

Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas

(A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa*)

por

EDUARDO ESTRADA ALONSO¹
IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN²

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SUPUESTO DE HECHO.
- III. CUESTIONES PREJUDICIALES FORMULADAS AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN.
- IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ASPECTOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA SUSCITADO.
- V. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: EL MERO CARÁCTER CASUÍSTICO DE SU ANÁLISIS EN LAS CONCLUSIONES PRESENTADAS:
 1. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.
 2. INTERESES DE DEMORA ABUSIVOS.
 3. DETERMINACIÓN UNILATERAL DEL IMPORTE DE LA DEUDA DERIVADA DEL CONTRATO.
- VI. CONSIDERACIONES FINALES: INCIDENCIA DE LAS CONCLUSIONES EN EL RÉGIMEN ACTUAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL.

¹ Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo. Abogado.

² Doctorando del Área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo (Fundación para el Fomento en Asturias de la Investigación Científica Aplicada y la Tecnología —FICYT—). Abogado.

I. INTRODUCCIÓN

La alarma social derivada de los desahucios que se producen en el marco de los procedimientos de ejecución hipotecaria por las entidades financieras ha desatado una cascada de opiniones (no exentas, muchas de ellas, de una importante dosis de engaño o argucia política), sobre los posibles instrumentos jurídicos utilizables para remediar su carácter expeditivo, dada la drástica limitación por parte de los artículos 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de los motivos de oposición que puede esgrimir el ejecutado.

Antídotos que parecen recomendarse sólo para el caso de aquellas ejecuciones hipotecarias llevadas a cabo por parte de entidades de crédito, como si los particulares no fuéramos titulares del derecho de hipoteca o no tuviéramos invertidos nuestros ahorros en las citadas entidades y por tanto no estuviéramos interesados en la seguridad del cobro del crédito o no fuéramos sospechosos de cometer abusos a la hora de formalizar el título.

En todo caso, lo que está claro es que en esta sempiterna polémica se vienen confrontando desde antaño dos intereses contrapuestos, cuales son la seguridad del crédito, frente a la protección social del desahuciado. Posiciones antagónicas que, vaya por delante, sería un error tratar de resolver en el marco de la legislación en materia de ejecución hipotecaria, encontrando mejor acomodo en soluciones de política social tendentes a procurar algún tipo de alojamiento a los ejecutados tras el lanzamiento³.

Quizás uno de los argumentos más tradicionalmente utilizado en pro de la reforma de nuestro actual ordenamiento hipotecario (tanto jurídico-sustantivo como procesal) y a favor del sujeto desahuciado, haya sido el de la vetustez de la Ley Hipotecaria (LH), cuando lo cierto es que actualmente la ejecución hipotecaria se encuentra regulada en la LEC, y en consecuencia, resulta obvio que no contamos con una regulación en la materia tan «mayor», sino, más bien, bastante reciente. Y ello aunque, como se tendrá la ocasión de reseñar más adelante, la LEC no haya supuesto una reforma significativa de nuestra legislación precedente en materia de ejecuciones hipotecarias.

La LH, y su desarrollo procesal en la LEC, defiende adecuadamente la seguridad del crédito hipotecario y el conjunto de intereses a él adyacentes. Tratar de corregirla en su seno con prerrogativas a favor de los propietarios desahuciados solo haría empeorar la posición prevalente que debe mantener

³ Tal es el caso de Francia, país en el cual recientemente se ha puesto en marcha una iniciativa por parte de la Ministra de Vivienda *Cécile Duflot*, consistente en la ocupación temporal o «requisa» de las viviendas desocupadas pertenecientes a entidades financieras en beneficio de las personas que carecen de hogar y se encuentran en situaciones extremas. En nuestro país, en una línea similar, se ha firmado en el mes de enero el convenio para el Fondo Social de Viviendas en Alquiler, cuya información completa, incluido el propio convenio, puede encontrarse en la página web del Ministerio de Economía y Competitividad.

quien concede crédito⁴. Optar por la posición contraria no haría más que contraer la concesión de crédito, ya de por sí suficientemente descalabrada en el momento actual.

De modo que, a nuestro juicio, en el seno de la ejecución hipotecaria, no se pueden ofrecer vanas esperanzas que obligarían a una modificación del tenor legal de los artículos 695 y siguientes de la LEC, toda vez que el cambio operado sería, muy probablemente, del todo punto contraproducente en el momento económico actual.

Son muchos los operadores jurídicos que a lo largo de los últimos meses han intentado justificar, en un loable intento por acabar con el drama social actual, sus consejos en orden a la paralización de los desahucios en las conclusiones de la Abogado General *Juliane Kokott* presentadas el 8 de noviembre de 2012 en el asunto *Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa*, referentes a la conformidad o disconformidad de la normativa española en materia de ejecución hipotecaria con la normativa comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, materializada, fundamentalmente, en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993⁵.

Sin embargo, lo primero que se ha que aclarar es que estas conclusiones no permiten vislumbrar una solución u opción procesal razonable y adecuada que permita al desahuciado oponerse al lanzamiento de la vivienda, ni tampoco se erigen en una especie de solución mágica a nuestro actual clima social, político y judicial en lo que hace a las ejecuciones hipotecarias que día a día privan a multitud de familias españolas de su hogar.

Debe pues insistirse, y *ab initio*, que por más que sean muchas las manifestaciones contrarias a la actual configuración de nuestro régimen jurídico de

⁴ Entendiendo por posición prevalente el otorgamiento al acreedor de toda una serie de mecanismos que de forma expeditiva y eficaz le permitan asegurar lo más rápido posible, y fruto del incumplimiento previo por parte del deudor de sus obligaciones esenciales, consistentes en el abono de las cuotas mensuales correspondientes a los distintos vencimientos pactados, la recuperación del crédito inicialmente concedido, bien sea en especie (adjudicación del inmueble objeto de cobertura hipotecaria) bien en dinero (fruto del importe obtenido tras la realización del bien adquirido en subasta por un tercero). Precisamente esta posición prevalente del acreedor hipotecario es la que justifica y se erige en la base de un sistema procesal como el español, que tan limitadamente permite la oposición del deudor una vez iniciada la ejecución.

⁵ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 95, pág. 29. Directiva que ha sido alterada recientemente por la 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 304, pág. 64). No obstante lo cual, y como se encarga de precisar la Abogado General en su nota 2, debe tenerse presente que las referidas modificaciones operadas en la Directiva 93/13 no introducen ninguna novedad relevante a efectos del objeto del análisis de la cuestión planteada en el asunto que aquí se comenta y sobre el que la señora *Kokott* presentó sus conclusiones.

ejecución que se basan en las conclusiones de *Juliane Kokott* para intentar dar al traste con los artículos 695 y siguientes de la LEC, lo cierto es que tales conclusiones no ofrecen ninguna fórmula procesal concreta para oponerse a la ejecución hipotecaria española, tal como está configurada legalmente, siendo muy limitada su virtualidad práctica, dado el estado actual de la cuestión. Y ello porque, entre otras razones, la Abogado General no entiende que la ejecución hipotecaria española, en sí misma, como se expondrá detenidamente, sea contraria a la Directiva 93/13 y, también, porque no es España el único país europeo en el que el procedimiento de ejecución hipotecaria reviste un carácter tan expeditivo.

Hemos de adelantar asimismo que, partiendo de las cuestiones abordadas en las conclusiones presentadas por *Juliane Kokott*, en el presente artículo se analizan algunas cuestiones tradicionalmente controvertidas en materia de préstamos hipotecarios, que han suscitado, y suscitan, un gran interés⁶.

Pese a ello, nuestra finalidad queda delimitada al análisis de la interrelación existente entre la concurrencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario y las posibilidades que, en el transcurso de la ejecución hipotecaria, se dan para esgrimirlas como defensa del ejecutado, así como la virtualidad práctica de invocar alegaciones de esta naturaleza.

Por ello, es importante situar en sus justos términos las conclusiones de la Abogado General *Juliane Kokott* para aclarar que en ellas no se puede basar la suspensión del lanzamiento que se deriva de la ejecución hipotecaria, ni son aprovechables en cuanto que resulta discutible que, caso de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acoga finalmente la tesis en ellas expuesta, constituyan un antecedente que pueda dar como resultado la exigencia al Estado Español de modificar los artículos 695 y siguientes de la LEC. Menos aún, tampoco van a dar pie, como algunos han dicho en los medios de comunicación, a que una futura sentencia del TJUE pudiera obligar a España a declarar la nulidad de todos los desahucios llevados a cabo por los tribunales españoles a lo largo de estos, tristes, meses pasados.

No puede obviarse el hecho de que las ensalzadas cláusulas abusivas se presentarán en algunos casos y en otros no, de tal manera que no puede pretenderse que la cuestión tratada por la Abogado General *Kokott* y sobre la que el TJUE se tiene aún que pronunciar, se erija como una solución a las demandas sociales en materia de desahucios y ejecuciones hipotecarias, a diferencia de otras opciones como es la de la dación en pago no exenta de inconvenientes a la hora de conceder crédito.

⁶ Concretamente las referentes a las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de alguna de las cuotas de devolución pactadas, intereses moratorios o de demora y determinación unilateral del importe de la deuda por la entidad financiera para el caso de incumplimiento y consiguiente inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria.

De ahí que ninguna duda cabe sobre que no es esta línea argumental un «salvavidas» al que confiarse en medio de la tormenta que está cayendo, y fruto de la cual cientos de miles de familias pierden su vivienda cada año, a diferencia de la sensación que transmiten los medios de comunicación y tertulianos radiotelevisivos que se han ocupado de difundir la opinión vertida en las conclusiones aquí estudiadas, o incluso el propio Consejo General de la Abogacía Española y su presidente Carlos Carnicer.

Y así, y aunque sea anticipar algunos razonamientos, en el mejor de los escenarios posibles las referidas conclusiones permitirían que en un procedimiento declarativo simultáneo o posterior a la ejecución hipotecaria que provoca el desahucio se obligara al ejecutante a compensar económicamente por abusos puntuales cometidos en la redacción del título con un efecto puramente parcial, como por lo demás ya permite en la actualidad nuestra normativa vigente.

Las conclusiones expresadas tienen su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, al cual se atribuyó el conocimiento del juicio declarativo posterior a una ejecución hipotecaria, y en el que se cuestiona⁷ la validez, por abusiva, de una de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario firmado entre la entidad financiera *Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa (CatalunyaCaixa)* y el señor *Mohamed Aziz* en julio del año 2007.

A tales efectos, en las páginas que siguen, se expondrán, con cierto determinismo, el supuesto de hecho del asunto, el marco normativo aplicable (tanto comunitario como nacional), los dos aspectos sobre los que versa la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado barcelonés y su correlativa resolución por la Abogado General. Todo ello para, finalmente, sintetizar algunas conclusiones en torno al acierto o desacierto de las conclusiones presentadas por *Juliane Kokott* y las posibles repercusiones que el acogimiento de esta línea argumental por parte del TJUE tendría sobre la práctica española en materia de ejecuciones hipotecarias. Tema particularmente sensible en el actual contexto de crisis económica, en el que diariamente se están llevando a cabo una enorme cantidad de

⁷ Se cuestiona, en presente, por cuanto el procedimiento judicial se encuentra suspendido a día de hoy hasta que el TJUE resuelva la cuestión prejudicial planteada, siendo las conclusiones presentadas por *Juliane Kokott* un antípodo de la que puede ser (aunque no necesariamente) la decisión del Tribunal y a la que, en todo caso habrá que estar para poder arrojar una opinión definitiva en lo referente a la meritada adecuación de la legislación procesal española en materia de ejecución hipotecaria a la normativa comunitaria, cuando media la posible existencia de una cláusula abusiva en el contrato del que dimana la hipoteca correspondiente en garantía de un préstamo. Pese a lo cual, y mientras esperamos con suma expectación, no por ello deja de ser especialmente interesante desmembrar los razonamientos hechos por la Abogado General en las conclusiones presentadas, independientemente de que al final el Tribunal siga o no la línea argumental por la que opta la misma.

tales ejecuciones, y en el que tanto partidos políticos⁸ como la propia judicatura claman por una reforma radical de nuestro sistema legal. Sin olvidar, qué duda cabe, la importantísima movilización social que se ha desplegado en torno a los desahucios, con la finalidad de paralizar, en la medida de lo posible, muchas de tales actuaciones, reclamando a la vez la introducción, en el ordenamiento

⁸ La primera iniciativa legislativa en la materia está representada por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. En la Exposición de Motivos del Real Decreto se señalaba que: «...la situación específica del mercado inmobiliario en España plantea situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago. Frente a esta situación, el Gobierno considera necesario adoptar medidas adicionales de protección para las familias con menores ingresos, así como las reformas necesarias para garantizar que las ejecuciones hipotecarias se realizan sin dar lugar a situaciones abusivas o de malbaratamiento de los bienes afectados; manteniendo plenamente, sin embargo, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario».

A dicho Real Decreto le siguió el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y por medio del cual se implementa el ya archiconocido Código de Buenas Prácticas al que las entidades financieras pueden adherirse voluntariamente (vid., en este sentido, la Resolución de 10 de abril de 2012, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publican las entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. BOE de 12 de abril de 2012).

El último producto legislativo cuya finalidad es evitar, en el ámbito de unos supuestos extremos, el drama social que a día de hoy las ejecuciones hipotecarias suponen en nuestro país es el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, siendo la finalidad de su aprobación, conforme a su Exposición de Motivos: «...la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, el Real Decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas». Sobre este Real Decreto-ley, vid. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7977, Sección Tribuna, 3 de diciembre de 2012.

Sobre la problemática general y propuestas de futuro que se están formulando en materia hipotecaria en el actual contexto de crisis económica, vid. ARRÚÑADA, Benito, «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2012 (núm. 731), págs. 1259 a 1289.

DÍAZ FRAILE, Juan María, «Limitación de la responsabilidad hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto de 2012 (núm. 732), págs. 1845 a 1905.

jurídico español, de la meritada dación en pago como mecanismo liberatorio del préstamo hipotecario suscrito con las respectivas entidades financieras⁹.

II. SUPUESTO DE HECHO

En el apartado III (párrafos 12 y sigs.) de las conclusiones presentadas por *Juliane Kokott* se resumen los hechos que dieron lugar a la ejecución hipotecaria del inmueble por parte de la entidad financiera *CatalunyaCaixa* y así como al posterior juicio declarativo ordinario en el que se discutía la existencia o no de una cláusula abusiva en el contrato firmado por el señor *Aziz*.

De conformidad con el relato fáctico recogido por la Abogado General, en julio de 2007, el señor *Aziz* suscribió con *CatalunyaCaixa* un préstamo hipotecario formalizado en escritura pública por un importe de 138.000 € con la finalidad de cancelar la deuda crediticia que *Aziz* tenía pendiente con otra entidad de crédito por la compra de su vivienda. El bien hipotecado conforme al contrato firmado era la vivienda del señor *Aziz*, tasada en la escritura pública en 194.000 €.

⁹ Y que ha llevado a que hayan empezado a darse resoluciones judiciales que admiten, *contra legem* (dicho sea de paso), la dación en pago como mecanismo liberatorio de la deuda asumida por mor de un contrato de préstamo hipotecario suscrito con una entidad financiera, en respuesta a la demanda social que aboga por tal posibilidad. Situación paroxística que ha dado lugar a que proliferen en los medios de comunicación noticias con titulares como «*Los jueces sorteán la dura ley del desahucio con veredictos vanguardistas*», recogida por el diario *El País* en su edición de 3 de noviembre de 2011, y en la que se hacía un repaso por algunas de las más célebres resoluciones judiciales que en los últimos tiempos han venido proliferando en pro de la dación de pago, basadas en fundamentos jurídicos varios como el abuso de derecho, el fraude de ley o la celeberrima teoría de los actos propios del Derecho Internacional y contra las que no podemos sino reaccionar en sentido contrario, por su falta de rigor (aunque no de buena intención) y su proximidad a tendencias ya superadas como la del uso alternativo del Derecho, ampliamente estudiado en nuestro país y sobre el que pueden verse, entre otros, DE LOURDES SOUZA, María, *El uso alternativo del Derecho, génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Universidad de León, 1999; LÓPEZ CALERA, Nicolás María, SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, D.L. 1978; MENÉNDEZ MORENO, Alejandro, «El uso alternativo del Derecho», en *Lex Nova: La revista*, núm. 62, 2010, págs. 8-9; LASO PRIETO, José María, «Fundamento constitucional del uso alternativo del derecho», en *Revista de Derecho Político*, núm. 1, 1978, págs. 113-125; y, también de LASO PRIETO, «Sobre el uso alternativo del Derecho», en *El Basilisco: Revista de filosofía, ciencias humanas, teoría de la ciencia y de la cultura*, núm. 2, 1978, págs. 107-109.

Como exponentes de dichas resoluciones judiciales, vid., entre otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.^a), de 17 de diciembre de 2010, o el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2.^a), de 16 de septiembre de 2011 (vid., sobre esta última resolución judicial, BELINCHÓN ROMO, María Raquel, «Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago», en la obra colectiva *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 35 a 51).

Las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario contenían las siguientes estipulaciones:

- El periodo de amortización del préstamo se fija en 33 anualidades, mediante 396 cuotas mensuales, computadas a partir del 1 de agosto de 2007 hasta el 31 de julio de 2040.
- El importe de las cuotas mensuales se establece en 701,04 €, siempre y cuando no varíe el interés inicial.
- Respecto a los intereses ordinarios del préstamo debe tenerse presente que: hasta el 30 de enero de 2008 se pacta un tipo fijo del 4,87% nominal anual; desde el día siguiente hasta la amortización del préstamo el tipo de interés nominal pasa a ser variable, determinándose mediante el Euribor incrementando en un 1,10 por 100.
- Conforme a la cláusula 6.^a del contrato, el prestatario incurre en mora automática¹⁰ si deja de pagar a su vencimiento, incluso por vencimiento anticipado, cualquier cantidad debida a la entidad financiera, bien sea en concepto de intereses o de amortización, siendo los intereses de demora liquidables día a día y conforme a un tipo del 18,75 por 100.
- La entidad financiera pueda dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo, y entre otros motivos, cuando venza alguno de los plazos estipulados y el deudor no haya cumplido su obligación de pago de parte del capital o de los intereses del préstamo, acordándose la inscripción de esta causa de vencimiento en el Registro de la Propiedad, para llegado el caso poder reclamar judicialmente el importe íntegro de la deuda (capital más intereses) de conformidad con lo preceptuado en el artículo 693 LEC¹¹.

¹⁰ Por lo tanto sin necesidad de intimación o reclamación alguna efectuadas por parte del acreedor (cfr. art. 1100 CC).

¹¹ Artículo 693 LEC. *Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos:*

1. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro.
Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.
2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.
3. *En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar*

- A tenor de la cláusula 11.^a, la hipoteca cubre el capital prestado (138.000 €), los intereses pactados de una anualidad y los intereses de demora hasta la cantidad máxima de 51.750 €, más otros 13.800 € en previsión de costas y gastos. Y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad personal del prestatario.
- La cláusula 15.^a se refiere a la forma de ejecución judicial de la hipoteca, estableciendo la posibilidad de la entidad financiera de reclamar la deuda tanto por medio de un procedimiento declarativo como por los procedimientos de ejecución ordinaria o hipotecaria, pactándose expresamente que *CatalunyaCaixa* puede determinar la deuda exigible en el caso (entre otros) de ejecución judicial de la hipoteca por medio de la presentación de la escritura de constitución de la hipoteca y de la liquidación de las cantidades pendientes de pago, practicadas en la forma convenida en la escritura para determinar la deuda mediante el certificado oportuno que recoja la cantidad que se exige.

Partiendo de tales condicionantes, a partir del mes de octubre del año 2007, el señor *Aziz* se demoró en el pago de varias mensualidades¹², fruto de lo cual la entidad financiera cargó los intereses de demora acordados contractualmente. Finalmente a partir de finales del año 2008, *Aziz* dejó de pagar las mensualidades de su crédito, lo que desembocó en la aplicación por parte de *CatalunyaCaixa* de la cláusula de vencimiento anticipado del crédito, reclamando, en consecuencia, la totalidad del importe del crédito¹³ (principal más intereses).

el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora *que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.*

Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas *en el párrafo anterior.*

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, y una vez satisfechas estas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

¹² Concretamente las correspondientes a los meses de octubre y diciembre de 2007, y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2008.

¹³ En este sentido, en octubre de 2008, se recoge en las conclusiones de la Abogado General, un representante de la caja de ahorros otorgó ante notario el acta de determinación del saldo pendiente de pago, cuantificándose la deuda conforme a criterios matemático-financieros.

Fruto de lo anterior, en enero de 2009, la entidad financiera comunicó al señor *Aziz* el inicio de acciones judiciales tendentes a exigirle el importe adeudado hasta el 16 de octubre de 2008, más los intereses pactados desde esa fecha hasta el completo pago y otros gastos correspondientes. Acciones judiciales que cristalizaron en el inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria de títulos no judiciales en marzo de 2009, siendo el objeto de la ejecución la vivienda del señor *Aziz* y su familia, ascendiendo las cuotas vencidas no satisfechas, en el momento de interposición de la demanda, a 136.674,02 € en concepto de principal, 90,74 € por intereses vencidos y 41.902,21 € en concepto de intereses y costas.

Dicho procedimiento judicial de ejecución hipotecaria se atribuyó el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Martorell, que requirió judicialmente al señor *Aziz*, y sin resultado, el pago de la deuda.

El señor *Aziz* no compareció en el procedimiento de ejecución hipotecaria ni formuló ningún motivo de oposición a la ejecución, y tampoco se acogió a la posibilidad de liberar el bien y evitar la subasta¹⁴, dictándose, en consecuencia, el 15 de diciembre de 2009, Auto por el que se ordenaba la ejecución del bien hipotecado.

El 20 de julio de 2010 tuvo lugar la subasta judicial de la vivienda del señor *Aziz*, a la cual no acudieron licitadores, lo que posibilitó que *CatalunyaCaixa* solicitara la adjudicación del bien por el 50 por 100 del valor de tasación del mismo (97.200 €)¹⁵, como permite el procedimiento ejecutivo español previsto en nuestra LEC.

cieros generalmente admitidos, arrojando una cantidad debida por importe de 139.764,76 € (136.674,02 € de principal, 3.017,97 € de intereses ordinarios y 72,77 € de intereses de demora).

¹⁴ Haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 693.3 LEC, conforme al cual: «*En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578*». Sobre las implicaciones del precepto transrito y régimen jurídico aparejado al mismo, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

¹⁵ A día de hoy la entidad financiera no podría haberse adjudicado el inmueble por dicho importe equivalente al 50 por 100 del valor de tasación del inmueble, dada la reforma operada en el artículo 671 LEC por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, antes citado. En dicho precepto, que establece el procedimiento a seguir en los casos en los cuales en la

En conclusión, el señor *Aziz* perdió la propiedad de su vivienda¹⁶, pero siguió debiendo a *CatalunyaCaixa* más de 40.000 € de principal, cantidad a que adicionar la correspondiente liquidación de intereses y costas.

De forma independiente al procedimiento ejecutivo, el señor *Aziz* solicitó como parte actora en el correspondiente procedimiento declarativo ordinario, tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, se declarase el carácter abusivo, y consiguientemente la nulidad, de la cláusula 15.^a (apartado *e*) del contrato, y por ende la propia nulidad del procedimiento ejecutivo tramitado que desembocó en el lanzamiento del señor *Aziz* de su vivienda¹⁷. Concretamente,

subasta de bienes inmuebles no concurra ningún postor, en su párrafo primero se preceptúa que: «*Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación*». Sin embargo, semejante aspecto no se discute ni plantea al TJUE por parte de José María FERNÁNDEZ SEIJO (Magistrado del Juzgado Mercantil, núm. 3 de Barcelona), que expresamente señala en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial que: «*No se cuestionan en los presentes autos la legalidad de la convocatoria de subasta ni de la adjudicación al ejecutante —permitida por los arts. 891.4 y 671 LEC en supuestos en los que no acude ningún postor a la subasta—*».

¹⁶ El 20 de enero de 2011, la comisión judicial habilitada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Martorell acudió al inmueble objeto de la subasta y adjudicación para otorgar a la entidad financiera la posesión del inmueble, siendo el señor *Aziz* expulsado de su casa.

¹⁷ Aunque la representación del señor *Aziz* se refiere a la impugnación de la cláusula 15.^a, en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial específicamente se señala (apartado 10.^º de los Fundamentos de Derecho) que:

«*Tanto el contenido de esta cláusula 15 E) como el redactado de la propia demanda obligan a integrar el síplico de la demanda y, con ello, obligan a considerar otras cláusulas de la escritura:*

Primeramente la cláusula seis bis del contrato, referida a los supuestos de resolución anticipada que pueda plantear la entidad de crédito, concretamente el supuesto de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor de sus obligaciones principales o accesorias. Esta cláusula sexta bis necesariamente ha de vincularse a la cuestionada cláusula 15 E) en la medida en la que el cálculo o liquidación de la deuda exigible dependerá de que se active o articule esta resolución anticipada. En este punto no puede olvidarse que la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 693— habilita al acreedor ejecutante para limitar su reclamación a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, o acudir al vencimiento anticipado y reclamación de toda la deuda.

En segundo lugar, a la cláusula tercera —criterios para la determinación de los intereses ordinarios—, cláusula tercera bis, complementaria de la anterior —referida a la determinación del tipo de interés variable para cada una de las cuotas, revisable cada seis meses—, y la cláusula sexta, que establece el criterio para calcular el interés de demora.

Finalmente y de modo accesorio también podrían verse afectadas las cláusulas cuarta y quinta, referidas a las comisiones y gastos que hubo de soportar el prestamista».

No obstante el propio Magistrado en el Auto reconoce, respecto a la pretensión de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, que aunque se acordara la nulidad por abusiva de la cláusula 15.^a del contrato, ello «...no podría determinar en modo alguno que este Juzgado Mercantil acordara o decretara la nulidad de lo actuado en otro procedimiento judicial seguido con las formalidades correspondientes» (apartado 19 de los Fundamentos de Derecho).

según se recoge en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial¹⁸, lo que cuestiona (el señor *Aziz*) es 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, es nulo por vulnerar las normas referidas a las condiciones generales de la contratación —recogidas en el Texto Refundido de la Ley 1/2007, de 1 de noviembre—.

Es en el transcurso de este segundo procedimiento judicial ante el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, en el que se plantean al TJUE dos cuestiones prejudiciales, a las que dedicamos el apartado siguiente, referentes al procedimiento ejecutivo sobre bienes hipotecados, conforme al ordenamiento español, y su posible incompatibilidad con la normativa comunitaria y a otra serie de cuestiones sobre el clausulado del propio contrato de préstamo suscrito entre *Catalunyacaixa* y el señor *Aziz*.

III. CUESTIONES PREJUDICIALES FORMULADAS AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN

Dos son las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, al TJUE, que, al igual que hacemos aquí, transcribe la Abogado General *Juliane Kokott* en sus conclusiones:

1. *Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previstos por 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 recurso judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.*
2. *Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:*
 - a) *A la fijación de unos intereses de demora —en este caso superiores al 18 por 100— 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*

¹⁸ Fundamento de Derecho 14.

no solo las cuotas vencidas, sino la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

- b) *A la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables —tanto ordinarios como moratorios— realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria (y que) no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.*

Las cuestiones prejudiciales planteadas en estos términos por parte del Juzgado barcelonés son reconducidas por la Abogado General, a los efectos de poder entrar a conocer del asunto, y dado que el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión no es el que ha conocido del procedimiento de ejecución hipotecaria.

En este sentido, y por lo que se refiere a la primera cuestión prejudicial, al cuestionar el tribunal nacional si un sistema de ejecución hipotecaria como el español, que no admite la posibilidad de oponer frente a la ejecución el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca, constituye una limitación de la protección de los consumidores e infringe, por tanto, la Directiva 93/13, y no ser dicho órgano jurisdiccional el que conoce de la referida ejecución, *Juliane Kokott*, se ve en la necesidad, para poder pronunciarse sobre este tema, de redireccionar, podríamos decir, el interrogante planteado al juicio declarativo posterior en el que se impugna, por abusivo, el propio contrato de préstamo al que la hipoteca de la vivienda va aparejada.

Esta reconducción del interrogante al ámbito del juicio declarativo no es solo sumamente acertada, sino necesaria¹⁹, por cuanto el artículo 267 del Tra-

¹⁹ Sobre la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en los términos en que se planteó, se manifestaron tanto la entidad financiera como el Gobierno español y la propia Comisión Europea (aunque es precisamente la Comisión la que recomienda la reconducción de la cuestión prejudicial planteada al ámbito propio del juicio declarativo en que se discute la validez de la cláusula contractual 15.^a). En este sentido, recoge *Juliane Kokott* en sus conclusiones que:

«La Caja de Ahorros demandada en el litigio principal duda de la admisibilidad de dicha cuestión. Afirma que es meramente hipotética y que no guarda relación alguna con el litigio principal, cuyo único objeto de controversia es la validez de la cláusula contractual decimoquinta. El Gobierno español también considera inadmisible la primera cuestión. Observa que la limitación de la oposición en el procedimiento ejecutivo solo podría ser, en su caso, relevante para el juez que conoce del procedimiento ejecutivo. Sin embargo, en el caso de autos, el procedimiento ejecutivo ya ha finalizado. Por consiguiente, afirma que la primera cuestión

tado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²⁰ al regular la cuestión prejudicial exige, para que la misma sea admisible, que el órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión (el del procedimiento declarativo en este caso, y no el del ejecutivo hipotecario ya zanjado) requiera, necesariamente, la interpretación, solicitada por mor de la cuestión, del TJUE para poder emitir el fallo correspondiente²¹.

prejudicial es irrelevante a efectos del procedimiento tramitado ante el órgano jurisdiccional remitente, que tiene que pronunciarse acerca de la eficacia de una cláusula contractual en abstracto y con independencia del procedimiento ejecutivo tramitado.

La Comisión también considera que la cuestión acerca de las facultades de apreciación del juez, que conoce del procedimiento ejecutivo, es hipotética y con ello inadmisible. Propone reformular la cuestión prejudicial, de manera que se examinen las facultades del juez del procedimiento declarativo, consideradas a la luz de la limitación de la oposición en el procedimiento ejecutivo».

²⁰ Conforme a dicho precepto (antiguo art. 234 TCE): «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantea una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantea una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad».

²¹ En relación a los distintos requisitos exigidos por la normativa y jurisprudencia comunitarias en materia de planteamiento de cuestiones prejudiciales, vid., entre otros muchos, CRIADO GÁMEZ, Juan Manuel, «La inadmisibilidad de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 24, 2011, págs. 7-34; RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, *La Justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 145 a 175; H. TÜRK, Alexander, *Judicial Review in EU Law*, Elgar European Law, UK, 2009, págs. 220-221.

Asimismo especialmente ilustrativa sobre los requisitos a tener en cuenta para la formulación de una cuestión prejudicial es la *Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*, publicada en el DO C-297 de diciembre de 2009 (págs. 1 a 6).

El TJUE ha tenido la ocasión de pronunciarse en múltiples casos acerca de la inadmisibilidad del planteamiento de una cuestión prejudicial cuando el fallo del órgano jurisdiccional nacional en el litigio principal no depende de la interpretación que lleve a cabo el Tribunal comunitario, pudiendo citarse como resoluciones en las que se aborda este problema, entre otras, las sentencias de 22 de noviembre de 1978 (Asunto C-93/78, *Mattheus*), FJ 5.º; 16 de diciembre de 1981 (Asunto C-244/80, *Pasquale Foglia c. Mariella Novello*) FFJJ 14 y sigs.; 9 de octubre de 2008 (C-404/07, *Katz*) apartado 31 y jurisprudencia citada; 15 de septiembre de 2011 (asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10), apartados 38 y sigs.; 13 de marzo de 2001 (Asunto C-379/98, *Preusen Elektra*); 5 de diciembre de 2006 (C-94/04 y C-202/04, *Cipolla y otros*); 7 de junio de 2007 (C-222/05 a C-225/05, *Van*

De tal manera que por todo ello en los apartados 35 a 37 de sus conclusiones, la Abogado General señala que:

«Procede coincidir con las partes interviniéntes en el procedimiento en cuanto a que la cuestión concretamente formulada es hipotética en la medida en que, de hecho, no la plantea el juez que conoce del procedimiento ejecutivo. Únicamente al juez, que conoce del procedimiento ejecutivo, 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, como propone acertadamente la Comisión, ha de entenderse la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente en un sentido amplio, refiriéndose a las posibilidades que tiene el consumidor de obtener, cuando menos a través del procedimiento declarativo, protección jurídica frente a la ejecución. A primera vista, esta cuestión también podría parecer hipotética, dado que la ejecución ya ha finalizado. Sin embargo, es relevante para la resolución del caso de autos.

En efecto, el órgano jurisdiccional remitente da a entender en su resolución de remisión que el litigio principal también trata de las eventuales compensaciones derivadas de la hipoteca una vez finalizada completamente la ejecución. Por lo tanto, la cuestión relativa a la protección jurídica frente a la ejecución es relevante para la resolución del órgano jurisdiccional remitente, el cual, en virtud del principio de efectividad, puede verse obligado a compensar a posteriori, mediante su resolución, posibles vicios del procedimiento tramitado hasta el momento».

Como puede deducirse del razonamiento transcritto realizado por la Abogado General, la posibilidad de que el TJUE se pronuncie por medio de la cuestión prejudicial acerca del acierto o desacierto del procedimiento ejecutivo español en materia hipotecaria se instrumenta como consecuencia del hecho de que en el procedimiento declarativo en el que el señor Aziz impugna, por abusiva, la cláusula 15.^a del contrato el Juzgado de Barcelona es competente para conocer de las posibles indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de la existencia de vicios en el título en el cual se fundamentó en su momento el procedimiento ejecutivo, en este caso el contrato de préstamo hipotecario, ya finalizado. Y ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 698.2 LEC, al que más adelante nos referiremos.

der Weerd y otros); 8 de noviembre de 2007 (C-379/05, Amurta); 4 de diciembre de 2008 (C-221/07, Krystyna Zablocka-Weyhermüller); 8 de julio de 2010 (C-343/09, Afton Chemical Limited) apartado 14; y 18 de marzo de 2010 (C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08, Rosalba Alassini) apartado 26.

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas, la Abogado General también efectúa una reformulación del tenor literal de la misma y analiza los argumentos en pro de su admisibilidad.

En este sentido, y por lo que se refiere al contenido que ha de conferirse al segundo interrogante formulado, *Juliane Kokott* señala que²²:

«El tenor de la segunda cuestión prejudicial se refiere al concepto de desproporción, haciendo con ello alusión a la terminología empleada en el número 1, letra e), del Anexo a la Directiva 93/13²³. Ahora bien, ha de entenderse la resolución de remisión en el sentido de que mediante la segunda cuestión prejudicial se interesa una interpretación del concepto más general, utilizado en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva²⁴, de desequilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales, que solo en el caso concreto de las indemnizaciones a que se refiere el número 1, letra e), del anexo a la Directiva es sustituido por el término desproporción.»

Por consiguiente, con su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea obtener en esencia una interpretación más detallada del concepto de desequilibrio en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Según dicha disposición, las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

El órgano jurisdiccional remitente menciona en este sentido tres cláusulas concretas, que son parte integrante del contrato controvertido en el litigio principal. Dichas cláusulas, según lo señalado por ese tribunal, fueron impuestas unilateralmente al consumidor, por lo que están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva».

Una vez concretado, en los términos transcritos, el contenido de la segunda cuestión prejudicial planteada, Kokott procede a valorar la admisibilidad de la misma de la siguiente forma²⁵:

«...según lo manifestado por la Caja de Ahorros y el Gobierno español, hasta el momento únicamente ha sido objeto del litigio principal una de las

²² Apartados 59 a 61 de las conclusiones presentadas.

²³ Según el cual, se entiende que son cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3 de la Directiva, las cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla con sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

²⁴ A cuyo tenor: «*Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*»

²⁵ Apartados 62 y 63.

cláusulas citadas por el órgano jurisdiccional remitente. No obstante, la respuesta en relación con las otras cláusulas no es irrelevante para la resolución del litigio principal, pues no cabe excluir que una visión de conjunto de las condiciones individuales del contrato y de su valoración jurídica tenga también repercusiones en la interpretación de la cláusula controvertida en el litigio principal²⁶.

Además, ya se ha señalado al examinar la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial que el objeto del litigio principal, de acuerdo con lo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente, incluye la posible ineficacia del procedimiento ejecutivo. Cabe observar que también la apreciación jurídica de las cláusulas mencionadas en la segunda cuestión, las cuales han de ser examinadas igualmente por el órgano jurisdiccional remitente de oficio, puede tener consecuencias respecto a la eficacia del procedimiento ejecutivo. La segunda cuestión prejudicial, por ello, es admisible en su conjunto».

Por lo tanto, y en conclusión, la segunda cuestión prejudicial queda circunscrita al análisis de si el clausulado (y no solo la cláusula 15.^a) del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el señor Aziz y *CatalunyaCaixa* implica la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del mismo, en perjuicio, claro está, del señor Aziz, lo que en último término permitirá resolver la duda en torno a la validez/invalidad de la cláusula 15.^a objeto del litigio en el seno del cual se plantea la cuestión prejudicial por el Juzgado barcelonés. Todo ello sin perder de vista el hecho de que la solución a este interrogante puede tener consecuencias sobre el procedimiento ejecutivo ya finalizado, por medio del cual se ejecutó la hipoteca que pesaba sobre la vivienda del señor Aziz.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ASPECTOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA SUSCITADO

Esbozado pues el contenido, admisibilidad y procedencia de las cuestiones prejudiciales planteadas resulta necesario analizar el marco normativo y régimen jurídico del proceso de ejecución hipotecaria, para poder así después interrelacionar el mismo con las conclusiones a que llega *Juliane Kokott*.

La ejecución hipotecaria se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico fundamentalmente en los artículos 681 y siguientes LEC²⁷, debiendo

²⁶ Que es la cláusula 15.^a a la que ya se ha hecho alusión más atrás (vid. *supra*).

²⁷ No pueden perderse de vista tampoco los artículos 655 a 680 LEC, relativos a la subasta de bienes inmuebles. Por otra parte, y como señala *GARBERÍ LLOBREGRAT*, *a las especialidades*

tener en cuenta asimismo los artículos 129 a 136 LH²⁸, habiéndose trasladado la regulación de este particular proceso ejecutivo, en su mayor parte, de la normativa jurídico-sustantiva a la Ley procesal, más acorde con la naturaleza del procedimiento que la norma hipotecaria²⁹.

contempladas en los artículos 681 a 698 hay que sumar también las referencias que a la ejecución hipotecaria se realizan desde los artículos 555.4 LEC (a los efectos de posibilitar la acumulación únicamente entre procesos de ejecución de esta misma naturaleza), y 570 LEC (que, reiterando lo que ya se proclama en el art. 121 LH, permite extender la ejecución hipotecaria a bienes no hipotecados, debiendo seguirse entonces el proceso por los trámites generales de la ejecución dineraria, cuando con la realización de los bienes hipotecados o pignorados no se haya obtenido la cantidad económica suficiente para cubrir el crédito. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Comentarios, jurisprudencia y formularios generales al Libro III)*, Thomson Reuters (Civitas), 4.^a ed., Navarra, 2012, pág. 137.

²⁸ En la versión dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Junto a tales preceptos deben tenerse presentes, asimismo, los artículos concordantes del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

²⁹ No obstante, lo cierto es que existe diversidad de opiniones respecto al hecho de que tras la aprobación de la LEC 2000, el procedimiento de ejecución hipotecaria se haya simplificado, tal y como afirma la propia Exposición de Motivos de la misma (en su apartado XVII), y ello aunque es indiscutible que se ha eliminado la multiplicidad de regulaciones anteriormente existentes en materia de ejecuciones de créditos con garantía real (el de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, el de la Ley de Hipoteca Naval y el propio art. 129 de la LH). Vid., en este sentido, ADÁN DOMÉNECH, Federic, *La ejecución hipotecaria*, Bosch Procesal, Barcelona, 2009, págs. 22 a 24 y bibliografía citada por el autor; CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, págs. 502 y 503; también de CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 681 de la LECiv. Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 753 y 754; LLEDÓ YAGÜE, Francisco (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 636; GARBERÍ LLOBREGAT, José, «El proceso de ejecución forzosa...», *ob. cit.*, págs. 1136 a 1141; LORCA NAVARRETE, Antonio María (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo III)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3369 a 3380.

La propia Exposición de Motivos LEC incide sobre este tema y otros cuando señala que: «*La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de esta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable. La nueva regulación de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados supone un avance respecto de la situación precedente ya que, en primer lugar, se trae a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, lo que refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, que ha sido discutido en ocasiones; en segundo término, se regulan de manera unitaria las ejecuciones de créditos con garantía real, eliminando*

Debe advertirse que de dicho régimen jurídico del proceso sumario de ejecución hipotecaria, y a los efectos del presente trabajo, los preceptos que tienen repercusión en el análisis efectuado en sus conclusiones por la Abogado General *Juliane Kokott* son los artículos 693 y 695 a 698 LEC, hecho por el cual únicamente nos circunscribiremos a los mismos, obviando pues otros posibles aspectos problemáticos o interesantes relativos a dicha ejecución³⁰.

Y ello a sabiendas de que el acreedor hipotecario no tiene como única opción para cobrar su crédito y ejecutar la hipoteca de la que es titular el procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en los preceptos señalados, sino que junto a dicha posibilidad puede asimismo optar, en vía judicial³¹, por el procedimiento ejecutivo ordinario³², el procedimiento declarativo que corresponda conforme a la cuantía³³ o incluso el procedimiento monitorio³⁴.

la multiplicidad de regulaciones existente en la actualidad; y, finalmente, se ordenan de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento».

³⁰ Así lo hace la propia Abogado General cuando procede a delimitar el marco legal a tener en cuenta para la resolución de la cuestión prejudicial planteada. Lo mismo puede decirse del Auto de planteamiento de la cuestión elaborado por el Magistrado José María Fernández Seijo, que centra su atención en dos aspectos concretos de la ejecución hipotecaria: la limitación de las causas de oposición a la misma; y la no suspensión de dicha ejecución por mor de la discusión en el procedimiento declarativo correspondiente de cualesquier cuestiones relacionadas con el préstamo hipotecario (como, por ejemplo, las cláusulas abusivas en este supuesto concreto). Cuestiones que siempre van referidas a la discusión en torno a la validez/invalidez de los intereses moratorios pactados por las partes y objeto también de cobertura del vencimiento anticipado previsto en el artículo 693 LEC, discusión que se erige, según se ha apuntado ya, en la base jurídica sobre la cual resulta admisible un pronunciamiento con carácter prejudicial por parte del TJUE.

³¹ Sobre este particular, vid. ADÁN DOMÉNECH, Federic, «La ejecución...», *ob. cit.*, págs. 49 a 91. Debe tenerse presente que junto a los mecanismos de ejecución hipotecaria en vía judicial en nuestro ordenamiento pervive el sistema de venta extrajudicial notarial, no regulado en la LEC, sino en los artículos 129 LH y 234 a 236 RH, cuyo respaldo por parte de la norma procesal se encuentra en la Disposición Final 9.^a LEC. Sobre el régimen jurídico de dicho procedimiento extrajudicial, vid., entre otros, RAMOS CHAPARRO, Enrique J., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 667 a 677.

³² Ex artículo 517.2.4 LEC. No en balde la ejecución hipotecaria regulada en los artículos 681 y sigs. LEC no es un procedimiento autónomo del procedimiento ordinario de ejecución, sino una «modalidad» de ejecución con ciertas especialidades, de ahí que el Capítulo V, Título IV del Libro III, en el que se encuentran los preceptos dedicados a la ejecución hipotecaria, lleve por rúbrica *De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*.

³³ Cauce procedimental especialmente interesante respecto al tema objeto de estudio del presente trabajo y en el que más adelante se incidirá.

³⁴ Con base en la amplia tipología de documentos que permiten acudir a dicho procedimiento ex artículo 812 LEC.

Fuera como fuere, en los referidos artículos 695 a 698 LEC se encuentra el problema fundamental en materia hipotecaria cuestionado por el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, problema que el Magistrado José María Seijo formula en los siguientes términos:

«Los motivos de oposición a la ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados están claramente tasados por los artículos 695, 696 y 697 de la LEC. El artículo 698 es contundente al advertir que cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor o cualquier interesado pudiera formular, que no se hallare comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre la nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento judicial de ejecución. Al deudor no le era posible activar el mecanismo de protección para el deudor previsto en el artículo 898.2 de la LEC por cuanto no se habían producido posturas en la subasta del procedimiento de ejecución y el acreedor instante había optado por adjudicarse el bien por el 50 por 100 del valor tasado, no había por lo tanto cantidades que pudieran retenerse sino que se había procedido a entregar la posesión al ejecutante en los términos referidos en el procedimiento de ejecución...».

Por lo tanto 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 procedimiento de ejecución hipotecaria. La culminación o finalización de ese procedimiento de ejecución era la entrega del bien, la efectiva adjudicación en este caso al ejecutante».

El otro problema planteado, al que se circunscribe la segunda cuestión prejudicial, y que tiene su fundamento en el artículo 693 LEC, precisamente al hilo de la cual se discute acerca de la adecuación o no del actual sistema de ejecución hipotecaria español a la Directiva 93/13, es la validez de los intereses moratorios pactados y otras cláusulas del contrato celebrado, conforme a la normativa en materia de condiciones generales de la contratación y de protección de consumidores y usuarios, y el hecho de que el debate en torno dicha validez³⁵ quede sustraído al proceso de ejecución hipotecaria, debiendo

³⁵ En el caso enjuiciado aquí se trata de discutir la validez de tales intereses moratorios, pero lo mismo puede predicarse de todos aquellos aspectos relacionados con el contrato de préstamo hipotecario susceptibles de ser considerados condiciones generales de contratación y que puedan resultar abusivas, y por tanto lesivas de los derechos de los consumidores introducidos por vía comunitaria. Como se verá en los apartados que siguen, junto con los

dirimirse en un procedimiento declarativo posterior o simultáneo, procedimiento que en ningún caso tiene eficacia sobre la ejecución hipotecaria en curso o ya finalizada.

En efecto, en nuestro ordenamiento, el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria regulado en la LEC contiene una serie de motivos tasados en base a los cuales el deudor hipotecario puede oponerse (art. 695) o en base a los cuales se suspenderá el procedimiento en curso (arts. 696 y 697), y entre los que no se encuentra la discusión sobre hipotéticas cláusulas abusivas incluidas en el título jurídico del cual dimana la ejecución hipotecaria, versen tales cláusulas sobre intereses moratorios o sobre cualesquiera otras cuestiones.

Así, conforme al artículo 695.1 LEC (oposición a la ejecución)³⁶:

«En los procedimientos a que se refiere este capítulo solo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1. *Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.*
2. *Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y solo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante...*
3. *En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipotecamobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral».*

Como puede verse, los motivos de oposición que puede alegar el deudor se encuentran sumamente restringidos por la LEC, como ya ocurría con anterio-

intereses moratorios las otras dos cláusulas objeto de análisis son las referidas al vencimiento anticipado del préstamo y a la facultad de determinación unilateral por el acreedor del montante de la deuda exigible.

³⁶ Vid., como comentario reciente del precepto, CORDÓN MORENO, Faustino, «Comentario al artículo 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 781 a 787.

ridad a la aprobación de la misma³⁷, refiriéndose al caso de ejecución de una hipoteca inmobiliaria únicamente los dos primeros (y con carácter de *numerus clausus*), puesto que el último motivo de oposición versa sobre la hipoteca inmobiliaria.

En todo caso, ninguno de ambos supuestos permiten al órgano jurisdiccional que conoce de la ejecución entrar a valorar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario en que se fundamenta la ejecución hipotecaria³⁸. Y semejante imposibilidad de cognición del órgano ju-

³⁷ El artículo 132 LH en su redacción anterior a la LEC establecía únicamente cuatro supuestos de suspensión, que no de oposición, y que eran: la existencia de un proceso penal por falsedad del título hipotecario; la interposición de una tercera de dominio; la certificación expedida por el Registro de cancelación de la hipoteca, y la disconformidad entre el saldo resultante y el solicitado en la demanda ejecutiva. Los dos primeros motivos que se contemplaban en la anterior regulación contenida en la LH pasan ahora a tener la consideración de causas de suspensión (arts. 696 y 697 LEC), mientras que los dos segundos se erigen en motivos de oposición (art. 695.1 apartados 1 y 2).

³⁸ Tal y como señala YSAS SOLANES, «...la oposición por esta vía es difícil y queda en evidencia la indefensión del deudor, lo que hace pensar en la previsión de estas situaciones a priori, es decir, en la calificación registral, teniendo en cuenta lo abusivo de la cláusula en cuestión». YSAS SOLANES, María, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, La Ley, Madrid, 1994, pág. 128. En efecto, el Registrador sí que puede verificar, en el momento de inscripción de la hipoteca, la existencia de cláusulas abusivas en el título en que se apoya la hipoteca (en este caso el contrato de préstamo), examen que puede hacer de oficio y en base al cual puede tener por no puestas tales cláusulas. El fundamento de dicho control estaría en los artículos 12, 18 y 258.2 LH y 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias —TRLGDCU— (en conexión con el 85.6 de la misma norma, que se refiere a cláusulas abusivas que impongan al consumidor una indemnización desproporcionadamente alta cuando no cumpla sus obligaciones, como planteaba en este caso el juez Seijo en su Auto de formulación de la cuestión prejudicial). Sobre este particular, señala GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, siguiendo a CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, que: «...el Registrador, y siempre según mi opinión, sí que puede o incluso, debe, rechazar aquellas condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario, que sean objetivamente abusivas por coincidir con algunas de las enumeradas en la lista de la LGDCU, aunque no hayan sido declaradas nulas en sentencia firme, ni inscritas en el Registro de Condiciones Generales, cuando por ser abusivas, supongan una vulneración de la buena fe objetiva y del equilibrio de las prestaciones». GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008, págs. 409 y 410. Vid., asimismo, y entre otros, sobre este particular, CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael, *Las cláusulas de la hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 74 y sigs.; GÓMEZ GALLIGO, Francisco Javier, «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en la obra colectiva *La contratación bancaria* —coords.: Enrique GADEA SOLER y Adolfo SEQUEIRA MARTÍN—, 2007, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, págs. 241 a 276; BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 411 a 441; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *Revista La Ley*, núm. 148, 2008, págs. 1763 a 1770; BUSTO LAGO, J.

riscional ha sido plenamente admitida por nuestro Tribunal Constitucional, que ha entendido que la misma no resulta contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³⁹, por cuanto al ejecutado siempre le queda a salvo

M., «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001, págs. 1939 a 2004; HERBOSA, Inmaculada, *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 69 a 81.

Asimismo, un muy recomendable análisis desde el punto de vista histórico del ámbito de la calificación registral (formal vs. material) puede verse en RODRÍGUEZ OTERO, Lino, *La Ley Hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios (referencia a una posible injusticia histórica)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2010, págs. 493 a 502. En sentido contrario a esta posibilidad de control registral de las cláusulas abusivas se ha manifestado la DGRN (cfr. Resoluciones de 19 de abril de 2006), aunque recientemente haya modificado su postura inicial, por mor de los pronunciamientos contenidos en las Resoluciones de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011, que son consecuencia del pronunciamiento recaído en la STS de 16 de diciembre de 2009 (sobre la que volveremos más adelante) y en la sentencia del TJUE dictada en el Asunto *Pannon GSM* (C-243/08).

³⁹ Cfr. SSTC de 18 de diciembre de 1981, 24 de enero de 1995 (Sala 1.^a), 9 de mayo de 1995 (Sala 1.^a), 4 de diciembre de 1997 y, más recientemente, el Auto del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2011 (Pleno). En esta última resolución judicial del Alto Tribunal se inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 2 de Sabadell, por resultar manifiestamente infundada, al existir ya abundante jurisprudencia respecto a la constitucionalidad de la limitación de las causas de oposición del deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Y así, el Tribunal señala (FJ 4.^º) que:

«...es preciso recordar, como advierte el Fiscal General del Estado, que el Pleno de este Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la conformidad de las disposiciones legales que limitaban los motivos de oposición en el proceso especial de ejecución hipotecaria establecido por la Ley de 2 de diciembre de 1872 para el desaparecido Banco Hipotecario de España, S. A., y también en relación con el procedimiento sumario de ejecución introducido por la Ley Hipotecaria de 1909, que ha perdurado en sus rasgos fundamentales hasta su sustitución por el régimen recogido en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 que reproduce, por lo que aquí interesa, los perfiles esenciales (cognición limitada y medios de defensa limitados) del procedimiento de ejecución hipotecaria (también sobre viviendas) entonces examinado. En efecto, en la STC 41/1981, de 18 de diciembre, dictada en sendos recursos de amparo acumulados avocados al Pleno, este Tribunal abordó el examen de la constitucionalidad de las disposiciones legales que limitaban los motivos de oposición a la ejecución en el marco del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, en un esquema normativo y de planteamiento de la cuestión semejante en su formulación al ahora suscitado.

Ya afirmamos entonces (F. 5) que “en el procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión... en el proceso debatido falta la controversia entre las partes... es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título. ...El procedimiento es una vía de apremio, en que el Juez realiza un derecho del acreedor, que este no puede realizar por sí solo, porque se lo impide el principio de paz jurídica”. A ello se añade que “[l]a ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud”. Seguidamente, en el Fundamento jurídico 6, se señala que “el hecho de que el procedimiento de ejecución sumario

la posibilidad de acudir al correspondiente procedimiento declarativo en el que podrá discutir la validez/invalidad del título (o alguna de sus partes), aunque dicho procedimiento en ningún caso suspenderá o entorpecerá el procedimiento de ejecución⁴⁰.

se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución". Razona la sentencia que "lo expeditorio de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria y los estatutos del Banco Hipotecario dejan abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limitan a establecer que solo unas limitadas excepciones pueden producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela". Concluye finalmente la sentencia (F. 7) señalando que "aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución".

Siguiendo la doctrina precedente y en respuesta al aducido carácter insatisfactorio de la remisión legal al correspondiente proceso declarativo para abordar una cognición plena reiteramos en la STC 217/1993, de 30 de junio, F. 2 (con mención de sentencias anteriores) que "este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el artículo 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquellos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE"; doctrina que ha sido recordada por este Tribunal en ulteriores ocasiones (SSTC 269/1993, de 18 de octubre, F. 4; y 223/1997, de 4 de diciembre, FF. 3 y 5), y confirmada como regla general, tras el surgimiento de algunas dudas en relación con la tutela de terceros poseedores de la finca hipotecada, en nuestra Sentencia del Pleno de este Tribunal 158/1997, de 2 de octubre, FF. 5, 6 y 7».

También existe abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre el carácter de vía de apremio de la ejecución hipotecaria y el hecho de no estar precedida de fase alguna de cognición, pudiendo citarse, entre otras, las SSTS de 22 de abril de 1987, 12 de noviembre de 1985, 10 de diciembre de 1991 y 22 de julio de 1994 (cfr. ADÁN DOMÉNECH, Federic, «La ejecución...», ob. cit., págs. 399 a 402).

⁴⁰ Por lo que se ha entendido por nuestra jurisprudencia que contra las actuaciones del procedimiento no cabe recurso de revisión (STS de 3 de julio de 1989) ni tampoco de

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve el hecho de que, no siendo nuestro actual sistema de ejecución hipotecaria de la LEC contrario a la tutela judicial efectiva, como ha reiterado en diversas ocasiones, no le compete a los órganos jurisdiccionales discutir o plantear sistemas de ejecución alternativos, por cuanto semejante tarea se encuentra encomendada en nuestro ordenamiento jurídico al legislador⁴¹, lo que convierte en manifiestamente infundadas las cuestiones de constitucionalidad que puedan plantearse al respecto⁴².

Por otra parte, y como ya se ha apuntado, los artículos 696 y 697 LEC regulan respectivamente como supuestos de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria la interposición de una tercería de dominio y la existencia

casación (STS de 22 de julio de 1994 y AATS de 20 de septiembre de 1998 y 4 de mayo de 1999).

⁴¹ Remisión al legislador en materia de configuración del régimen de ejecución hipotecaria que guarda una estrecha interrelación con las conclusiones presentadas por *Juliane Kokott*, por cuanto la Abogado General recuerda que las cuestiones procesales competen a los distintos legisladores de los estados miembros, aunque siempre respetando los principios de equivalencia y efectividad.

Por otra parte, la Abogado General no entiende que la ejecución hipotecaria española en sí misma sea contraria a la Directiva 93/13, aspecto en el cual se fundamenta la competencia del TJUE para pronunciarse, sino, y más acertadamente, que el proceso declarativo en el que se puede plantear la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario no cumple suficientemente con el principio de efectividad, por cuanto no tiene repercusión alguna en el proceso de ejecución hipotecaria en curso o, incluso, ya finalizado, como ocurrió en el caso del señor *Aziz*, en el que además no era posible que el juez que conoce del declarativo hiciese uso de la facultad prevista en el artículo 698 LEC de retener parte del importe de la ejecución hipotecaria para poder resarcir al ejecutado de posibles daños y perjuicios, puesto que, en el caso concreto enjuiciado, a la subasta no concurrieron licitadores, habiéndose adjudicado la entidad financiera el inmueble, y sin que hubiese por tanto indemnización alguna que «retener», ni existencia, tampoco, de posibilidad alguna por parte del juez del procedimiento declarativo de decretar la nulidad de la ejecución llevada a cabo en caso de estimar la existencia de cláusulas abusivas determinantes de la nulidad parcial o total del título en que dicha ejecución se fundamenta.

⁴² Y así, en el Auto del Tribunal Constitucional, de 19 de julio de 2011 (Pleno) se señala (FJ 4.^º *in fine*) que: «...la cuestión de *inconstitucionalidad* no es *cauce procesal idóneo* para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la *constitucionalidad* de un régimen o esquema legal (por lo que aquí interesa el proceso de ejecución hipotecaria) por contraste con un hipotético modelo alternativo, que no le compete formular al órgano proponente ni corresponde valorar a este Tribunal Constitucional por ser materia de la exclusiva competencia del legislador; dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal ni puede ni debe restringir». Un breve comentario a este Auto puede verse en RUBIO TORRANO, Enrique, «Ejecución hipotecaria y derechos constitucionales», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 269 a 262. Trabajo del autor citado que puede encontrarse, con el mismo título, también en la *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6 (octubre de 2011), págs. 11 a 13.

de prejudicialidad penal⁴³, que no la prejudicialidad civil prevista genéricamente en el artículo 43 LEC⁴⁴.

⁴³ Sobre la posibilidad de alegar causas de suspensión distintas de las previstas en tales preceptos, vid. MONSERRAT VALERO, Antonio, *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002, págs. 167 a 170. Supuestos ya estudiados con detenimiento por el autor bajo la vigencia de la normativa anterior (cfr. MONSERRAT VALERO, Antonio, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Artículo 131 LH*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 298 a 344). Téngase presente que el antiguo artículo 132 LH no hablaba de causas de oposición, sino únicamente de suspensión, aunque técnicamente, y de forma desacertada, en el mismo conviviesen verdaderas causas de suspensión y de oposición, que con la regulación actual contenida en la LEC se han separado, distinguiendo así entre causas de suspensión *stricto sensu* (tercerías de dominio y prejudicialidad penal) y de oposición.

Respecto a la prejudicialidad penal (que no es más que una concreción para el caso de la ejecución hipotecaria de los arts. 40.2 y 569 LEC) y dada la posible tentación de proceder a iniciar un proceso penal con finalidad únicamente dilatoria, puesto que la misma implica la suspensión de la ejecución hipotecaria, procede recordar, como aspectos a tener en cuenta sobre dicha prejudicialidad, siguiendo a CORDÓN MORENO que: «*a) no basta la incoación del procedimiento, sino que es preciso que se acredite su efectiva pendencia; b) en él se deben estar investigando hechos que, de ser ciertos determinarían la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, con lo que ha resultado ampliado el ámbito previsto en el anterior artículo 132 LH...; c) que el ejecutante puede evitar la suspensión prestando fianza»*. CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), «Comentarios a la Ley...», ob. cit., pág. 559.

Con relación a la tentación apuntada, en su comentario al artículo 697 LEC, señala ORS SIMÓN que: «*Excelente consideramos la introducción de este precepto, y elogiamos la redacción del artículo 569 de la Ley Adjetiva, que supera con creces el escueto contenido —objeto así de múltiples interpretaciones— de los artículos 11.2 de la LOPJ, 114 LECR y 514 LEC de 1881, por su casuismo y, especialmente, por la posibilidad de evitar la paralización de la ejecución mediante la prestación de la oportuna fianza, evitando así el desgraciado apego de ciertos profesionales a la paralización de los pleitos sine die con promoción de denuncias o querellas sin sustento alguno real, pero que se han mantenido —con la consiguiente paralización del asunto civil— por medio del sistema de recurrir para mantener viva la causa penal todo lo posible, lo que en muchas ocasiones no ha sido sin un torticero uso del derecho en fraude de ley*». ORS SIMÓN, Germán, en la obra colectiva «Comentarios a la nueva...», ob. cit., pág. 637.

⁴⁴ La LEC, con ocasión de establecer las particularidades propias del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, tan sólo se refiere como causa de suspensión a la prejudicialidad penal, no mencionando la civil, que carecería en consecuencia de virtualidad práctica en orden a paralizar el proceso de ejecución como consecuencia del hecho de que se esté discutiendo en el procedimiento declarativo correspondiente la validez del título jurídico en que la hipoteca (que tiene carácter accesorio respecto al derecho de crédito en nuestro caso) se base. Conclusión que, por otra parte, resulta confirmada posteriormente por el artículo 698 LEC.

No se comprende, en consecuencia, por qué en el genérico modelo de escrito de solicitud de suspensión de ejecuciones hipotecarias en curso confeccionado por el Consejo General de la Abogacía Española se alude a la prejudicialidad civil como uno de los fundamentos en base a los cuales el juez en cuestión debiera acordar dicha suspensión. Prejudicialidad civil referida además a la pendencia de la resolución de la cuestión prejudicial por parte del TJUE, y que únicamente afecta al órgano jurisdiccional que ha efectuado el planteamiento de tal cuestión, no a los restantes órganos jurisdiccionales del Estado (en sentido idéntico a lo que ocurre cuando se procede al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad). Escri-

Finalmente y a continuación el artículo 698 LEC (Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores), cierra el conjunto de preceptos de la LEC dedicados a regular las especialidades propias del procedimiento de ejecución hipotecaria, estableciendo que:

«1. *Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.*

La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias.

2. *Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.*

El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

3. *Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzará la retención».*

Como puede verse, el artículo 698 remite para la discusión en torno a cualesquiera cuestiones referentes a la ejecución hipotecaria, y concretamente al título o al importe de la deuda objeto de cobertura hipotecaria, al juicio declarativo que corresponda⁴⁵.

Sin embargo, y he aquí el problema suscitado en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Barcelona, el procedimiento declarativo entablado nunca podrá tener como efecto la suspensión ni el entorpecimiento de la ejecución hipotecaria que se encuentra en curso.

to que puede consultarse y descargarse en la dirección: <http://www.abogacia.es/2012/11/14/la-abogacia-facilita-a-los-ciudadanos-un-escrito-para-la-suspension-inmediata-del-desahucio/>.

⁴⁵ Que se determinará conforme a las reglas generales de la LEC establecidas en los artículos 248 y sig.

En consecuencia, incluso la posibilidad de declaración de la nulidad⁴⁶ del título en dicho procedimiento declarativo (en nuestro caso del contrato de préstamo hipotecario) no llevaría aparejada consecuencia alguna sobre la ejecución hipotecaria en curso, que sigue adelante en todo caso salvo que se dé alguno de los supuestos de oposición mencionados anteriormente, o bien de suspensión.

Fácilmente se deduce que la referencia por parte del artículo 698 LEC al inicio de un procedimiento declarativo que se desenvuelve de forma simultánea a la ejecución hipotecaria⁴⁷ y a la falta de efectos del primero sobre la segunda, constituye una clara excepción a la regla de la prejudicialidad civil consagrada en el artículo 43 LEC⁴⁸.

Excepción de la regla general que encuentra su razón de ser en la concepción de la ejecución hipotecaria como un procedimiento sumario en el que se busca la rápida tutela del acreedor que ve incumplida la obligación objeto de cobertura hipotecaria, y en que, sin duda, se ha inclinado la balanza, en cuanto a protección, en pro del acreedor antes que del deudor, que ve extraordinariamente limitadas sus posibilidades de defensa, aunque dicha limitación se vea salvaguardada desde el punto de vista constitucional⁴⁹ por la posibilidad de acudir, con posterioridad, al procedimiento declarativo correspondiente.

En cualquier caso, parece que el debate y el problema no está en el procedimiento de ejecución hipotecaria en sí mismo (o al menos no exclusivamente), sino precisamente en la virtualidad práctica que ese procedimiento declarativo pueda tener respecto a la tutela de los derechos del deudor afectado por la ejecución en cuestión. Y en particular en materia de la protección de los derechos que ese deudor tiene en su condición de consumidor, por cuanto el contrato de préstamo hipotecario se configura en el caso analizado como un contrato de adhesión, con sus respectivas condiciones generales de la contratación que podrán ser, o no, abusivas.

Y es que, la única protección que en el seno del procedimiento declarativo en que se discute, en nuestro caso, el carácter abusivo o no de una cláusula

⁴⁶ Nulidad que podrá ser total o parcial. Recordemos que en el caso sometido a cuestión prejudicial, lo que se cuestiona en el procedimiento declarativo seguido ante el Juzgado de lo Mercantil que plantea la cuestión prejudicial es la nulidad (por abusiva) de parte del clausulado del contrato de préstamo hipotecario.

⁴⁷ O que incluso puede haberse iniciado con anterioridad a que se haya dado trámite a la ejecución hipotecaria en cuestión.

⁴⁸ En cuyo párrafo primero se establece que: «Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial».

⁴⁹ Y por ende del respeto al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (vid. nota 39).

del contrato⁵⁰ se circumscribe a la posibilidad, establecida en el artículo 698.2 LEC transrito, de que el juez que conoce del declarativo retenga una parte, o la totalidad, de la cantidad obtenida por medio de la ejecución hipotecaria que se ha llevado a cabo, en concepto de posible indemnización de daños y perjuicios, y a los efectos de asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte⁵¹.

Posibilidad que, según se ha expuesto más atrás⁵², *Juliane Kokott* emplea como fundamento de la competencia del TJUE para pronunciarse respecto a la primera cuestión prejudicial planteada⁵³, evitando así entender que la misma es

⁵⁰ Carácter abusivo que tiene su origen en la normativa comunitaria fijada por la Directiva 93/13, traspuesta a los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la UE. Lo que se está dirimiendo es, por tanto, el régimen jurídico de defensa que en nuestro ordenamiento se confiere a la normativa comunitaria existente en materia de consumidores y usuarios en aquellos casos en los cuales nos encontramos con un procedimiento de ejecución hipotecaria consecuencia del incumplimiento de un contrato de adhesión sometido a tal Directiva 93/13.

⁵¹ Señala, a este respecto, CORDÓN MORENO, al comentar el artículo 698 LEC, que: «*La única incidencia que estas reclamaciones tienen en el proceso de ejecución pendiente es la posibilidad que se reconoce a quien la plantee de solicitar del tribunal que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte con retención del todo o de una parte de la cantidad que se obtenga en la ejecución y deba entregarse al acreedor (art. 698.2.I). Se trata en realidad de una medida cautelar que puede ser solicitada por el actor al tiempo de formular la reclamación... o durante el curso del juicio a que diera lugar, sin necesidad de acreditar, en el segundo de los casos, que se basa en hechos y circunstancias que justifican la solicitud en ese momento (cfr. art. 730.4).* A la vista de la solicitud y de los documentos que se presenten, el tribunal decretará la retención si estima bastantes las razones que se aleguen y previa prestación (si no tuviera solvencia notoria y suficiente) de garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor ejecutante (art. 698.2.II); este podrá obtener el alzamiento de la retención afianzando a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener (art. 698.3). La finalidad puramente resarcitoria de la medida cautelar puede resultar insuficiente para satisfacer el interés del deudor ejecutado (o del interesado de que se trate); piénsese en los casos en que la reclamación versa sobre la nulidad del título por el que se despacha la ejecución o sobre la certeza o extinción de la deuda. Resultará en ellos que, al no tener la demanda ordinaria eficacia suspensiva, no podrá impedirse la realización del bien en una ejecución que, en el supuesto de estimarse aquella, se habrá llevado sin concurrir sus presupuestos: el título ejecutivo (en el caso de que la sentencia lo declare nulo) o la acción ejecutiva (en el caso de que se declare extinguida o inexistente la obligación). Por eso entiendo que el deudor (o interesado de que se trate) podrá solicitar la anotación preventiva de la demanda, con el fin de advertir al posible adquirente del bien en la ejecución de la ilicitud de esta». CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), «Comentarios a la Ley...», ob. cit., págs. 560 y 561. Al problema apuntado por el autor cabe añadir otro, que además se da en el caso sometido a cuestión a prejudicial, cual es la posibilidad de que no concurre ningón postor a la subasta, quedándose la entidad financiera con el inmueble, de tal manera que en semejante supuesto no existe cantidad dineraria alguna a retener por parte del juez que conoce del procedimiento declarativo.

⁵² Vid. *supra*.

⁵³ Que recordemos versa sobre si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y sigs. LEC, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previstos por el ordenamiento procesal español, constituye

hipotética y que la respuesta no es necesaria para que el juez de lo mercantil pueda resolver adecuadamente el objeto del proceso.

Precisamente sobre la adecuación de esta retención por parte del juez de parte de la cantidad de la ejecución hipotecaria como indemnización por daños y perjuicios al deudor y su conformidad con el principio de efectividad⁵⁴ en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios consagrada por la normativa comunitaria es sobre la que se centra el debate suscitado con ocasión del planteamiento de la cuestión prejudicial objeto del presente trabajo. Es decir, ¿es suficiente la protección de tales derechos conferida por el mecanismo indemnizatorio previsto en el artículo 698 LEC desde el prisma del Derecho comunitario aunque el procedimiento declarativo en el que se discute el título en que se basa la ejecución hipotecaria no paralice ni suspenda la misma?

Podría decirse que este, y no otro, es el *quid* del razonamiento que se plantea en las conclusiones presentadas por la Abogado General *Juliane Kokott* en el asunto *Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa*, de tal manera que no puede decirse que las mismas constituyan, caso de ser finalmente acogidas por el TJUE, la quiebra de nuestro ordenamiento jurídico en materia de ejecución hipotecaria, por cuanto los razonamientos efectuados se hacen siempre en base a un supuesto en el cual existen posibles vulneraciones de los derechos de los consumidores y usuarios (en este caso concreto, por ejemplo, la existencia de unos intereses de demora pretendidamente abusivos), situación que no siempre tiene por qué darse, y en cuyo caso la ejecución quedaría al margen de la competencia del TJUE para valorar su acierto o desacuerdo.

Esto es, si el contrato de préstamo hipotecario es perfectamente válido, y no abusivo⁵⁵, ninguna implicación tiene respecto a la ejecución hipotecaria el Derecho comunitario, al margen de las consideraciones que sobre la justicia o injusticia del actual drama social de los desahucios puede realizar cada uno a título particular, y de la idoneidad o no de reformar el sistema vigente.

V. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: EL MERO CARÁCTER CASUÍSTICO DE SU ANÁLISIS EN LAS CONCLUSIONES PRESENTADAS

Como se ha expuesto anteriormente⁵⁶, el objeto de la segunda cuestión prejudicial planteada al TJUE estriba en determinar si el clausulado del contrato

una limitación injustificada de la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios prevista por la normativa comunitaria existente en la materia.

⁵⁴ En el que *Juliane Kokott* incide y sobre el que volveremos (vid. *infra*).

⁵⁵ Conforme, pues, con la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

⁵⁶ Vid. *supra*.

de préstamo hipotecario celebrado por *CatalunyaCaixa* y el señor *Aziz* a que se refiere el juez Seijo en su Auto de planteamiento de la cuestión es contrario o no a la Directiva 93/13 CEE. Y precisamente esta es la controversia objeto del procedimiento declarativo en el seno del cual se plantea la cuestión prejudicial, no la ejecución hipotecaria ya finalizada, sobre la que la Abogado General se pronuncia como consecuencia de la previsión contenida en el artículo 698.2 LEC.

Más concretamente la segunda cuestión prejudicial se desgrana en tres apartados. El primero referido a la licitud de la cláusula de vencimiento anticipado del montante total del préstamo por impago de alguna de las cuotas correspondientes a los distintos vencimientos. El segundo centrado en el tipo de interés moratorio estipulado en el contrato de préstamo hipotecario. Y el tercero sobre la validez de la fijación de manera unilateral y variable, por parte de la entidad financiera, de los intereses tanto ordinarios⁵⁷ como moratorios, máxime cuando el deudor ejecutado no puede discutir ninguna de estas cuestiones en el proceso de ejecución hipotecaria, pudiendo verse privado de su vivienda en el transcurso del procedimiento declarativo en el que se impugnan tales cláusulas.

Respecto a estos tres temas, decir en primer término que no es este el lugar idóneo para realizar un análisis exhaustivo de los mismos, puesto que, no en balde, semejantes problemas no dejan de desempeñar un mero papel instrumental en la resolución de la cuestión prejudicial planteada, y ello pese a que constituyan, precisamente, el fondo del asunto planteado por el señor *Aziz* en el procedimiento declarativo. No obstante, y dado que la Abogado General sí que efectúa una serie de consideraciones en torno al posible carácter abusivo de los intereses del préstamo, su mecanismo de fijación y la cláusula de vencimiento anticipado pactada por la entidad financiera y el señor *Aziz*, consideramos interesante ahondar en este tipo de cláusulas, tanto desde el prisma estrictamente comunitario (a que se refiere *Juliane Kokott*) como desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo demás, no puede obviarse, como ya se ha dicho, que las conclusiones presentadas por la Abogado General tienen por objeto pronunciarse respecto al sistema español de ejecución hipotecaria y su compatibilidad con la normativa comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios materializada en la Directiva 93/13. Esto es, tienen un grado de abstracción que hace extrapolables sus razonamientos a cualesquiera casos en los cuales se produzca una presunta vulneración de los derechos del consumidor establecidos por la norma comunitaria derivada de la existencia de cláusulas abusivas, y sólo a tales supuestos⁵⁸.

⁵⁷ Intereses que tienen la consideración de remuneratorios.

⁵⁸ De tal manera que ninguna repercusión tienen estas conclusiones, y el posterior fallo del TJUE, sobre los contratos de préstamo hipotecario que resulten plenamente conformes con la normativa comunitaria en materia de consumidores y usuarios, y por ende de la validez o no del sistema de ejecución hipotecaria previsto para tales casos por la normativa procesal española. Y ello porque el TJUE carece de competencia para pronunciarse sobre semejante

Por último, entrando ya al análisis de las conclusiones propiamente dichas, y con carácter previo al análisis de cada una de las tres cláusulas controvertidas en particular a que hemos hecho referencia, debemos destacar las consideraciones preliminares que efectúa *Juliane Kokott* sobre las cláusulas abusivas y su calificación, cuando recuerda que:

1. El artículo 3.1 de la Directiva 93/13⁵⁹, al amparo del cual debe efectuarse la calificación en torno a si una cláusula de un contrato de adhesión celebrado con un consumidor es o no abusiva, solo delimita de forma abstracta y genérica los elementos que determinan el carácter abusivo o no de una cláusula contractual⁶⁰.
2. Dicha calificación sobre el carácter abusivo o no de una particular cláusula contractual debe, en consecuencia, realizarse en base a: las circunstancias del caso concreto⁶¹; la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato; el resto de las cláusulas del contrato de que se trate o de otro contrato del que dependan. Y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 4.1 de la Directiva 93/13⁶².
3. Es al juez nacional, y no el TJUE, a quien corresponde decidir si una cláusula contractual puede ser calificada como abusiva al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva, ya que solo él puede apreciar de forma completa las consecuencias que la cláusula de que se trata puede tener en el ámbito del Derecho aplicable al contrato, en cuanto que implica un examen del ordenamiento jurídico nacional⁶³.

extremo, al que tan sólo se adentra, de manera incidental, por estar en juego el principio de efectividad en la tutela de los derechos de los consumidores.

⁵⁹ Cuyo contenido reproduce el artículo 82.1 TRLGDCU.

⁶⁰ Como ha tenido la ocasión de precisar el TJUE, citándose a este respecto en las notas a las conclusiones presentadas el pronunciamiento recaído en la sentencia de 4 de junio de 2009 (C-243/08, *Pannon GSM*), apartado 37, conforme al cual: «...cabe observar que, al referirse a los conceptos de buena fe y de desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, el artículo 3 de la Directiva delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no ha sido negociada individualmente [sentencia de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, apartado 19)]».

⁶¹ En particular todas aquellas que concurren en el momento de celebración del mismo, particularmente importantes en lo que se refiere al consentimiento prestado por el consumidor e información de que disponía para prestar dicha avenencia.

⁶² Cfr. artículo 82.3 TRLGDCU.

⁶³ Así lo ha declarado el TJUE, por ejemplo, en el Asunto *Invitel* (C-472/10), en cuyo apartado 30 se señala que: «Corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del procedimiento... apreciar, habida cuenta del artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula como la que es objeto del litigio principal. En el marco de esa apreciación, dicho órgano jurisdiccional deberá comprobar en particular, a la luz de todas las cláusulas de las CG de los contratos celebrados con consumidores de que forme parte la cláusula controvertida, y de la normativa nacional que establezca derechos y obligaciones que podrían sumarse a los previstos por las CG de que se trate, si se especifican de manera

4. Al TJUE únicamente le corresponde la interpretación de los criterios generales que permiten apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de la Directiva 93/13⁶⁴.

Es tras estas consideraciones generales cuando en las conclusiones se abordan uno por uno los distintos interrogantes relacionados con la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas, siguiendo el orden siguiente: cláusula de vencimiento anticipado; cláusula sobre los intereses de demora; y, finalmente, cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda. Aspectos a los que dedicamos las páginas que siguen, añadiendo a las propias consideraciones de la Abogado General otras adicionales, con la finalidad de dotar de un contenido más concreto los parámetros esbozados para calificación, conforme al ordenamiento comunitario, de cada una de las cláusulas controvertidas como abusivas o no.

1. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Por lo que respecta a la primera de las cláusulas objeto de discusión, esto es, a la licitud del pacto de vencimiento anticipado contenido en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el señor *Aziz* y *CatalunyaCaixa*⁶⁵, en las

clara y comprensible los motivos o el modo de variación de los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse [...].

⁶⁴ En el Asunto *Mostaza Claro* (C-168/05), el TJUE señaló (apartado 22) que: «*El Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre la aplicación de los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva a una cláusula particular que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto (sentencia de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, apartado 22)*». En el mismo sentido se pronunció en los Asuntos *Pannon GSM* (ya citado), y *Pénzügyi Lízing* (C-137/08).

⁶⁵ Téngase presente que estamos refiriéndonos al supuesto contemplado en el artículo 693.2 LEC, que exige además que dicha cláusula de vencimiento anticipado conste inscrita en el Registro de la Propiedad, lo que de nuevo puede plantear la posibilidad apuntada de verificación de oficio de la licitud de la misma por el Registrador que efectúa la inscripción (vid. *supra*). En todo caso, se trata de un vencimiento anticipado convencionalmente establecido, y no *ex lege* como el del artículo 1129 del Código Civil. Sobre dicho precepto señala DÍEZ PICAZO que: «*El artículo 1129 contiene las causas legales de anticipación de vencimiento. El precepto citado no impide, en modo alguno, que los interesados pacten, en sus recíprocas relaciones, una regulación diferente, tanto en lo que se refiere a las causas contempladas en el artículo, como en lo que pueda guardar relación con otras diferentes... El problema único que pueden plantear los pactos de vencimiento anticipado de la obligación es el de que respondan a intereses efectivos de una de las partes dignos de tutela jurídica o, dicho de otro modo, que presenten una causa suficiente. Cuando estos pactos e encuentren establecidos en condiciones generales de la contratación habrá de aplicárseles lo que en su momento se señaló. En ningún caso parece admisible una cláusula de vencimiento anticipado que encubra una decisión dejada al arbitrio del acreedor que fue disponente de ella*». DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), Civitas, 5.^a ed., 1996, Madrid, pág. 337.

conclusiones tan solo se apuntan los criterios que deben ser tenidos en cuenta por el juez nacional para enjuiciar dicha licitud. Concretamente se resaltan los aspectos siguientes:

- Para valorar si una cláusula contractual produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor, debe tenerse en cuenta cómo regula el Derecho nacional las situaciones en las cuales las partes no hayan establecido ninguna estipulación⁶⁶, de tal manera que si como consecuencia de la cláusula pactada el consumidor queda en peor situación que con la aplicación de las normas legales puede entenderse que la cláusula produce una alteración abusiva de los derechos y deberes contractuales del consumidor.
- Sin perjuicio de lo anterior, aunque el consumidor quede en peor situación con la aplicación de la cláusula que con la aplicación de las normas legales aplicables en defecto de pacto, no necesariamente se produce una alteración abusiva del equilibrio contractual en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13, debiendo tenerse en cuenta, a efectos de dicha calificación, las exigencias de la buena fe de las partes intervinientes, y todo ello como consecuencia del principio de libertad contractual⁶⁷ que permite apartarse de la situación regulada legalmente.
- Un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contratantes es injustificado cuando esos deberes y facultades de que el consumidor dispone se recortan hasta tal punto que quien establece las condiciones del contrato no puede considerar de buena fe que el

Es precisamente sobre la base de este artículo 1129 del Código Civil sobre la cual la distinción entre los conceptos de vencimiento y exigibilidad cobra especial importancia, como en su momento destacó la STS de 28 de marzo de 1949 (cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, «Ejecución hipotecaria...», *ob. cit.*, pág. 81).

⁶⁶ Así, debe tenerse en cuenta la configuración de las normas legales sobre 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, para, acto seguido, valorar la cláusula controvertida de acuerdo con este criterio.

Y, continúa la Abogado General, 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.

⁶⁷ Consagrado, por lo demás, en nuestro ordenamiento jurídico por el celeberrimo artículo 1255 del Código Civil.

- consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato⁶⁸.
- Finalmente, el órgano jurisdiccional nacional también tiene que considerar las posibilidades de que dispone el consumidor conforme al Derecho nacional, incluido el Derecho procesal, para poner remedio a los efectos de un vencimiento total, siendo de particular interés a tales efectos la posibilidad brindada al prestatario por el artículo 693.3 LEC⁶⁹ que permite evitar los efectos de la resolución o vencimiento total mediante el pago de las cuotas vencidas. Aspectos que deben tenerse en cuenta en la referida apreciación global de si mediante la cláusula controvertida perjudica al consumidor en una medida desproporcionada y contraria a las exigencias de la buena fe.

En consonancia con los criterios apuntados, *Juliane Kokott* termina por concluir que, contrariamente a lo que opina la Comisión⁷⁰, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar con arreglo al artículo 3 (apartados 1 y 3) de la Directiva 93/13 el carácter abusivo de una cláusula (condición general de la contratación) inserta en un contrato celebrado con consumidores, debiendo en el caso de una estipulación por la que el acreedor puede dar por vencido anticipadamente un crédito inmobiliario examinar, en particular: en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que a falta de pacto sería aplicable; si lo estipulado en la misma responde a una causa objetiva; y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual a favor de quien ejerce la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

⁶⁸ Queda claro, según señala la Abogado General, que sólo mediante una apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato (*ex art. 4, apartado uno de la Directiva*) puede determinarse si la alteración que produce la cláusula en los derechos y obligaciones contractuales, con respecto a la regulación legal, causa un importante e injustificado desequilibrio en detrimento del consumidor. Más específicamente, entre tales circunstancias a tener en cuenta se señalan, entre otras: si las cláusulas en cuestión son usuales o inusuales; si la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual a favor de quien ejerce la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

⁶⁹ La denominada liberación del bien ya referida páginas atrás (vid. *supra*). Posibilidad de liberación que con anterioridad a la aprobación de la LEC 2000 no se encontraba prevista en el procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en los artículos 129 y sigss. LH, pese a lo cual no era infrecuente que de mutuo acuerdo se produjera esta puesta al día del préstamo o crédito, tal y como señalan DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, «Ejecución hipotecaria...», *ob. cit.*, págs. 23 y 24.

⁷⁰ Que estima válida la cláusula controvertida considerándola en abstracto, y de forma desvinculada de los concretos ordenamientos jurídicos nacionales y de las circunstancias concurrentes en cada caso. Por ello el hecho de que la Abogado General se aparte de la posición de la Comisión en torno a la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario puede entenderse como un indicio de una hipotética puesta en duda por parte de *Juliane Kokott* de la legalidad de este tipo de cláusulas.

Como puede verse, la Abogado General no dilucida si la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario resulta abusiva o no, sino que remite dicha decisión al órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión prejudicial, que debe para ello tener en cuenta los criterios apuntados.

Sobre la validez de este tipo de cláusulas en nuestro ordenamiento jurídico, por impago del deudor de alguna de las cuotas, se ha pronunciado, en sentido favorable, nuestro Tribunal Supremo en múltiples ocasiones, como es el caso de las SSTS de 13 de febrero de 1996 y 31 de julio de 1996⁷¹. Validez que ha sido, asimismo, confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷².

Desde luego de lo que no cabe duda es del hecho de que la estipulación de cláusulas de esta clase en contratos de préstamo hipotecario es sumamente habitual en el tráfico jurídico, lo cual por sí mismo, y de forma aislada, no es argumento suficiente para proclamar su validez⁷³.

Existe una abundante jurisprudencia y doctrina en torno a este tema de la validez/invalidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, y aunque no es el

⁷¹ Y más recientemente las SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 12 de diciembre de 2008 y 16 de diciembre de 2010. La validez de este tipo de cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de préstamo hipotecario fue puesta en duda en su momento por la STS de 27 de marzo de 1999, con un razonamiento un tanto confuso y que no ha vuelto a repetirse. Sobre dicha sentencia, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando, «Ejecución hipotecaria...», *ob. cit.*, págs. 84 a 87; CAÑIZARES LASO, Ana (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 247 y 248 —nota al pie 67—; RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: Comentario a la STS de 27 marzo de 1999», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, págs. 433-444; de este último autor, «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», en la obra colectiva, *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello* (coord.: Mario E. CLEMENTE MEORO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 421 a 451. En origen hay quienes han sostenido que la antes referida rehabilitación del préstamo hipotecario prevista en el artículo 693.3 LEC se engendró precisamente como freno a las posibles consecuencias de una hipotética línea jurisprudencial construida sobre la doctrina de esta sentencia del Tribunal Supremo del año 1999 (cfr. MARTÍN DÍZ, Fernando, «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7126, 3 de marzo de 2009).

⁷² Cfr. RDGRN de 2 de octubre de 2006.

⁷³ Sobre el origen en nuestro ordenamiento de tal cláusula, señala BALLUGERA GÓMEZ que: «La Ley Hipotecaria de 1861, en su artículo 131, ya contemplaba la ejecución de la finca para el caso de vencimiento de solo alguno de los plazos de capital o de los intereses, quedando por vencer otros plazos de la obligación. Esa regulación se mantuvo, con algunas variantes, hasta la reforma hipotecaria de 1909. El Texto Refundido de aquel año recogió la regulación anterior en el artículo 135, pero impuso que la estipulación que, conforme al artículo 1169 del Código Civil, previese que el pago del capital e intereses deba hacerse en plazos diferentes constase inscrita en el Registro, a los efectos del nuevo procedimiento sumarísimo que se introducía en el artículo 131. Ese régimen pasó primero a la LH de 1946 y luego al nuevo artículo 693.1.I de la Ley de Enjuiciamiento Civil». BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009», en *Diario La Ley*, núm. 7507, Sección Doctrina, 11 de noviembre de 2010.

objeto del presente trabajo, por cuanto ya se ha dicho que su análisis no pasa de tener un mero carácter instrumental respecto al fondo de la cuestión⁷⁴, y que la Abogado General no resuelve sino que se remite al juicio que a tal efecto haga el órgano jurisdiccional nacional, sí que merece la pena apuntar algunas cuestiones sobre este problema con el que el juez Seijo se enfrentará tras la definitiva resolución por el TJUE de la cuestión prejudicial planteada.

En este sentido, debe partirse de la base de que las cláusulas insertas en contratos de préstamo hipotecario conforme a las cuales el vencimiento anticipado del crédito concedido tiene lugar para el caso de impago de alguna de las cuotas estipuladas son, concebidas en términos generales, perfectamente válidas y mera expresión de los principios contenidos en los artículos 1125 y 1129 del Código Civil⁷⁵. Asimismo, estas cláusulas de vencimiento anticipado no dejan de ser una manifestación práctica del artículo 1124 del Código Civil, en base al cual cabe sostener la procedencia de resolución del contrato de préstamo cuando el deudor incumpla con su obligación de pago, obligación que, ha de entenderse, tiene un carácter esencial⁷⁶.

A mayor abundamiento, y por lo que hace a la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios, la validez de la cláusula de vencimiento anticipado en nuestro ordenamiento jurídico se desprende, *a sensu contrario*, del artículo 85.4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de

⁷⁴ Que no es otro que determinar la repercusión que sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria español tienen las conclusiones presentadas por la Abogado General, y que, según se ha notado, son por principio extrapolables a cualesquiera supuestos en los que esté en juego la determinación del carácter abusivo o no de una cláusula (bien sea de vencimiento anticipado, de intereses de demora o cualesquiera otras) y, por ende, de una posible vulneración de los derechos de un consumidor o usuario.

⁷⁵ En este mismo sentido AURIOLES MARTÍN señala que: «...en términos generales, la licitud de la mencionada cláusula [de vencimiento anticipado] puede ser mantenida con cargo a ese verdadero cajón de sastre que, en nuestro ordenamiento positivo, representa la norma contenida en el artículo 1255 del Código Civil, al tiempo que tampoco puede dejar de desconocerse que, a favor de la validez de la relativa facultad de denuncia del contrato que se reserva la entidad de crédito, juega la categórica disposición del artículo 1129 CC, expresión normativa en nuestro sistema jurídico-positivo de la pérdida del beneficio del plazo concedido al deudor en presencia de unos supuestos que ponen de manifiesto el demérito sufrido en su patrimonio para continuar disfrutando de dicho beneficio». AURIOLES MARTÍN, Adolfo, «Cuestiones en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado en pólizas bancarias de préstamo y de crédito», en la obra colectiva, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coord.: Juan Luis IGLESIAS PRADA), vol. III (*Contratos mercantiles, derecho concursal y derecho de la navegación*), Civitas, Madrid, 1996, pág. 3141.

⁷⁶ Vid. BUSTO LAGO, José Manuel, «Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: perspectiva del derecho de consumo (a la luz de algunas reformas legislativas recientes)», en la obra colectiva, *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (coords.: José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ *et al.*), Thomson-Reuters (Consejo General del Notariado), Navarra, 2010, pág. 395. La equiparación entre la acción resolutoria, ex artículo 1124 del Código Civil y las cláusulas de vencimiento anticipado se afirma con toda claridad en la RDGRN de 2 de diciembre de 2006.

los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU)⁷⁷, y conforme al cual:

«*Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:*

4. *Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.*

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato».

Ahora bien, el incumplimiento del deudor que justifica la validez de la operatividad de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo ha de serlo de una obligación esencial, no cualquier incumplimiento, y en todo caso nunca un incumplimiento de una obligación accesoria. Y ello porque de lo contrario, si se admitiese la validez de una cláusula que genéricamente permitiese a la entidad financiera acordar unilateralmente el vencimiento anticipado por cualesquiera incumplimientos de obligaciones «anecdóticas», se estaría atribuyendo al acreedor *una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada*⁷⁸, en el sentido del artículo 85.4 TRLGDCU transcrita.

Así, y en relación al segundo de los criterios apuntados por la Abogado General para proceder a la valoración del carácter abusivo o no de la cláusula de vencimiento anticipado, puede decirse que dicha cláusula pactada entre *CatalunyaCaixa* y el señor *Aziz* responde a una razón objetiva, que no es otra que el incumplimiento por el deudor de su obligación primigenia y esencial en todo contrato de préstamo hipotecario: el pago de las cuotas de amortización⁷⁹.

⁷⁷ A tenor cuanto se ha dicho sobre el fundamento legal en nuestro ordenamiento del vencimiento anticipado no puede compartirse la opinión de BALLUGERA GÓMEZ de que la única disposición que ampara la validez de este tipo de cláusulas sea el artículo 85.4 TRLGDCU (cfr. «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago...», *ob. cit.*, pág. 11).

⁷⁸ Cfr. con la citada STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 16 de diciembre de 2009, Fundamento Jurídico undécimo. Esa facultad discrecional del acreedor de resolución del contrato incurría así en flagrante contradicción con lo dispuesto por el artículo 1256 del Código Civil, según el cual: «*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*».

⁷⁹ De hecho nuestra LEC en el artículo 693.2 sólo se refiere como causa del vencimiento anticipado respecto a la cual cabe admitir la ejecución hipotecaria por el procedimiento sumario especial previsto en los artículos 681 y sigs. LEC al impago de alguno de los plazos

Impago que infunde, legítimamente, al acreedor el temor de que los plazos pactados y la seguridad del cumplimiento de sus obligaciones por el deudor devienen incompatibles⁸⁰.

Además, y por lo que hace al primero de los criterios a tener en cuenta, según *Juliane Kokott*, para enjuiciar el carácter abusivo de la cláusula (consistente en analizar la normativa nacional que a falta de pacto expreso sería aplicable) debe tenerse presente, por cuanto se ha dicho, que la no inclusión de semejante posibilidad de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario en el clausulado del contrato no impide, en principio, a la entidad financiera proceder a la resolución del contrato, conforme al artículo 1124 del Código Civil⁸¹, para el caso de que se produjera un impago reiterado por parte del deudor de las cuotas de amortización, procediéndose en virtud de dicha resolución al vencimiento anticipado *ope legis*⁸², en base a los efectos que lleva aparejada la misma *ex* artículo 1124 del Código Civil⁸³.

Sin embargo, admitido el hecho de que el incumplimiento por el deudor hipotecario de su obligación de pago de los vencimientos supone la evasión por su parte de cumplir con su compromiso contractual esencial (un incumpli-

(y siempre que dicha cláusula de vencimiento anticipado conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad), y no a otro tipo de causas que podrían entenderse como accesorias.

⁸⁰ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, II (vol. III), Bosch, Barcelona, 1986, pág. 53.

⁸¹ Además, tal y como señala *BASOZABAL ARRUE*, no puede obviarse el hecho de que en las pólizas de préstamo se regulan conjuntamente y a menudo se confunden la resolución del contrato por incumplimiento y el vencimiento anticipado de las obligaciones del prestatario; se ha llegado incluso a proponer que en el préstamo la resolución quede sustituida por el vencimiento anticipado. *BASOZABAL ARRUE*, Xavier, *Estructura básica del préstamo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 34 a 40.

⁸² No obstante, bien es cierto que para que la cláusula de vencimiento anticipado pueda encontrarse cubierta por la hipoteca es necesario no solo su pacto entre las partes, sino también su inscripción registral, por lo que la exigibilidad de la totalidad de la deuda no podría llevarse a término por la vía de la ejecución hipotecaria en ausencia de pacto debidamente inscrito, debiendo el acreedor acudir a alguno de los distintos procedimientos anteriormente señalados a través de los cuales es susceptible de ser exigido judicialmente el montante derivado del contrato de préstamo hipotecario suscrito (vid. *supra*). Así se deriva de lo establecido en el artículo 693.2 LEC. No en balde, estamos hablando de cláusulas de vencimiento anticipado con trascendencia real (por posibilitar el ejercicio de la acción hipotecaria) y no meramente obligacionales, que además, obligarían en este último caso a enjuiciar en cada caso si la cláusula en cuestión tiene trascendencia real o no, y por tanto acceso al Registro de la Propiedad. Sobre la trascendencia real de las cláusulas de vencimiento anticipado, vid. PARDO, Celestino y NOGUEROLES, Nicolás, «Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7293, Sección Doctrina, 27 de noviembre de 2009.

⁸³ Puede, no obstante, dudarse acerca de si resultaría necesario o no incluir específicamente como causa de resolución del contrato el incumplimiento de alguno de los plazos de vencimiento por parte del deudor, o si, por el contrario, la mera falta de abono de una de las cuotas de amortización ya implica, *per se*, un incumplimiento esencial de las obligaciones asumidas por una de las partes y, por ende, la operatividad *ex lege* de ejecutar la facultad de resolución contractual prevista por el referido artículo 1124 del Código Civil.

miento grave del contrato), el problema se agrava aún más cuando se trata de valorar si basta con que dicha falta de pago lo sea de una sola de las cuotas de amortización del préstamo o si por el contrario se requiere un incumplimiento más prolongado en el tiempo.

Lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo ya se pronunció en torno a esta cuestión en su sentencia de 27 de marzo de 1999⁸⁴, considerando que el mero incumplimiento de uno de los plazos de vencimiento por parte del deudor hipotecario no permite amparar la resolución del préstamo hipotecario, basando su fundamentación en los artículos 127 y 135 LH, 1125, 1127 y 1129 del Código Civil.

En síntesis, el razonamiento esgrimido en dicha sentencia (FFJJ 5.º, 6.º y 7.º) es que en los contratos de préstamo hipotecario el plazo de devolución concedido al deudor, establecido a favor tanto del acreedor como del deudor (art. 1127 CC), debe respetarse en tanto en cuanto no se ha pactado una condición resolutoria del crédito (y a la que se opondría el antiguo art. 135 LH)⁸⁵, siendo las obligaciones a término exigibles únicamente cuando el día pactado llegue (art. 1125 CC), salvo que la deuda carezca de garantías (art. 1129 CC), carencia que nunca se da, por definición, cuando el préstamo está asegurado con hipoteca⁸⁶.

⁸⁴ No obstante no puede perderse de vista el hecho de que el pronunciamiento contenido en dicha sentencia respecto a la invalidez de la cláusula de vencimiento anticipado es mero *obiter dictum*, siendo la verdadera *ratio decidendi* del fallo, conforme a la cual se anula la cláusula undécima del contrato, el incumplimiento por parte del banco de sus obligaciones. Vid., en este sentido, el comentario de DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Comentario al artículo 693 LEC», en la obra colectiva, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Tomo III) —dir.: Antonio María LORCA NAVARRETE—, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3540 a 3545.

⁸⁵ A una hipotética condición resolutoria del contrato de préstamo hipotecario se opondría, según esta resolución del TS, el antiguo artículo 135 LH, que establecía que: «Si para el pago de algunos de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecho». En este sentido, el TS señala (FJ 6.º) que la vertencia de la condición resolutoria implica la fulminante extinción del préstamo y de la hipoteca que lo garantiza, de forma que impagado uno de los plazos de amortización del principal o de los intereses la condición descarga su furia exterminadora, y, subsiguientemente, se cancelará la hipoteca, puesto que el acreedor habrá percibido lo que se le adeudaba. Sin embargo, entiende el Supremo, el artículo 135 LH preconiza todo lo contrario: se transfiere la finca al rematante, pero con la carga de la hipoteca que subsiste, precisamente para continuar garantizando el pago de la parte del crédito todavía no satisfecho. Actualmente el contenido del citado artículo 135 LH se encuentra recogido en el artículo 693.2 LEC, que permitiría efectuar, caso de estimarlo procedente, sobre su base un razonamiento idéntico al hecho por el TS en su día en esta sentencia.

⁸⁶ De ahí que el TS llegue a afirmar (FJ 5.º) que: «Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de dieciséis años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, este tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario

Pese a semejante pronunciamiento, conforme al cual el vencimiento anticipado pactado en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por el señor Aziz con *CatalunyaCaixa* sería nulo y abusivo, lo cierto es que el TS no ha vuelto a reiterar en el tiempo este razonamiento, como expresamente se ocupa de precisar el propio TS en su sentencia de 4 de junio de 2008⁸⁷, pese a lo cual en dicha resolución judicial el Tribunal recuerda, tras afirmar con carácter general la validez de este tipo de cláusulas, que (FJ 4.^º *in fine*):

«Lo hasta ahora expuesto no obsta a que, en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula [de vencimiento

haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido. Esta obligada estoicidad financiera del prestamista resulta del juego combinado de los dos artículos mencionados en la Ley Hipotecaria (arts. 127 y 135)».

⁸⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 4 de junio de 2008 (FJ 4.^º), en la que el Alto Tribunal señalaba que: «...en el tercer motivo del presente recurso de casación denuncia el recurrente, ahora al amparo del ordinal 4.^º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la vulneración de los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, con infracción del artículo 6 del Código Civil, con cita también, como infringida, de la jurisprudencia de la Sala sentada en las sentencias de 27 de marzo de 1999 y 2 de noviembre de 2000. Propugna en este motivo el recurrente la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado estipulada en el contrato de préstamo suscrito, por considerarla contraria a las leyes imperativas y desvirtuar la propia esencia de la garantía real convenida, y, en consecuencia, la perdurabilidad del crédito hipotecario, todo ello al amparo de lo sentado, principalmente, en la sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 1999. Pues bien, si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente, en la sentencia en que el recurrente sustenta este motivo de casación, la antes referida, por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil, no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas, por ejemplo en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000. En efecto, como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones, como la convenida, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del CC), en el caso de autos, cuando concurre justa causa para ello, es decir, cuando nos encontramos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo. Y en el presente caso tuvo por cierto el Juzgado (y después confirmó la Audiencia) que, transcurrido el periodo de carencia convenido, "desde el mes de septiembre de 1995 nunca existió saldo suficiente para abonar las amortizaciones del préstamo hasta abril del 96". Por otra parte, la tesis expuesta sobre la validez de las citadas cláusulas de vencimiento anticipado ha venido a ser respaldada, a nivel legislativo, por la dicción literal del artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o del citado por la sentencia recurrida, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, expresamente referido a la ejecución hipotecaria».

anticipado], en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, como así ocurrió en el supuesto resuelto por la sentencia de 2 de noviembre de 2000, también invocada por el recurrente, y que, por lo dicho hasta ahora, no sirve como exponente jurisprudencial de sustento a este motivo».

Ahora bien, pese a dicha ratificación, el interrogante planteado respecto a cuándo el incumplimiento del abono de los distintos plazos de vencimiento por parte del deudor hipotecario puede considerarse un incumplimiento esencial del contrato suscrito sigue pendiente en el aire, no encontrándose esta cuestión de tipo cuantitativo (cuántos plazos) resuelta en el plano legislativo (al menos expresamente), a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del ordenamiento⁸⁸ y en Derecho Comparado⁸⁹.

⁸⁸ Concretamente nos estamos refiriendo a la previsión que específicamente contempla sobre esta cuestión que nos ocupa el artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, y conforme al cual:

1. Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor, sin perjuicio de lo que dispone el artículo siguiente, podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato.

Cuando el vendedor optare por la resolución del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas. El vendedor o prestamista tendrá derecho:

- a) *Al 10 por 100 de los plazos vencidos en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador.*
- b) *A una cantidad igual al desembolso inicial, si existiera, por la depreciación comercial del objeto. Cuando no exista el desembolso inicial, o este sea superior a la quinta parte del precio de venta al contado, la deducción se reducirá a esta última.*

Por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización que en derecho proceda.

2. La falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesiónario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente.

Facultad de vencimiento anticipado sobre la cual se permite la moderación por parte de Jueces y Tribunales ex artículo 11 de la misma norma (cuando concurran causas tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios).

⁸⁹ Cfr. BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago...», *ob. cit.*, págs. 11 y sigs. En la obra citada se hace referencia a los sistemas alemán, italiano y francés, en los que la operatividad de la cláusula de vencimiento anticipado se hace depender de determinados porcentajes de impago en función del plazo de devolución del préstamo o se fija un número concreto de plazos impagados, todo ello junto con la concesión de un plazo al deudor para que cumpla voluntariamente y la valoración del importe total devuelto del crédito inicialmente concedido.

Los términos en que se plantea este problema los expresa certeramente BASOZABAL ARRUE⁹⁰ cuando señala que:

«Nada que objetar a que como regla las partes puedan, al amparo de su autonomía privada, determinar los supuestos que facultan al acreedor para resolver o dar por vencida la obligación; pero parece lícito preguntarse por los límites que el derecho dispositivo sobre vencimiento anticipado y resolución impone al predisponente. ¿Qué se puede entender como abusivo en este terreno?»

A juicio del autor citado⁹¹, fundamentada la posibilidad del acreedor de vencer anticipadamente la obligación en la seguridad del crédito concedido, existen tres límites derivados del artículo 1129 del Código Civil a los que se encuentra supeditada la eficacia o validez de tales cláusulas:

- La alteración del patrimonio del deudor.
- La alteración de las garantías (en nuestro caso del bien hipotecado).
- El incumplimiento de obligaciones (como, por ejemplo, el impago de alguno de los vencimientos pactados).

Concretamente respecto al supuesto en el cual se produce, por parte del deudor, el incumplimiento de alguno de los pagos, habrá que considerar la importancia de dicho impago en el desarrollo de la relación contractual, atendiendo a la parte de deuda ya satisfecha, en la búsqueda de un equilibrio justo entre los intereses del prestatario (poder pagar la deuda a plazos) y del prestamista (poder dar por concluido el contrato y ejecutar la garantía —hipotecaria en el caso estudiado—)⁹².

Pero reconocido el hecho de que resulta necesario que se dé el incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, entre las que se encuentra, qué duda cabe, el pago de los distintos vencimientos aplazados⁹³, y apuntada la conveniencia de calibrar la repercusión que dicho incumplimiento parcial ha de tener sobre la relación contractual en su conjunto para que la cláusula de vencimiento anticipado pueda desplegar su eficacia, poco o nada más podemos extraer de nuestra legislación positiva referida a los contratos de préstamo hipotecario.

Falta así el elemento fundamental que permite a los jueces ponderar cuando ese incumplimiento parcial de las obligaciones esenciales del contrato por el

⁹⁰ BASOZABAL ARRUE, Xavier, «Estructura básica...», *ob. cit.*, pág. 44.

⁹¹ BASOZABAL ARRUE, Xavier, «Estructura básica...», *ob. cit.*, pág. 45. El autor sigue en este punto a CLEMENTE MEORO (cfr. CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, págs. 300 y 301).

⁹² BASOZABAL ARRUE, Xavier, «Estructura básica...», *ob. cit.*, pág. 47 y sigs.

⁹³ Incumplimiento al que, por otra parte, se refiere expresamente el artículo 693 LEC, lo que permite concluir que *ex lege* se ha fijado por mor de dicho precepto la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado vinculadas a la dejación de pago por parte del deudor de sus cuotas de amortización.

prestatario, debido a la falta de abono de alguna de las cuotas de amortización, tiene la entidad suficiente como para amparar la aplicación al caso concreto de la cláusula de vencimiento anticipado previamente pactada. Es en este punto donde navegamos en tierra de nadie.

La norma que mayor proximidad podría guardar con el préstamo hipotecario, materializada en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCC), guarda silencio al respecto. Aspecto incomprensible por cuanto, sin embargo, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles sí que cuantifica el número de mensualidades impagadas que han de darse para que el vencimiento anticipado sea factible⁹⁴: dos plazos. Se hace, pues, necesaria una reforma legislativa en nuestro país que contribuya a ofrecer certeza sobre este punto y permita simplificar la labor judicial de interpretación en torno a la validez de aplicación de este tipo de cláusulas.

No obstante todo ello, si tomamos por analogía estos criterios apuntados como presupuestos de validez de la cláusula de vencimiento anticipado, podemos decir que en el caso del contrato suscrito entre el señor Aziz y *CatalunyaCaixa*, el incumplimiento reiterado del primero en el pago de sus cuotas⁹⁵ y la escasa entidad del importe del préstamo efectivamente reembolsado⁹⁶ por el deudor conducen, casi forzosamente, a admitir la plena validez de la aplicación de la citada cláusula, cuyo carácter abusivo difícilmente puede sostenerse.

Todo lo cual hace presagiar que el juez Seijo, y a salvo el criterio que el TJUE sostenga finalmente en la resolución de la cuestión prejudicial planteada, debiera ratificar en su fallo la plena admisibilidad de la cláusula de vencimiento anticipado pactada en su momento en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el actor y la entidad financiera demandada, máxime desde el momento mismo en que nuestro TS ha abandonado la tesis conforme a la cual el vencimiento anticipado no tiene cabida en los casos en los cuales el montante del préstamo concedido se encuentra plenamente asegurado por la hipoteca del bien para cuya compra se concedió precisamente el crédito.

En todo caso, y fuera como fuere, lo cierto es que *Juliane Kokott* no resuelve en sus conclusiones este aspecto, ni se propone hacerlo, limitándose a apuntar los criterios generales a tener en cuenta, ya referidos, para poder apreciar el carácter abusivo o no de este tipo de cláusulas conforme al artículo 3 de la Directiva 93/13, recordando así la jurisprudencia reiterada del TJUE conforme a la cual

⁹⁴ Cfr. artículo 10 antes citado (nota al pie 88).

⁹⁵ Concretamente se demoró en el pago de las mensualidades de octubre y diciembre de 2007 y también de las comprendidas entre los meses de enero a mayo de 2008, para posteriormente, a finales de 2008, dejar de pagar por completo los distintos vencimientos parciales.

⁹⁶ Que desde el 31 de julio de 2007 (fecha del contrato) hasta el 31 de mayo de 2008 ascendía a 1.325,98 € en concepto del principal prestado y 6.656,44 € en concepto de intereses ordinarios e intereses de demora.

semejante apreciación debe ser efectuada por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y no directamente por este.

Lo que está claro es que si la cláusula de vencimiento anticipado integrante del contrato de préstamo hipotecario se considera abusiva (al igual que el tipo de los intereses de demora o la determinación unilateral del importe de la deuda pendiente, a los que seguidamente nos referiremos), su nulidad no puede ser esgrimida en el procedimiento de ejecución hipotecaria y su enjuiciamiento en el proceso declarativo posterior ninguna repercusión tiene sobre dicha ejecución, máxime desde el momento en que en este caso concreto no existe indemnización alguna, derivada de la ejecución, que el juez que conoce del declarativo pueda retener para posibles indemnizaciones al ejecutado, puesto que, no habiendo ocurrido postores a la subasta, la entidad financiera se adjudica directamente el inmueble por el 60 por 100 de su valor de tasación, conforme a lo expresamente permitido por nuestra LEC.

Y es precisamente la imposibilidad de discutir dicha cuestión (u otras) en la ejecución hipotecaria, o la imposibilidad de que su debate en el declarativo posterior a la ejecución surta efecto alguno sobre la ejecución en curso, lo que hace que nuestro sistema de ejecución actual pueda resultar contrario al Derecho comunitario en materia de protección de consumidores y usuarios, materializado, en este caso, en la Directiva 93/13.

Pese a ello, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado⁹⁷, o, dicho de otra manera, su inexistencia, nada obsta a la plena validez de la ejecución hipotecaria, que puede llevarse a cabo no por la totalidad del importe adeudado (como consecuencia de dicha cláusula), sino limitada al pago del importe de alguno de los plazos o de los intereses⁹⁸ (ex art. 693.1 LEC⁹⁹), transfiriendo en

⁹⁷ Aunque pudiese discutirse en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria, o aunque su alegato en el declarativo posterior paralizase o suspendiese la misma.

⁹⁸ Y salvo que, claro está, el deudor ejerza la posibilidad que le permite el artículo 693 LEC de proceder a la liberación del bien cuando la vivienda objeto de ejecución es la vivienda familiar (sin consentimiento del acreedor) o, cuando sin serlo, el acreedor admite dicha posibilidad, como se ha señalado en las páginas precedentes (vid. *supra*), consignando a tal efecto las cantidades debidas (en concepto de principal e intereses).

⁹⁹ Sobre el que FAJARDO FERNÁNDEZ señala que: «...puede producir cierta perplejidad. Creo que esto es así porque reproduce casi literalmente el antiguo artículo 135 LH, referido a un supuesto de hecho algo ajeno a la realidad contractual de hoy, pero que es necesario reconstruir si se quiere entender el precepto. La regulación del antiguo juicio sumario hipotecario (y por tanto también la del actual procedimiento de ejecución de bienes hipotecados o pignorados, que sigue a aquella literalmente en muchas ocasiones) está pensada principalmente para un supuesto de hecho en el que la hipoteca garantiza la devolución de un préstamo cuyo pago debe realizarse aplazado en el tiempo, pero de una sola vez, es decir, con un vencimiento único, llegado el cual, si el deudor no paga, el acreedor tiene derecho a ejecutar la garantía. Pero lo normal en la contratación de hoy es que el préstamo o crédito tenga un vencimiento periódico y que el deudor deba pagar mensual o trimestralmente cuotas de amortización en las que se incluye parte del principal y los intereses correspondientes. En estos casos, si el deudor deja de pagar una cuota no vence todo el préstamo o todo el

dicho caso la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

Esto es, la virtualidad propia de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado tiene un carácter muy limitado, por no decir nulo (como la cláusula misma). Y es que la ejecución hipotecaria, aunque se suspendiese o paralizase como consecuencia de la alegación y enjuiciamiento en torno al carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, más tarde o más temprano, terminaría llevándose a término, si bien no por la totalidad del crédito sí por una parte del mismo.

Más concretamente, la consideración como abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado pactada en el contrato de préstamo hipotecario llevará consigo que la ejecución hipotecaria y su resultado se destine únicamente a pagar al acreedor los importes referidos a los vencimientos impagados, no la totalidad de la deuda, subsistiendo la hipoteca¹⁰⁰, aunque minorada la cuantía de la obligación asegurada, respecto al tercero adquirente de la vivienda objeto de subasta¹⁰¹. Y

crédito, sino solo la parte correspondiente a la cuota impagada. Aunque en teoría ni siquiera podría ejecutarse la garantía porque la obligación todavía no es exigible íntegramente, es admisible hacerlo si hubo pacto inscrito en tal sentido. Pero solo son exigibles las deudas vencidas (art. 1125.1 CC), y la única obligación vencida es la de la cuota impagada; por lo tanto, con el dinero obtenido en la subasta se satisfará al acreedor únicamente en la cuantía de esa cuota, y la cancelación de la hipoteca ejecutada se circunscribirá únicamente a ella, sin afectar al resto de la hipoteca que garantiza los plazos de la obligación que quedan por cumplir. Eso significa que el rematante adquiere un bien gravado y se subroga en el resto de la hipoteca ejecutada (al igual que ocurre siempre si se trata de una hipoteca de renta, art. 157 III LH). Naturalmente, es muy posible que el rematante prefiera que no subsista la hipoteca, y para ese caso el artículo 127, II LH, que sigue vigente, le permite solicitar que del dinero pagado en la subasta se aparte la cantidad correspondiente al importe e intereses de la deuda para que sea pagado al acreedor al vencimiento de los plazos pendientes». FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, en su comentario al artículo 693 LEC, contenido en la obra colectiva: CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), «Comentarios a la Ley...», *ob. cit.*, págs. 543 y 544. En el mismo sentido se pronuncia ADÁN DOMÉNECH, Federic, «La ejecución...», *ob. cit.*, págs. 306 y 307.

¹⁰⁰ Ex artículos 670.5 y 693.1 LEC.

¹⁰¹ Debe tenerse presente que el tercero adquirente asume la carga hipotecaria (con la referida minoración de la obligación asegurada), pero no el crédito pendiente del ejecutado con la entidad financiera. Dicho de otra forma, en los supuestos en los que se procede a la aplicación del artículo 693.1 LEC no se produce una asunción automática de deuda, aunque existen autores que así lo sostienen —caso de ROCA SASTRE, al que se suele citar cuando se habla de este tema— (la cuestión no es ni mucho menos pacífica), y pese al hecho de que nuestro TS haya seguido dicha opinión en algunos casos (STS de 30 de enero de 1999). En todo caso se trata de un problema complejo que excede con mucho el ámbito y extensión del presente trabajo. Vid., al respecto, entre otros, ROCA-SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL Lluís, *Derecho Hipotecario*, 8.^a ed., Bosch, Barcelona, 1998, págs. 165 y sigs.; CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 644 y 645; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 248 y sigs.; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Comentario...», *ob. cit.*,

ello sin que, según la tesis mayoritaria, el ejecutado quede liberado del cumplimiento del montante que reste del préstamo hipotecario suscrito, para el cual habrá que estar a cada uno de los vencimientos pactados en su momento en el contrato correspondiente. Posición que resulta discutible, al menos cuando el adquirente es un tercero y no el propio acreedor, caso en que dicha tesis tendría un mayor sentido¹⁰².

2. INTERESES DE DEMORA ABUSIVOS

Al igual que hace cuando analiza la validez/invalididad de la cláusula de vencimiento anticipado¹⁰³, *Juliane Kokott* remarca en sus conclusiones que la

págs. 3534 a 3537; ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Comares, Granada, 1999, págs. 86 a 89.

Por otra parte, el hecho de preconizar la no asunción legal o automática de la deuda por parte del tercero adquirente del inmueble, objeto de ejecución hipotecaria, supone obviar los problemas prácticos que llevará aparejados dicha opción, y en particular en los casos en los cuales la obligación garantizada hipotecariamente pesa sobre varios inmuebles. En este sentido, el tercero adquirente del inmueble, aunque pesa sobre él la hipoteca, no se subroga, por ejemplo, en el contrato de préstamo hipotecario inicialmente suscrito por el ejecutado, ni tampoco en la posibilidad de hacer utilización, caso de haberse pactado, de los distintos plazos de vencimiento acordados en su momento entre el deudor inicial y el prestamista (sea una entidad financiera o no). Por lo tanto, ningún poder de disposición tiene sobre la relación obligacional que subsiste en sus originarios términos entre el acreedor hipotecario y el deudor ejecutado, debiendo el tercero comprador que se adjudica el inmueble confiar en el que deudor originario siga abonando las cuotas correspondientes, y ello pese al hecho de que semejante postulado implique creer que quien ha perdido el inmueble vaya a continuar pagando por él. Sin embargo, el problema se complica aún más cuando la garantía hipotecaria recae sobre más de una finca registral, en cuyo caso el tercero adquirente de una de esas fincas hipotecadas (que tiene la consideración de tercero a los efectos del art. 114 LH), en cuyo caso la finca adquirida gravada por la hipoteca únicamente debiera responder por la cantidad a que esta se encuentra afecta, no subrogándose el nuevo adquirente en la totalidad de la deuda contraída por los deudores principales prestatarios en el préstamo con garantía hipotecaria intervinientes en el mencionado contrato. El acreedor solo podrá en tal caso repetir contra la finca adquirida por tercero la cantidad del préstamo a que esté afecto dicho inmueble (art. 120 LH), según la distribución de la responsabilidad hipotecaria que conste en los asientos del Registro, pudiendo dicho tercer poseedor pagar al acreedor el importe correspondiente a la responsabilidad especial de tal finca, y, en su caso, el de los intereses correspondientes, y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas (art. 221 RH). Vid., sobre este particular, entre otras muchas resoluciones judiciales: Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.^a) de 20 de enero de 2001; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 11 de mayo de 2006; y Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3.^a) de 20 de junio de 2000.

¹⁰² No en balde, la STS de 30 de enero de 1999 citada, versaba sobre un caso en el cual la adquirente de la finca hipotecada había sido la propia entidad financiera concedente del préstamo, produciéndose así una confusión o compensación de créditos y quedando el deudor liberado automáticamente.

¹⁰³ A cuyo razonamiento expresamente se remite con ocasión de analizar la validez de los intereses de demora pactados (concretamente se reitera en lo señalado en los puntos 64 a 67 de las conclusiones).

competencia para proceder a la declaración como abusiva de la cláusula sexta del contrato que fijaba la mora automática del señor *Aziz* (asociándole como penalización unos intereses anuales del 18,75 por 100) recae en el órgano jurisdiccional nacional, pese a lo cual no renuncia a la posibilidad de esbozar los parámetros generales que a su juicio, y de conformidad con la Directiva 93/13¹⁰⁴, deben tenerse en cuenta en orden a concluir si semejante cláusula (por el tipo de interés fijado) resulta abusiva o no.

A tales efectos, la Abogado General del TJUE efectúa en sus conclusiones las consideraciones siguientes en torno a la validez de la cláusula sexta del contrato por la que se estipulan unos intereses moratorios anuales del 18,75 por 100¹⁰⁵:

- El juez nacional debe efectuar primeramente una comparación con el tipo de interés legal¹⁰⁶. Y ello con la finalidad de comprobar, en un segundo paso, habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto, si la alteración resultante, atendidas las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
- Pese a que en el Anexo de la Directiva¹⁰⁷ (al que se remite el art. 3, apartado 3 de la misma) se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta, dicha circunstancia no puede determinar automáticamente y por sí sola que los intereses moratorios en cuestión tengan carácter abusivo¹⁰⁸. Aun así,

¹⁰⁴ En particular con el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva.

¹⁰⁵ Apartados 83 y sigs. de las conclusiones.

¹⁰⁶ Fijado hasta el 31 de diciembre de 2012 en el 5 por 100 (Disposición Adicional 13.^a de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012). En nuestra opinión, y pese al tenor literal de las consideraciones de *Juliane Kokott*, el tipo de interés legal a tener en cuenta para efectuar la comparación con el fijado por la cláusula sexta del contrato no es el interés legal ordinario, sino el de demora, al que se refiere, asimismo, la Disposición Adicional 13.^a, en su apartado dos. Aunque a efectos prácticos no tenga mayor importancia, por cuanto el interés de demora se ha fijado asimismo para el año 2012 en el 5 por 100 (a efectos de lo dispuesto en el art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). Y es que no puede perderse de vista el hecho de que los intereses remuneratorios y los moratorios o de demora tienen una naturaleza y finalidades distintas, y por tanto es común que los tipos de uno y otro sean sumamente divergentes entre sí (una tabla comparativa en la que se ilustran tales diferencias —entre los años 1986 y 2004— puede verse en LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Tomo II (Derecho de Obligaciones), 9.^a ed., Marcial Pons, pág. 112).

¹⁰⁷ En su número 1, letra *e*).

¹⁰⁸ Puesto que, no en balde, conforme al apartado 3 del artículo 3 de la Directiva, la lista que contiene dicho Anexo solo sirve como orientación sobre qué tipo de cláusulas pueden ser declaradas abusivas, y no tiene, en todo caso, carácter exhaustivo, sino meramente ejemplificativo. Razonamiento que ha sido reproducido de forma exacta y con anterioridad por el TJUE, como, por ejemplo, en el asunto *Invitel* (C-472/10), ya citado, en cuyo Considerando 26 se señaló que: «Si bien el contenido del anexo de que se trata no puede determinar automáticamente y por sí

dicha mención, precisa *Juliane Kokott*, constituye un elemento esencial en el que el órgano jurisdiccional puede basar su apreciación del carácter abusivo de la cláusula.

- Asimismo, y para efectuar el examen concreto, puede ser relevante qué tipo de interés de demora suele pactarse en los préstamos hipotecarios, pudiendo servir como indicio, junto con el tipo de interés legal dinero (moratorio), la limitación del tipo de interés de demora por la LCC¹⁰⁹ a 2,5 veces el interés legal del dinero, en orden a apreciar un posible desequilibrio, unido al hecho de que los costes de refinanciación de las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios, debido a la garantía concedida, son, por regla general, mucho menores que en los demás créditos al consumo.
- Por último, y en cuarto lugar, en la ponderación en torno al carácter abusivo o no de los intereses moratorios hay que tener en cuenta qué finalidades tiene dicha clase de interés con arreglo al Derecho nacional. A este respecto son dos las finalidades posibles:
 - La fijación de un importe a tanto alzado que compense los perjuicios causados por la mora.
 - Erigirse en acicate o estímulo para que la otra parte cumpla lo pactado.

Tales finalidades pueden concurrir de forma individual o cumulativa, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los intereses derivados de la mora procesal a que se refiere el artículo 576 LEC¹¹⁰.

En correlación con las finalidades apuntadas, la Abogado General señala que si esta consiste únicamente en la fijación de un importe a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Sin embargo, parece evidente que un tipo de interés de demora más alto incita al deudor a no incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones

solo el carácter abusivo de una cláusula controvertida, sí constituye un elemento esencial en el cual el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo de dicha cláusula». Así, tal y como señalara la Abogado General que elaboró las conclusiones previas a la resolución por el TJUE del asunto *Invitel*, la lista que contiene el anexo solo recoge ejemplos a los efectos de esta Directiva. Habida cuenta de este carácter mínimo, esta lista puede ser ampliada o reducida por los Estados miembros en el marco de su legislación nacional, especialmente en lo que concierne al ámbito de aplicación de estas cláusulas (nota 46 de las conclusiones).

¹⁰⁹ Artículo 20.4 de la Ley, conforme al cual: «En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos... un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero».

¹¹⁰ Como expresamente ha tenido la ocasión de poner de relieve nuestro Tribunal Constitucional (cfr. STC 206/1993, de 22 de junio). Sobre la distinción entre los intereses moratorios y los procesales, vid. SSTS de 10 de abril de 1990 y 15 de abril de 1991, entre otras muchas.

contractuales y a poner fin rápidamente a la situación de mora en que haya ocurrido. Si el tipo de interés acordado, con arreglo al Derecho nacional, pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

Y así, apuntados tales elementos a tener en cuenta en la valoración en torno a la validez o abusividad de los intereses de demora, pactados contractualmente por *Catalunya caixa* y el señor Aziz, Juliane Kokott termina, al igual que hace respecto a la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, concluyendo que el órgano jurisdiccional en el caso de una cláusula sobre los intereses de demora debe examinar en particular dos cuestiones:

- En qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable.
- Si dicho tipo de interés está en proporción y se adecúa al objetivo perseguido con el establecimiento del mismo (intimación al cumplimiento o indemnización de daños y perjuicios, o ambos a la vez).

En orden a dilucidar la respuesta que en nuestro ordenamiento jurídico debe darse a estos dos elementos valorativos tendentes a delimitar el carácter abusivo o no de los intereses moratorios¹¹¹, debe partirse, en primer lugar, de lo dispuesto en los artículos 1100 y 1108 de nuestro Código Civil (CC) y artículos concordantes del Código de Comercio (Ccom).

Del tenor del artículo 1100 del Código Civil¹¹² se desprende que la mora automática del deudor se produce como regla general cuando el acreedor reclame judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación al deudor. El deudor incurre asimismo en mora sin necesidad de intimación previa cuando así lo hayan convenido las partes, cuando la ley lo declare expresamente y cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación de

¹¹¹ Tarea con la que el juez Seijo se enfrentará tarde o temprano, tras la resolución judicial que dicte el TJUE.

¹¹² Conforme al cual: «Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1. *Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.*
2. *Cuando de su naturaleza y circunstancia resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.*

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la misma.

Sin embargo, esta regla del Código Civil no resulta aplicable al contrato en torno al cual versa la cuestión prejudicial, por cuanto el mismo es un contrato mercantil¹¹³ celebrado entre una entidad financiera y un consumidor, y en tales casos la regla aplicable es la contenida en el artículo 63¹¹⁴ del Código de Comercio¹¹⁵, que preconiza la regla contraria, esto es, la mora automática del deudor sin necesidad de intimación previa por parte del acreedor. De ahí que la estipulación contenida en el contrato suscrito entre el señor Aziz y CatalunyaCaixa resulte del todo superflua, por cuanto la mora automática en este tipo de contratos se produce sin necesidad de acuerdo entre las partes, *ope legis* y desde el día siguiente a aquél en que se produce el vencimiento parcial de la deuda aplazada.

Cuando la obligación del deudor incursa en mora consiste en el abono de dinero la consecuencia de semejante incumplimiento viene determinada por el artículo 1108 CC en los términos siguientes:

«Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

Regla que reproduce en el Código de Comercio el párrafo primero del artículo 316, según el cual:

«Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal».

¹¹³ Como no puede ser de otra forma, puesto que de lo contrario no estaríamos hablando de la aplicación al mismo de la categoría jurídica en que las condiciones generales de la contratación consiste, ni tampoco del posible carácter abusivo de parte de su clausulado.

¹¹⁴ Vid., sobre el mismo, el comentario de VILA FLORENZA, Pau, en la obra colectiva, *Comentarios al Código de Comercio (Doctrina y Jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Tomo I, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 521 a 525. El autor pone de relieve la diferente solución adoptada por los artículos 1100 del Código Civil y 63 del Código de Comercio, manifestándose contrario a la doctrina civilista que entiende que ambos preceptos no difieren, por cuanto el artículo 1100 del Código Civil salva de la regla general de necesidad de interpelación previa al deudor los casos establecidos por la Ley, entre los cuales se encontraría precisamente el referido artículo 63 del Código de Comercio.

¹¹⁵ Según el artículo 63 del Código de Comercio: «Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

1. *En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento.*
2. *En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial autorizado para admitirla».*

Del tenor literal de los preceptos transcritos cabe extraer la respuesta en el ordenamiento jurídico español a los dos interrogantes/criterios a tener en cuenta, según la Abogado General, para poder pronunciarse en torno a la validez/invalidez de los intereses moratorios pactados en el contrato de préstamo hipotecario objeto de debate en la cuestión prejudicial planteada.

Comenzando por la cuestión más genérica referente a la finalidad perseguida por los intereses moratorios en nuestro ordenamiento patrio, procede señalar que el objetivo de tales intereses no es sino actuar como indemnización por los daños y perjuicios experimentados por el acreedor desde el momento mismo en que el deudor se demora en el pago de sus obligaciones, como expresamente recoge el artículo 1108 CC y la doctrina¹¹⁶ y jurisprudencia¹¹⁷ han tenido la ocasión de poner de relieve reiteradamente en el tiempo¹¹⁸.

Ahora bien, consistiendo el abono de los intereses de demora en una indemnización por los daños y perjuicios experimentados por el acreedor lo lógico es que el daño sufrido, como en toda indemnización de tal clase, deba acreditarse. Sin embargo, en el caso de las obligaciones pecuniarias, dicho daño se entiende producido desde el momento mismo en que el deudor incumple, en base a argumentos múltiples tales como el carácter instantáneamente fructífero de la moneda o a la indisponibilidad o privación que el acreedor sufre de su capital y el riesgo que corre de perderlo¹¹⁹. También se ha señalado, más técnicamente,

¹¹⁶ Cfr., entre otros, ALBADAJO, Manuel, *Derecho Civil, II* (Derecho de Obligaciones), 11.^a ed., Bosch, 2002, pág. 195; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, II* (Derecho de Obligaciones, vol. 1.^o), 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1985, pág. 249; DÍEZ-PICAZO, Luis, «Fundamentos del...», *ob. cit.*, págs. 636 a 638; PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, Bosch, 1987, pág. 106; ORDÁS ALONSO, Marta, *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 33 a 41.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, en la STS de 19 de mayo de 1991 (FJ 4.^o) se fundamentaba que: «...ha de puntualizarse que un elemento económico es el relativo a los intereses legales de demora a que se refieren los artículos 1100 y siguientes, en particular el 1108, que surgen dentro de las relaciones contractuales como un supuesto de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor, en cuyo caso la indemnización de daños y perjuicios en que incurra, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos».

¹¹⁸ No faltan tampoco quienes, como CORTÉS, ponen de manifiesto que el interés de demora no es, en el fondo, algo muy distinto de una cláusula penal, aunque en contra de la regla general el acreedor pueda exigir, en este caso, conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena. CORTÉS, Luis Javier, «El mercado del crédito», en la obra colectiva, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.^a ed. (vol. II) (dirs.: Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ), Thomson-Civitas, Madrid, 2007, págs. 531 y 532. No obstante lo dicho, el TS ha manifestado recientemente que las disposiciones aplicables a las cláusulas penales no son de aplicación a los intereses de demora (cfr. STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a de 23 de septiembre de 2010, FJ 3.^o).

¹¹⁹ Vid. el comentario al artículo 1108 del Código Civil de RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, en la obra colectiva, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: Manuel ALBADAJO), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, págs. 755 a 759.

que estos intereses moratorios operan como índice de corrección legal de la depreciación monetaria en el sistema nominalista¹²⁰.

Además, y aunque en este punto la doctrina no es unánime, se ha razonado apuntado la innecesidad de que en el caso de obligaciones pecuniarias la mora tenga un carácter culposo o doloso¹²¹, propugnándose la instauración para este tipo de obligaciones de un régimen de responsabilidad por daños (materializado en la obligación de abono de los intereses de demora correspondientes) objetivo o quasi-objectivo¹²².

Independientemente de ello, lo que parece descartada es la hipótesis de que los intereses moratorios tengan por finalidad en nuestro ordenamiento servir como estímulo al correcto cumplimiento por el deudor de sus obligaciones, por cuanto esta clase de intereses, y a diferencia de lo que ocurre con, por ejemplo, los intereses procesales, revisten, como se ha dicho, una naturaleza estrictamente indemnizatoria¹²³.

Y es partiendo de dicha naturaleza indemnizatoria desde la cual, en opinión de *Juliane Kokott*, debe enjuiciarse acto seguido el posible carácter abusivo de los intereses moratorios pactados en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por el señor *Aziz* y *CatalunyaCaixa*, para lo que, a su vez, se hace necesario valorar:

- La adecuación del tipo de interés pactado a la finalidad indemnizatoria perseguida por los intereses moratorios.
- El tipo de interés moratorio que en defecto de pacto sería aplicable.

Por lo que hace a la primera de las cuestiones apuntadas, es decir, a la pretendida adecuación que debe existir entre la cuantía de los intereses pactados y el montante a que ascienden los daños y perjuicios irrogados al acreedor como consecuencia de la falta de abono en plazo de las cantidades debidas, podemos decir que se trata de un criterio plausible, pero sumamente indeterminado en lo que hace a su concreción para el caso concreto. Al menos considerado por sí sólo y de forma aislada.

De ahí la necesidad de interrelacionar dicho interrogante con la determinación de los intereses que a falta de pacto serían aplicables como intereses moratorios, concreción que resulta mucho más sencilla y que nos arroja un

¹²⁰ SSTS de 16 de diciembre de 2004, 3 de abril de 2006 y 18 de octubre de 2007, entre otras.

¹²¹ Cfr. artículo 1101 del Código Civil.

¹²² Sobre este particular, vid., por todos, el comentario al artículo 1108 del Código Civil hecho por RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, citado anteriormente (págs. 764 a 777).

¹²³ No obstante existen resoluciones judiciales en las que se destaca el carácter intimidatorio de los intereses de demora pactados, encaminados a compelir al deudor a cumplir en plazo con sus obligaciones (tal es el caso de la STS de 2 de octubre de 2001 (FJ 2.^º), en la que además se procede a una «equiparación» entre la función que cumple la cláusula penal y la propia de los intereses de demora.

tipo de interés con el que poder comparar el pactado por las partes y poder así enjuiciar la desviación existente y su posible justificación, si es que la hay.

A tales efectos, los artículos 1108 CC y 316 CCom preceptúan, en defecto de pacto, como tipo de interés moratorio aplicable a las obligaciones dinerarias el interés legal del dinero¹²⁴. Interés legal que puede entenderse referido al moratorio o al remuneratorio, dada la falta de especificación de la norma. Sin embargo, y siendo la finalidad de unos y otros intereses sumamente distinta¹²⁵, debe entenderse que el tipo de interés legal a tener en cuenta es el moratorio.

La Disposición Adicional 13.^a de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, fija dicho tipo de interés moratorio en el 5 por 100, muy alejado, claro está, del tipo de más del 18 por 100 pactado por el señor Aziz y *CatalunyaCaixa*. Disposición Adicional a la cual remiten los artículos 1 y 2 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero¹²⁶.

Sin embargo, y pese a que el tenor literal de los artículos 1108 CC, 316 CCom, y 1 y 2 de la citada Ley sobre modificación del tipo de interés legal del dinero conduzcan necesariamente a tomar como referencia del interés moratorio el tipo porcentual del 5 por 100 fijado por la Ley de Presupuestos, en defecto de pacto, en nuestra opinión, para valorar el carácter abusivo o no de los intereses, pactados en el caso en cuestión objeto de debate, resulta más acertado acudir, como elemento comparativo¹²⁷, al tipo máximo fijado por la Ley 16/2011, de

¹²⁴ Con anterioridad a la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, el artículo 1108 del Código Civil contenía un apartado segundo (introducido por la Ley de 7 de octubre de 1939) en el que se fijaba dicho interés en el 4 por 100 anual. Apartado que quedó derogado por la citada norma, y cuya justificación, según la propia Exposición de Motivos de la Ley estribaba en el hecho de que: «*La permanencia del 4 por 100 como tipo del interés legal del dinero resulta por tanto, obsoleta respecto a la realidad social, discriminatoria frente a la que rige para los derechos y obligaciones de la Hacienda Pública, y favorecedora de todo tipo de incumplimientos hasta el momento en que por recesar resolución jurisdiccional condenatoria entre en juego el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

¹²⁵ Remuneratoria vs. indemnizatoria.

¹²⁶ El artículo 1 de la citada Ley estableció que: «*El interés legal del dinero se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. El Gobierno, atendiendo a la evolución de los tipos de interés de la Deuda Pública, podrá revisar el tipo de interés fijado en el ejercicio por la Ley de Presupuestos Generales del Estado*».

Por su parte, el artículo 2 señala que: «*Cualquiera que sea la naturaleza del acto o contrato de que se derive la obligación, el interés que, salvo estipulación en contrario, deberá pagarse por el deudor constituido legítimamente en mora y en los demás casos en que aquel sea exigible con arreglo a las Leyes, será el determinado conforme a lo previsto en el artículo anterior*».

¹²⁷ El análisis como abusivos de los intereses de demora pactados por referencia a cualesquier tipos de interés, más o menos habituales en el tráfico jurídico, es rechazado abiertamente por la STS de 4 de junio de 2009 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a, FJ 4.^º), en la cual se señaló que: «*En cuanto a los intereses moratorios, estos, como recuerda la sentencia de 2 de octubre de 2001, “no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como*

24 de junio, LCC, en su artículo 20.4 (descubierto tácito), que se concreta en 2,5 veces el interés legal del dinero.

La razón por la cual estimamos más conveniente tomar como referencia dicho tipo de interés máximo, en lugar del fijado como interés de demora en la Ley de Presupuestos, estriba en la mayor adecuación de los tipos máximos considerados por la LCC a la realidad socio-económica actual, toda vez que un interés de demora del 5 por 100 parece insuficiente para satisfacer la indemnización debida al acreedor como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor.

Ahora bien, no se trata de aplicar analógicamente la previsión contenida en la Ley de Crédito al Consumo, máxime dada la disparidad existente entre las figuras del descubierto tácito y préstamo, sino de tomar un índice legal (de los múltiples posibles) que permita interpretar los artículos 82.1 y 85.6 TRLGDCU y 3.1 de la Directiva 93/13.

A mayor abundamiento, conforme al artículo 82.3 TRLGDCU, la apreciación en torno al carácter abusivo o no de una cláusula contractual debe efectuarse teniendo presentes: 1. La naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato. 2. Todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. 3. El resto de cláusulas que forman parte del contrato.

La necesaria utilización de estos parámetros diluye en cierta manera la divergente naturaleza del descubierto en cuenta corriente a que se refiere la LCC y el contrato de préstamo hipotecario, al menos a efectos de tener en consideración, aunque de forma orientativa, los límites al tipo porcentual de los intereses moratorios estipulados. Y ello porque aun siendo las circunstancias de uno y otro supuesto sumamente distintas, resultan favorables, a su vez, y en mayor medida, a la limitación de los intereses prevista, puesto que, no en balde, mientras que en los contratos de crédito al consumo no existen garantías reales mediante que confieran cierta seguridad jurídica y cobertura al préstamo concedido por el acreedor, en el caso de un préstamo hipotecario la cobertura hipotecaria suscrita por el deudor minimiza, al menos en una parte importante, el riesgo asumido por el mismo.

De todo ello se desprende que la fijación de intereses moratorios con tipos porcentuales elevados pueda erigirse en cláusula manifiestamente abusiva, por adicionar como pena al incumplimiento, además de la inevitable ejecución hipotecaria, una cantidad dineraria extremadamente alta que se suma a los propios intereses remuneratorios y, cuando proceda (como ocurre en este caso enjuiciado), al vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo concedido.

de sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la ley de 23 de julio de 1908”».

Vencimiento anticipado que se configura, en sí mismo y ya de por sí, como una especie de penalización o «cláusula penal» vinculada al incumplimiento o cumplimiento defectuoso (fuera de plazo) por parte del deudor de sus obligaciones como prestatario.

En cualquier caso, la cuestión resulta problemática, puesto que, catalogada la cláusula en cuestión como abusiva, el órgano jurisdiccional encuentra ante sí varias posibilidades de actuación.

Así, de una parte y como primera alternativa, nos encontramos con el mantenimiento de la cláusula, como preceptúa cierta jurisprudencia menor de nuestro país y algunas resoluciones judiciales del TS que parecen negar la posibilidad de corrección de los tipos de los intereses moratorios independientemente de cuál haya sido el porcentaje pactado¹²⁸.

Otra posibilidad, y por la que nos decantamos, estriba en la moderación de los intereses moratorios abusivos pactados entre la entidad financiera y el deudor hipotecario, tomando como tipo de referencia, como han hecho múltiples resoluciones judiciales en nuestro país, el tipo máximo de 2,5 veces el interés legal del dinero estipulado por la LCC¹²⁹. Moderación que resulta obligada

¹²⁸ Sobre esta jurisprudencia menor a favor y en contra, vid. el reciente trabajo de DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJUE de 14 de junio de 2012», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, julio de 2012 (núm. 4), págs. 44 a 47. La proscripción de comparación con cualesquiera tipos de interés fijados legalmente, imposibilidad de aplicación de la Ley Azcárate de 1908 a este tipo de intereses y de declararlos abusivos, sea cual sea el tipo pactado, se desprende de la STS de 4 de junio de 2009, citada en la nota 127, y concretamente en el pasaje reproducido. La referida inadecuación de la Ley Azcárate para el caso de los intereses moratorios radicaría en la distinta finalidad de estos con respecto a los remuneratorios (a los que sí resulta aplicable). No obstante, se trata de un debate abierto, que gira en torno a la posibilidad de subsunción de los intereses moratorios en los artículos 1 y 9 de dicha Ley.

¹²⁹ No en balde, se está estudiando en el ámbito comunitario la posibilidad de extender algunas de las previsiones dictadas en materia de crédito al consumo a los préstamos hipotecarios, por ejemplo, en materia de límites en los tipos de interés. Sobre esta cuestión, vid. ÁLVAREZ VEGA, María Isabel, *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, págs. 79 a 90.

Por otra parte, la aplicación del interés legal del dinero como interés moratorio aplicable para el caso de declararse abusivo el pactado, puede conducir a una situación de enriquecimiento injusto, por resultar más ventajoso para el deudor el incumplimiento que el cumplimiento. No obstante, esta conclusión debe matizarse, puesto que en el caso concreto que aquí tratamos, es decir, los préstamos hipotecarios, la pérdida de la vivienda que se ve ejecutada como consecuencia del incumplimiento del deudor, difícilmente puede considerarse más ventajosa para el deudor que el hecho de seguir pagando en tiempo y forma el crédito contratado con la entidad financiera para adquirir la que, en la mayoría de los casos, resulta ser su vivienda habitual. Sí que podría resultar prelicable este argumento respecto a créditos ordinarios no vinculados a la adquisición de una vivienda, o al menos en los que no exista una garantía hipotecaria de estas características, puesto que en tales casos sí que podría darse un uso abusivo del derecho o estar en presencia de un enriquecimiento injusto del deudor que incumple.

desde el prisma del Derecho Comunitario tuitivo de nuestros consumidores y usuarios, materializado por lo que respecta a este caso en la Directiva 93/13, y en su traspוסición al ordenamiento español en el TRLGDCU. Y ello aunque no exista soporte legal expreso en nuestro sistema jurídico para efectuar dicha moderación ni aplicar dicho criterio, por cuanto ni el CC ni el CCom lo contemplan, a salvo para el caso de las cláusulas penales (art. 1154 CC), y cuya posibilidad de utilización respecto a los intereses moratorios ha sido rechazada por nuestro TS¹³⁰.

Por último, y a raíz de la STJUE, de 14 de junio de 2012, dictada en el asunto *Banco Español de Crédito*, el juez puede considerarse obligado por el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 a tener por no puesta la cláusula sobre intereses moratorios considerada como abusiva, sin poder moderarla, debiendo limitarse a decretar la subsistencia del contrato celebrado pero suprimiendo la cláusula en cuestión¹³¹, conforme preceptúa el artículo 83.1 TRLGDCU. La conclusión a que llega el TJUE en este punto resulta ciertamente discutible, en lo que a su aplicación a los intereses moratorios se refiere, por cuanto lo que se está declarando abusivo no es la existencia de intereses moratorios en sí mismos,

¹³⁰ Cfr. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 23 de septiembre de 2010 (FJ 3.^º *in fine*). Debe siquiera notarse que la jurisprudencia del Alto Tribunal resulta cuando menos confusa en lo que a la naturaleza jurídica y finalidad de los intereses moratorios se refiere, sosteniendo, según los casos, la asimilación de los mismos a la cláusula penal, para en otros, pese a resaltar su carácter punitivo e indemnizatorio, negar tal posibilidad. Sobre la cláusula penal en el ámbito de la contratación inmobiliaria, vid. ZUMAQUERO GIL, Laura, «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en la obra colectiva, *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (coord.: Ana CAÑIZARES LASO), Tecnos, Madrid, 2006, págs. 266 a 287.

¹³¹ Asunto *Banco Español de Crédito* (C-618/10), en cuyo apartado 65 se señala que: «Así pues, 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 esta 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».

A dicha STJUE se refiere expresamente *Juliane Kokott* en sus conclusiones, puesto que la misma versaba, entre otras cuestiones, sobre la imposibilidad en el ordenamiento jurídico español de alegar en el seno de un procedimiento monitorio la existencia de cláusulas abusivas, aspecto que debe quedar relegado, al igual que en el caso de la ejecución hipotecaria, al correspondiente procedimiento declarativo posterior. Cláusulas abusivas que se centraban en este supuesto también en los intereses moratorios excesivamente altos pactados por las partes. No obstante, la Abogado General limita en cierta medida la aplicación de los razonamientos expuestos en dicha resolución judicial por el TJUE al caso planteado, por cuanto reconoce los intereses en la rápida ejecución de la vivienda hipotecada por parte de la entidad financiera unido al hecho de que la escritura notarial tiene la consideración de título ejecutivo, de ahí la configuración formalista del procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en la LEC y la amplia limitación de los motivos de oposición que el deudor puede esgrimir (apartado 55 de las conclusiones).

sino el tipo porcentual aplicable a tales intereses. De tal forma que, a nuestro parecer, el juez sí que debe poder moderar el importe de los intereses pactados, haciendo uso de la facultad de integración del contrato en la parte afectada por la nulidad a que se refiere el apartado segundo del referido artículo 83 TRLGDCU.

Fuera como fuere, la cuestión de qué hacer cuando los intereses moratorios pactados resultan abusivos no se encuentra resuelta de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, aunque la normativa comunitaria y el TRLGDCU obliguen a adoptar alguna de las dos posibilidades anteriores. Lo que no puede concluirse en ningún caso es la imposibilidad de entrar a conocer el tipo porcentual de los intereses pactados por las partes, toda vez que supondría eludir las obligaciones impuestas a nuestros operadores jurídicos por el citado TRLGDCU y la Directiva 93/13¹³². Se hace pues necesaria en este punto una reforma legal, que contribuya a dar una mayor certeza y seguridad a los operadores jurídicos que se enfrentan diariamente a este problema, y más concretamente a nuestros Jueces y Tribunales.

Finalmente, circunscribiéndonos al objeto fundamental de las conclusiones, referente a las repercusiones en la ejecución hipotecaria del enjuiciamiento posterior a tal ejecución de la cláusula en cuestión, debe notarse que la declaración de nulidad de una cláusula de este tipo y su consiguiente inaplicación o moderación, no llevará aparejada en ningún caso la no ejecución de la vivienda gravada por la hipoteca. Lo único que se producirá será una minoración del importe de la deuda garantizada por la hipoteca suscrita, puesto que, al igual que ocurre con la cláusula de vencimiento anticipado, estamos en presencia de un caso de nulidad parcial, pudiendo subsistir perfectamente el contrato de préstamo suscrito sin la cláusula en cuestión o con ella reducida.

¹³² Téngase presente que el artículo 4.2 de la Directiva excluye de su ámbito de aplicación los que tradicionalmente se han denominado elementos esenciales del contrato, salvo que las cláusulas que versan sobre tales elementos no se hayan redactado de forma clara y comprensible. Ahora bien, no cabe entender que la cláusula que versa sobre los intereses moratorios sea un elemento esencial del contrato, sino más bien un elemento accesorio, hecho por el cual no cabe entender que, conforme a la Directiva el control de tales intereses devenga imposible, como se colige de algunas resoluciones judiciales recaídas en nuestro país. Sobre esta cuestión, vid., por todos, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

Dicho artículo 4.2 no se encuentra traspuesto además de forma expresa en nuestro país, lo que ha generado una importante polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a la posibilidad de control o no en España de tales elementos esenciales por abusivos, aspecto zanjado por la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid —asunto C-484/08— (cfr. CASTILLA CUBILLAS, Manuel, «La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de junio de 2010, en materia de abusividad de las prestaciones principales del contrato, y sus riesgos», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2011). Cuestión prejudicial que fue formulada por nuestro TS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) por medio de Auto de 20 de octubre de 2008.

Por tanto, nos encontramos con que la subsistencia del sistema de ejecución hipotecaria español no se ve contradicho de manera alguna por el hecho de que la cláusula sobre intereses moratorios sea declarada abusiva, y ello con independencia de que la discusión en torno a tal abusividad en el procedimiento declarativo correspondiente, posterior o simultáneo a la ejecución en curso, debiera producir algún efecto (que solo sería dilatorio) sobre el procedimiento ejecutivo, según se desprende de las conclusiones formuladas por *Juliane Kokott*.

3. DETERMINACIÓN UNILATERAL DEL IMPORTE DE LA DEUDA DERIVADA DEL CONTRATO

El último apartado del análisis efectuado por *Juliane Kokott* en sus conclusiones, previo a las conclusiones propiamente dichas, está dedicado a la problemática propia de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el señor *Aziz* y *CatalunyaCaixa* y en virtud de la cual la referida entidad financiera, a los efectos de llevar a cabo la ejecución forzosa, en caso de incumplimiento de sus obligaciones por el prestatario, puede determinar unilateralmente el importe del préstamo pendiente, fijando así de modo autónomo un requisito esencial para la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Respecto a esta última cláusula objeto de discusión, interesa destacar que la posibilidad de determinación unilateral del importe de la deuda no constituye una especialidad característica de los contratos de préstamo hipotecario y su correlativa ejecución, sino que, muy al contrario, en los procedimientos monitarios es admisible, asimismo, dicha forma de fijación del montante debido, y la misma tampoco puede discutirse en el seno de tal procedimiento monitorio, sino que, y al igual que ocurre en el caso de la ejecución hipotecaria, la cantidad litigiosa deberá ser impugnada por el deudor en el procedimiento declarativo que corresponda (verbal u ordinario según la cuantía de la deuda).

Ahora bien, lo que sí es cierto es que en el transcurso de un procedimiento monitorio la oposición del deudor lleva aparejada la finalización de este procedimiento, pasando automáticamente la cuestión litigiosa al procedimiento declarativo que corresponda. Dicho en otros términos, esta oposición del deudor por motivos de fondo relativos a la relación jurídica de que trae causa la cantidad dineraria objeto de reclamación por vía monitoria paraliza dicha vía, y lleva aparejada, automáticamente, el paso al procedimiento plenario correspondiente en el que, con todas las garantías, podrá discutirse adecuadamente la validez o no de relación de que dimana tal cantidad¹³³.

¹³³ Cfr. artículo 818.1 LEC.

En el caso de la ejecución hipotecaria la situación es, como ya hemos tenido la ocasión de exponer¹³⁴, radicalmente distinta, por cuanto los motivos de oposición que el deudor hipotecario puede formular se encuentran sumamente tasados, y en todo caso no permiten discutir el carácter abusivo de tal o cual cláusula del contrato de préstamo y, por si fuera poco, el hecho de acudir de forma paralela a la ejecución en curso a un procedimiento declarativo en el que discutir tal aspecto no produce efecto alguno sobre dicha ejecución, a salvo la posibilidad de que el juez que conoce del declarativo retenga parte de la cantidad resultante de la realización del bien hipotecado, si es que la hay, claro está, en concepto de posible indemnización al deudor demandante, con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte.

Sin embargo, la falta de virtualidad práctica sobre la ejecución hipotecaria de la discusión en torno al carácter abusivo de la cláusula por la que se determina el importe debido por el deudor en el procedimiento declarativo que corresponda se ve compensada por la posibilidad prevista en el artículo 695.2 LEC, que permite al deudor oponerse a la ejecución en los casos en que se dé un error en la determinación de la cantidad exigible.

Esta posibilidad que tiene el deudor de alegar error en la determinación de la cuantía debida desvirtúa así, en buena medida, el posible perjuicio que la imposibilidad de discusión en la ejecución hipotecaria sobre el carácter abusivo de la cláusula de determinación unilateral del saldo deudor pudiera acarrearle. Y ello porque la abusividad de tal cláusula girará precisamente en torno a posibles errores o cuantificaciones fraudulentas que la entidad financiera pueda cometer, de tal manera que admitida la facultad de oponerse a la ejecución hipotecaria en curso por error en la determinación de la deuda ninguna indefensión puede causarle al ejecutado como consecuencia del hecho de no poder alegar el carácter abusivo de la cláusula misma.

Si bien el artículo 695.2 LEC está pensado para los casos de ejecución hipotecaria en los cuales la deuda garantizada se materialice en el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado, no parece haber mayor problema en extender dicha posibilidad a los casos en los que la deuda deriva de un contrato de préstamo hipotecario, y no del cierre de una cuenta de tales características, y ello en virtud de la remisión efectuada por el artículo 685.2 LEC a los artículos 573 y 574 del mismo cuerpo legal, que deben a su vez ponerse en relación con el artículo 572.2 LEC¹³⁵.

¹³⁴ Vid. *supra*.

¹³⁵ Referido al despacho ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por co-reditador de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. Precepto dentro del cual

En este sentido, puede decirse que el supuesto a que se refiere el artículo 695.1.2 LEC como posible causa de oposición del deudor en el procedimiento de ejecución hipotecaria no deja de ser un caso especial de pluspetición del acreedor, en el sentido de los artículos 558 y 575 LEC, que si bien no tendrá nunca como efecto impedir la ejecución, sí que puede configurarse como un mecanismo de protección suficiente al consumidor disconforme con la cantidad solicitada por la entidad financiera en el correspondiente procedimiento ejecutivo, por cuanto a tenor del artículo 695 LEC, apartados 2 y 3, lo que producirá en tales casos es una suspensión de la ejecución en curso¹³⁶, en aras a proceder a una comparecencia de las partes ante el órgano jurisdiccional que dictó la orden de ejecución en cuestión, tras la cual se fijará el importe final por el que se procederá a la realización de los bienes hipotecados.

Puede decirse, pues, que el deudor dispone de dos mecanismos distintos conforme a los cuales oponerse a la cuantificación de la deuda formulada unilateralmente por el acreedor en su escrito de solicitud de ejecución hipotecaria¹³⁷: en el seno del propio procedimiento ejecutivo en base al artículo 695.1.2 LEC; al margen del mismo, a través del procedimiento declarativo correspondiente.

Si bien en ninguno de los dos casos la ejecución hipotecaria se evitaría¹³⁸, lo cierto es que la protección que se dispensa al deudor en el caso del artículo 695.1.2 LEC es mucho más eficaz que la derivada de la posterior resolución judicial dictada en el procedimiento declarativo que resulte procedente. Y pese a ello, el juez Seijo no la menciona en el Auto por el que plantea la cuestión prejudicial. Sí que parece referirse a ella, aunque muy genéricamente, la Abogado General como una de las circunstancias o aspecto a tener en cuenta por el juez nacional para adoptar su resolución en torno al carácter abusivo o no

entendemos quedaría perfectamente comprendido un contrato de préstamo hipotecario sin mayor problema.

¹³⁶ A diferencia de la regla general prevista por el artículo 558 LEC para los casos de alegación de pluspetición por el deudor.

¹³⁷ Entiéndase que la oposición a la ejecución hipotecaria por error en la determinación de la cuantía siempre irá fundamentada con arreglo a los criterios de cuantificación de la deuda derivada del préstamo hipotecario recogidos y pactados en su momento por las partes en el correspondiente contrato. Lo que no será admisible es discutir con base en esta causa de oposición del artículo 695.2 LEC los propios criterios acordados contractualmente por acreedor y deudor, cuestión que, en su caso, deberá solventarse en el procedimiento declarativo correspondiente.

¹³⁸ La Abogado General señala que el deudor ya habría perdido el bien hipotecado cuando recayese la resolución judicial que dirimiese la validez o no de la cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda derivada del préstamo hipotecario, lo cual no deja de ser sorprendente, por cuanto el pronunciamiento judicial que declarase abusiva la cláusula en cuestión nada obstaría a la prosecución posterior de la ejecución hipotecaria inicialmente solicitada, sino que su único efecto sería retrasar la misma. Fueras como fuese finalmente el deudor incumplidor se vería privado de su vivienda.

de la cláusula¹³⁹ que permite esta posibilidad de determinación unilateral del saldo deudor por la entidad financiera, unida al hecho de que, como alegó el Gobierno español, solo las entidades de crédito sometidas al control bancario están legitimadas para utilizar la cláusula controvertida.

Por todo ello, podemos concluir, respecto a esta cuestión de la posible abusividad de las cláusulas de determinación unilateral del importe de la deuda por las entidades financieras en los contratos de préstamo hipotecario y su posterior efectividad en el procedimiento de ejecución hipotecaria que:

- La hipotética abusividad de la misma, que por lo demás no compartimos desde el momento mismo en que los criterios de dicha determinación fueron válidamente pactados en su momento en el contrato suscrito *inter partes*, estribaría en un posible error de la entidad financiera en la cuantificación del montante total de la deuda, y dicho error puede hacerse valer en el transcurso de la ejecución hipotecaria por medio de la previsión contenida en el artículo 695.1.2 LEC, dando debido cumplimiento así a las exigencias derivadas del principio de efectividad en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios a que obliga la Directiva 93/13 CE.
- En el caso de que el deudor no formulase su oposición al montante de la ejecución por la vía anterior, y decidiese discutir la validez de la cláusula en sí en el procedimiento declarativo posterior correspondiente, si bien es cierto que tal procedimiento no tiene nunca el efecto de paralizar la ejecución en curso, debe tenerse presente que en último término la declaración de abusividad de la cláusula no obstaría, la ejecución hipotecaria, que tarde o temprano se produciría. El hecho de considerar que tales cláusulas de determinación unilateral del importe de la deuda no son válidas y que para fijar el montante debido por el deudor hipotecario la entidad financiera debiera acudir, previamente a la ejecución, al procedimiento declarativo correspondiente para la fijación de dicha cantidad carece de sentido alguno, y no se erigiría sino como una dilación absurda e incomprensible, que además, sin duda, tendría repercusiones sobre las condiciones impuestas por las entidades financieras que operan en el mercado hipotecario a los consumidores, materializadas, básicamente, en un endurecimiento de tales condiciones.

¹³⁹ Puesto que, al igual que hace en el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado y de cuantificación de los intereses de demora, *Juliane Kokott* no resuelve expresamente la cuestión del carácter abusivo o no de la cláusula en cuestión, sino que se limita a apuntar los criterios generales que pueden ser tenidos en cuenta por el juez nacional, a quien incumbe determinar tal aspecto, en orden a emitir su fallo, a tenor de la Directiva 93/13 CE.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: INCIDENCIA DE LAS CONCLUSIONES EN EL RÉGIMEN ACTUAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL

Juliane Kokott termina por proponer al TJUE, en las conclusiones presentadas, que resuelva de la siguiente manera¹⁴⁰:

1. Un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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.
2. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores:
 - a) En el caso de una cláusula por la que el acreedor puede dar por vencido anticipadamente un crédito inmobiliario, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que a falta de pacto sería aplicable, si lo estipulado en la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejerce la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.
 - b) En el caso de una cláusula sobre intereses de demora, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable y si no está en proporción con el objetivo del interés de demora.
 - c) En el caso de una cláusula para la determinación unilateral del importe de la deuda, deben tenerse en cuenta, particularmente, las consecuencias de una cláusula de ese tipo en el Derecho procesal nacional.

Respecto al segundo de los apartados, esto es, la consideración en torno a la abusividad o no de las distintas cláusulas concretas a que se refiere el juez

¹⁴⁰ Apartado 97 de las conclusiones.

Seijo en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, nada tenemos que añadir, por cuanto las distintas reflexiones sobre cada uno de los criterios apuntados por la Abogado General, para poder apreciar dicho carácter abusivo, han sido ya debidamente efectuadas en las páginas precedentes.

Sin embargo, sí que interesa hacer siquiera una reflexión final sobre el aspecto en el que más se han centrado quienes han tenido la ocasión de manifestarse en público respecto a las conclusiones presentadas: las repercusiones que las mismas presentadas tendrían en la actual normativa española reguladora de las ejecuciones hipotecarias, caso de que el TJUE acogiese la misma línea argumental en ellas contenida.

En este sentido, se propone al TJUE que estime que la normativa procesal española que impide al deudor hipotecario alegar en el seno de la ejecución en curso el carácter abusivo de algunas de las cláusulas contenidas en el título que sirve precisamente de base a tal ejecución resulta contraria a la Directiva 93/13. Máxime desde el momento en el que el proceso declarativo correspondiente que posterior o simultáneamente puede iniciar el ejecutado para discutir tales cláusulas nunca tendrá el efecto, según se ha expuesto, de paralizar o suspender la ejecución iniciada.

Es cierto que una conclusión de esta naturaleza, caso de ser estimada por el TJUE en la sentencia que finalmente se dicte, implicaría la necesidad por parte del legislador español de proceder a operar algún tipo de modificación legislativa en materia de ejecuciones hipotecarias que permitiera salvaguardar la ineffectividad actualmente imperante, siempre según la opinión de *Juliane Kokott*, en materia de protección de consumidores y usuarios cuando existen cláusulas abusivas mediante¹⁴¹.

Modificación que, según parece desprenderse de las conclusiones de la Abogado General, podría instrumentarse de dos maneras distintas e igualmente válidas:

- Una primera opción podría consistir en introducir como un motivo más de oposición a la ejecución hipotecaria la discusión en torno al carácter abusivo o no de una cláusula del contrato de préstamo.
- La segunda posibilidad estribaría en establecer que como consecuencia del inicio de un procedimiento declarativo, posterior o simultáneo al inicio de la ejecución hipotecaria, en el que se discuten algunas de las cláusulas del contrato, por abusivas, dicha ejecución en curso debiera suspenderse hasta la resolución del asunto.

Sin embargo, semejante postulado resulta, cuando menos, discutible por una razón fundamental, cual es el hecho de que fundamenta tal modificación,

¹⁴¹ De lo contrario, la Comisión podría dar inicio a un procedimiento sancionador contra el Reino de España.

consistente en la paralización de la ejecución en curso, de una u otra de las formas apuntadas, en la discusión en torno al carácter abusivo de alguna/s de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario. Y ello porque, si finalmente se decretase la nulidad de tales cláusulas, tal y como se ha avanzado ya con anterioridad, estaríamos en presencia de un supuesto de nulidad parcial del contrato en que la ejecución se basa. Nulidad parcial que, en consecuencia, nunca llevaría aparejada la no ejecución del inmueble, sino, únicamente, su dilación en el tiempo, con el consiguiente perjuicio que para el acreedor, y también para el deudor, implicaría dicho retraso.

Esto es, y dicho de otra forma, la conclusión en torno al carácter contrario de la normativa española en materia de ejecución hipotecaria a la Directiva 93/13 por no tener ninguna repercusión sobre la ejecución en curso la discusión en torno al carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato de préstamo suscrito originariamente entre acreedor y deudor-consumidor resulta inconsecuente. Y tal incongruencia se basa en el hecho de entender que la necesidad de que tal discusión se ventile en un procedimiento declarativo separado, al que previa o simultáneamente ha seguido el desahucio del consumidor, resulta ineficaz, por cuanto aunque en este procedimiento se termine por concluir la abusividad de la cláusula en cuestión el perjuicio al consumidor, irreparable por lo demás, ya se ha producido: ha sido desahuciado de su vivienda.

En lo que no parece recabar *Juliane Kokott* es que el contrato de préstamo hipotecario incumplido por el deudor que deja de pagar no se verá afectado por la declaración judicial de abusividad de tal o cual cláusula. De tal manera que, el sustento último de la ejecución no se ve alterado, y la ejecución de la vivienda resulta legítima y conforme a Derecho.

De ahí que, en nuestra opinión, las conclusiones presentadas resulten desacertadas, porque el procedimiento declarativo en el que se discuten las cláusulas abusivas, aunque no paralice la ejecución, sí que tendrá, caso de estimarse la pretendida abusividad, los efectos que en toda lógica debe tener.

Efectos que, en el caso concreto planteado en la cuestión prejudicial que da origen a las conclusiones aquí analizadas, estribarían¹⁴² en la imposibilidad de exigir el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, la minoración de la cantidad debida como consecuencia del hecho de tener por no puestos los intereses moratorios pactados considerados como abusivos y en la modificación de la cantidad adeudada por el prestatario unilateralmente fijada por la entidad financiera en la liquidación notarial, acompañada en su momento a la solicitud de inicio de la ejecución hipotecaria.

Repercusiones sobre el montante de la deuda y condiciones de su fijación y devolución (en este caso concreto) que obviamente consideramos que sí que

¹⁴² Sin perjuicio de las consideraciones que sobre tales extremos se han hecho en los apartados precedentes.

dispensan una protección eficaz al deudor hipotecario, que, como hemos dicho ya, nunca se habría visto librado de que la ejecución se hubiese llevado a término aunque se le permitiese discutir en el propio proceso ejecutivo el carácter abusivo de parte del clausulado del contrato de préstamo.

Por otra parte, tampoco cabe olvidar la posibilidad prevista por nuestra LEC que permite al juez que conoce del procedimiento declarativo retener parte del importe obtenido con la realización del bien hipotecado para indemnizar posibles daños y perjuicios irrogados al consumidor. Y si bien es cierto que cuando es la propia entidad financiera o parte acreedora la que se adjudica el inmueble¹⁴³ no hay tal dinero que retener, ello no obsta para que el juez acuerde, llegado el caso, la obligación de indemnizar al consumidor por los daños efectivamente irrogados como consecuencia de las cláusulas abusivas, u otros vicios del título, al deudor-consumidor afectado. Indemnización que llegado el caso, de una u otra forma, y siempre bajo nuestro punto de vista, debe entenderse que dispensa una protección eficaz al consumidor víctima de una contratación abusiva, por cuanto, aunque en el momento en el cual se produzca el pronunciamiento judicial que declare la abusividad de tal o cual cláusula el mismo ya haya sido desahuciado, no debemos obviar que la pérdida del inmueble siempre se producirá para el caso del incumplimiento del contrato de préstamo no afectado por la meritada declaración.

No obstante todo ello, ahora resta esperar a que el TJUE se pronuncie finalmente sobre la cuestión prejudicial planteada, y ver si en la resolución que dicte acoge o no la línea argumental seguida por *Juliane Kokott*. Argumentación que, al igual que nos ocurre con la mayor parte de manifestaciones que se han hecho en diversos medios de comunicación por diversos operadores jurídicos incluido el propio Consejo General de Abogacía Española¹⁴⁴, quienes suscribimos el presente artículo no podemos compartir.

De ahí que, la pretendida modificación de la normativa española en este punto, basada en las conclusiones presentadas y en el hipotético fallo en idéntico sentido emitido por el TJUE, sería, además de un error desde el punto de vista económico y del mercado del crédito hipotecario, un dislate jurídico carente de razón.

¹⁴³ Independientemente del valor por el que se produzca tal adjudicación, que es objeto de otro debate distinto.

¹⁴⁴ Cuya opinión se encuentra recogida en el modelo de escrito de solicitud de paralización de ejecuciones hipotecarias disponible en su página web, y al que ya hemos aludido.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÉNECH, Federic: *La ejecución hipotecaria*, Bosch Procesal, Barcelona, 2009.
- ALBADALEJO, Manuel: *Derecho Civil*, II (Derecho de Obligaciones), 11.^a ed., Bosch, 2002.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Comares, Granada, 1999.
- ÁLVAREZ VEGA, María Isabel: *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- ARRUÑADA, Benito: «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2012 (núm. 731), págs. 1259 a 1289.
- AURIOLES MARTÍN, Adolfo: «Cuestiones en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado en pólizas bancarias de préstamo y de crédito», en la obra colectiva, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coord.: Juan Luis IGLESIAS PRADA), vol. III (Contratos mercantiles, derecho concursal y derecho de la navegación), Civitas, Madrid, 1996.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009», en *Diario La Ley*, núm. 7507, Sección Doctrina, 11 de noviembre de 2010.
- BASOZABAL ARRUE, Xavier: *Estructura básica del préstamo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BELINCHÓN ROMO, María Raquel: «Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001, págs. 1939 a 2004.
- «Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: perspectiva del derecho de consumo (a la luz de algunas reformas legislativas recientes)», en la obra colectiva, *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (coords.: José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ *et al.*), Thomson-Reuters (Consejo General del Notariado), Navarra, 2010.
- CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael: *Las cláusulas de la hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- CAÑIZARES LASO, Ana (coord.): *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006.
- CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002.

- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de junio de 2010, en materia de abusividad de las prestaciones principales del contrato, y sus riesgos», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2011.
- CLEMENTE MEORO, Mario Enrique: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.
- CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Comentario al artículo 681 de la LECiv. Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- «Comentario al artículo 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- CORTÉS, Luis Javier: «El mercado del crédito», en la obra colectiva, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.^a ed. (vol. II) (dirs.: Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ), Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- CRİADO GÁMEZ, Juan Manuel: «La inadmisibilidad de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 24, 2011.
- DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*: *Elementos de Derecho Civil, II* (Derecho de Obligaciones, vol. 1.^o), 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1985.
- DE LOURDES SOUZA, María: *El uso alternativo del Derecho, génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Universidad de León, 1999.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Limitación de la responsabilidad hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto de 2012 (núm. 732), págs. 1845 a 1905.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJUE de 14 de junio de 2012», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, julio de 2012 (núm. 4), págs. 37 a 48.
- DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (*Las relaciones obligatorias*), Civitas, 5.^a ed., 1996, Madrid.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario al artículo 693 LEC», en la obra colectiva, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo III)* —dir.: Antonio María LORCA NAVARRETE—, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, y TORIBIOS FUENTES, Fernando: *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Comentarios, jurisprudencia y formularios generales al Libro III)*, Thomson Reuters (Civitas), 4.^a ed., Navarra, 2012.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en la obra colectiva, *La contratación bancaria* —coords.: Enrique GADEA SOLER y Adolfo SEQUEIRA MARTÍN—, 2007, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007.

- H. TÜRK, Alexander: *Judicial Review in EU Law*, Elgar European Law, UK, 2009.
- HERBOSA, Inmaculada: *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil, II* (vol. III), Bosch, Barcelona, 1986.
- LASARTE, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, Tomo II (*Derecho de Obligaciones*), 9.^a ed., Marcial Pons.
- LASO PRIETO, José María: «Fundamento constitucional del uso alternativo del Derecho», en *Revista de Derecho Político*, núm. 1, 1978.
- «Sobre el uso alternativo del Derecho», en *El Basilisco: Revista de filosofía, ciencias humanas, teoría de la ciencia y de la cultura*, núm. 2, 1978.
- LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M.: «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *Revista La Ley*, núm. 148, 2008, págs. 1763 a 1770.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dykinson, Madrid, 2000.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, D.L. 1978.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo III)*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- MARTÍN DIZ, Fernando: «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria», en *Diario La Ley*, núm. 7126, 3 de marzo de 2009.
- MENÉNDEZ MORENO, Alejandro: «El uso alternativo del Derecho», en *Lex Nova: La revista*, núm. 62, 2010.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- PARDO, Celestino, y NOGUEROLAS, Nicolás: «Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7293, Sección Doctrina, 27 de noviembre de 2009.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- PUIG BRUTAU, José: *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, Bosch, 1987.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique J.: *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: Comentario a la STS de 27 de marzo de 1999», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, págs. 433-444.
- «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», en la obra colectiva, *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello* (coord.: Mario E. CLEMENTE MEORO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 421 a 451.
- ROCA-SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Lluís: *Derecho Hipotecario*, 8.^a ed., Bosch, Barcelona, 1998.

- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008, págs. 397 a 410.
- RODRÍGUEZ OTERO, Lino: *La Ley Hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios (referencia a una posible injusticia histórica)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2010.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Ejecución hipotecaria y derechos constitucionales», en la obra colectiva, *Ejecución Hipotecaria; Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso: *La Justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Comentario al artículo 1108 del Código Civil», en la obra colectiva, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: Manuel ALBADALEJO), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda: «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *Diario La Ley*, núm. 7977, Sección Tribuna, 3 de diciembre de 2012.
- VILA FLORENZA, Pau, en la obra colectiva, *Comentarios al Código de Comercio (Doctrina y Jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Tomo I, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 521 a 525.
- YSAS SOLANES, María: *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, en *La Ley*, Madrid, 1994.
- ZUMAUQUERO GIL, Laura: «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en la obra colectiva, *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (coord.: Ana CAÑIZARES LASO), Tecnos, Madrid, 2006.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

El objeto del presente trabajo estriba en analizar los razonamientos efectuados por la Abogado General Juliane Kokott en sus conclusiones presentadas el 8 de noviembre de 2012 en el asunto Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa, referentes a la conformidad o disconformidad de la normativa española en materia de ejecución hipotecaria con la normativa comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, materializada, fundamentalmente, en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The purpose of this paper is to analyze the arguments put forward by the Advocate General Juliane Kokott in her conclusions delivered on 8 November 2012 in the Case Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa, regarding the respect or disrespect of the Spanish legislation in cases of foreclosure against the background of EU Law on unfair terms in consumer contracts, materialized mainly in the Directive 93/13/EEC of the Council of 5 April 1993.

These conclusions have stemmed from a preliminary ruling submitted by the Commercial Court No. 3 of Barcelona which

Conclusiones que tienen su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, al cual se atribuyó el conocimiento del juicio declarativo posterior a una ejecución hipotecaria, y en el que se cuestiona la validez, por abusivas, de algunas de las cláusulas del contrato de préstamo firmado entre la entidad financiera Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa (CatalunyaCaixa) y el señor Mohamed Aziz en julio del año 2007.

was assigned the declaratory proceeding subsequent a foreclosure and it questions the validity, on cause of abuse, of some terms of the loan contract signed between the bank Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona and Manresa (CatalunyaCaixa) and Mr. Mohamed Aziz in July 2007.