

LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN ESPAÑA A RAÍZ DE LA STJUE 14 DE MARZO DE 2013

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 112-129



Javier
VIDAL
ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 04 de abril de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 23 de abril de 2013

RESUMEN: Este artículo analiza la normativa española sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria en casos en que existen cláusulas que podrían considerarse abusivas, y cómo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2003 ha influido en dicho procedimiento, así como en la modificación de la normativa que lo regula.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas, procedimiento de ejecución hipotecaria, consumidor, Derecho Comunitario, apreciación de oficio.

ABSTRACT: This article analyzes the Spanish regulation about the foreclosure proceeding in cases where clauses that may be considered abusive exist, and how the Ruling of the European Court of Justice of 14th March 2013 has influenced on that proceeding, as well as in the modification of the regulation that rules it.

KEY WORDS: Abusive clauses, foreclosure proceeding, consumer, European Union Law, ex officio appreciation.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares: El sistema de ejecución hipotecaria previsto en la normativa española. A) Imposibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria. B) La única alternativa del consumidor: La anotación preventiva de demanda en el contexto de un proceso declarativo distinto al de ejecución. C) Recapitulación. 2) La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. Análisis de la primera cuestión prejudicial. A) Supuesto de hecho. B) El principio de efectividad. C) La apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. 3. Consecuencias de la sentencia sobre la normativa española de ejecución hipotecaria. La proposición de Ley de Medidas Urgentes para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios. A) La posibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas ante el órgano jurisdiccional que conozca del procedimiento de ejecución hipotecaria. B) La apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria. C) Modificaciones de la Ley Hipotecaria. D) Cuestiones de Derecho Transitorio. E) La actuación judicial hasta la entrada en vigor de la nueva Ley: Suspensión de ejecuciones o apreciación de oficio de cláusulas abusivas. F) Acuerdos judiciales en relación a la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. 4. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL SISTEMA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA PREVISTO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA.

El presente trabajo tiene como objeto mostrar la incidencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, de 14 de marzo de 2013 en el procedimiento de ejecución hipotecaria en España, cuando el contrato de préstamo hipotecario ha sido concertado entre un consumidor y un profesional y contiene cláusulas que podrían considerarse abusivas, lo que podría suponer la supresión o moderación de dichas cláusulas y la integración del resto del contrato (e incluso la nulidad de éste en determinados casos), tal y como se establece en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE de 30 de noviembre de 2007), en adelante TRLGDCU¹.

¹ Hay que destacar que, ante la presencia de cláusulas abusivas, la regla general es la nulidad de estas exclusivamente (nulidad parcial), y no de la totalidad del contrato que las contiene. En este sentido, el artículo 83 del TRLGDCU, en su último inciso, dispone que “Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”. Conviene aclarar también que la existencia de cláusulas abusivas sólo puede ser alegada por un consumidor, y en el supuesto de que contrate con un profesional, teniendo en cuenta que estas se regulan en el TRLGDCU, cuyo ámbito de aplicación se limita a “las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios” (art. 2). El concepto de cláusula abusiva que recoge la normativa española es el siguiente: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (artículo 82.1 del TRLGDCU).

• Javier Vidal Alonso

Javier Vidal Alonso es licenciado en Derecho y en Administración de Empresas por la Universidad de Valencia, habiéndose graduado en ambas titulaciones con las máximas calificaciones. Ha sido becario en el departamento de Derecho Civil, impartiendo conferencias y realizando diversas publicaciones.

Conviene, en primer lugar, mostrar brevemente el sistema de ejecución previsto actualmente en la legislación española, el cual es objeto de análisis en la citada Sentencia. A estos efectos, las disposiciones de mayor relevancia son, por un lado, los artículos 695 y 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000), en adelante LEC; y por el otro, el artículo 131 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE de 27 de febrero de 1946), en adelante LH.

A) Imposibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

El primero de ellos, el art. 695 de la LEC, establece que, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, sólo se admite la oposición del ejecutado en base a tres causas tasadas, esto es, que no cabe aducir motivos distintos a los mencionados en dicho precepto, los cuales hacen referencia a la extinción de la obligación garantizada por la hipoteca, a errores en la determinación de la cantidad exigible y a un caso particular relativo a bienes muebles².

De la lectura de este artículo se puede extraer la primera conclusión importante: no es posible, en un procedimiento de ejecución de hipoteca, alegar la nulidad de la misma (nulidad parcial, en la mayor parte de los casos) en base a la existencia de cláusulas abusivas, ya que ello no se puede encuadrar en ninguno de los tres motivos de oposición mencionados. Por tanto, el primer interrogante que surge es el siguiente: ¿Qué posibilidades tiene un consumidor incurso en un procedimiento de ejecución hipotecaria si considera que el contrato de préstamo hipotecario en el que es partepodría contener cláusulas nulas porabusivas?

La respuesta a esto la proporciona el artículo 698 de la citada norma, que dispone que cualquier motivo de oposición distinto a los mencionados en el artículo 695, haciendo alusión expresa al supuesto de nulidad de la hipoteca, debe ser alegado en un procedimiento diverso al de ejecución³. Por tanto, si lo que se pretende

2 El artículo 695 de la LEC establece que *“En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:*

1.º *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.º *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 sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante. [...]*

3.º *En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral”.*

3 A tenor del artículo 698 de la LEC, *“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”.*

es aducir precisamente la nulidad del préstamo hipotecario, se debe acudir a un procedimiento declarativo paralelo. No obstante, hay que tener en cuenta que en dicho procedimiento declarativo no sería posible obtener una medida cautelar que permitiera la suspensión de la ejecución hipotecaria, en tanto el juez dictaminase si la hipoteca es nula (total o parcialmente) por contener cláusulas abusivas, ya que así lo dispone el propio artículo 698.

B) La única alternativa del consumidor: La anotación preventiva de demanda en el contexto de un proceso declarativo distinto al de ejecución.

Así las cosas, la única opción que le queda al consumidor es la que se prevé en el artículo 131 de la LH⁴, esto es, una vez interpuesta la demanda en el procedimiento declarativo al que hace referencia el artículo 698 de la LEC, debería solicitar la anotación preventiva de dicha demanda en el Registro de la Propiedad, tal y como permite el artículo 42 de la citada Ley, lo que conllevaría suspender la ejecución en tanto no se resolviese el procedimiento declarativo. Esta solicitud debería realizarla por vía judicial, de modo que sería un Juez quien ordenaría la anotación mediante providencia, siempre que considerase que el título en que se basa es suficiente, tomando como criterio su "*prudente arbitrio*" (artículo 43 de la LH).

Sin embargo, la anotación preventiva no podría efectuarse en cualquier momento de la ejecución, sino que ello sólo sería posible antes de que se llevase a cabo la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Se trata de un asiento que se realiza en el Registro de la Propiedad, en el contexto del procedimiento de ejecución hipotecaria, una vez se ha interpuesto la demanda ejecutiva y se ha requerido al deudor para que pague. Se encuentra regulado en el artículo 688 de la LEC.

C) Recapitulación.

En resumen, para poder alegar la existencia de cláusulas abusivas en un procedimiento de ejecución hipotecaria, el consumidor no puede acudir directamente ante el Juez del procedimiento ejecutivo, sino que tiene que iniciar un procedimiento declarativo paralelo. Además, tampoco le está permitido solicitar al Juez del procedimiento declarativo la suspensión cautelar de la ejecución. Su única opción consiste en, una vez interpuesta la demanda declarativa, solicitar judicialmente la anotación preventiva de dicha demanda en el Registro, siempre y cuando lo haga antes de que se efectúe la nota marginal de expedición de certificación de cargas, la cual queda muy próxima en el tiempo al inicio de la ejecución.

4 Dispone el artículo 131 de la LH que "*Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto*".

De este modo, si el consumidor no realiza la anotación preventiva o, al menos, no lo hace a tiempo (situación más que habitual en la realidad, dada la falta de información al respecto y la rigidez de plazos), le es vetada la posibilidad de paralizar la ejecución de su vivienda, pudiendo en consecuencia perderla a pesar de que la hipoteca contenga cláusulas que podrían considerarse abusivas conforme a Derecho. Por tanto, si hubiese iniciado un procedimiento declarativo paralelo, sin poder realizar la anotación preventiva, y el Juez encargado de conocer del mismo finalmente hubiese declarado la nulidad de todo o parte de la hipoteca por contener cláusulas abusivas, la única opción de resarcimiento del consumidor tendría carácter indemnizatorio, pero habría perdido su vivienda.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE MARZO DE 2013. ANÁLISIS DE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL.

A) Supuesto de hecho.

La situación normativa descrita en el epígrafe anterior es la que motiva la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, la cual se origina a raíz de dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona. Ante dicho Juzgado había sido incoado un proceso declarativo por parte de un consumidor, el señor Mohamed Aziz, el cual estaba a punto de ser desalojado de su vivienda debido a una ejecución hipotecaria promovida por CatalunyaCaixa, entidad financiera acreedora de un préstamo hipotecario contratado por el señor Aziz.

En la demanda declarativa se alegaba que en el citado contrato existían cláusulas abusivas, lo que podía determinar la nulidad (siquiera parcial) del contrato de préstamo hipotecario. El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, siendo consciente de lo prejudicial que para el señor Aziz (y, en general, para el conjunto de los consumidores) resultaba la imposibilidad de alegar la existencia de dichas cláusulas abusivas en el procedimiento ejecutivo, decidió plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales, la primera de las cuales hacía referencia al sistema de ejecución hipotecaria explicado con anterioridad y, por tanto, es la única analizada en el presente artículo.

En concreto, en esta primera cuestión prejudicial se planteó si el procedimiento de ejecución hipotecaria es conforme a la **Directiva** 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOUE 21 de abril de 1993), en adelante la Directiva.

A la cuestión planteada responde el Tribunal, en el apartado 64 de la Sentencia, que el sistema de ejecución de hipotecas español no es conforme con el Derecho

de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas que afecten a consumidores⁵, en base a la argumentación que a continuación se expone.

B) El principio de efectividad.

A efectos de comprender la solución que proporciona el TJUE, resultan de particular interés los dos primeros apartados del artículo 7 de la Directiva, los cuales establecen la necesidad de que los Estados Miembros diseñen medios adecuados y eficaces para hacer frente a las cláusulas abusivas, y para que su existencia pueda ser alegada por los consumidores en los procedimientos judiciales o administrativos competentes⁶.

Pues bien, esto conecta directamente con el principal argumento del Tribunal, es decir, la vulneración del principio de efectividad en esta materia por parte del Estado español. En virtud de dicho principio, las normas internas de cada Estado Miembro no deben hacer *“imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión”* (apartado 50 de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013). Esta misma idea ha sido reflejada en otras resoluciones del TJUE, entre las que puede citarse la Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05 (apartado 24)⁷.

Así, a pesar de que compete a cada uno de los Estados Miembros establecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, éste no puede dificultar o restringir los derechos atribuidos a los consumidores en virtud de la normativa Comunitaria. Estos derechos se fundamentan en el hecho de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo al poder

5 Concretamente, afirma que *“la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”*

6 Este precepto reza lo siguiente: *“1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.
2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.”*

7 En la citada resolución, el TJUE explica que *“Según jurisprudencia reiterada, a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse, en particular, las sentencias de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-78/98, Rec. p. I-3201, apartado 31, y de 19 de septiembre de 2006, Arcor, C-392/04 y C-422/04, aún no publicada en la Recopilación, apartado 57)”*.

de negociación como al nivel de información manejado, **“situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”**(apartado 39 de la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, S.A., C-618/10, en el cual se hace referencia a otras resoluciones comunitarias).

Por tanto, establece el Tribunal que el hecho de que el consumidor que pretenda alegar la existencia de cláusulas abusivas en un contrato de préstamo hipotecario sólo tenga la opción de efectuar la anotación preventiva de demanda, y ésta deba realizarse antes de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, resulta contrario al mencionado principio de efectividad, vulnerando en consecuencia el Derecho de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas.

Así pues, el TJUE aclara que la posibilidad de que el consumidor realice la anotación preventiva, y lo haga a tiempo, es de carácter residual, en tanto que lo más probable es que éste no lo haga **“ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos”** (apartado 58 de la STJUE de 14 de marzo de 2013). El Tribunal ya había declarado algo parecido en el apartado 54 de la ya citada Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, S.A., C-618/10, si bien en este caso referido a un proceso monitorio.

A este respecto, añade que la situación se agrava cuando el bien hipotecado es la vivienda del consumidor y la de su familia, ya que el mecanismo de protección, **“limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda”** (apartado 61 de la STJUE de 14 de marzo de 2013).

C) La apreciación de oficio de las cláusulas abusivas.

El Tribunal explica en la Sentencia de 14 de marzo de 2013 que, además de lo anterior, en virtud de la jurisprudencia comunitaria el Juez nacional debe llevar a cabo un control de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva (apartados 46 y siguientes). En este sentido se remite a las sentencias Pannon GSM, asunto C-243/08, y Banco Español de Crédito, asunto C-618/10⁸.

8 En la primera de estas resoluciones, concretamente en su apartado 32, se establece que **“el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial”**. Resulta también interesante a estos efectos el apartado 27 de la ya citada Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, en la que el TJUE afirma que **“el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula**

En relación a la segunda de las resoluciones citadas (Banco Español de Crédito, asunto C-618/10), conviene comentar brevemente, debido a la importancia que reviste, el pronunciamiento acerca de la posible facultad de los jueces nacionales de moderar la cuantía de los intereses considerados abusivos, lo cual se venía haciendo en España en virtud del artículo 83 del TRLGDCU⁹, el cual supone la concreción, en el ámbito del Derecho de los consumidores, de lo dispuesto de forma genérica en el artículo 1.154 del Código Civil (Real decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE de 25 de julio de 1889), aplicable a las cláusulas penales (teniendo en cuenta que los intereses de demora lo son).

Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión declara que esta solución es contraria al artículo 6.1 de la Directiva¹⁰, en tanto que dicha disposición aboga por la continuidad de los contratos que contengan cláusulas abusivas, pero sin la presencia de estas. Por lo tanto, lo que propone el TJUE es suprimir completamente los intereses cuando sean considerados abusivos¹¹. Esta solución ha sido criticada por la doctrina jurídica, en tanto que resulta una sanción demasiado severa el privar al acreedor de recibir cierta cantidad en concepto de intereses cuando los pactados sean declarados abusivos, y no se entiende por qué no se le puede conferir a un órgano jurisdiccional la tarea de moderarlos, siempre tomando en consideración criterios de equidad.

Volviendo a la cuestión del control de oficio de las cláusulas abusivas, hay que poner de relieve que los casos sobre los que deciden las sentencias antes citadas no tratan supuestos similares al que se recoge en la STJUE de 14 de marzo de 2013, en el sentido de que no responden a cuestiones formuladas por un órgano judicial en un proceso declarativo en relación con la incidencia de dicho proceso declarativo sobre un procedimiento ejecutivo paralelo. No obstante, el Tribunal es bastante explícito al exigir que el juez nacional pueda realizar un control de oficio acerca del carácter abusivo de una cláusula que entre dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

abusiva, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”.

- 9 Este artículo dispone que “... el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario”.

Un ejemplo de aplicación de la moderación judicial de los intereses se puede encontrar en la STS de 23 de septiembre de 2010, en la cual se declaró abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que contenía un interés de demora del 29%, reduciendo dicho porcentaje hasta 2,5 veces el interés legal del dinero.

- 10 El precepto establece lo siguiente: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

- 11 En el apartado 65 de esta Sentencia el TJUE se manifiesta en los siguientes términos: “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 ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”.

3. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA SOBRE LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE MEDIDAS URGENTES PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS.

Analizada ya la decisión del TJUE, cabe preguntarse qué consecuencias va a tener sobre el Derecho vigente en España. Lo primero que hay que subrayar es que estamos a la espera de la Ley de Medidas Urgentes para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en adelante LMURPDH, actualmente pendiente de ser aprobada en el Senado.

La Proposición de Ley a día de hoy contiene una serie de medidas tendentes a adaptar el sistema vigente a lo dispuesto por el TJUE en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, la mayoría de las cuales fueron introducidas en forma de enmienda posteriormente a que ésta viera la luz.

A) La posibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas ante el órgano jurisdiccional que conozca del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Resulta de interés analizar algunas de las medidas que se introducen mediante esta Proposición de Ley. En primer lugar, hay que hacer referencia al artículo 8 de la LMURPDH, en virtud del cual se modifican algunos preceptos de la LEC. De entre ellos, destacan el 552 y el 695. Éste último ya había sido objeto de estudio en el presente artículo con anterioridad, y su importante variación consiste en añadir una causa más de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria, a saber: *“El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”*.

Por tanto, el legislador ha introducido de este modo la posibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria. El precepto continúa señalando que sólo procederá el sobreseimiento de la ejecución si ésta viene determinada por una cláusula considerada abusiva¹².

B) La apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La Proposición de Ley no se contenta con lo anterior, permitiendo, tal y como exigía el TJUE en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, que el tribunal pueda apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas. Ello se establece en la modificación del artículo 552 de la LEC (y la consecuente variación de los artículos 557 y 561). Así,

¹² Tal y como dispone el artículo, *“se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En caso de que el carácter abusivo de la cláusula hubiese determinado la cantidad exigible, el juez resolverá lo que proceda al respecto. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva”*

en dicho precepto se introdujera la posibilidad de que si un Juez detecta de oficio cláusulas abusivas en un contrato de préstamo hipotecario, otorgue a las partes un plazo de 5 días para presentar sus alegaciones, con el fin de poder tomar una decisión al respecto¹³.

Para dotar de sentido completo a esta modificación, se añade, por un lado, un inciso nuevo al artículo 557.I de la LEC (que versa sobre causas de oposición a la ejecución fundadas en títulos no judiciales ni arbitrales), mediante el que se inserta como motivo de oposición "**Que el título contenga cláusulas abusivas**". Por otro lado, también se incorpora un párrafo al artículo 561.I de la LEC (concretamente, el 561.I.3º), que trata de la oposición a la ejecución no fundada en defectos procesales, y al cual se remite la nueva redacción del 552, ya comentada¹⁴.

Todas estas variaciones de la LEC, con el objeto de adaptar el sistema de ejecución hipotecaria a los dictados de la Sentencia objeto de estudio, son mencionadas asimismo en la Exposición de Motivos de la LMURPDH (recuérdese, aún en fase de aprobación por el Senado)¹⁵.

Otra de las reformas de la LEC que se llevan a cabo en este artículo 8 de la LMURPDH, de fundamental trascendencia a pesar de no hacer referencia directa al objeto de estudio del presente trabajo, es la que se plantea en su artículo 693, en virtud de la cual será necesario el vencimiento de tres plazos mensuales de la hipoteca incumplidos por el deudor, con el fin de proceder a la ejecución de la vivienda (y no un plazo, como sucedía hasta ahora)¹⁶.

13 El tenor literal del artículo 552 de la LEC es el siguiente: "*Cuando el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.I pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.I.3º*"

Los títulos ejecutivos mencionados en el artículo 557.I, a los que se refiere el precepto citado, son "*los títulos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517*", que menciona los distintos tipos de títulos ejecutivos en los que se puede basar el procedimiento de ejecución, entre los cuales se encuentran "*Las escrituras públicas*" (517.2.4º), en las que necesariamente deben constituirse las hipotecas (de hecho, la constitución se produce con la inscripción en el Registro, la cual a su vez requiere de escritura pública).

14 El párrafo insertado es dispone que "*Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas*"

15 Aquí se explica que esta norma introduce la "*modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013...*"

16 El apartado primero del artículo 693 de la LEC quedaría redactado del siguiente modo: "*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, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, 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 satisfecha*".

C) Modificaciones de la Ley Hipotecaria.

En segundo lugar, resulta de interés comentar el artículo 4 de la LMURPDH, de modificación de la LH. Destaca la reforma del artículo 129 de esta norma, que trata la venta extrajudicial del bien objeto de hipoteca, en el sentido de que, entre otras cuestiones, se obliga al notario a advertir a las partes de la existencia de cláusulas abusivas, y a suspender la ejecución si ha sido planteada la cuestión de la posible nulidad de estas por vía judicial¹⁷.

Por otro lado, y aunque no trata directamente el asunto planteado en este artículo, conviene mencionar la modificación del artículo 114 de la LH, mediante la cual se establece que, en casos de adquisición de vivienda habitual, los intereses de demora no podrán ser superiores al triple del interés legal del dinero, además de prohibirse con carácter general la capitalización de intereses¹⁸.

D) Cuestiones de Derecho Transitorio.

En cuanto a la aplicación temporal de la LMURPDH, hay que destacar que ésta establece, en las disposiciones transitorias 1ª, 4ª y 5ª, un plazo general de un mes para que los consumidores que en el momento de su entrada en vigor se encuentren incurso en un procedimiento de ejecución hipotecaria, puedan alegar la existencia de cláusulas abusivas. Naturalmente, los procedimientos ejecutivos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley se regirán por el sistema de ejecución que ésta regula, es decir, les serán de plena aplicación todas las modificaciones mencionadas con anterioridad.

E) La actuación judicial hasta la entrada en vigor de la nueva Ley: Suspensión de ejecuciones o apreciación de oficio de cláusulas abusivas.

Visto ya el régimen legal que previsiblemente va a ser de aplicación en España (siempre que el Senado ratifique la Proposición de Ley actual), resulta conveniente valorar la situación de las ejecuciones hipotecarias actualmente en curso, las cuales, tras la STJUE de 14 de marzo de 2013, han quedado desprovistas de una solución clara y unívoca.

17 El artículo 129.1.f) de la LH adoptaría la siguiente redacción: "Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos. En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales...".

18 El párrafo añadido al artículo 114 de la LH es el siguiente: "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Al respecto, hay que destacar que muchos juzgados suspendieron las ejecuciones hipotecarias de las que estaban conociendo a raíz de la presentación, por parte del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona n° 3, de la cuestión prejudicial origen de la problemática abordada en el presente artículo. Así, es de esperar que muchas de estas suspensiones se mantengan hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, habida cuenta del régimen transitorio que en ésta se recoge, ya explicado con anterioridad.

No obstante, más llamativa resulta la solución adoptada por otros órganos jurisdiccionales, consistente en la apreciación de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en las ejecuciones hipotecarias de las que se encargan. Un caso de gran repercusión mediática en España ha sido el de Juan José Cobo Plana, titular del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arrecife (Canarias), que mediante Auto de 8 de abril de 2013 anuló la ejecución de diversas hipotecas¹⁹, y desde entonces ha seguido haciéndolo, siempre en base a la doctrina establecida en la STJUE de 14 de marzo de 2013.

En dicho Auto, además, el Juez criticó la fijación de intereses moratorios desproporcionados, en atención al contexto económico actual, llegando incluso a afirmar que, en última instancia, son las propias entidades financieras las que han motivado el impago de muchos de los deudores hipotecarios, al haber desempeñado un papel crucial en el desencadenamiento de la actual crisis económica²⁰. A mi juicio, se trata de una aseveración que, si bien puede ser cierta (al menos, parcialmente), no merece la consideración de Fundamento Jurídico, sino que más bien es el reflejo de la opinión personal del juzgador en relación a un determinado asunto y, por tanto, no debería haberse incluido en esta resolución.

19 En el primer Fundamento de Derecho de esta resolución, se establece que *“el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial”*.

20 En el Fundamento Jurídico 3° del Auto se puede leer lo siguiente: *“Considera este Juzgador un abuso inmoral, que, desde luego, no puede ser amparado ni consentido por los Tribunales de Justicia, el que, en la época de crisis profunda en que nos encontramos, las entidades financieras sigan fijando y manteniendo unos tipos de intereses moratorios superiores a los intereses básicos que rijan en cada momento en el mercado hipotecario. La concepción de los intereses moratorios como una sanción o pena por el incumplimiento de la obligación de pagar las cuotas del préstamo hipotecario carece de sentido en la actualidad. La inmensa mayoría (por no decir la totalidad) de las personas que dejan de pagar un préstamo hipotecario lo hacen sin ningún tipo de culpa por su parte. Lo hacen porque han perdido su trabajo y están en el paro, sin que exista ninguna posibilidad de volver a encontrar otro, o porque les han reducido sustancialmente su salario. Y lo llamativo del asunto es que esa pérdida de trabajo, que es la que provoca el impago del préstamo hipotecario, no solo no es culpa del prestatario, sino que en realidad es imputable en gran medida al prestamista, esto es, a las entidades financieras, que fueron quienes, con su desmedido afán de aumentar su negocio y sus beneficios, contribuyeron decisivamente a la situación de crisis y recesión que se vive en este país y en el mundo entero. En los tiempos en que vivimos, no tiene ninguna justificación, salvo el afán de enriquecimiento de las entidades financieras, el establecimiento de intereses moratorios superiores, ni siquiera en un punto, a los intereses normales, dado que ninguna pena o sanción se puede imponer a quien ninguna culpa tiene por no poder atender a un préstamo hipotecario”*.

F) Acuerdos judiciales en relación a la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas.

Visto esto, conviene hacer referencia a algunos de los acuerdos adoptados por órganos jurisdiccionales españoles. Así, meses antes de que recayera la Sentencia analizada (concretamente, el 4 de diciembre de 2012), los Jueces de Primera Instancia de Valencia tomaron la decisión de proceder, incluso de oficio, a la anulación de cláusulas abusivas en el ámbito, entre otros, de los procedimientos de ejecución hipotecaria²¹. Este acuerdo se produjo, tal y como se señala en el mismo, en atención a la Directiva 93/13/CE así como a recientes resoluciones del TJUE, algunas de las cuales han sido comentadas en el presente trabajo.

Asimismo, en dicha decisión los jueces valencianos decidieron establecer un criterio unánime en relación al carácter abusivo de los intereses moratorios estipulados en contratos de préstamo garantizados con hipoteca, de manera que estos revestirían tal carácter siempre y cuando superasen el cuádruplo del interés legal del dinero²².

Los Jueces de Barcelona, por su parte, tomaron una serie de medidas similares, si bien en su caso la decisión se adoptó el 4 de abril de 2013, con posterioridad a la STJUE de 14 de marzo. Así, se acordó, por un lado, proceder a la revisión de oficio de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario²³; por otro lado, se decidió considerar abusivos los intereses moratorios superiores a 2,5 veces el interés legal del dinero²⁴, tal y como ya se hiciera en la STS de 23 de septiembre de

- 21 *Dicen los jueces en este acuerdo que “Conforme a la Directiva 93/13/CEE y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de protección del consumidor, teniendo en cuenta las recientes resoluciones de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo en la materia, y sin perjuicio de las circunstancias que concurran en el caso concreto, en los procesos monitorios, en los procesos declarativos, así como en los de ejecución hipotecaria y de títulos extrajudiciales, se procederá, incluso de oficio y en cualquier momento del proceso, siempre que concurran suficientes elementos de juicio, a la anulación de las cláusulas abusivas que lesionen los derechos de los consumidores, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer valer sus pretensiones respecto a las mismas a través de las vías legales oportunas. Es decir, en todos los procedimientos que afecten a bienes o servicios”.*
- 22 *En el citado acuerdo se manifiesta que “En concreto, en lo relativo a las cláusulas que establezcan intereses moratorios, y con el fin de establecer una pauta orientativa, la Junta de Jueces acuerda por unanimidad que procederá declararlas nulas de oficio cuando establezcan intereses que excedan del límite establecido en el art. 20 de la Ley 16/2011 de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo en el caso de descubiertos en cuenta corriente. En los demás supuestos que queden fuera del ámbito de dicha norma, singularmente en el caso de préstamos personales o garantizados con hipoteca, ante la falta de previsión legal expresa y en aras a una deseable uniformidad, se considerarán nulas dichas cláusulas si el interés moratorio excede del cuádruplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato”.*
- 23 *En la decisión adoptada por los jueces de Barcelona se expresa la siguiente: “En relación con las demandas que entren a partir de ahora, antes de despachar ejecución se estima procedente dar traslado a las partes personadas por plazo de 5 días para que aleguen lo que estimen oportuno sobre la posible nulidad de cláusulas abusivas. Asimismo en el Auto despachando ejecución hipotecaria, se indicará a las partes que a tenor de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013 se admitirá como causa de oposición la alegación relativa a la existencia de cláusulas abusivas. En relación con los procedimientos de ejecución hipotecaria que se hallen en trámite [...] Si aún no ha precluido el trámite de oposición a la ejecución, hacer saber a las partes la posibilidad de alegar como causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas. En caso que ya haya precluido dicho trámite, dar al ejecutado un plazo de 10 días para que en caso de que entienda que existen cláusulas abusivas pueda ponerlo de manifiesto al Juzgado...”*
- 24 *En lo relativo a los intereses moratorios, los jueces afirman que “El interés de mora se considerará abusivo cuando sea superior a 2,5 veces el interés legal de del dinero vigente a la fecha de contratación. Salvo si el interés remuneratorio es superior a dicho límite, en cuyo caso se estimará abusivo el interés de mora que supere en dos puntos el remuneratorio”.*

2010, si bien con la particularidad de que si el interés remuneratorio superase dicho tope, el límite se situaría en dos puntos porcentuales por encima de éste, lo cual tiene pleno sentido si se tiene en cuenta que, en caso de no prever esta situación, se podría dar el caso de que los intereses remuneratorios fuesen más elevados que los moratorios, lo cual no sería acorde con la naturaleza de los mismos.

4. CONCLUSIONES.

A mi juicio, resulta evidente que la normativa española de ejecución hipotecaria, cuando afecta a contratos susceptibles de incorporar cláusulas abusivas, no responde en absoluto a la realidad social imperante. Si se atiende al TRLGDCU, a la Directiva 93/13/CE o, en general, a cualquier texto normativo que regule los derechos de los consumidores, es inevitable plantearse lo siguiente: ¿Cómo es posible que el legislador español no haya sido capaz de abordar la reforma de la ejecución hipotecaria hasta ahora? ¿Era necesaria para ella la intervención de un organismo Comunitario?

Ciertamente, me parecen del todo insuficientes las opciones que, hasta el momento, se le ofrecían al consumidor en el procedimiento de ejecución hipotecaria. De hecho, la STJUE de 14 de marzo de 2013, así como la consecuente reforma legislativa, suponen una modificación de gran relevancia en lo que respecta a dicho procedimiento. Así, si lo que se pretende es la alegación de cláusulas abusivas, se pasa de una situación en la que era necesario iniciar un procedimiento declarativo paralelo a la ejecución, junto con la anotación preventiva de demanda previa a la nota marginal de certificación de expedición de cargas, a otra en que es el propio juez que conoce del procedimiento ejecutivo el que, de oficio, puede valorar la existencia de tales cláusulas.

Este cambio radical, cuyo objeto es adecuar el procedimiento hipotecario a la normativa vigente sobre protección del consumidor (la cual, por cierto, no es que sea de muy reciente creación), refleja hasta qué punto el legislador español había descuidado esta cuestión, que en muchas ocasiones afecta a algo tan fundamental como la vivienda habitual de un persona y de su familia.

Además, la actuación (o, más bien, la omisión de actuación) del órgano legislativo es más censurable si se tiene en cuenta que ha tenido que ser una institución supra estatal la que ha motivado que, finalmente, se llegue a una solución acorde con el Derecho vigente, a lo cual ha contribuido indudablemente un contexto social de crispación e inestabilidad. Sin duda, muchas situaciones injustas se podrían haber evitado si quien tiene la responsabilidad de legislar hubiese hecho a tiempo lo que debía.