

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SIGUE CONSIDERANDO INOPERANTE LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA*

Raquel Castillejo

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de ejecución hipotecaria. 2. Control de oficio del carácter abusivo de una cláusula. 3. Incidente de oposición a la ejecución hipotecaria 4. Procedimiento de oposición. A. Resolución estimatoria del carácter abusivo de la cláusula. B. Resolución desestimatoria del carácter abusivo de la cláusula a) Interposición de recurso de apelación. b) Alegación en proceso declarativo posterior. 5. Adopción de medidas cautelares en proceso declarativo respecto a una cláusula abusiva

1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La legislación española en materia de legislación hipotecaria ha sido objeto de duras críticas a través de las resoluciones del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea. ¿Cómo hemos llegado hasta aquí? Todo ello comienza como consecuencia del incremento de las ejecuciones en España que se produce con una enorme rapidez pasando de las menos de 25.000 en 2007 a las casi 100.000 de 2010. Esta situación es provocada por la excesiva concentración de créditos hipotecarios a interés variable, combinado con el hecho de que en junio de 2005 finaliza el ciclo de descenso de tipos de

* Artículo sometido a doble evaluación externa

interés, comenzando una carrera alcista a partir de dicho momento, subiendo el Euribor en los tres años siguientes unos 300 puntos básicos, lo que produjo como efecto que el ratio de esfuerzo necesario para la amortización de la deuda hipotecaria en términos de porcentaje sobre los ingresos familiares se elevara en diciembre de 2008 al 47% de la renta familiar disponible, cifra que supera incluso la marca histórica del 46% registrada en 1995, cuando el Mibor se situaba en cifras superiores al 10%. Esto supuso que desde 2003 la factura hipotecaria se encareció un 50% aproximadamente. Si a ello se suma el descenso en la renta disponible que el desempleo y la crisis económica han producido en las familias españolas, se comprende sin dificultad el aumento de las ejecuciones hipotecarias¹.

La situación de crisis que vive España es pues patente y se agudiza con el ingente número de procedimientos de ejecución abiertos. Por ello el legislador trata de dar respuesta a los consumidores que se hallan en tan angustiante situación con varias reformas².

Pues bien, a pesar de las múltiples reformas acaecidas en torno al procedimiento hipotecario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve sobre el tema por primera vez el 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa), declarando que la normativa española se opone a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y ello porque, por un lado, 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, y por otro, no permite tampoco que el Juez que conozca del procedimiento declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esta cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas y en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, siendo imprescin-

dible para garantizar la eficacia de la decisión final.

La sentencia fue fruto de una cuestión prejudicial que tuvo por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores³. La petición se produce en el marco de un litigio entre un consumidor (el señor Aziz) y un Banco (Cataluña Caixa), relativo a la validez de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre dichas partes.

Los hechos que dan lugar a que se plantee la cuestión por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona comienzan por la petición de un préstamo con garantía hipotecaria en julio de 2007, constituyéndose como tal la vivienda familiar del peticionario. El contrato debía amortizarse en 33 anualidades a contar desde agosto del 2007.

Dos cláusulas del contrato suscrito presentan interés, la 6 bis, según la cual dicho contrato confería al Banco la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo. Y la 15, que regulaba el pacto de liquidez, previendo no sólo la posibilidad de la Entidad bancaria recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a estos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida.

Pues bien, el prestatario dejó de pagar las cuotas en junio de 2008, por lo que en octubre la entidad bancaria acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda, lo que hizo certificando que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía a lo que ascendía la deuda tras la liquidación, teniendo en cuenta las mensualidades no satisfechas, los intereses ordinarios y los intereses de demora.

No será hasta marzo de 2009 que la Entidad, tras requerimientos de pago, interponga el correspondiente procedimiento de ejecución contra el interesado, quien no compareció por lo que el Juzgado ordenó la ejecución.

En julio de 2010 se celebra subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presente oferta alguna, por lo que el Juzgado admitió que el bien se adjudicase en un 50% de su valor, señalando enero de 2011 como la fecha en que debía producirse la transmisión de la posesión al adjudicatario, siendo el ejecutado expulsado de su vivienda. Sin embargo, pocos días antes de que esto ocurriera el ejecutado presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil, solicitando se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución.

Es precisamente este Juzgado quien considera que existen dudas en cuanto a la conformidad del Derecho Español con el marco jurídico establecido por la Directiva. En concreto señaló que *“sí, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efectos suspensivos. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo”*.

Además, el Juzgado estimó que *“la solución del litigio principal planteaba otras cuestiones relacionadas, en particular, con la interpretación del concepto de cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta, contemplado en el número 1, letra e), del anexo de la Directiva, y el de cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir*

u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, previsto en el número 1, letra q) de dicho anexo. A su juicio, no está claro que las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en contratos de larga duración, a la fijación de intereses de demora y a la determinación unilateral por parte del prestamista de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda sean compatibles con las disposiciones del anexo de la directiva”.

A la vista de todo ello, decide presentar varias cuestiones prejudiciales. La primera se circunscribe a si el sistema de ejecución de títulos contractuales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y ss LEC, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previstos en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente un obstáculo para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

Mediante la presentación de esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de nuestro Estado, la que:

- a. 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 contenida en un contrato celebrado entre consumidor y un profesional,
- b. No permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final.

Como consecuencia de la sentencia, del legislador español emana la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, por mor de la cual no

sólo se reforma la ejecución hipotecaria sino también la ejecución dineraria ordinaria en los siguientes extremos:

- El control de oficio de la existencia de cláusulas abusivas para decidir sobre el despacho de la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales.
- El carácter abusivo de la cláusula como nueva causa de oposición, por motivos de fondo, a la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales.
- La limitación del importe de las costas exigibles al deudor ejecutado en el supuesto de ejecución de vivienda habitual⁴.
- La condonación parcial del pago de la deuda remanente y la participación del deudor en la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada, cuando tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se inicie la ejecución dineraria ordinaria⁵.
- La facilitación del acceso de los postores a las subastas la rebaja de los requisitos que se imponen a los licitadores⁶.
- La imputación de pagos y la certificación de deuda pendiente en caso de insuficiencia de la ejecución⁷.
- La duplicación del plazo de tiempo para que el rematante de una subasta de bienes inmuebles consigne el precio de la adjudicación⁸.
- La modificación de los porcentajes de adjudicación del bien inmueble si la subasta del mismo concluye sin ningún postor⁹.

Como se puede observar, son varios los extremos que modifica, y sorprende pues siendo una ley prevista para deudores hipotecarios, lo cierto es que son más incisivas las reformas de la ejecución dineraria ordinaria. Por mi parte lo interpreto como que, en todo lo no previsto expresamente en la LEC para la ejecución hipotecaria, será de aplicación lo regulado para la

ordinaria, por ello las reformas que a esta última se refieren inciden también en la hipotecaria, salvo en lo expresamente previsto para ella. A continuación tendremos ocasión de analizar algunos de estos supuestos.

El estricto marco de la ejecución hipotecaria ha introducido las siguientes novedades:

- El establecimiento de un tipo mínimo para la subasta de los bienes en el proceso especial de ejecución hipotecaria¹⁰.
- La inspección del bien hipotecado con anterioridad a la subasta por parte de los interesados y la reducción de la deuda hipotecaria en caso de colaboración en la inspección y en la subasta¹¹.
- La ampliación de las mensualidades impagadas para poder acceder a la ejecución hipotecaria y para reclamar la totalidad de lo adeudado.
- La reducción del requisito temporal mínimo entre las liberaciones del bien de la subasta por parte del deudor¹².
- La limitación del importe de las costas exigibles al ejecutado en caso de pago¹³.
- El carácter abusivo de la cláusula como nueva causa de oposición, por motivos de fondo, a la ejecución hipotecaria.

2. CONTROL DE OFICIO DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA

El artículo 695 LEC contenía antes de la reforma acaecida por la Ley 1/2013 un *númerus clausus* de tres motivos de oposición, siendo dos de los mismos una copia de los motivos de suspensión regulados en el artículo 132 LH en su anterior redacción¹⁴.

Pues bien, respecto a la cuestión relativa a la imposibilidad de formular oposición, tal y

como estaban reguladas las causas de ésta, el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato, hemos de recordar que la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información¹⁵. A la vista de lo cual, el artículo 6 apartado 1 de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Lo que es interpretado por el TJCE como una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas¹⁶.

En este contexto, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que el Juez nacional no sólo debe aceptar como causa de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual, sino que debe apreciarla de oficio y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello¹⁷.

A este respecto cabe destacar su sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, Asunto C618/10, declaró que la Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

Tras las manifestaciones vertidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias de sus resoluciones, y al amparo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 2013, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se permite concluir que el control de oficio de

las cláusulas contractuales abusivas no es una simple posibilidad sino una obligación. El Juzgador debe intervenir y examinar el clausulado contractual para garantizar la eficacia del Derecho de la Unión¹⁸.

Es por ello que el artículo 552.1 LEC, rubricado “*denegación del despacho de ejecución*”, ha sido objeto de modificación por el número 1 de la Disposición Final Cuarta de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, previéndose que “*Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de 5 días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3º*”. Según este último precepto, apreciado el carácter abusivo de una cláusula el Juez podrá decretar la improcedencia de la ejecución, o despacharla sin aplicación de la cláusula abusiva.

Si bien es cierto que esta posibilidad de examen de oficio de cláusulas abusivas del título ejecutivo no está expresamente prevista para el procedimiento de ejecución hipotecaria, nada debiere obstar a que dicho examen pueda también realizarse en los procedimientos del artículo 681 LEC, de hecho y según se prevé en este precepto “*la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignoralados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo*”¹⁹.

A mayor abundamiento el artículo 685 núm. 2 LEC, prevé que a la demanda se acompañen el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de ejecución, así como los demás documentos a que se refiere el artículo 550, y con ello el Tribunal se verá en la obligación de realizar este examen debiendo analizar el clausulado de la escritura de constitución de hipoteca a fin de detectar si algunas de sus cláusulas pudieran resultar abusivas.

Al respecto, antes de la citada reforma, ya se había pronunciado alguna jurisprudencia. Así la Audiencia Provincial de Girona en auto de 9 de junio de 2010, por el que se decide inadmitir a trámite la demanda de ejecución, y a la vez requerir al ejecutante para que, dentro de un plazo concedido al efecto, replantee la demanda de nuevo, aplicando una liquidación de intereses en los términos requeridos en el auto de inadmisión.

Y sigue en su resolución con respecto al ejecutante del crédito hipotecario aunque entrando de oficio en la nulidad de la cláusula, antes de o sin necesidad de haberse solicitado o alegado de contrario, haciendo viable la ejecución, con cuantía corregida y reducida a los parámetros considerados legales. Para ello dice que *“aún cuando no exista en la LEC un trámite específico para ello, se otorga un plazo para presentar la demanda corregida, pasado el cual sin haberse presentado el acreedor está en su derecho de iniciar demanda de juicio declarativo sobre el fondo del asunto, si está de acuerdo con la apreciación del juzgador”*.

Por su parte, la misma Audiencia en Auto de 9 de junio de 2010, resuelve la inadmisión a trámite de la demanda de ejecución, con rechazo total de la misma, tras la apreciación de oficio de la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, sin concesión de plazo para presentar la demanda rectificadora, por cuanto no existe en la LEC la posibilidad de trámite o fase para resolver.

3. INCIDENTE DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Además y como consecuencia de manera específica por la sentencia de 14 de marzo de 2013, se opera la reforma del incidente de oposición a la ejecución hipotecaria regulada en la LEC por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deu-

da y alquiler social, concretamente se añade la posibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el título hipotecario como motivo de oposición a la ejecución.

Con dicha norma se pretende, según su propia Exposición de Motivos *“garantizar que la ejecución hipotecaria se realice de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución modificando el procedimiento ejecutivo para 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 aquellas consideradas abusivas”*.

Recordemos que respecto a las causas de oposición a la ejecución hipotecaria, ya con anterioridad a la reforma operada en 2000 por la LEC, el Tribunal Constitucional²⁰ había tenido ocasión de pronunciarse a través del recurso de amparo, sobre la adecuación del procedimiento de ejecución hipotecaria al derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE.

Tras la entrada en vigor de la LEC, han seguido planteándose cuestiones de inconstitucionalidad, como la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell (ATC 113/2011, de 19 de julio, dictado por el Pleno del Tribunal), partiendo de que el ejecutado, dada la limitación en los medios de oposición no puede formular alegaciones sobre las circunstancias del impago frente a la demanda, ni de posibles vicios del consentimiento existentes al tiempo de suscripción del título, o sobre la nulidad de determinadas cláusulas por su carácter abusivo o desequilibrado.

Por ello concluye el Juzgado con que esa limitación de los medios de oposición a la ejecución hipotecaria ha de sumarse a que en el supuesto concreto se está en presencia de que el inmueble objeto de la ejecución se trata de la propia vivienda del ejecutado, por lo que también se ha de ligar con el derecho fundamen-

tal a una vivienda digna del artículo 47 de la Constitución, debiéndose permitir por tanto unas posibilidades de oposición más amplias, al menos cuando la finca ejecutada constituya la vivienda efectiva del ejecutado hipotecario.

A pesar de que, como hemos dicho, se han seguido presentando cuestiones de inconstitucionalidad, la doctrina sentada con anterioridad por el TC fue asumida, entre otras, por la STS de 30 de octubre de 2012 y por el Auto del Tribunal Constitucional 113/2011, de 19 de julio, planteándosele la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 695, 698 y 579 LEC, por posible vulneración de los artículos 9.3, 24 y 47 CE. El Tribunal Constitucional inadmite la cuestión de inconstitucionalidad, y en lo relativo a los motivos de oposición del artículo 695 LEC resuelve 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 éste no puede realizar por sí sólo, porque se lo impide el principio de paz jurídica. A ello se añade que “la 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.*

... el hecho de que el procedimiento de ejecución sumario 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 CE... lo expeditivo 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 suspen-

sivo 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 sólo 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 CE, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos ni privados de tutela...

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”.

De esta resolución cabe destacar el que fundamentalmente que la limitación de la controversia y demás peculiaridades del procedimiento de ejecución no vulneran el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 CE, en el hecho de quedar abierta para todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos.

Por lo así resuelto cabe considerar que si se cierra la vía del declarativo, la limitación de causas de oposición sí vulneran el derecho de defensa de los interesados. Pues bien, a continuación tendremos ocasión de comprobar como sí se cierra esta vía en determinadas ocasiones.

Pues bien, y a pesar de los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, semejante restricción parece haber provocado que la STJE de 14 de marzo de 2013 obligue a España a adaptar el procedimiento de ejecución hipotecaria con el fin de garantizar la protección de los deudores hipotecarios en el propio proceso de ejecución. Esta adaptación en lo que afecta a la oposición, ha supuesto la ampliación de los motivos de oposición a los efectos de su apreciación.

En efecto, el artículo 695 LEC establece que sólo se admite la oposición por extinción

de la garantía o de la obligación hipotecaria, formalmente acreditada; error en la determinación de la cantidad exigible; cuando se ejecuten bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de aquéllos a otra prenda, hipoteca o embargo anterior; y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales del título.

Faltaría una causa de oposición que no se halla prevista como tal, pero que aunque el juez pueda apreciarla de oficio si éste no lo hiciere, la parte debería poder oponerla. Se trata de lo previsto en el artículo 695.1 LEC, relativo a la posibilidad de reclamar la deuda siempre que se halla procedido al impago de al menos tres mensualidades. En efecto, si la LEC condiciona el ejercicio del procedimiento de ejecución hipotecaria a la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales o de un número de cuotas por un plazo equivalente a tres meses cuando el pago debiera hacerse a plazos, lógico es que si no se hace así quepa como causa de oposición a la ejecución.

Pues bien, dejando el análisis de las causas que ya se hallaban previstas antes de la reforma, nos ceñiremos a la que se ha introducido como resultado de ésta: el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

La posible alegación del carácter abusivo de una cláusula contractual, se verá condicionada porque aquélla constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Sin embargo, en la oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales o arbitrales, no hay condición alguna, basta con alegar que el título contenga cláusulas abusivas —art. 557.1.7ª—.

Se trata de requisitos de carácter tan genérico que hacen imprescindible que cada tribunal en cada caso concreto entre a valorar cuándo se está ante una cláusula en la que se den o no.

De cualquier forma, condicionar la alegación de la existencia de cláusulas abusivas en la escritura de constitución de hipoteca a que és-

tas constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiesen determinado la cantidad exigible, se contradice con la atribución expresa que se le hace al juzgador en el artículo 552 LEC de apreciar de oficio las cláusulas a los efectos de verificar si pueden ser calificadas como abusivas. En ese precepto no se alude a restricción alguna, salvo que el título sea uno de los citados en el artículo 557.1 LEC, lo que se cumple en el caso de las ejecuciones hipotecarias.

No debiere, por tanto, el legislador haber condicionado la alegación de cláusulas abusivas pues no tiene sentido la distinción con el régimen general de oposición a la ejecución por cláusulas abusivas, ni tampoco con la capacidad de oficio del Tribunal para examinar la legalidad del título ejecutivo.

A la vista de cómo se introduce este motivo, cabe recordar que la razón de no aparecer hasta la actual reforma es por la condición de proceso de ejecución que se ha dado a la ejecución de títulos no judiciales, incluso en el marco de la ejecución hipotecaria.

En efecto, con la anterior LEC se trataba de un juicio ejecutivo, esto es, un proceso declarativo en el que se acuerda el embargo como medida cautelar previa, y cuya finalidad esencial es la de obtener de forma rápida un título judicial de ejecución, la sentencia de remate. Como tal, aun no pudiendo alegarse cualquier causa de oposición, mantenía un elenco más amplio que el del proceso de ejecución de sentencias. Pues bien, entre ellas se hallaba la nulidad del título o de la obligación en cuya virtud se hubiere despachado ejecución —art. 1467.1 LEC 1881—, que venía a ser uno de los motivos que más se alegaba en los procesos instados por pólizas bancarias que contenían préstamos o créditos.

En este marco, se integraba en esta causa la oposición del ejecutado siendo éste consumidor, cuando en el contrato por él estipulado con la Entidad crediticia e instrumentado en una póliza bancaria se contuvieran cláusulas abusivas.

De forma tal que los órganos judiciales podían, bien declarar nula la cláusula ilícita de

acuerdo con el número 1 del artículo 8 LCGC, así como con el artículo 10 bis 2, o bien si con dicha declaración se creara una situación de desequilibrio entre las partes contratantes, declarar nulo el contrato denegando el despacho de ejecución. Por otra parte, también podría el deudor, una vez despachada ejecución, oponer la nulidad del título o de la obligación de acuerdo al artículo 1467.1º LEC. Así podrá tener lugar la nulidad del juicio ejecutivo por omisión de información de interés para el cliente; inserción en la póliza de condiciones abusivas del crédito y, señaladamente la usura; facultad de resolución unilateral; y modificación unilateral del interés pactado.

Pues bien, con la LEC 2000, de acuerdo a la nueva naturaleza que adquiere el anterior juicio ejecutivo, convirtiéndose en un proceso de ejecución, entre otras cosas, los motivos de oposición se reducen, no pudiendo incluirse los defectos propios de la obligación que en el título conste. En efecto, no se podrán oponer los vicios de la obligación en él contenida, como que derive el título de un acto jurídico imperfecto o irregular, tanto por los vicios propios de todo acto jurídico cuanto por vicios del consentimiento.

Por todo ello el incluir este nuevo motivo es reconocer que se han equivocado en la naturaleza de este proceso, haciendo de él algo distinto a lo que es propio de un procedimiento de ejecución.

Desde luego, no era preciso introducir estas reformas por dos razones. Primero porque el abordar reformas parciales no hace sino desvirtuar la naturaleza del proceso tal y como había sido previsto por el legislador, provocando a su vez que las consecuencias de las mismas empeoren la situación del consumidor. Si se quiere un proceso garantista para éste ha de asumirse una reforma estructural de la ejecución hipotecaria, haciendo que deje de ser un procedimiento de esa naturaleza, aunque sin dejar desprotegido el derecho de crédito pues sin él la situación económica de nuestro país podría venir a peor.

En segundo lugar, el problema real y de fondo no reside realmente en el sistema de ejecu-

ción hipotecaria, sino en que no hay dinero para devolver el préstamo, ni siquiera el principal²¹.

En efecto, el problema de raíz sigue sin afrontarse: que la gente no paga porque no puede, no porque no quiera. Todos los remedios son parches para tratar de solucionar un problema que es estructural. Hemos tenido un sistema de acceso a la propiedad que ha sido excesivamente alegre tanto por parte de las entidades financieras como por parte de los consumidores.

Por último, y formulada la oposición por este motivo el legislador, a diferencia de lo regulado para los anteriores, no prevé cuál es el medio probatorio del que ha de valerse el deudor. No obstante, por el tenor literal del artículo 695.2 LEC, parece que deba ser el documental. En efecto, prevé este precepto que el Tribunal admitirá los documentos que se presenten, con lo que se parece indicar que el Tribunal está obligado a admitir en todo caso la prueba documental en primer lugar, pero además que sólo cabe introducir ésta.

Sin embargo, debiere admitirse más prueba que aquélla pues la oposición fundada en la existencia de cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible, puede hacer necesarios otros medios probatorios para concretar dicha cantidad. En este sentido, una prueba pericial puede resultar un medio probatorio necesario para acreditar el cálculo que corresponderá en función de la inaplicación total o parcial de alguna cláusula utilizada para determinar la deuda exigida en ejecución.

4. PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN

A. RESOLUCIÓN ESTIMATORIA DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA

Formulada la oposición, la regulación difiere y tiene un extraordinario valor, según la

resolución de la misma sea estimatoria o desestimatoria.

Si la resolución estima la causa fundamentada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible, se acordará el sobreseimiento cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución, pero si hubiere servido para determinar la cantidad exigible, se ordenará continuar la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

En este último caso, el legislador no determina los efectos de la inaplicación, haciéndose necesario que sea el propio juzgador el que determine en el auto la cantidad por la que debe continuar la ejecución. Por ello, tendría el tribunal que realizar una operación aritmética a fin de determinar la cantidad por la que debe continuarse la ejecución hipotecaria.

Lo cierto es que así constaba en la redacción propuesta por la Proposición de Ley de Medidas para Reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social; en ella se establecía, con relación a la estimación de la causa 4ª del artículo 695.1 LEC, que *“En caso de que el carácter abusivo de la cláusula hubiese determinado la cantidad exigible, el Juez resolverá lo que proceda al respecto”*.

En cualquiera de los casos cabe recurso de apelación, a sensu contrario de lo que ocurre si el motivo por cualquiera que fuere la cláusula, fuere desestimado.

Los autos así dictados en los procesos de ejecución en los que el tribunal declare la inaplicación de la cláusula abusiva con o sin sobreseimiento del procedimiento, dicha declaración limita sus efectos a *“las partes del proceso en que se dicte”*, según lo así dispuesto en el artículo 222.3 LEC.

Por tanto, no pueden extenderse a otros consumidores los efectos negativos o excluyentes, ni siquiera los prejudiciales de la declaración de la cláusula abusiva, y ello, por faltar el

requisito de la identidad subjetiva de la cosa juzgada, todo ello, sin perjuicio de los efectos de doctrina legal que alcancen estas resoluciones de nuestros tribunales.

B. RESOLUCIÓN DESESTIMATORIA DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA

a) Interposición de recurso de apelación

En el caso de que los autos que decidan la oposición, no la estimen, dos cuestiones cabe resaltar. Por un lado, no se prevé recurso alguno, y por otro, se cierra el paso a su alegación en un posible proceso declarativo posterior.

Respecto a la primera cuestión, no se entiende bien la razón por la cual si se estima el carácter abusivo de alguna de las cláusulas, cabe recurso de apelación, y en caso contrario, no.

Pues bien, sobre ello es sobre la que ha vuelto a pronunciarse la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por sentencia de 17 de julio de 2014, como consecuencia de una petición de decisión prejudicial que tenía como objeto la interpretación del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, según el cual *“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”*; así como el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Dicha petición surge en relación con la oposición que presentan a un procedimiento de ejecución hipotecario relacionado con su vivienda un matrimonio frente al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

En la resolución de remisión consta que el 9 de junio de 2003 los recurrentes en el litigio

principal firmaron con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (en adelante, BBVA) una escritura pública notarial de préstamo con hipoteca sobre su vivienda.

La devolución de la cantidad por la que solicitaron el préstamo hipotecario debía finalizar el 30 de junio de 2028, escalonándose en 360 cuotas mensuales. En el supuesto de que los deudores incumplieran su obligación de pago, el BBVA estaba facultado para declarar el vencimiento anticipado de la obligación de devolver el préstamo concedido a los recurrentes en el litigio principal. La cláusula 6ª bis del contrato de préstamo fijaba el interés moratorio en el 19% anual, mientras que, en el período correspondiente al litigio principal, el tipo de interés legal era en España del 4% anual.

A raíz del incumplimiento por los recurrentes en el litigio principal de su obligación de pagar las cuotas mensuales para la devolución del préstamo, el BBVA presentó una demanda contra ellos el 15 de abril de 2011, solicitando el pago de la totalidad del préstamo junto con los intereses ordinarios y de demora, así como la venta en pública subasta de la finca hipotecada.

Una vez iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria, los recurrentes en el litigio principal formularon oposición contra ésta, la que fue desestimada. Frente a dicha resolución interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Castellón. Es precisamente ésta la que plantea la cuestión, según la cual si bien el procedimiento civil español permite interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que, tras estimar la oposición formulada por el deudor, ponga fin al procedimiento de ejecución hipotecaria, tal legislación procesal no permite, en cambio, que el deudor cuya oposición haya sido desestimada interponga recurso de apelación contra la resolución judicial de primera instancia que ordene la continuación del procedimiento de ejecución.

Así bien, el órgano jurisdiccional remitente plantea sus dudas en lo relativo a la compati-

bilidad de la mencionada normativa nacional con el objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13, así como con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta.

Recordemos a estos efectos que el anexo de la Directiva 93/13, enumera las cláusulas a las que se refiere el artículo 3, apartado 3, mencionando como cláusula abusiva, la que tenga por objeto o por efecto “*suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante*”.

Así bien, la Audiencia Provincial de Castellón plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

- a. “¿Se opone al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/[...], que impone a los Estados miembros la obligación de velar por que en interés de los consumidores existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, una norma procesal que, como el art. 695.4 de la [LEC], al regular el recurso contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[,] no puede recurrir el ejecutado consumidor en el caso de que se rechace su oposición.

- b. En el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión Europea sobre protección de los consumidores contenida en la Directiva 93/13[...], ¿es compatible con el principio del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio equitativo y en igualdad de armas que proclama el artículo 47 de la [Carta] una disposición del derecho nacional como el artículo 695.4 de la [LEC] que, al regular el recurso de apelación contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[,] no puede apelar el ejecutado en el caso de que se rechace su oposición?”

A este respecto el Tribunal de Justicia entiende que en la medida en que únicamente puede interponerse recurso de apelación en el caso de que la oposición se haya considerado fundada, el profesional resulta favorecido pues dispone de un recurso contra una resolución que resulta contraria a sus intereses, mientras que, en el supuesto de que la oposición sea desestimada, el consumidor no dispone de esa posibilidad.

Así bien, sigue diciendo, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los recursos de apelación admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria contra las resoluciones que se pronuncien sobre la legitimidad de una cláusula contractual, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros.

Además, recuerda que según el Derecho de la Unión, el principio de tutela judicial efectiva no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal (véase, en este sentido, la sentencia Samba Diouf, C69/10, EU:C:2011:524, apartado 69). Por consiguiente, el hecho de que, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, tan sólo disponga de una única instancia judicial para hacer valer los derechos que le confiere la Directiva 93/13 no resulta en sí mismo contrario al Derecho de la Unión.

No obstante, si se tiene en cuenta el lugar que el artículo 695, apartados 1 y 4, de la LEC ocupa en el conjunto del procedimiento de ejecución hipotecaria del Derecho español, es necesario observar que reconoce al profesional, en su condición de acreedor ejecutante, el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva, pero no permite, en cambio, que el consumidor interponga recurso contra la decisión de desestimar la oposición a la ejecución.

Así pues, resulta manifiesto que el desarrollo ante el órgano jurisdiccional nacional del procedimiento de oposición a la ejecución, previsto en el artículo 695 de la LEC, coloca al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional, en su condición de acreedor ejecutante, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar, al amparo de la Directiva 93/13, frente a la utilización de cláusulas abusivas.

En tales circunstancias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que el sistema procesal español pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13. En efecto, este desequilibrio entre los medios procesales de que disponen, por un lado, el consumidor y, por otro, el profesional, no hace sino acentuar el desequilibrio que existe entre

las partes contratantes, que ya se ha puesto de relieve en el apartado 22 de la presente sentencia, y que, por lo demás, se reproduce en el marco de un recurso individual que afecte a un consumidor y a un profesional en su calidad de otra parte contratante (véase, en este sentido y *mutatis mutandis*, la sentencia Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, EU:C:2013:800, apartado 50).

En tales circunstancias, es preciso declarar que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía.

A la luz de las consideraciones expuestas, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en

apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.

b) Alegación en proceso declarativo posterior

Por otro lado, para solventar la segunda cuestión planteada se hace necesario poner en relación dos preceptos, el artículo 695.4 párrafo 2 y el 698.1 LEC. En el primero se dice que en el caso de que los autos “*que decidan la oposición, no la estimen, contra ellos no cabrá recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten*”. En el segundo se regula “*Cualquier reclamación que el deudor, tercer poseedor y cualquier interesado pudieren formular y que no se halle comprendido en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre 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 que se establece en el presente capítulo*”.

Del juego de los dos preceptos se desprende:

a. Que los efectos se circunscribirán al proceso de ejecución, implica que no habiendo identidad subjetiva, la cuestión podrá ser objeto de resolución en proceso declarativo correspondiente.

Esto es, no habiendo identidad subjetiva, la misma cuestión puede ser objeto de resolución en el proceso declarativo correspondiente. En efecto, en el supuesto de una cláusula inserta en varios contratos de préstamo, bien pudiera declararse en un proceso de ejecución contra un deudor X, que no es abusiva, mientras se introduce la petición de nulidad por su carácter abusivo en un proceso declarativo por

el deudor Y, declarando en este caso su carácter abusivo.

b. Tratándose de cláusulas que pudieran ser motivo de oposición, cierran el paso a un posible proceso declarativo. No cabe pues abrir un procedimiento declarativo sobre la misma cuestión que sirvió como causa de oposición, ahora como “*causa petendi*” de la demanda.

Se cierra el paso al proceso declarativo posterior para cualquier reclamación que se hallará comprendida como causa de oposición y ello, se halla alegado o no en el procedimiento de ejecución. Todo lo que obedece al juego de dos preceptos, el 222 y 400 LEC.

Así bien, a los efectos de la cosa juzgada, en su versión positiva, la declaración de que la cláusula es conforme al ordenamiento “*vinculará (entre las mismas partes) a un tribunal de un proceso posterior*” —art. 222.4 LEC—; pero además hemos de tener en cuenta la cosa juzgada negativa, según la cual “*la cosa juzgada de las sentencias firmes sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo*” —art. 222.1 LEC—.

Pues bien, por mor del artículo 400 LEC la cosa juzgada produce sus efectos, no sólo respecto de lo alegado, sino respecto de todo lo que, pudiendo serlo, no fue invocado.

Hay quien²² exceptúa el supuesto de que el deudor, con carácter anterior o simultáneo a la petición de inaplicación de la cláusula en el proceso de ejecución hay interpuesto una demanda de nulidad y cesación de la condición general de la contratación. En tal caso, lo procedente será que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 LEC, el deudor plantee una cuestión prejudicial civil en el seno del proceso de ejecución, el cual ha de provocar su suspensión hasta tanto recaiga sentencia firme declarativa de la nulidad de la cláusula abusiva en el Juzgado de lo Mercantil.

c. Introducido por el ejecutado en un proceso declarativo, como motivo de la reclamación, esto es, como *causa petendi* una cláusula

que no pudo ser opuesta en aquél, se admita, pudiendo ventilarse en él, aunque no produzca nunca el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución.

5. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DECLARATIVO RESPECTO A UNA CLÁUSULA ABUSIVA

Tradicionalmente en la ejecución hipotecaria se ha utilizado por parte del deudor hipotecario el mecanismo de defensa consistente en iniciar un procedimiento independiente para discutir cuestiones relativas a la validez del título, a la configuración de la deuda hipotecaria o a cualquier otra que no hubiese podido ser alegada en el procedimiento ejecutivo. Este declarativo, carente de efecto suspensivo, puede ir dirigido a petitionar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria o a la declaración de la nulidad del título.

Así bien, la normativa española no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, el TJCE señaló que “*a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez que conozca del proceso declarativo, competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que*

*confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión*²³.

A este respecto, con relación al principio de equivalencia, cabe señalar que lo cumple la normativa española, y así lo decide el Tribunal de Justicia, en cuanto manifiesta que el sistema procesal español prohíbe al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no sólo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar.

Otra cosa entiende el Tribunal de Justicia respecto al principio de efectividad al manifestar que en cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión, debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. Para pasar a continuación a analizarlo para el caso que se le plantea por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona.

En primer lugar se refiere a los preceptos que regulan en el procedimiento español la ejecución hipotecaria, para de ellos sacar conclusiones. Específicamente a los artículos 695, 698 LEC y 131 de la Ley Hipotecaria. Deduciendo de ellos que *“en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada.*

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

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

En efecto, tal como señaló también la Abogada General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que se establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.

Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indem-

nización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda”.

Por todo ello, el Tribunal resuelve que con esta normativa, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de esta Directiva.

Procede, termina, entender por tanto, que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.

En definitiva, la primera cuestión prejudicial de la Directiva se interpreta 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 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 acodar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Actualmente, la medida cautelar que se suele interesar en dicho juicio declarativo es la

anotación preventiva de demanda de nulidad de la cláusula abusiva en el procedimiento declarativo del artículo 698 LEC. Aun practicada después de la iniciación del procedimiento de ejecución, no se cancela hasta que por desestimación de la demanda ordene su levantamiento el juez que la decretó.

El problema de esta medida es que presenta una escasa eficacia, pues conforme a lo previsto en el artículo 131 LH, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas se cancelan al inscribir la enajenación de la finca a favor de adquirente en la subasta, por lo que únicamente si fueran anteriores subsistirán y dado que la certificación de cargas se solicita al principio del procedimiento hipotecario, es muy inusual que el juicio declarativo se inicie antes, por lo que dicha anotación preventiva de demanda tiene los días contados, cancelándose en el mismo momento en que tenga acceso al Registro la venta forzosa del inmueble, lo que impide al deudor recuperar el bien aunque prosperen sus pretensiones en el juicio declarativo interpuesto. El carácter definitivo del asiento de quien adquiere el inmueble en la enajenación forzosa se corrobora porque es objeto de inscripción, a diferencia de las sentencias que no son firmes o que, aun siéndolo, no ha transcurrido el plazo para ejercitar la acción de rescisión de sentencia dictada en rebeldía que no inscriben en el Registro de la Propiedad sino que simplemente son objeto de un asiento provisional de anotación preventiva, de lo que se deduce que el legislador presupone que la adquisición del rematante o adjudicatario resulta inatacable.

Con la legislación vigente la única medida prevista para garantizar los intereses del deudor que haya interpuesto un juicio declarativo esgrimiendo causas de oposición que no puede alegar en el proceso de ejecución hipotecaria, es solicitar que se retenga todo o una parte de la cantidad que deba entregarse al acreedor por la enajenación del inmueble; no obstante, dicha medida se subordina a que el tribunal le pueda exigir previa y bastante garantía cuando

no tuviere solvencia notoria y suficiente para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor; permitiéndose incluso al ejecutante interesar el alzamiento de dicha retención afianzando, a satisfacción del Tribunal, la cantidad que estuviere mandada retener a resultas del juicio declarativo.

Con base en esta pésima regulación, puede ocurrir que en el juicio declarativo posterior se reconozcan las pretensiones del demandante pero que éste se deba conformar con la restitución del dinero obtenido por la venta de su inmueble sin poder recuperar éste, lo que es una solución harto desafortunada y que origina indefensión, máxime teniendo en cuenta que normalmente se enajena por un precio muy inferior al del mercado o incluso se lo ha podido adjudicar el acreedor por un valor módico que en caso de subasta desierta será el 60% del valor de tasación si es la vivienda habitual del deudor o el 50% o todo lo debido en otro caso²⁴.

A la vista de todo ello, el legislador español ha decidido no atender a lo así resuelto por el Tribunal de Justicia, y ello es perfectamente entendible esta regulación, pues lo que carece de sentido es no admitir que pueda ventilarse dentro del procedimiento de ejecución, lo que puede obtenerse acudiendo a otro Tribunal por la vía ordinaria. No tiene sentido que sea el Juez de lo Mercantil el que pueda paralizar la ejecución que se está llevando a cabo en otro juzgado, y que el juez de la ejecución no pueda entrar a valorar el carácter abusivo de algunas cláusulas: precisamente aquéllas sobre la base de las cuales se está ejecutando la hipoteca²⁵.

Además, aquella solución tampoco es la panacea para el deudor, pues aunque bien es

cierto que al menos evita que se subaste el inmueble hipotecado, para que dicha medida se acuerde se le va a exigir caución y, además, durante la suspensión seguirán corriendo intereses y se devengarán costas que son a su cargo.

Opinión contraria mantienen algunos autores²⁶ quienes opinan que a favor de esta opción cabría aducir dos argumentos: a) que el contenido del actual art. 131 LH (que prevé la cancelación de la anotación preventiva de la demanda en virtud del mandamiento de cancelación de cargas posteriores ordenada por el Juez de ejecución) fue una novedad de la LEC 2000, que no existía en el antiguo artículo 131 LH, sin que la ausencia de tal medida perjudicase entonces sensiblemente la efectividad de las subastas hipotecarias; y b) que la anotación preventiva de la demanda, como toda medida cautelar, requiere de la concurrencia del requisito del *bonus fumus iuris*, o apariencia de buen derecho, apariencia que, en principio, no existiría respecto de aquellas cláusulas que, previa su calificación por el Registrador, hubiesen sido inscritas en el Registro, por lo que los inconvenientes de esta opción quedan muy amortiguados.

De cualquier modo, y sea la que fuere la opinión que mantengamos al respecto, no debemos olvidar la restricción que supone la actual regulación para el consumidor, pues, sólo cabrá instar el proceso declarativo por cláusulas que no hubieren podido ser alegadas en el procedimiento de ejecución, por no constituir el fundamento de la ejecución o no haber servido para determinar la cantidad exigible.

Cercena así el paso a las cláusulas que sirven a aquel como oposición, impidiéndoles incluso que en caso de no haber sido apreciadas por el juez de la ejecución, puedan ser objeto de recurso de apelación.

NOTAS

1. DÍAZ FRAILE, J.M., *El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013*, La Ley Unión Europea, núm. 5, junio, 2013, editorial La Ley.

2. Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público, y cancelación con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, modificando el artículo 579 LEC y añadiendo una nueva Disposición Adicional Sexta relativa a la adjudicación de bienes inmuebles; y Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, adopta medidas encaminadas a la protección del deudor hipotecario.

3. Como bien explica DÍAZ FRAILE, J.M., *El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013*, La Ley Unión Europea, núm. 5, junio, 2013, editorial La Ley, esta Directiva destaca por el hecho de que la Comunidad Europea por primera vez dicta en materia de consumidores una norma horizontal, no vertical o sectorializada como había hecho hasta entonces, aplicable con carácter general a toda la contratación, incluyendo de forma directa la contratación inmobiliaria y de servicios financieros hipotecarios. El artículo 10 de la Directiva establecía como límite temporal para su desarrollo en el Derecho interno de los Estados miembros la fecha de 31 de diciembre de 1994, fecha que dejó transcurrir el Estado español sin trasponer la Directiva al Derecho interno. La Directiva como acto dirigido a los Estados miembros, impone a éstos una obligación de hacer consistente en su transposición a los respectivos Ordenamientos internos. No obstante, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha aclarado que una Directiva tendrá un efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas, y no han sido objeto de transposición en los plazos previstos por las mismas. Sin embargo, este efecto directo de las Directivas sólo puede ser de carácter vertical, esto es, en el ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado miembro correspondiente. Por otra parte, el efecto directo vertical de las Directivas sólo puede ser invocado ante los Tribunales ordinarios por los particulares; el Estado que no transpuso la Directiva o lo hizo incorrectamente no puede oponer a los particulares su incumplimiento ni exigirles el cumplimiento de las obligaciones que esa Directiva imponía. En cuanto al efecto directo horizontal, la Sentencia del TJCE de 26 de febrero de 1986 establece que la Directiva no transpuesta no crea por sí misma obligaciones en los particulares, por lo que, en consecuencia, no puede ser invocada por un particular contra otro en un procedimiento judicial. En consecuencia la falta de transposición en el Derecho español de la Directiva de 1993, dado que su ámbito de aplicación está referido a la contratación en masa entre empresarios y consumidores, no era directamente invocable en las relaciones entre los mismos hasta la entrada en vigor de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril.

4. El artículo 575.1 bis LEC establece una limitación del importe de las costas exigibles al deudor ejecutado en el supuesto de ejecución de su vivienda habitual, disponiendo que aquellas no podrán superar el 5% de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva.

5. El artículo 579.2 a) LEC prevé la posibilidad de que, si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual, todavía quedara una parte de la deuda por pagar, durante el procedimiento de ejecución dineraria posterior se podrá condonar parte del pago de la deuda remanente, siempre que se cumpla con ciertas obligaciones de pago.

Así, adjudicada la vivienda habitual hipotecada en el proceso especial de ejecución hipotecaria, si el remate aprobado resulta insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, en el supuesto de que se despache ejecución dineraria ordinaria por la cantidad que falte, dicha ejecución, que no se suspenderá, se ajustará a que:

– El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o de la adjudicación, por el 65% de la cantidad total que entonces quede pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago.

– El ejecutado quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65% dentro del plazo de 5 años, satisface el 80% dentro de los 10 años.

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

Por otro lado, cuando tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se inicie la ejecución dineraria ordinaria, el artículo 579.2 b) LEC permite que el deudor participe de la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada.

6. Para facilitar el acceso a los postores a las subastas, se ha ampliado el contenido del anuncio y la publicidad de la subasta de bienes inmuebles.

En los edictos que den publicidad a la subasta de bienes inmuebles se deberán expresar los datos registrales y la referencia catastral de la finca si la tuviera.

Sin perjuicio de la publicidad que se realice por otros medios, la subasta de bienes inmuebles se anunciará en el portal de subastas judiciales y electrónicas existentes y dependiente del Ministerio de Justicia. Para ello, en la publicación del anuncio se hará expresa mención al portal y a la posibilidad de consulta más detallada de los datos.

Por otro lado, para rebajar los requisitos que se imponen a los licitadores, el artículo 647.1 LEC disminuye el depósito o el aval bancario necesario para pujar el 20% al 5% del valor de tasación de los bienes.

7. El artículo 654.3 LEC prevé que, en el supuesto de que el precio del remate resulte insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se haya despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la misma, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas.

Asimismo, el tribunal de la ejecución expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas.

8. Cuando en la subasta de bienes inmuebles la mejor postura sea igual o superior al 70% del valor por el que el bien haya salido a subasta, el secretario judicial responsable de la ejecución, mediante decreto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate a favor del mejor postor. En este caso, para favorecer el éxito de las subastas, se amplía de veinte a cuarenta días el plazo en que el rematante habrá de consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones la diferencia entre lo depositados y el precio total del remate.

9. La medida más próxima a la dación en pago reclamada ha sido la modificación de los porcentajes de adjudicación del bien inmueble si la subasta del mismo concluye sin ningún postor.

En el supuesto de que la subasta del bien inmueble concluya sin postor alguno, el artículo 671.1 LEC incrementa o reduce, en función de si dicho bien es la vivienda habitual del deudor o no, los porcentajes de adjudicación del mismo.

Así bien, cuando no se trate de vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50% del valor por el que el bien haya salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. De tratarse de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien haya salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. De tratarse de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien haya salido a subasta o, si la cantidad que se le debe por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

10. Para que se pueda seguir el proceso de ejecución hipotecaria, en la escritura de constitución de la hipoteca se deberá determinar el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún supuesto, al 75% del valor señalado en la tasación realizada de acuerdo con las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

11. Durante el plazo que medie entre el anuncio de la subasta del bien hipotecado y su celebración, cualquier persona interesada en la misma podrá solicitar del tribunal inspeccionar el inmueble o inmuebles hipotecados, quien lo comunicará a quien esté en la posesión, solicitando su consentimiento. En el supuesto de que el poseedor consienta la inspección del inmueble y colabore adecuadamente ante los requerimientos del tribunal, para facilitar el mejor desarrollo de la subasta del bien hipotecado el primero podrá pedir al segundo una reducción de la deuda hipotecaria de hasta un 2% del valor por el que el bien haya sido adjudicado. En este caso, el tribunal, atendidas las circunstancias, y previa audiencia del ejecutante por un plazo no superior a cinco días, decidirá lo que proceda dentro del máximo deducible.

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

13. En el caso de reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se ha convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de plazos diferentes, el deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses esté 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 total o parcialmente.

Si el deudor paga en las condiciones descritas, el artículo 693.3 IV LEC establece una limitación del importe de las costas exigibles, ya que, por la remisión al artículo 575.1 bis LEC, aquellas no podrán superar el 5% de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva.

14. Vid. AAP de Barcelona de 28 de abril de 2010.

15. Sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10

16. Sentencias de 28 de noviembre de 2000, Roquette Frères, C 88/99, Rec. P. I 10465 y de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group, C 384/08, Rec. P. I 2055.
17. Sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C243/08, Rec. P. I 4713 y de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10.
18. Al respecto se pronuncian los AAP de Vizcaya de 11 de abril de 2013; y el de la AP de Barcelona de 9 de noviembre de 2012.
19. En relación al proceso monitorio, el TJUE ya puso de manifiesto que se opone a la Directiva 93/13/CEE, que el Juez que conoce de un proceso monitorio no pueda apreciar el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contemplada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando este último no haya formulado oposición (STJUE de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10 y 21 de noviembre de 2002, Asunto C-473/00. Además también ha reconocido al órgano jurisdiccional la posibilidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula arbitral cuando conociera de la ejecución forzosa de un laudo dictado sin comparecencia del consumidor y que hubiera adquirido fuerza de cosa juzgada (TJCE/TJUE, Sala Primera, de 6 de octubre de 2009, Rec. C-40/08).
20. SSTC 41/1981, 18 de diciembre; 64/1985, 17 de mayo; 41/1986, 2 de abril; 148/1988, 14 de julio; 8/1991, 17 de enero; 6/1992, 16 de enero; 217/1993, 30 de junio; 128/1994, 5 de mayo; 222/1999, 29 de noviembre.
21. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por ley 1/2013*, La Ley Unión Europea, núm. 7, septiembre 2013, editorial La Ley.
22. GIMENO SENDRA, V.
23. Vid. Sentencias de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec. P. I-10421 y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rec. P. I-9579.
24. ACHON BRUÑÉN, M^a J., *Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013*, Diario La Ley, núm. 8065, Sección Tribunal, 18 abril 2013, año XXXIV, Ref. D-142, Editorial La Ley. La Ley Unión Europea, 25 de abril 2013.
25. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por ley 1/2013*, La Ley Unión Europea, núm. 7, septiembre 2013, editorial La Ley.
26. DÍAZ FRAILE, J.M., *El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013*, La Ley Unión Europea, núm. 5, junio, 2013, editorial La Ley.

Fecha de recepción: 30 de julio de 2014

Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014