

# Panorámica actual en el procedimiento judicial hipotecario a la luz de la jurisprudencia europea

Current overview of the mortgage judicial procedure  
in the light of european jurisprudence

José Hernández de la Fuente  
*UNED Centro Asociado de Zamora*

## RESUMEN

Los efectos de la crisis económica se han mostrado tanto en la sociedad como en el plano jurídico, especialmente, en el ámbito procesal civil de la ejecución hipotecaria. Ha sido gracias al acervo comunitario y a las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se produjeron las primeras modificaciones legislativas en aras de la protección del consumidor, dándose lugar a la incorporación de las cláusulas abusivas como causa de oposición en la ejecución hipotecaria.

**PALABRAS CLAVE:** Consumidor; ejecución hipotecaria; cláusulas abusivas; modificaciones legislativas; sentencias europeas.

## ABSTRACT

The effects of the economic crisis have been shown both in society and in the legal sphere, particularly in the foreclosure procedure. It was thanks to the *acquis communautaire* and the interpretive judgments of the Court of Justice of the European Union that the first legislative changes were made in order to protect the consumer, giving rise to the incorporation of abusive clauses as grounds for opposition in the foreclosure.

**KEY WORDS:** Consumer; foreclosure procedure; unfair terms; legislative amendments; european judgments.

Recibido: 19/06/2018

Revisado: 29/06/2018

Aceptado: 30/06/2018

## 0. INTRODUCCIÓN

La crisis económico-financiera que ha azotado nuestro país en los últimos diez años ha puesto de manifiesto las diferentes carencias de nuestro ordenamiento jurídico para satisfacer las necesidades más urgentes de los ciudadanos. Entre ellas, la proliferación de lanzamientos en procedimientos de ejecución hipotecaria, por causa del impago del préstamo garantizado, ha resultado ser una de las que mayor reconocimiento social ha recibido, debido, en gran medida, a la cobertura mediática y al surgimiento de grupos de acción, o más bien reacción, en apoyo de los ejecutados.

La elección de la aplicación de la garantía real hipotecaria, dentro del binomio conformado por la acción real y la acción personal, por parte de la entidad financiera prestataria al constatar el impago del préstamo o crédito garantizado, dará lugar al procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados regulado en el Capítulo V del Título IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 681 a 698).

Las particularidades, que son muchas, y los entresijos, que no son menos, de este procedimiento habían sido relegados al olvido doctrinal por mor de su escasa frecuencia. No quiere esto

decir que fuese un procedimiento raramente empleado en la práctica jurídica habitual sino que su aplicación no alcanzaba los 101.034 lanzamientos y desahucios registrados en el año 2012, los 119.442 correspondientes a 2014 o los 51.999 iniciados en 2017, según datos manejados por el Consejo General del Poder Judicial, a través de la estadística judicial, y el Instituto Nacional de Estadística en colaboración con el Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España (CORPME); aliados los tres entes desde 2013 en cuanto a la investigación estadística de las ejecuciones hipotecarias. En Zamora, según constatan las fuentes estadísticas, se ha sufrido el mismo proceso de alza y declive de la ejecución hipotecaria si bien con cifras más modestas, alcanzando su punto álgido en 2014 al afectar a 233 fincas.

El resurgimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria y su claro componente social, en tiempos de crisis económica, en una sociedad en la que el acceso a la propiedad ha estado basado en el apalancamiento financiero a través de la constitución de una garantía real, en forma de hipoteca adquisitiva y voluntaria, hace necesario recapitular sobre el procedimiento mismo, su naturaleza y estado, su desarrollo procesal y sobre su posible adecuación a las necesidades de las partes intervinientes en el litigio.

Desde este punto de vista, no podemos pasar por alto, por un lado, la habitual naturaleza de las partes intervinientes y, de otro, las pretensiones generalmente esgrimidas por las mismas. Así, nos encontraremos frecuentemente con un litigio integrado por profesionales frente a consumidores (entidad financiera versus familias), defendiendo, los unos, la pretensión de lanzamiento a causa de impago y la subasta del bien y, los otros, la oposición a la pretensión, con mayor o menor fortuna y causa.

Pretendo a lo largo de este estudio hacer un breve análisis situacional estático tanto de la Ley aplicable al supuesto, en su generalidad, como de la opinión jurisprudencial, en un tiempo conculso, siendo consciente de las modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los cambios de criterio jurisprudencial a causa de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a favor de los consumidores para, a continuación, intentar vislumbrar los cambios procesales más adecuados y procedentes a la satisfacción de los intereses de las partes.

## 1. PANORAMA PREVIO

### 1.1. *El procedimiento de ejecución hipotecaria*

El procedimiento de ejecución hipotecaria contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil puede considerarse un fruto especial de la evolución político legal española. Desde la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, pasando por la nueva redacción de 8 de febrero de 1946 (y aún vigente), hasta su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) de 2000, ya a comienzos de este siglo, el procedimiento de ejecución hipotecaria apenas ha variado su razón de ser: facilitar a los acreedores un medio sencillo y rápido de hacer efectivo su crédito hipotecario<sup>1</sup>.

Por ejecución hipotecaria podemos entender todo aquél proceso de ejecución en el que el título ejecutivo viene constituido por una escritura pública de la que se deriva un crédito cuyo pago se encuentra garantizado por un derecho real de hipoteca, bien mobiliaria o bien inmobiliaria. Por tanto, el procedimiento de ejecución hipotecaria será aquel procedimiento jurisdiccional consecuencia del ejercicio de la acción real derivada de la garantía hipotecaria por el cual el acreedor hipotecario pretende la satisfacción de su crédito impagado, sobre la base de una escritura de constitución de hipoteca, perfecta y válida.

La antigua discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento hipotecario ha quedado resuelta gracias a que la LEC lo incluye, y califica, como proceso de ejecución, debiéndose añadir, en virtud de su posición sistemática, de un marcado carácter procesal especial,

<sup>1</sup> CALLEJO CARRIÓN, Soraya. *La pretensión de la ejecución hipotecaria*. Tesis doctoral. UNED, 2013, p. 25-33.

participando tanto de los rasgos comunes a los procedimientos de ejecución forzosa, dentro de los cuales la ley lo enmarca, como de las especialidades de los procedimientos de ejecución dineraria, completándose por las particularidades que le concede el título ejecutivo.

El procedimiento, así caracterizado, tiene un marcado fundamento registral, por cuanto la existencia de una hipoteca válidamente constituida es requisito indispensable para poder iniciar el procedimiento; es, esencialmente, un procedimiento de parte, al poder despacharse ejecución sin dar audiencia al deudor hipotecario a quien sólo se le permite plantear su oposición una vez despachada la ejecución; y que debe estar imbuido de la buena fe (procesal) bajo el predominio del principio dispositivo.

La competencia judicial, por lo que nos interesa en relación con los bienes inmuebles a ejecutar, viene atribuida al Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que radique la finca hipotecada y, si radicare en varios, cualquiera de ellos a elección del acreedor.

El establecimiento del foro *res sitae* alternativo para la determinación de la competencia, si bien tradicional en nuestro Derecho, puede contrariar las pretensiones tuitivas de la normativa nacional reguladora de los derechos de los consumidores, por cuanto se establece como foro general el domicilio del consumidor. No obstante, en una apabullante mayoría de litigios en esta última década, han sido precisamente los consumidores quienes más se han visto afectados al ejecutarse su vivienda habitual y, por ello, su domicilio.

La legitimación activa para promover el procedimiento corresponderá, en exclusiva, a aquél que aparezca en el Registro de la Propiedad como titular del crédito, que resulta impagado y está garantizado por la hipoteca, válidamente constituida. Esta legitimación activa tan estricta se contrapone a la legitimación pasiva en la que se prevén diversos sujetos frente a quienes se puede ejercitar la acción. En virtud del art. 685.1.º LEC, “la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”. De esta forma estará legitimado pasivamente tanto el propietario del inmueble que constituyó la hipoteca a su propio nombre, que por todo lo demás suele ser el supuesto más frecuente a tenor de la práctica habitual, en tanto en cuanto la garantía hipotecaria se constituye en unidad de acto con la concesión del préstamo para adquirir la vivienda familiar; como contra el propietario sobre cuya propiedad se ha constituido la garantía en aseguramiento del préstamo pero que no está obligado al pago del mismo y, por último, incluso frente al tercer poseedor del bien hipotecado.

En palabras de Blasco Gascó, “la primera cuestión que plantea la figura del tercer poseedor es la de determinar quién es tercer poseedor”, pero baste señalar que se trata de un adquirente, a título oneroso o gratuito, de la finca o del derecho real hipotecado, que no está nunca obligado personalmente al pago de la deuda asegurada, bajo la máxima de que “responde pero no debe”<sup>2</sup>. En definitiva, será un tercero respecto de la relación crediticia garantizada mediante la hipoteca pero, más que poseedor, propiamente será propietario. Y, en términos más prosaicos, el tercer poseedor será quien, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, adquiera el bien en vías de ser ejecutado.

En buena lógica, el procedimiento de ejecución hipotecaria principiará por escrito dirigido al Juzgado competente, adoptando la forma de demanda, acompañada de los documentos que se exigen para el despacho de la ejecución: el título ejecutivo, representado por la escritura de constitución de hipoteca o, en su defecto, el título inscrito con certificación del Registro de la Propiedad acreditativo de la inscripción y de la subsistencia de la hipoteca; el documento acreditativo del apoderamiento del procurador, salvo apoderamiento *apud acta*; los documentos que acrediten los precios o cotizaciones aplicados para el cómputo en dinero de deudas no dinerarias, cuando

<sup>2</sup> Véanse: BLASCO GASCÓ, Alberto F. “La hipoteca inmobiliaria”, en LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.; MONTÉS PENADÉS, Vicente L. (coords.). *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p. 665-667; Díez-Picazo, Luis; Gullón, Antonio. *Sistema de derecho civil*, 7ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, volumen III, p. 478-479.

se trate de datos oficiales; y el documento que acredite el cálculo del interés variable, en su caso. Será precisamente este último documento el que plantee problemas en la ejecución, tal y como examinaremos más adelante en relación con las cláusulas suelo y suelo-techo en tanto en cuanto la jurisprudencia ha dado un vuelco en la determinación de los intereses debidos.

Examinada por el Tribunal la demanda y los documentos presentados, procederá al despacho de ejecución o a la denegación de la misma. Si resultara despachada la ejecución, en el mismo auto, se requerirá al deudor el pago y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor, salvo previo requerimiento extrajudicial; salvedad ésta de escasa aplicación en la práctica al conllevar un coste para el acreedor ejecutante. Es este auto judicial en el que se determina la cantidad a satisfacer por el deudor, cuando el Juzgado ejecutante podrá apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas que conlleven una modificación en la deuda exigible. E incluso la apreciación de oficio de la abusividad de una cláusula pudiera llegar a conllevar la inadmisión de la ejecución, si de la reliquidación de intereses se desprendiere la inexistencia de incumplimiento, lo cual se advierte como una posibilidad a tener en cuenta en el supuesto de abusividad de la cláusula de intereses moratorios y en los supuestos de préstamos multi-divisa.

De igual modo, el órgano judicial reclamará del Registrador la certificación del dominio y cargas. Si de la certificación expedida resultare que la hipoteca no existe o ha sido cancelada, el Letrado de la Administración de Justicia pondrá fin a la ejecución. Sin embargo, si de la certificación se tiene conocimiento de la existencia de un tercer poseedor o de otros acreedores, procederá la notificación de la iniciación del procedimiento a cada uno de ellos, en aras de facilitarles la intervención en el proceso si a su derecho convinieren. Transcurridos diez días desde el requerimiento de pago, o si se hubiese efectuado éste extrajudicialmente, el acreedor podrá solicitar la administración de la finca, imputando las rentas vencidas y no satisfechas, frutos y productos posteriores a la satisfacción de los gastos de conservación y expropiación y a su propio crédito.

Quepa señalar que, en el caso que a nosotros más interesa, es decir, la ejecución de la vivienda familiar, el recurso por parte de la entidad financiera a la administración de la propiedad es, cuanto menos, improbable, puesto que la administración de la vivienda no le reportará más que el deber de satisfacer los gastos de conservación y explotación (consumos ordinarios) sin que pueda obtener renta o fruto que imputar al crédito del que el mismo procedimiento trae causa.

Cumplido lo anterior, y habiendo transcurrido al menos treinta días desde el requerimiento de pago, podrá cualquiera de las partes instar la venta del bien ejecutado en pública subasta.

Según Lasarte Álvarez<sup>3</sup>, la supresión de las múltiples subastas, antaño previstas, ha significado la pérdida de una oportunidad de negocio para los llamados *subasteros*, en tanto en cuanto la realización de una única subasta permite la adjudicación del inmueble en mejores condiciones de remate. No obstante, nada impide que la subasta quede desierta y el acreedor se adjudique el bien por valor igual o superior al cincuenta por cien de su valor de tasación<sup>4</sup>, si bien tras la modificación operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social, se ha elevado el porcentaje de adjudicación, en caso de subasta desierta de vivienda habitual, hasta el setenta por cien.

El importe del remate así obtenido se destinaba al pago del acreedor, imputándose, en primer lugar, al capital del crédito y, seguidamente, a los intereses y costas, sin exceder los límites pactados en el título ejecutivo. De ser satisfecho el acreedor ejecutante y existir un exceso en el remate, se

<sup>3</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. “Derechos reales y derecho hipotecario”, en *Principios de Derecho Civil. Tomo V*, 8ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 119-122.

<sup>4</sup> Véase la Sección Sexta del Capítulo IV del Título IV LEC, “De la subasta de bienes inmuebles”.

La referida posibilidad de adjudicación por parte del acreedor aparece contenida en el art. 671 LEC. Si bien la opción legislativa es perfectamente válida y comprensible al amparo del objetivo mismo del procedimiento de ejecución, tal cual es la satisfacción del crédito impagado, no resulta por ello menos aberrante a la luz de las implicaciones morales y sociales, puesto que la familia afectada pierde su vivienda y con el remate no satisface, en la mayoría de los casos, el importe exigido.

depositaba para la satisfacción de los demás acreedores inscritos y, por último, si hubiera sobrante, quedaría en manos del propietario del bien ejecutado.

No obstante, tras la modificación del art. 654.3.º LEC, se ha establecido una nueva prelación de pagos, resultando, pues, la prioritaria satisfacción de los intereses remuneratorios seguida del principal, intereses moratorios y costas. Se pretende, en definitiva, proteger al deudor de la generación de nuevos intereses al capitalizar los ya devengados y no satisfechos.

El proceso hasta aquí descrito podrá suspenderse cuando la Ley lo ordene de modo expreso o bien por acuerdo de las partes, lo cual se traduce, obviando el eventual acuerdo, en la suspensión por causa de interposición de tercería de dominio, por existencia de prejudicialidad penal o por la formulación de oposición a la ejecución; erigiéndose ésta última, en tiempos de crisis y de afectación a los consumidores, como la vía más importante de suspensión del procedimiento.

### 1.2. *Notas características de la oposición a la ejecución*

Valga recordar que la antigua redacción del art. 131 LH, regulador de esta cuestión hasta la entrada en vigor de la LEC 2000, no concebía ninguna causa de oposición a la ejecución por parte del ejecutado. Supone, pues, una clara mejora de la situación del ejecutado la concepción legal de la oposición.

Sin embargo, hemos de adelantar que las causas concebidas por la Ley son tasadas y, pese a las últimas modificaciones legislativas, insuficientes para la satisfacción de los intereses de las partes en el proceso y, en una perspectiva más amplia, para la satisfacción del interés público.

En la actuación contradictoria del deudor hipotecario, siguiendo a Gimeno Sendra<sup>5</sup>, podemos diferenciar dos modos de oposición.

En primer lugar, cabe mencionar la impugnación de los actos ejecutivos concretos realizados por el Tribunal concedor del procedimiento. No es esta, en propiedad, una oposición a la pretensión deducida en la demanda ejecutiva sino una impugnación de los diferentes actos que el Tribunal desarrolla, insita en el derecho a un proceso con todas las garantías que preconiza el art. 24.2.º CE.

Por ello, y con independencia de la oposición concreta que se plantee por parte del ejecutado, cualquiera de las partes en el procedimiento podrá denunciar la infracción de las normas que regulen los actos concretos del proceso<sup>6</sup>.

En segundo lugar, aunque principal en importancia y resultando más atinente a los objetivos de este estudio, el análisis de las causas concretas de oposición que puede plantear el deudor hipotecario ejecutado, con miras a negar la pretensión deducida en la demanda ejecutiva interpuesta por el acreedor, ha de partir de su distinción general. Nos encontraremos, por tanto, con las causas de oposición generales a cualquier procedimiento de ejecución, contenidas en los arts. 557 y 559 LEC, y con las causas específicas de oposición establecidas en el art. 695 LEC

Las causas de oposición generales pueden ser clasificadas como causas de oposición materiales (o de fondo), contenidas en el art. 557 LEC, o como causas de oposición procesales (o “por defectos procesales”, tal y como las describe la propia Ley), contenidas en el art. 559 LEC.

Las causas de oposición material quedan reducidas a las taxativamente dispuestas por la Ley y hacen referencia a la relación crediticia incumplida y subyacente. Así, serán:

#### 1.ª Pago acreditado documentalmente.

Le resultarán plenamente de aplicación en cuanto a la naturaleza, requisitos y condiciones del pago las disposiciones contenidas en los arts. 1157 a 1181 CC.

<sup>5</sup> GIMENO SENDRA, Vicente; MORENILLA ALLARD, Pablo; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Derecho procesal civil: II. Los procesos especiales*, 4ª ed. Madrid: Colex Editorial, 2013, p. 187-196.

<sup>6</sup> A estos efectos, véase el art. 562 LEC que aparece acompañado del ilustrativo título “impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución”.

2.<sup>a</sup> Compensación de crédito líquido que resulte de documento con fuerza ejecutiva.

Entendemos, junto con Gimeno Sendra<sup>7</sup>, que el Tribunal deberá admitir la oposición tanto por compensación total del crédito como por la parcial, por cuanto la compensación total conllevará la inexigibilidad de una previamente satisfecha y la compensación parcial provocará, de ser estimada, la continuación del procedimiento respecto de la parte del crédito no satisfecha.

3.<sup>a</sup> Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie.

La norma contiene, propiamente, dos causas de oposición. De una parte, la pluspetición, aplicable a los supuestos en los que el título ejecutivo determina una deuda en dinero líquido o en moneda extranjera convertible; y, de otra, el exceso de computación, es decir, cuando el título ejecutivo determina una deuda en cosa o especie computable en dinero.

En cualquiera de los casos, en la sustanciación se requerirá que la ejecución haya sido despachada por cantidad superior a la debida, que viene a ser la razón última del precepto.

4.<sup>a</sup> Prescripción o caducidad.

Dado que, en este punto, nos encontramos con causas de oposición basadas en la ejecutividad de títulos no judiciales ni arbitrales, la prescripción o caducidad, según los casos, se predicarán bien del derecho de crédito, o de la titulación del mismo, incorporado al título ejecutivo.

5.<sup>a</sup> Quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente.

Si bien el tradicional procedimiento de quita y espera ha sido suprimido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, actualmente en vigor, la misma dispone que resultará de aplicación tanto a las personas naturales como a las jurídicas, debiéndose recurrir a lo dispuesto en ella para conocer la validez y extensión de la actual declaración de concurso.

En cuanto al pacto o promesa de no pedir, sólo exige la Ley su constancia documental. No obstante, hemos de entender que la validez del mismo se regirá por las disposiciones generales relativas a los contratos, o llegado el caso, por lo dispuesto en el Código Civil en relación con las declaraciones no recepticias.

6.<sup>a</sup> Transacción, que conste documentalmente.

Resultará de aplicación lo dispuesto en los arts. 1809 y ss. CC en lo relativo al contrato de transacción.

7.<sup>a</sup> Que el título contenga cláusulas abusivas.

Esta séptima y última causa ha sido introducida en la LEC por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y será desarrollada con mayor extensión en epígrafes posteriores.

Por lo que se refiere a las causas de oposición por defectos procesales, serán todas aquéllas consustanciales a la correcta realización del procedimiento y que el art. 559 LEC reduce a las siguientes:

1.<sup>a</sup> Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.

Comprende esta causa la falta de legitimación pasiva del ejecutado.

2.<sup>a</sup> Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.

Indudablemente se refiere esta causa a la falta de legitimación activa del ejecutante.

3.<sup>a</sup> Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, o porque el laudo o el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse la ejecución de lo dispuesto en el art. 520 LEC.

4.<sup>a</sup> La falta de autenticidad del laudo arbitral no protocolizado notarialmente.

<sup>7</sup> *Op. cit.*

Estas dos últimas causas se aprecia claramente que no hacen referencia al supuesto examinado de ejecución de un título no judicial ni arbitral, pues, son específicas para la ejecución de títulos judiciales y arbitrales.

Por cuanto se refiere a las causas de oposición específicas y especiales contenidas en el art. 695 LEC, conviene inicialmente, al igual que se ha realizado con las anteriores, su breve identificación:

1.<sup>a</sup> La extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

La inexistencia de la hipoteca alegada o de la obligación subyacente viciará el procedimiento de raíz.

2.<sup>a</sup> El error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado.

A pesar de los términos empleados en la Ley, puede sostenerse una concepción amplia del concepto de cuenta. En la práctica bancaria ordinaria, la instrumentalización del préstamo hipotecario generalmente no va acompañada de una cuenta identificable para el cliente, en el sentido usual de código de cuenta de cliente o, en su caso, IBAN. Además, aunque el préstamo llevara aparejado un número de cuenta, en tanto que identificador interno propio de la entidad financiera, no por ello se verá reflejado en una libreta, en tanto que soporte físico actualizable en el que figuran los saldos deudores y acreedores.

Entendemos que esta ausencia tanto de número de cuenta como de soporte físico actualizable de la misma no puede ser óbice para el planteamiento de la oposición. En este sentido, deberán ser admitidos por analogía tanto los detalles mecánicos del sistema de imputación de pagos de la propia Entidad Financiera, que pueden ser certificados por la misma, como el conjunto de “recibos bancarios” o “cargos de la cuota de la hipoteca” notificados al cliente mediante correo ordinario.

3.<sup>a</sup> La sujeción del bien mueble ejecutado a otra garantía constituida con carácter previo a aquella que dé lugar al procedimiento.

4.<sup>a</sup> El carácter abusivo de la cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

Al igual que anteriormente, el carácter abusivo de determinadas cláusulas será tratado en extenso en epígrafes posteriores.

El conjunto de las causas referidas tiene carácter tasado por provocar bien la suspensión del procedimiento hasta su decisión o bien por causar un incidente concreto (pluspetición). Sin embargo, resultan ser insuficientes a la luz de los acontecimientos vividos en nuestro país en época reciente. Más aún, el planteamiento de cualquier otra causa de oposición, “incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda”<sup>8</sup>, provocará que se haya de recurrir al juicio declarativo correspondiente para su estimación sin que se suspenda la ejecución en curso. Esta disposición legal pudiera desembocar en la pérdida de la vivienda familiar en circunstancias en las que ésta no era debida e imposibilitando la recuperación del bien *a posteriori*, más aún si tenemos en cuenta que el art. 695. 4.º LEC disponía que los autos judiciales que dirimiesen la oposición por motivos tasados, salvo en el que se ordenase el sobreseimiento de la ejecución, resultaban irrecurribles, lo que conllevaba, de forma llana, que el acreedor ejecutante fuese la única parte procesal legitimada para acceder a la segunda instancia.

<sup>8</sup> Véase art. 698 LEC.

## 2. INFLUENCIA EUROPEA

Es innegable que la adhesión de España a la Comunidad Europea en 1986 estableció un antes y un después en el aquél entonces incipiente Estado de Derecho español. Son muchos los aspectos que pueden analizarse respecto de la influencia europea en España; tantos, de hecho, que su mera mención ya excedería del ámbito de este trabajo.

Tras el Tratado de Maastricht (en adelante, TUE),<sup>9</sup> en 1992, y las reuniones del Consejo Europeo de Copenhague (1993) y Madrid (1994), las Comunidades Europeas devinieron en la Unión Europea, que conocemos actualmente, basada ya no solamente en las comunidades europeas del carbón y el acero, la energía atómica y la comunidad económica, sino también en las políticas comunitarias de política exterior, seguridad común y justicia e interior.

A estos efectos, el TUE dispone una serie de criterios mínimos y comunes a todos los Estados miembros y a aquellos que pretendan la adhesión a la Unión, que debieron ser perfilados y concretados en las reuniones del Consejo Europeo antes mencionadas y que han acabado siendo conocidos como “Criterios de Copenhague”. Estos criterios mínimos son: i) el “Criterio Político”, entendido como existencia de instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, el respeto a los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías; ii) el “Criterio Económico”, como existencia de una economía de mercado viable, así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la Unión; y iii) el “Acervo Comunitario”, capacidad para asumir las obligaciones que se derivan de la adhesión, especialmente aceptar los objetivos de la unión política, económica y monetaria.

En lo que a este estudio se refiere, los tres criterios mencionados constituyen el fundamento sobre el cual se ha ido construyendo el mercado común y se ha ido avanzando en la homogeneización y armonización de los diferentes ordenamientos jurídicos europeos en torno al macro-ordenamiento comunitario.

En cuanto al mercado común y su evolución se refiere, hemos de señalar que, en su origen, el Tratado de Roma no contenía ninguna mención al consumidor, interviniente básico en cualquier mercado y más aún en el comunitario, ni a sus derechos ni a la defensa de los mismos<sup>10</sup>. No fue hasta el Acta Única de 1987, que modificó el Tratado de Roma, cuando comenzó a cobrar fuerza la defensa del consumidor; defensa que se vio reforzada por el TUE y en la que se profundizó a través de los Tratados de Ámsterdam (1997) y Niza (2003). En todo caso, o por mejor decir, en todo tratado, la defensa del consumidor se establece y articula como elemento favorecedor del mercado común, estableciéndose en diferentes normativas garantías de mínimos a cumplir por todos los Estados miembros.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha considerado como consumidor de referencia aquél consumidor *medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*; definición ésta que, sin estar contenida en ninguna norma, al menos nos permite tener un punto de partida para el estudio de la muy extensa normativa relativa al consumidor y al derecho de consumo, sin perjuicio de que en numerosas normas concretas se indique, a los solos efectos de esa norma, una concreta definición, o más bien, acepción, de consumidor.

Desde el punto de vista de la armonización y homogeneización de los ordenamientos jurídicos estatales europeos en torno al ordenamiento comunitario, no puede faltar una breve referencia al Principio de Primacía del Derecho Europeo, consagrado en la Sentencia del Tribunal de Justicia “Costa contra ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica)” de 15 de julio de 1964<sup>11</sup>, y al Principio

<sup>9</sup> Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht. DOUE (serie C) n.º 340 de 10 de noviembre de 1997 y BOE de 13 de enero de 1994. Vigente desde 1 de mayo de 1999.

<sup>10</sup> GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis. “La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo”, *Revista Estudios sobre Consumo*, 2005, núm. 75, p. 25-42.

<sup>11</sup> “Considerando (...) que la fuerza vinculante del derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de regulaciones internas posteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado

de Efecto Directo del Derecho europeo, consagrado en la Sentencia del Tribunal de Justicia “Van Gend en Loos” del 5 de febrero de 1963.

En virtud del Principio de Primacía, el Derecho europeo tiene un valor superior al Derecho nacional de los Estados miembros para todos aquellos actos europeos de eficacia obligatoria, con independencia de que el acto europeo provenga del derecho originario o del derecho derivado. En consecuencia, los Estados miembro no podrán aplicar normas nacionales contrarias al Derecho europeo, con independencia de que el acto aplicativo de la norma provenga del poder ejecutivo, del poder legislativo o del poder judicial.

Por su parte, el Principio de Efecto Directo, también llamado “de aplicabilidad directa”, permite a los particulares invocar directamente ante una jurisdicción, nacional o europea, una norma comunitaria, aunque con sujeción a ciertos requisitos. Concretamente, respecto de las Directivas europeas, se exige, visto que son actos dirigidos a los Estados miembros y la obligación que éstos tienen de trasponer las Directivas a su derecho interno, que sus disposiciones sean incondicionales y suficientemente claras y precisas y que, al mismo tiempo, el Estado miembro no haya transpuesto la Directiva en los plazos correspondientes<sup>12</sup>.

Por último, no podemos dejar de mencionar la función de control desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su calidad de sumo intérprete del Derecho de la Unión. Son diversos los procedimientos que pueden plantearse, siendo unos más habituales que otros, pudiendo mencionar: la Cuestión Prejudicial, el Recurso por Incumplimiento, el Recurso de Anulación, el Recurso por Omisión y el Recurso Directo.

Con ánimo de no extendernos innecesariamente en los pormenores procesales de cada uno de los recursos planteables y buscando centrar la cuestión que nos atañe, quepa indicar que la Cuestión Prejudicial, o Procedimiento Prejudicial, permite a un órgano jurisdiccional nacional preguntar al TJUE sobre la interpretación o validez del Derecho europeo en un asunto concreto que ha de resolver.

En este sentido, el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>13</sup> dispone, de un lado, que los Tribunales nacionales, cuya decisión no pueda ser objeto de recurso, están

---

(...), y sin causar una discriminación prohibida (...), que las obligaciones contraídas mediante el Tratado Constitutivo de la Comunidad no serían incondicionales, sino solamente eventuales, si pudieran quedar cuestionadas por los actos legislativos futuros de los signatarios, (...). Considerando que la primacía del Derecho comunitario está confirmada por el art. 189, a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza “obligatoria” y son “directamente aplicables en cada Estado miembro”; que esta disposición, que no está acompañada de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias. Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno a favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de comunidad. (...)” (Sentencia del Tribunal de Justicia “Costa contra ENEL” de 15 de julio de 1964, p. 105-106).

<sup>12</sup> Para el conocimiento más exhaustivo de los requisitos del principio de efecto directo, tanto horizontal como vertical, véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia “Van Duyn” de 4 de diciembre de 1974 y “Ratti” de 5 de abril de 1979.

<sup>13</sup> Art. 267 TFUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

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

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

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

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

obligados a interponer la cuestión prejudicial si así lo solicita alguna de las partes litigantes y, de otro, que el resto de Tribunales, aun pudiendo, no están obligados a interponer el recurso aunque se lo solicite alguna de las partes. La decisión tomada por el TJUE tendrá valor de cosa juzgada y será obligatoria tanto para el órgano jurisdiccional proponente como para el resto de órganos jurisdiccionales nacionales.

Es este, en consecuencia, un marco, aquí meramente delineado, de progresiva comunión europeísta y de prevalencia del derecho comunitario que obliga a los Estados parte a someterse e implementar las normas supranacionales vigentes, debiendo para ello llevar a cabo una labor positiva en sintonía con la desarrollada, y por ellos participada, en los órganos decisores de la Unión, y en el cual, frente a las actuaciones transgresoras o inexactas que puedan realizar los Estados parte en el proceso de armonización, se habilita el recurso ante el TJUE.

### *2.1. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*

El art. 288 TFUE, antiguo art. 249 TCCE, dispone que “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Es, por tanto, la Directiva un instrumento que obliga a los Estados miembro en un sentido teleológico y finalista pero no modal, pudiendo emplear para la consecución del resultado establecido cualquier medio a disposición del Estado miembro.

Hemos de resaltar que, en principio, la mera entrada en vigor de la Directiva no provoca un efecto directo de aplicabilidad en los Estados miembro receptor de la misma sino que hará falta un acto de transposición de la Directiva al derecho interno del Estado miembro (entre 6 meses y 2 años) para que lo en ella contenido pueda resultar aplicable, debiendo el Estado miembro, de igual forma, comunicar a la Comisión las medidas adoptadas en la transposición. Sin embargo de lo dicho, una vez transcurrido el plazo de transposición sin que el Estado miembro receptor haya llevado a cabo el acto de transposición, la Directiva adquiere un efecto directo vertical, en cuanto puede ser alegado por el particular contra el Estado incumplidor ante la jurisdicción. El efecto directo horizontal, es decir, la posibilidad de que sea oponible la regulación determinada en la Directiva frente a otros particulares, sólo se adquiere tras el acto de transposición debido por el Estado miembro.

En el caso español, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998 fue la norma encargada de llevar a cabo la transposición de la Directiva 93/13.

El propósito declarado de la Directiva 93/13 es “aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. Será esta aproximación, a la que hace referencia la propia Directiva en su art. 1, el objetivo a conseguir por el Estado miembro dentro del marco que, al efecto, constituye la Directiva 93/13.

La norma comunitaria parte de la determinación del ámbito subjetivo de sí misma, estableciendo para ello las definiciones de consumidor, profesional y cláusula abusiva, a los solos efectos de la Directiva.

Considera Consumidor a “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”; definición ésta que ha de integrarse con la previamente aportada por el TJUE (consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz). Hemos de entender que en el supuesto analizado del procedimiento de ejecución hipotecaria, que afecta a las familias españolas actualmente, será el ejecutado un consumidor final, que actúa al margen de su actividad profesional y que reúne las características de medianía, información, diligencia y perspicacia señaladas por el TJUE.

Por su parte, considera Profesional a “toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”.

Más problemas ha planteado la definición dada de cláusulas abusivas, a pesar de su aparente claridad, al ser entendidas como “cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. La negociación individual, las exigencias de la buena fe y el desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes no dejan de ser términos ambiguos que conllevan inseguridad jurídica, más aún si tenemos en cuenta que los destinatarios de la Directiva 93/13 eran todos los Estados miembro, cada cual con su tradición jurídica propia y, en consecuencia, concepciones particulares respecto de cada término.

En un intento de paliar la problemática, dispone la Directiva que “el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba” y la presunción *iuris et de iure* de no-negociación individual “cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.

Asimismo, como criterio indirecto de abusividad, se establece en el art. 4 “la naturaleza de los bienes o servicios” objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en la celebración y el conjunto, en sí mismo considerado, del clausulado.

Por último, en el art. 5, se exige que toda cláusula que conste por escrito se ha de redactar “de forma clara y comprensible” instaurándose el *in dubio pro consumens* o interpretación a favor del consumidor.

Valga resaltar que el Anexo de la Directiva 93/13 contiene una lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas que se consideran abusivas.

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

La STJUE de 14 de marzo de 2013 “Aziz vs Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)”, siendo ponente el Sr. A. Tizzano, tiene su fundamento en la cuestión prejudicial, planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona el 19 de julio de 2011, sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE en lo relativo a la validez de determinadas cláusulas en un contrato de préstamo hipotecario, que había sido ya ejecutado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Martorell y del que tenía conocimiento por la interposición de demanda de nulidad del procedimiento de ejecución de estimarse abusiva la cláusula hipotecaria referente a la liquidación de intereses prevista para el caso de incumplimiento del deudor hipotecario.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, concretamente, formuló las siguientes cuestiones prejudiciales en virtud de las dudas que albergaba con respecto a la aplicación del derecho comunitario:

- “1. Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.
2. Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:
  - a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo –en este caso 33 años– por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.

- b) La fijación de unos intereses de demora –en este caso superiores al 18%– que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.
- c) La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables –tanto ordinarios como moratorios– realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria [y que] no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble”.

La determinación concreta de las cuestiones objeto de la cuestión prejudicial, si bien puede parecer extensa, tiene su razón de ser en el hecho de que el TJUE solamente da respuesta, si ello entra dentro de su ámbito de conocimiento, a aquellas cuestiones, en concreto, que le son planteadas, sin entrar a dirimir sobre la bondad o aplicabilidad del derecho nacional, asunto en exclusiva, por otra parte, del órgano jurisdiccional nacional, manteniéndose, en exclusiva, en la interpretación auténtica del derecho europeo y, a través de tal interpretación, en la concordancia del derecho nacional respecto del derecho europeo. El Tribunal no entra a conocer más que aquellas cuestiones indispensables que resulten necesarias para la resolución del ítem planteado.

A mayor abundamiento, el Tribunal recomienda “una redacción sencilla, clara y precisa, sin elementos superfluos. (...) las cuestiones prejudiciales (...) deben ser comprensibles por sí mismas, sin referirse a los fundamentos de la petición (...)”<sup>14</sup>. Estas recomendaciones conllevan que el Tribunal nacional deba realizar un esfuerzo de síntesis y concreción con miras a facilitar la labor del TJUE –no olvidemos que todas las cuestiones planteadas son traducidas a 23 idiomas y examinadas por jueces no nacionales–.

Frente a las cuestiones prejudiciales así expuestas, tras darle traslado a las partes y al Estado español, la STJUE analiza las alegaciones efectuadas por cada uno de ellos en relación con la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas. Tanto Catalunya caixa como el Reino de España se opusieron a la admisión de las cuestiones prejudiciales planteadas en base a su mutua consideración de irrelevantes para la resolución de la litis. Ambas partes sostuvieron que la resolución de la cuestión prejudicial resultaba inútil para el órgano jurisdiccional español en cuanto a la solución del litigio por encontrarse dirimiendo un procedimiento declarativo autónomo cuyo objeto procesal residía en la determinación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado en contratos de larga duración y fijación de intereses de demora. De igual forma, la aclaración del concepto de desproporción respecto a las cláusulas devenía totalmente inútil.

El Tribunal, tras razonar la utilidad de su resolución, admite las cuestiones prejudiciales tal y como han sido planteadas por el Juzgado remitente y pasa a analizar en detalle cada una de las mismas.

El Tribunal parte de considerar la situación de inferioridad en la que se encuentra el Consumidor frente al Profesional (entendidos ambos en los términos anteriormente señalados en la Directiva 93/13), tanto en cuanto a capacidad de negociación como al nivel de información respectivo. Sostiene, en igual medida, que el principio de no-vinculación de la cláusula abusiva establecido en la Directiva 93/13 pretende transformar el equilibrio formal entre los contratantes

<sup>14</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*, DOUE del 6.11.2012, Serie C, 338/01 (2012/C 338/01), puntos 21 y 26.

en un verdadero equilibrio real que las pueda situar en posición de igualdad. A estos efectos, la declaración de oficio de abusividad de las cláusulas, por parte del órgano jurisdiccional concededor del litigio principal, resulta ser el elemento indispensable para alcanzar el objetivo de equilibrio real e igualdad de las partes en el contrato.

En el litigio examinado, el punto clave no reside tanto en la consideración de abusividad de las cláusulas como en el hecho de que no se pueden alegar como motivo de oposición en la ejecución hipotecaria, restando como única posibilidad su alegación en el procedimiento declarativo ordinario, que por necesidad procesal tendrá una resolución posterior en el tiempo, que deviene ineficaz, toda vez que el Consumidor ya ha sido despojado de su vivienda y la restitución se realiza mediante indemnización de daños y perjuicios. Todo ello, junto con la consideración de la imposibilidad de adoptar medidas cautelares que prevengan la ineficacia de la resolución declarativa, conlleva la declaración del procedimiento contrario a la Directiva 93/13.

El Tribunal, asimismo, hace referencia tanto al Principio de Equivalencia como al Principio de Efectividad. Mediante el primero se obliga a los Estados miembros a que las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no sean menos favorables que las referentes a derecho interno<sup>15</sup>. Por el segundo, los Estados miembro no pueden hacer imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

Es por causa del quebrantamiento del Principio de Efectividad, en tanto en cuanto se impide la adopción de medidas cautelares en el procedimiento declarativo que permitan una eficacia real de su resolución, que el Tribunal se decanta por considerar que el procedimiento de ejecución hipotecario es contrario a la Directiva 93/13.

Respecto de la segunda cuestión prejudicial, el TJUE deja claro que es su labor dar significado al amplio concepto de “cláusula abusiva” y sentar los criterios a través de los cuales el juez nacional puede llegar a la consideración de una determinada cláusula como tal, siendo responsabilidad del juez remitente la valoración de la concreta cláusula y, en su caso, su calificación como abusiva.

Dos son los conceptos jurídicos ambiguos que, en definitiva, se solicita que sean aclarados: “desequilibrio importante” y buena fe.

En cuanto a la determinación de un desequilibrio importante, se señala que habrán de tenerse en cuenta las normas aplicables en derecho nacional para poder reconocer si tales cláusulas colocan al Consumidor en una situación menos favorable que la del Profesional con el que contrata.

Por lo que se refiere a la buena fe, el punto 69 de la STJUE indica que “el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el Profesional podía estimar razonablemente que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual”. Se deben tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato.

### 3. REACCIÓN ESTATAL

Llegado el mes de mayo de 2013, momento en que se publica la primera modificación de la LEC, la sociedad española ya se encontraba concienciada de las repercusiones de la crisis económica en cuanto a sus consecuencias en relación con las familias. El proceso causal “despido-falta de ingresos-impago hipotecario-lanzamiento” se convirtió en la noticia de cabecera de diarios e informativos, viéndose aderezada por la escasa consecuencia de la Sentencia del TJUE antes señalada, por los casos de suicidio de algunos ejecutados, las manifestaciones, los *escraches*, las actividades formativas e informativas de la “Plataforma de Afectados por la Hipoteca” y la iniciativa legislativa popular que presentaron y que supuso el génesis de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

<sup>15</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 12 de mayo de 2011, Asunto C-177/10, *Rosado vs. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*, punto 81.

Una sociedad convulsa, preocupada y concienciada reivindicaba una modificación de un procedimiento hipotecario que no entendía y que, en el mejor de los casos, consideraba injusto.

### *3.1. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*

La *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (en adelante, LMPDH) comenzó su periplo el 13 de diciembre de 2011 a través de la *Iniciativa Legislativa Popular* (en adelante, ILP), presentada por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH)<sup>16</sup>, Observatori DESC, UGT Catalunya, CONFAV, UCC y Taula del Tercer Sector, denominada “Proposición de Ley de Regulación de la Dación en Pago, de Paralización de los Desahucios y de Alquiler Social”; iniciativa que, en resumen, proponía la dación del bien hipotecado, previa a la subasta, en pago del préstamo garantizado, la imposibilidad de iniciar la ejecución dineraria por el faltante tras la dación en pago contra el ejecutado cuyo bien hipotecado y ya ejecutado fuese su vivienda habitual, la prohibición del lanzamiento del ejecutado cuando el bien hipotecado fuese su vivienda habitual, la transformación del propietario-ejecutado en arrendatario del mismo bien ejecutado con una renta no superior al 30% de sus ingresos y la aplicación retroactiva de las modificaciones propuestas.

Si bien la concreta redacción del articulado propuesto en la ILP, en estrictos términos jurídicos, podía facilitar el impago del préstamo hipotecario en base a la declaración del deudor de que tal impago no se producía por su voluntad, abriéndose así la posibilidad de reducir la deuda pendiente hasta el valor de mercado del bien hipotecado y eliminando la extensión de la garantía hipotecaria al resto de bienes del ejecutado, la ILP fue muy bien recibida tanto por la sociedad en general (se recogieron 1.402.854 firmas) como por la oposición política<sup>17</sup>.

La ILP fue subsumida el 16 de abril de 2012 en otra iniciativa presentada ante la Mesa de la Cámara para su remisión a la Comisión de Economía y Hacienda y eliminada por la presentación, ese mismo día, de la Proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que a los efectos presentó la Comisión de Economía y Hacienda; proposición que al cabo de solo dos días ya había sido aprobada en la Comisión y remitida al Senado, gracias a la competencia legislativa plena de la Comisión y el procedimiento urgente.

Sea como fuere, la iniciativa popular fue sustituida por la proposición de ley que, tras leves modificaciones, dio lugar a la LMPDH, por unos considerada como solución y por otros denominada “ley de la vergüenza”.

Antes de analizar más en profundidad la LMPDH hemos de indicar que mediante Providencia<sup>18</sup>, de 24 de septiembre de 2013, del Pleno del Tribunal Constitucional fue admitido el recurso de inconstitucionalidad núm. 4985-2013, planteado por más de cincuenta diputados del grupo socialista arguyéndose tanto la inconstitucionalidad de la ley en su conjunto como, y con carácter subsidiario, el de determinados preceptos de la misma. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 213/2016, de 15 de diciembre, falló el recurso, tres años después, desestimándolo en aquellos aspectos en los que no había desaparecido el objeto del recurso por causa de la pérdida de la vigencia del precepto concretamente impugnado<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Disponible en: [afectadosporlahipoteca.com](http://afectadosporlahipoteca.com).

<sup>17</sup> Valga señalar que la ILP referida fue presentada en la IX Legislatura, bajo gobierno del PSOE, y tramitada en su mayor parte bajo, y finalmente subsumida en los proyectos de, la X Legislatura, con gobierno del P. A los efectos, puede examinarse el Expediente n.º 120/000019/0000 de la IX Legislatura. En fecha 12 de febrero de 2013, la ILP fue votada en sesión plenaria, aceptándose su toma en consideración con 334 votos a favor, 0 en contra y 1 abstención. Fuente: Congreso de los Diputados consultada en fecha 15 de febrero de 2014.

<sup>18</sup> B.O.E. núm. 240, de 7 de octubre de 2013, p. 81908 (Referencia BOE: A-2013-5073).

<sup>19</sup> Desde la publicación de la norma, la Ley 1/2013 se ha visto modificada en cinco ocasiones distintas. Así, en primer lugar, la Ley 8/2013, de 26 de junio, afectó a la Disposición Adicional Primera y a las Disposiciones Transitorias

La LMPDH, en su preámbulo, declara sin tapujos su carácter extraordinario a razón de las circunstancias excepcionales en la que se encuentran numerosas personas para hacer frente a sus obligaciones, que puede desembocar en el drama social de perder la vivienda habitual. La adopción de medidas para aliviar la situación de tales deudores, la adopción de medidas para evitar que ningún ciudadano sea conducido a una situación de exclusión social y “*perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores*” son otros de los fines declarados de la Ley.

Se estructura la ley en torno a cuatro Capítulos (“De la suspensión de lanzamientos”, arts. 1 y 2; “Medidas de mejora del mercado hipotecario”, arts. 3 a 6; “Mejoras en el procedimiento de ejecución”, art. 7; y “Modificación del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”, art. 8), cuatro Disposiciones Adicionales, diez Disposiciones Transitorias y 4 Disposiciones Finales.

El Capítulo Primero, “De la suspensión de lanzamientos”, establece una suspensión inmediata y por un período de 2 años de los desahucios de las familias en situación especial de riesgo de exclusión; riesgo que se configura en torno a una serie de situaciones de especial vulnerabilidad (mera enunciación de tipos de unidades familiares) bajo el cumplimiento de los requisitos económicos establecidos al efecto.

El Capítulo Segundo, “De medidas de mejora del mercado hipotecario”, supone la modificación de diversas leyes con miras a agilizar y flexibilizar el mercado hipotecario, además de proceder a la limitación del interés de demora hasta 3 veces el interés legal del dinero, la prohibición de capitalización de los mismos y el cambio de prelación en las imputaciones del capital obtenido por la subasta del bien ejecutado, dejando en último lugar a los intereses de demora para así conseguir que el capital vivo del préstamo hipotecario resulte el menor posible, una vez liquidado el bien garantizado, y, por ende, también resulte menor el interés que, finalmente, llegue a ser satisfecho por el ejecutado.

El Capítulo Tercero, “De mejoras en el procedimiento de ejecución”, viene a introducir en nuestro ordenamiento jurídico la doctrina sentada por el TJUE en cuanto a la disconformidad con la Directiva 93/13 del procedimiento de ejecución español al no permitir la correcta protección del consumidor.

Pretende este Capítulo Tercero garantizar que los derechos e intereses del deudor ejecutado sea protegidos de manera adecuada a través de la concesión a la autoridad judicial, ante la que se dilucida el procedimiento de ejecución, del conocimiento y resolución de la abusividad de las cláusulas, tanto de oficio como a solicitud de parte. En consecuencia, una vez examinada la alegada abusividad de las cláusulas, se permite que sea decretada la improcedencia de la ejecución<sup>20</sup> o bien que el procedimiento continúe pero sin las cláusulas abusivas<sup>21</sup>.

La lógica nos indica que la existencia de cláusulas abusivas en un documento público, tal cual es la Escritura de Constitución de Hipoteca, debiera tener una incidencia marginal por cuanto se intervienen ante Notario y han de superar el control de un Registrador de la Propiedad, teniendo

---

Cuarta y Quinta, alterando la rúbrica del Capítulo III de la Ley al eliminar el calificativo de “hipotecaria”. En segundo término, los apartados 1, 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2013 se han visto modificados por: el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero; la Ley 25/2015, de 28 de julio; y por el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo. Por último, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, volvió a modificar la Disposición Adicional Primera.

<sup>20</sup> La estimación de la abusividad de la cláusula suelo conlleva la reliquidación de las cuotas satisfechas durante el período en el que ha tenido efecto tal cláusula, de forma que, teóricamente, resulta posible que la reliquidación conlleve un crédito a favor del ejecutado por los intereses indebidamente cobrados a compensar con las cuotas impagadas. Si el crédito a favor del ejecutado es superior o igual al importe de las cuotas impagadas, el procedimiento de ejecución resultaría improcedente.

<sup>21</sup> La estimación de la abusividad de una determinada cláusula que no afecte a uno de los elementos esenciales del contrato de préstamo o de la garantía hipotecaria permite la supervivencia del contrato. Si la cláusula reputada abusiva afecta a elementos accesorios del contrato (i. e., cláusula de intereses, cláusula de extensión de la garantía hipotecaria), el procedimiento de ejecución continúa su curso procediéndose a la reliquidación de intereses y capital pendiente o a la limitación de la garantía, según los casos.

ambos la obligación de expurgar tales cláusulas de los documentos que supervisen<sup>22</sup>. No obstante, la realidad nos ha mostrado estos últimos años que la frecuencia con la que las familias se encuentran con cláusulas abusivas en sus hipotecas es mayor del que la lógica, a priori, nos indica.

Como modificaciones colaterales, se instaura la posibilidad de condonación de parte de la deuda existente tras la ejecución y se facilita el acceso de postores a la subasta judicial del bien al relajarse los requisitos necesarios para concurrir. Para el caso de subasta, de igual forma, se establece que el bien ejecutado no podrá adjudicarse al acreedor, o persona interpuesta, por precio inferior al 75% del valor de tasación.

Por último, el Capítulo Cuarto, en su art. 8, modifica el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, en el sentido de adaptar los umbrales de exclusión tipificados originalmente a los establecidos, y más amplios en cuanto al ámbito subjetivo, en la LMPDH.

### *3.2. Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*

La Disposición Final Cuarta de esta ley (en adelante LRRR) realiza una pequeña modificación a los arts. 552. 1.º y 695. 2.º LEC, ya modificados previamente por la LMPDH, en el sentido de ampliar los plazos de audiencia concedidos a las partes en el procedimiento de ejecución, pasando de los 5 días originalmente establecidos, entre la alegación de la cláusula abusiva y la celebración de la audiencia, a los 15 días.

Si bien podemos considerar adecuada la previsión normativa que realiza el legislador, no hemos de olvidar que, en la práctica diaria de la mayor parte de los Juzgados y Tribunales, el cumplimiento estricto de los plazos relativos a señalamientos suele ser la excepción.

## 4. PANORAMA ACTUAL

### *4.1. Causas de oposición en el procedimiento hipotecario*

El párrafo primero del art. 695 LEC se vio alterado por las modificaciones legislativas comentadas anteriormente, incluyéndose como cuarta causa de oposición “el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o hubiese determinado la cantidad exigible”.

Fuera parte de las ya cuatro causas de oposición, cualquier otro motivo de oposición debe ser examinado a través del juicio declarativo procedente, en el Tribunal que por turno corresponda, en virtud de lo dispuesto en el art. 698 LEC.

Sin embargo, las leyes modificativas comentadas no fueron más que el inicio de una serie de alteraciones y retoques<sup>23</sup> del art. 695 LEC, centradas en la articulación correcta del procedimiento y las garantías de los ejecutados, encaminadas a conformar un auténtico incidente en el que se pudiese examinar la alegada abusividad de las cláusulas y habilitar la segunda instancia.

<sup>22</sup> CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María. “La protección registral de los consumidores en la Directiva 93/13/CEE”, *Revista Estudios de Consumo*, 1993, núm. 28, p. 19-25. Artículo basado en la Ponencia presentada en las Jornadas sobre Protección Registral a los consumidores en el marco de las Directivas Comunitarias (20 y 21 de junio de 1993), del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993.

<sup>23</sup> Desde la inicial modificación de mayo de 2013, se han producido otras cuatro más, ocurridas en junio de 2013, septiembre de 2014, mayo de 2015 y julio de 2015. Se constata, en definitiva, la profundización en una tendencia protectora del consumidor en las modificaciones de un artículo que sólo se había visto alterado en una única ocasión desde la promulgación en el año 2000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### 4.2. Declaración de abusividad de ciertas cláusulas

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) fue el instrumento empleado por el legislador español para realizar la transposición de la Directiva 93/13. De la lectura atenta de ambas normas se desprende una misma naturaleza marcada de forma indeleble por el cariz tuitivo de todos sus preceptos. No es otro el fin buscado más que la protección del Consumidor<sup>24</sup> en la contratación con profesionales, que pueden emplear cláusulas generales y abusivas, y ello, en palabras de Bercovitz Rodríguez-Cano, “es porque se consideraba oportuno frenar los excesos en los que los predisponentes de aquéllas podían incurrir, y de hecho vienen incurriendo en la práctica”<sup>25</sup>.

Según Vérguez Sánchez<sup>26</sup>, la LCGC consagra la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas. El desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, y en contra de las exigencias de la buena fe, se determina en base a la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y las circunstancias concurrentes en el momento de la contratación.

Tal y como hemos venido señalando a lo largo de este estudio, la Directiva 93/13, en sus arts. 3, 4 y 5, establece una serie de criterios que buscan identificar la abusividad en una cláusula. Tales criterios los podemos sintetizar de la forma siguiente: i) que se trate de una cláusula no negociada individualmente; ii) que cause un desequilibrio importante entre las obligaciones y derechos de las partes en detrimento del consumidor; iii) naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato; iv) circunstancias concurrentes en el momento de celebración; v) que sea una cláusula no definitiva del objeto principal del contrato ni esté referida a la adecuación entre el precio y la retribución; y vi) examinar la redacción y comprensibilidad de la cláusula.

La LCGC, como norma encargada de la transposición de la Directiva 93/13, dispone, en su art. 8, la sanción de nulidad para las condiciones generales que sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva o que resulten abusivas en atención a lo dispuesto al respecto en la LGDCyU.

En atención a lo anterior, el art. 82 LGDCyU viene a transcribir más fielmente lo dispuesto en la Directiva 93/13 que la misma LCGC, y además, en su punto cuarto, señala una serie de cláusulas que en todo caso se considerarán abusivas y, por ende, nulas.

En la praxis bancaria estamos acostumbrados a que las cláusulas contractuales no sean negociadas individualmente, rigiendo un sistema de todo-nada en la contratación, siendo la entidad financiera la que procede a la determinación concreta de cada uno de los extremos contractuales, habiendo procedido, con antelación a la firma del contrato, a su predisposición y, en consecuencia, ofertando el contrato como un todo frente al cual el consumidor prestatario puede mostrar únicamente dos opciones: aceptar o no aceptar, pero sin posibilidad de efectuar contraoferta.

Respecto del desequilibrio entre obligaciones y derechos causados en perjuicio del consumidor, no está claro que se produzca apriorísticamente. Será tras el examen de las circunstancias concurrentes en el préstamo cuando se pueda corroborar la existencia de tal desequilibrio.

Como tercer criterio y requisito es obligado el análisis de la naturaleza de los bienes y servicios del contrato. Surge aquí el problema de la identificación del objeto principal por cuanto en el préstamo hipotecario nos encontramos frente a dos negocios jurídicos diferentes: de una parte, el préstamo y, de otra, la garantía hipotecaria.

En cuanto al préstamo se refiere, el objeto del mismo, ni que decir tiene, es el montante de dinero que la parte prestamista entrega a la prestataria. Cuestión diferente es que tal montante de

<sup>24</sup> “La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual” (LCGC, Preámbulo).

<sup>25</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Pamplona: Aranzadi, 2000, párrafo 8, p. 261.

<sup>26</sup> VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes. “El contrato mercantil”, en APARICIO, María Luisa (coord.). *Lecciones de derecho mercantil*. Pamplona: Aranzadi, 2012, p. 59.

dinero se vaya a dedicar a la adquisición en propiedad de una vivienda, generalmente en calidad de primera residencia, siendo tal dedicación el propósito declarado por la parte prestataria, y que esta vivienda resulte ser el objeto principal de la garantía hipotecaria. Siendo como es la vivienda un bien inmueble de primera necesidad, todos los negocios jurídicos efectuados sobre la misma deberán realizarse con las mayores solemnidades y cuidados, tanto para la perfecta realización del negocio como para la salvaguarda de los derechos del consumidor.

A tenor de las circunstancias concurrentes en el momento de celebración podemos indicar que no es admisible la postura que sostiene que el préstamo bancario, por ser contrario, se ve precedido de un proceso de negociación. Hemos de recordar que la adopción por parte de las entidades financieras de contratos tipo en masa configura la oferta del producto financiero, que, salvo contadas excepciones, no admite modificaciones. Actualmente, las posibilidades de negociación de los términos concretos son mínimas, reduciéndose a la determinación de extremos puntuales (generalmente relacionados con el diferencial aplicado por la entidad financiera y la existencia de bonificaciones en el diferencial) sin que se produzca la afectación de cualquier cláusula de la oferta.

La oferta así configurada admite la inclusión de cláusulas generales de la contratación, en tanto que pactos predispuestos por la entidad financiera frente a los que el consumidor sólo toma la decisión. En consecuencia, el binomio aceptación-rechazo de la oferta o la posibilidad de conocimiento de otras ofertas no constituye negociación. Más aún, si conjugamos este criterio con el anterior, nos encontraremos con un consumidor en busca de primera residencia prácticamente dispuesto a aceptar cualquier estipulación, bajo condición de que el préstamo hipotecario se le conceda.

Nos exige de igual forma la legislación que la cláusula que pueda resultar abusiva no verse sobre el objeto principal del contrato ni sobre la relación entre el precio y la retribución.

La redacción clara y comprensible de la cláusula objeto de examen puede llegar a plantear más problemas que cualquiera de los otros criterios examinados. Se toma como criterio, por seguir la denominación de nuestro TS, el de la transparencia.

El problema reside fundamentalmente en la determinación de qué se entiende por una cláusula clara y comprensible en términos objetivos. Debemos partir, en primer lugar, de la consideración del consumidor medio (ya definido por el TJUE como aquél *medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*), que en nuestro ordenamiento jurídico español viene a reflejarse en la clásica consideración del hombre medio, para poder eliminar todas, o el mayor número posible, de divergencias de comprensión y entendimiento atribuibles al sujeto individualmente considerado. La consideración de la claridad y la comprensibilidad de la cláusula por el hombre medio se realizan, fundamentalmente, en términos negativos por resultar, si se quiere ver así, “más fácil” determinar lo que no resulta claro o es en efecto incomprensible. El uso de términos técnicos, la redacción ininteligible, la inclusión del argumento clave entre otros menos relevantes o, incluso, el exceso de información si no está estructurada pueden servir como determinantes, entre otros muchos, para denotar la falta de claridad o de comprensibilidad.

Por último, y ya por aplicación del art. 8 de la LCGC, toda cláusula que sea contraria a norma prohibitiva o imperativa deviene nula, salvo disposición en sentido diferente en la misma norma que se contravenga, y, por tanto, contraria a la defensa de los derechos e intereses del consumidor. Podemos señalar que este artículo, pese a la aseveración contundente que contiene, no resulta útil, por cuanto no es más que la reproducción del art. 6. 3.º CC. Así, la reproducción en la LCGC de lo dicho en el CC resulta, cuanto menos, innecesaria.

Nuestro Tribunal Supremo, en consonancia con lo declarado por el TJUE en diferentes sentencias, viene declarando que el funcionamiento del mercado (entendiendo por tal tanto el mercado-economía como un mercado concreto referido a bienes o servicios ciertos) se muestra incapaz para erradicar definitivamente el uso de cláusulas abusivas, cualquiera que sea el elemento al que afecten, por parte de los empresarios intervinientes en dicho mercado<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> SSTs de 9 de mayo de 2013 y de 1 de julio de 2010; SSTJUE en Asunto C-32/12, Asunto C-168/05; y todas las que en ellas se citan son un claro, y pequeño pero abundante, ejemplo del aserto.

En consecuencia, será la posibilidad de conocimiento de oficio por parte del Tribunal lo que permita la moderación del comportamiento de los empresarios que emplean cláusulas abusivas, instituyéndose, al mismo tiempo, como método eficaz para evitar que la voluntad del consumidor se vea sujeta a tales cláusulas y, por ende, para lograr el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, lográndose, de esta forma, el efecto útil pretendido por la Directiva 93/13 y, hemos de entender, igualmente pretendido por las diferentes legislaciones nacionales que han transpuesto tal Directiva a los ordenamientos nacionales de los Estados miembro.

Estos objetivos no podrían alcanzarse si el consumidor se viese abocado indefectiblemente a la solicitud de reconocimiento de la abusividad de una determinada cláusula, por cuanto, partiendo de la posición de inferioridad del consumidor, bien podría no conocer los derechos que le corresponden, bien los costes del procedimiento desincentivarían el planteamiento de la cuestión o bien, desde el punto de vista del empresario, los beneficios del uso de las cláusulas abusivas resultarían superiores a las pérdidas provocadas por las reclamaciones judiciales.

En este sentido, el conocimiento *ex officio* se convierte en una medida disuasoria y, cuando de hecho empleada por el Tribunal, plenamente eficaz, en sus consecuencias, para las partes litigantes, y eficaz indirectamente, *ad hominem*, a través de la extensión de los efectos vía publicidad de la resolución judicial.

Pero el conocimiento judicial no ha de mantenerse exclusivamente en el ámbito del reconocimiento de lo obvio y patente, sino que, cuando existan motivos razonables y bastantes, el Tribunal deberá proponer la práctica de diligencias de prueba hábiles para el determinar si la cláusula dudosa cae dentro del ámbito de protección de la normativa referente a los consumidores.

No obstante lo dicho, pudiera criticarse en base al excesivo paternalismo que se imprimiría en la regulación. Hemos de entender que, en todo caso, más que paternalismo nos encontraríamos frente a una exacerbación de la función tuitiva de la normativa contenida en la LCGC y la Directiva 93/13. Para evitarlo, en los casos en que el Tribunal pretenda reconocer la abusividad de una determinada cláusula *ex officio*, entendemos que, previamente, deberá informar al consumidor de las consecuencias de la declaración de abusividad de una concreta cláusula, tal cual es la inaplicabilidad de tal cláusula, dejando a su conveniencia, ya plenamente informado de la posible naturaleza abusiva de la cláusula y, por ende, plenamente conocedor del contenido del contrato suscrito, la posibilidad de oponerse a la declaración de nulidad<sup>28</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria, añejo y con solera, se muestra insuficiente para la satisfacción de las pretensiones de las partes procesales en momentos de gran tensión económica y social. Las modificaciones efectuadas en la LEC, surgidas como reacción a las resoluciones del TJUE, si bien no dejan de ser una adecuación a las exigencias de la pertenencia a la Unión Europea y el Mercado Único, no pueden considerarse como la solución última de los problemas que las originaron.

Una correcta política legislativa, realizada sin prisas y de alta calidad jurídico técnica, permitiría un mejor engranaje de los ordenamientos jurídicos comunitario y nacional que redundaría en un mayor y mejor control del título ejecutivo en el que se basa el procedimiento de ejecución y disminuiría, en gran medida, la necesidad de interponer cuestiones prejudiciales ante el TJUE en las que se solicite la interpretación y adecuación del proceso español a los requisitos comunitarios.

El reconocimiento, y su subsiguiente establecimiento legal, de la oposición por la identificación de cláusulas abusivas en los títulos ejecutivos, que dan lugar a la iniciación del procedimiento de ejecución hipotecaria, ha permitido subsanar, en cierta medida aunque no completamente, la

<sup>28</sup> STJUE de 4 de junio de 2009, “Panon”, en su apartado 33; y STJUE de 21 de febrero de 2013, “Banif Plus Bank Zrt”, apartado 27.

falta, ya clásica, de control sobre las infracciones de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios efectuadas por los profesionales del tráfico, al haberse demostrado inútil tanto el control notarial como registral que estaban establecidos.

La nueva causa de oposición a la ejecución hipotecaria permite un mejor control del título ejecutivo en el que se basa el procedimiento, lo cual incrementa la efectividad y utilidad de toda la normativa garantizadora de los derechos de los consumidores y, dado que a lo largo de la crisis, han sido los consumidores quienes mayormente se han visto afectados por los procedimientos de ejecución hipotecaria, por ende, acaba mejorando el clima social.

La reacción judicial frente a las interpretaciones vinculantes del TJUE no puede considerarse satisfactoria, habiendo tardado largo tiempo en asumir plenamente los postulados tuitivos del consumidor y cuasi-sancionadores para el profesional. Sin embargo, el examen efectuado por el TS de las cláusulas abusivas, por imperativo del principio de justicia rogada y de las limitaciones que impone el objeto del proceso, no llega a alcanzar la amplitud de criterio sostenido por el TJUE en cuanto a la consideración de la cláusula abusiva.

Una intensa aplicación de los postulados del TJUE debe dar lugar a una aplicación *ex officio* de los criterios de abusividad a toda cláusula contenida en un título ejecutivo y a su consecuente expurgo en caso de no superación de los mismos puesto que si fueron los excesos contractuales por parte de los profesionales los que provocaron que, en un origen, se adoptasen normativas tuitivas de los derechos de los consumidores, estableciéndose controles y garantías redundantes e inexistentes en otros ámbitos del Derecho, ha de ser el poder judicial quien, en último término, acabe garantizando la salvaguarda de los derechos reconocidos a los consumidores al causarse la ejecución. Por ello, el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria deviene anacrónico e insuficiente, al garantizar en extremo la posición de dominancia y los derechos del ejecutante y al obviar las circunstancias concurrentes en la concepción del propio título ejecutivo.