm. 8082, Sección «Hoy es Noticia», de 14 de mayo de 2013, «se amplía de cinco a quince días el plazo con el que cuenta el juez para dar audiencia al acreedor y al deudor cuando se detecta la existencia de cláusulas abusivas.

El Gobierno va a ampliar los plazos con los que cuentan jueces y secretarios judiciales para recibir en audiencia a los afectados por ejecuciones hipotecarias, además de ampliar a los fiadores la protección que la nueva Ley Antidesahucios prevé para los avalistas hipotecarios.

Así consta en una de las enmiendas que el PP ha presentado en el Congreso al proyecto de Ley de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, a las que ha tenido acceso Europa Press. De esta manera, el grupo mayoritario propone modificar una norma que fue aprobada de forma definitiva en el Senado hace apenas una semana y a la que no quiso incorporar ninguna enmienda de las propuestas por la oposición en toda la tramitación parlamentaria.

Ahora, los “populares” proponen la modificación de varios puntos de la Ley Antidesahucios. En concreto, piden ampliar de cinco a quince días el plazo con el que cuenta el juez para

dar audiencia al acreedor y al deudor cuando se detecta la existencia de cláusulas abusivas. Asimismo, se prevé que el plazo para tomar una decisión será de cinco días hábiles, y no naturales como recogía la norma.

En el mismo sentido se amplía también de cuatro a quince días el plazo con el que contarán los secretarios judiciales para suspender una ejecución hipotecaria y convocar a las partes tras formularse oposición por parte del deudor.

Por otra parte, los “populares” recogen en su enmienda la previsión de que las medidas de protección incluidas en la ley se apliquen tanto a los avalistas hipotecarios como a los fiadores, siempre que lo sean del deudor principal, precisión que hasta ahora no hacía la normativa.

Además, se incluye una modificación del artículo de la Ley Antidesahucios en la que se encomienda al Gobierno la creación de un fondo social de viviendas con el objetivo de estipular que podrán acceder a esta opción las víctimas de desahucio que cumplan las condiciones previstas para acogerse a la moratoria. Esta previsión había sido eliminada del texto por el PP con el objetivo de que se pudiera ampliar el umbral de aplicación de la medida.

No obstante, en un texto acordado en el Congreso en el último momento con UPN, se recogía la previsión de que, seis meses después de la entrada en vigor de la ley, se valoraría la posibilidad de ampliar la cobertura de este fondo si aún quedaran viviendas disponibles» (Fuente, Europa Press).

También hoy mismo hemos tenido conocimiento de las Conclusiones del Encuentro «Jornada sobre las repercusiones de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Especial referencia al régimen transitorio», celebrado en el Servicio de Formación Continua, dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del TS, don Juan Antonio XIOL y moderada por los Vocales del CGPJ, don Manuel ALMENAR y don Ramón CAMP. Dichas conclusiones son las siguientes:

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

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

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

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

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

6. Para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual se atenderá, además de a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato y a las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, a las demás cláusulas del contrato y a los parámetros contenidos en las normas de derecho interno en relación con situaciones similares a la que se plantea. En particular, se atenderá a los parámetros recogidos en la proposición de ley sometida hoy a la aprobación del Senado.

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

- En cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se contempla en el nuevo artículo 114 LH.
- En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que

deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula.

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

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

- *En el caso de las cláusulas de intereses de demora, la nulidad comportará la expulsión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (intereses del art. 1108 CC) o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria (interés del nuevo art. 114 LH).*
- *En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, la declaración de nulidad determinará la aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia de resolución contractual (arts. 1124 y 1129 CC), sin que proceda despachar ejecución.*

9. El deber de los tribunales españoles consistente en el control de oficio de las cláusulas abusivas incluidas en contratos con consumidores, tiene especial relevancia en el proceso de ejecución y en el juicio monitorio. Por exigencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hay que acomodar los trámites procesales al efectivo control por parte del juez de los derechos del consumidor.

10. En el procedimiento de ejecución el control de oficio debe, de entrada, ejercitarse en la fase de admisión de la demanda, siguiendo la pauta contenida en la proyectada reforma del artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El juez, si advierte que el título ejecutivo contiene alguna cláusula abusiva, deberá ponerlo en conocimiento de las partes y darles una audiencia de cinco días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, sin necesidad de abrir ningún incidente. El juez, si aprecia el carácter abusivo de alguna de las cláusulas, determinará las consecuencias de ello y declarará, bien la denegación de la ejecución bien el despacho de la misma sin aplicación de aquellas cláusulas que estime abusivas. Frente al auto despachando ejecución sin aplicar la cláusula abusiva cabrá recurso de apelación, respecto de la denegación parcial del despacho de ejecución.

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

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

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

11. En el proceso monitorio, sin perjuicio de las competencias del secretario judicial, corresponde al juez el examen del carácter abusivo de una cláusula incluida en el documento que sustente la reclamación del crédito. Este examen se realizará en la fase de admisión de la solicitud. Si el juez considera que la cláusula puede ser abusiva lo pondrá en conocimiento del solicitante, especificando la cláusula afectada y le concederá un plazo de cinco días para formular alegaciones. Si como consecuencia de la apreciación de la cláusula abusiva procediera la reclamación por una cantidad inferior a la inicial, se procederá conforme establece el artículo 815.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

IV. CONCLUSIONES

1. Las SSTJUE, de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, han supuesto un avance importante en la protección de los deudores hipotecarios frente a cláusulas abusivas, y frente al automatismo del procedimiento de ejecución hipotecaria, que de ser un procedimiento *pro creditore*, se configurará ahora como un procedimiento de ejecución más equilibrado.
2. Ello supondrá un reforzamiento del papel de los notarios y registradores en el control de las cláusulas abusivas en la medida en que interesa tanto a deudor como a acreedor que el título ejecutivo inscrito llegue depurado al procedimiento de ejecución.
3. La diversidad de resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación de las dos sentencias del TJUE antedichas, parece que hacía necesaria una intervención del legislador.
4. Existe la duda de si realmente tal intervención legislativa supondrá una verdadera mejora de la situación de los deudores hipotecarios, en la medida en que otros mecanismos legales al alcance de los órganos judiciales, permitían interpretaciones del ordenamiento jurídico vigente que, en una primera aproximación, parecían proporcionar al deudor hipotecario soluciones más ventajosas que las propuestas en el texto presentado por el Grupo Parlamentario Popular a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso (proposición de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social), texto que en la fecha de culminación de este trabajo se publicó en el *BOE* como la Ley de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y cuya reforma ya se prevé a través de las *enmiendas que el Grupo Popular ha presentado en el Congreso al proyecto de Ley de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, 15.^a ed. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002.
- BALLUGUERA GÓMEZ, C.: «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE, de 14 de marzo de 2013», en *Diario La Ley*, núm. 8078, Sección Documento on-line, 8 de mayo de 2013.
- BUSTO LAGO: «El control registral de las condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, septiembre-octubre, 2001.
- CABALLERO GEA, J. A.: *Hipotecas. Contratos bancarios. Intereses. Ejecución hipotecaria judicial. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y de la DGRN*. Ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- CONCLUSIONES DEL ENCUENTRO «JORNADA SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN TRANSITORIO», celebrado en el Servicio de Formación Continua, dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del TS, don Juan Antonio XIOL y moderada por los Vocales del CGPJ, don Manuel ALMENAR y don Ramón CAMP.

- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*. Defensor del Pueblo, Madrid, 2012.
- DIARIO LA LEY, número 7985, Sección *Hoy es Noticia*, 17 de diciembre de 2012.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Calificación registral e inscripción de cláusulas de préstamos hipotecarios conforme a la Ley 41/2007 y la Doctrina de la DGRN», en *Libro Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (2010).
- «Desahucios y mercado hipotecario», en *Expansión*, viernes 18 de enero de 2013.
- «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN Y REFORMA PROCESAL DE LOS PROCESOS CIVILES: *Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles*.
- KOKOTT, J.: *Conclusiones de la Abogada General del TJUE sobre el sistema hipotecario español* [asunto C415/11, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)].
- MIQUEL, J. M.^a: «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», en *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2010.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J.: *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2000.
- JUECES DECANOS DE ESPAÑA: *Conclusiones de los jueces decanos sobre la Ley Hipotecaria*.
- JUECES PARA LA DEMOCRACIA: *Boletín de la Comisión de Privado*, 4.º trimestre de 2012.
- REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 735, enero-febrero de 2013. Número monográfico relativo a la Dación en Pago.
- SALAS CARCELLER, A. (coord.): *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*. Editorial Aranzadi, S. A., 1.ª ed. Cizur Menor, 2012.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: «Calificación registral e inscripción de cláusulas de préstamos hipotecarios conforme a la Ley 41/2007 y la Doctrina de la DGRN», en *Libro Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, 2010, págs. 577 a 651.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a E.: «Capítulo 5.º El reto de la protección de los particulares ante la crisis», en *El Derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*. Andrés M. GONZÁLEZ SANFIEL (dir.). Ed. Atelier, Barcelona, 2013.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 26 de octubre de 2006.
- STJUE de 4 de junio de 2009.
- STJUE de 21 de octubre de 2010.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 21 de febrero de 2013.
- STC de 10 de febrero de 1992.
- Declaración del Pleno del TC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.
- STS de 16 de mayo de 2000.
- STS de 30 de abril de 2002.
- STS de 30 de noviembre de 2002.
- STS de 7 de mayo de 2003.
- STS de 3 de febrero de 2005.
- STS de 21 de julio de 2005.
- STS de 4 de noviembre de 2005.

- STS de 28 de mayo de 2008 (Sala 3.^a).
- STS de 16 de diciembre de 2009.
- STS de 23 de septiembre de 2010.
- STS de 18 de junio de 2012.
- STS de 9 de mayo de 2013.
- SAP de Valladolid (Sección 3.^a), de 22 de febrero de 2011.
- SAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 7 de octubre de 2011.
- SAP de Madrid (Sección 21.^a), de 5 de marzo de 2012.
- SAP de Burgos (Sección 3.^a), de 23 de marzo de 2012.
- SAP de Valencia (Sección 7.^a), de 20 de abril de 2012.
- AAP de Barcelona (Sección 17.^a), de 24 de mayo de 2004.
- AAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 2 de marzo de 2005.
- AAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 9 de noviembre de 2006.
- AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 24 de julio de 2007.
- AAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 29 de noviembre de 2010.
- AAP de Tarragona (Sección 1.^a) de 10 de julio de 2012.
- AAP de Girona (Sección 2.^a), de 12 de enero de 2011.
- AAP de Tarragona (Sección 3.^a), de 20 de abril de 2012.
- AAP de Barcelona (Sección 4.^a), de 12 de julio de 2012.
- AAP de Burgos (Sección 2.^a), de 10 de abril de 2013.
- AJI, número 2 de Sabadell, de 21 de enero de 2010.
- AJI, número 13 de Málaga, de 20 de noviembre de 2012.
- AJI, número 12 de Valladolid, de 24 de abril de 2013.
- AJMer, número 3 de Barcelona, de 19 de julio de 2011.
- Acuerdo de la AP de Girona, de 30 de septiembre de 2005.
- Acuerdo de la AP de Girona, de 14 de septiembre de 2009.
- Acuerdo del Pleno de la AP de Madrid, de 4 de marzo de 2012.
- Acuerdo de la Junta de Jueces de 1.^a Instancia de Barcelona, de 4 de abril de 2013.
- Acuerdo de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia.
- RDGRN de 19 de abril de 2006.
- RDGRN de 24 de julio de 2008.
- RDGRN de 1 de octubre de 2010.
- RDGRN de 4 de noviembre de 2010.
- RDGRN de 21 de diciembre de 2010.
- RDGRN de 11 de enero de 2011.

RESUMEN

*EJECUCIÓN HIPOTECARIA.
CLÁUSULAS ABUSIVAS.
SSTJUE DE 14 DE JUNIO DE 2012
Y 14 DE MARZO DE 2013*

En el presente trabajo la autora ofrece una panorámica general de la legislación relativa al préstamo hipotecario y al mercado hipotecario existente en España antes y después del estallido de la burbu-

ABSTRACT

*MORTGAGE FORECLOSURE.
ABUSIVE CLAUSES.
EUROPEAN COURT OF JUSTICE
JUDGMENTS OF 14 JUNE 2012
AND 14 MARCH 2013*

In this paper the author offers a general overview of Spanish legislation on mortgage loans and the mortgage market before and after the real estate

ja inmobiliaria. Igualmente, analiza las recientes sentencias del TJUE, de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013, y la discrepante jurisprudencia surgida con posterioridad a las mismas, ante la necesidad imperiosa para los órganos judiciales de dar cumplimiento al principio de efectividad comunitario en relación con la Directiva 93/13 de protección de consumidores y usuarios. También estudia diversos documentos no jurisdiccionales procedentes de órganos del poder judicial o de grupos de trabajo integrados por jueces, que recogen propuestas de reforma o propuestas interpretativas ante la inminente publicación de la Ley de 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Finalmente, la autora analiza el texto propuesto por el Grupo Parlamentario Popular que ha dado lugar a dicha Ley, con el propósito de determinar si da cumplimiento o no a las directrices marcadas por la jurisprudencia comunitaria en torno al procedimiento de ejecución hipotecaria y en torno a las cláusulas de intereses moratorios abusivos, así como si supone una mejora global real o no en la protección del deudor hipotecario. Se destaca igualmente, el importante papel de notarios y registradores en la depuración de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, papel reforzado tras los últimos pronunciamientos del TJUE.

bubble burst. The author also examines the recent judgments of the European Court of Justice of 14 June 2012 and 14 March 2013 and the discrepant case-law that has arisen in their wake, given the compelling need for judiciary authorities to enforce the EC rule of effectiveness in connection with Directive 93/13 on consumer protection. The author then goes on to examine various non-judiciary documents from judiciary bodies and judges' working groups containing proposals for reform or interpretation in view of the imminent publication of Spanish Act 1/2013 of 14 May on measures to reinforce the protection of mortgage borrowers, restructuring of debt and public rentals. Lastly, the author looks into the text proposed by the Popular Parliamentary Group that gave rise to the act, to determine whether or not it complies with the guidelines set by EC case-law on the mortgage foreclosure procedure and on abusive clauses on interest on late payment, and to determine whether or not it affords a real overall improvement of protection for mortgage borrowers. The author notes the important role played by notaries and registrars in the elimination of abusive clauses from mortgage loans; this role has been strengthened by the latest pronouncements from the European Court of Justice.