

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE DESAHUCIOS
Y LA RESPUESTA LEGISLATIVA DE PROTECCIÓN
A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

J. IGNACIO TRILLO GARRIGUES(*)
JOSE LUIS RUIZ-NAVARRO PINAR(**)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RECURSO PREJUDICIAL: UN INSTRUMENTO DE LOS JUECES NACIONALES PARA UNIFICAR EL DERECHO EUROPEO.—III. LA SENTENCIA DEL TJUE: LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA AL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO Y A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—IV. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA (FUNDAMENTOS 43 A 67 DE LA SENTENCIA).—V. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA (FUNDAMENTOS 68 A 76 DE LA SENTENCIA).—VI. LA RESPUESTA DEL LEGISLATIVO ESPAÑOL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO.

(*) Abogado especialista en derecho bancario

(**) Letrado de las Cortes y profesor de derecho europeo

I. INTRODUCCIÓN

El 14 de marzo pasado se publicó la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona relativa a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas aplicables a los contratos celebrados con consumidores y que son de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario.

Parece como si el TJUE hubiera desmontado la estructura del sólido procedimiento hipotecario vigente durante más de un siglo en nuestro país.

Ante esta situación se impone una reflexión sobre cual es en realidad el sentido y las consecuencias de la sentencia del Tribunal Europeo.

II. EL RECURSO PREJUDICIAL: UN INSTRUMENTO DE LOS JUECES NACIONALES PARA UNIFICAR EL DERECHO EUROPEO

La cuestión prejudicial que planteó el Juzgado de la Ciudad Condal, se enmarca en la competencia que tienen los órganos jurisdiccionales de los 27 Estados de la Unión Europea. Cuando un juez nacional tiene que aplicar una norma europea al asunto que está juzgando y

considera que existen dudas sobre su validez o interpretación, entonces puede dirigirse al Tribunal de Luxemburgo para preguntarle si es de aplicación al caso la norma europea o como debe interpretarse la misma. El Tribunal contesta a su pregunta y con la respuesta, que tiene fuerza de cosa juzgada, el juez nacional dicta su fallo. Se trata, por tanto, de una cuestión prejudicial devolutiva que conlleva la suspensión del procedimiento principal hasta que el TJUE se pronuncie sobre la validez o interpretación de la norma comunitaria que se cuestiona.

El recurso prejudicial se encuentra regulado en los artículos 19.3 b) del Tratado de la Unión Europea y 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

La legitimación para interponer la cuestión prejudicial corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Desde que el TJUE en las sentencias *Costa-Enel*, primero y *Simmenthal*, después, establecieron el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional, el juez está obligado a no aplicar las normas internas si estas se consideran contrarias al Derecho europeo. Si se plantea una duda razonable sobre la interpretación o aplicación de la norma europea al caso que juzga, el juez nacional carece de competencia para resolver por su propia autoridad, debiendo plantear, entonces, la cuestión prejudicial al TJUE.(1)

Y es que la función de interpretar y aplicar el ordenamiento de la Unión no es competencia exclusiva ni prioritaria del Tribunal de Luxemburgo sino sobre todo de los órganos judiciales nacionales. Por tanto, al existir esta pluralidad jurisdiccional se hace necesario unificar la interpretación del ordenamiento jurídico europeo, que se consigue por la vía del recurso prejudicial.

(1) El Tribunal Constitucional ha establecido el carácter discrecional del órgano judicial para interponer la cuestión prejudicial (entre otras, stc 201/1996, de 9 de diciembre. sin embargo, a partir de la stc 58/2004, de 19 de abril, el Alto Tribunal admite que la no imperposición de la cuestión prejudicial puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución. en este sentido, ver “el recurso de amparo frente a la negativa de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de RICARDO ALONSO Y JOSÉ M^o BOÑO LEÓN, en Revista española de derecho constitucional, mayo-agosto 1990.

Para interponer el recurso prejudicial han de concurrir dos requisitos básicos: primero, debe existir una duda razonable sobre la interpretación o validez de la norma europea y segundo, la solución de dicha duda razonable debe ser imprescindible para resolver el litigio principal. Respecto del primer requisito, el TJUE ha señalado que este solo es competente para pronunciarse sobre las normas europeas y no así sobre el derecho nacional, ya que solo los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen asignada esta atribución (STJUE de 16 de diciembre de 1981, caso Foglia). En relación con el segundo requisito, la jurisprudencia del TJUE tiene establecido que únicamente cabe plantear la cuestión prejudicial cuando la respuesta a dicha cuestión sea imprescindible para resolver el litigio principal. (STJUE de 6 octubre 1982, caso Cilfit)

El TJUE es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de las normas europeas. Debe, por lo tanto, distinguirse entre cuestión prejudicial de interpretación y cuestión prejudicial de validez.

La cuestión prejudicial de interpretación ha de plantearse mediante una información completa de los elementos que constituyen el litigio principal, para poder interpretar debidamente las disposiciones europeas que se solicitan. Así, el TJUE es competente para interpretar la norma europea que sea de aplicación y el juez nacional para aplicar dicha norma al caso concreto que esté juzgando. La cuestión de validez, por su parte, determina la competencia del Tribunal para conocer sobre la validez de las disposiciones europeas, constituyéndose, en definitiva, en un medio de control del principio de legalidad del ordenamiento jurídico europeo.

Dos son los efectos que pueden destacarse de las sentencias del TJUE: 1º) El carácter vinculante que el fallo tiene no solo para el juez nacional que hubiera plantado la cuestión prejudicial si no para los tribunales que conozcan el litigio principal en las diferentes instancias. 2º) Las sentencias de recursos prejudiciales forman parte de la jurisprudencia del TJUE por lo que deben ser consideradas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros como parte del sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea.

III. LA SENTENCIA DEL TJUE: LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA AL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO Y A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

El litigio principal del que trae causa la sentencia del TJUE tiene como actor al señor Mohamed Aziz, ciudadano marroquí que trabajaba en Cataluña desde 1993. En noviembre de 2007 suscribió con Catalunya Caixa un contrato de préstamo hipotecario para comprar su vivienda familiar. El contrato de préstamo, de 138.000 euros amortizables en 33 años, establecía unos intereses de demora del 18,75% (cláusula 6), confería a la Caja la facultad de declarar exigible la totalidad de la deuda en caso de impago de una de las cuotas (cláusula 6 bis) y establecía que la entidad de crédito prestataria pudiera recurrir a la ejecución hipotecaria para cobrar la deuda presentando a estos efectos la liquidación mediante el oportuno certificado que recogiera la cantidad exigible (cláusula 15). Un año más tarde de firmar el contrato, el Sr. Aziz dejó de abonar las cuotas del préstamo, por lo que la Caja inició ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Martorell en marzo de 2009 un procedimiento ejecutivo, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90.740 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902 euros en concepto de intereses y costas. El demandado no se personó en la causa, por lo que el Juzgado ordenó la ejecución. El Sr. Aziz ni atendió el requerimiento de pago ni formuló oposición, por lo que previos los oportunos trámites se celebró la tercera subasta - las anteriores quedaron desiertas - adjudicándose la Caja la vivienda en el 50% de su valor de tasación. No obstante, en el interin el Sr. Aziz presentó, antes de que la ejecución de su préstamo se produjera, una demanda en un procedimiento declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, solicitando la anulación de la cláusula 15 del contrato de préstamo por considerarla abusiva y, en consecuencia se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución. El Juzgado de la Ciudad Condal se cuestionó, entonces, la conformidad del Derecho español con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores. En estas circunstancias, el titular del Juzgado planteó al Tribunal de Justicia Europeo, las siguientes cuestiones prejudiciales:

“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 (LEC), 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 dar contenido al concepto de desproporción en orden:

a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en los contratos proyectados en un largo lapso de tiempo-en este caso 33 años-por incumplimientos en un periodo 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, aún 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”

En definitiva, la sentencia del TJUE responde a dos cuestiones fundamentales 1) **Si el sistema de ejecución hipotecaria** (artículos 695 y siguientes LEC) que establece motivos tasados de oposición, constituye una limitación a la tutela y derechos de los consumidores previstos en la Directiva 93/137CEE sobre cláusulas abusivas de los contratos suscritos con los consumidores y 2) **Si determinadas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario**, en concreto,

sobre el vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento del pago, sobre la fijación de los intereses de demora (en este caso superiores al 18%) y sobre la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables-tanto ordinarios como moratorios- impuestos unilateralmente por el banco y que no permitirían al deudor ejecutado articular su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo son igualmente contrarios a la citada Directiva europea.

Como señala el TJUE en su sentencia (fundamentos 39 y 41), corresponde al propio Tribunal proporcionar al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona una respuesta útil que le permita dirimir el litigio que se le ha planteado, incluso a apreciar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, incluso en el caso de que no se haya solicitado expresamente. (STJUE de 4 de junio de 2009, Banco Español de Crédito, C-618/10); caso Pannon, C-243/08 y acumulados C-240/98, C-241/98, C-243/98, C-244/98, Caso Oeano Grupo Editorial S.A. vs. Martina y otros en STJUE de 27 de junio de 2000, tesis que se acoge por la sentencia del Tribunal Supremo nº 401/2010, de 1 de junio de 2010 (RJ2010/6554)(2).

Ya hemos afirmado más arriba la fuerza obligatoria general que tienen las sentencias prejudiciales del TJUE. Sin embargo, el juez nacional no puede extralimitarse (*ultra vires*) en la interpretación de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo mediante criterios sesgados o poco rigurosos, ya que en este caso en lugar de avanzar hacia una interpretación uniforme del derecho europeo se iría hacia una disper-

(2) La sentencia Banco Español de Crédito trae causa de un recurso prejudicial planteado por la audiencia provincial de Barcelona sobre la interpretación de la directiva 93/13/cee sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores. El TJUE falla que la directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el juicio principal, que no permite que el juez que conoce la demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio *in limiti litis* ni en ninguna fase del procedimiento-el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya sido formulado oposición.

sión de argumentos jurisprudenciales, discutibles que repercutiría en definitiva en perjuicio de los derechos de los justiciables.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA (FUNDAMENTOS 43 A 67 DE LA SENTENCIA)

Mediante la primera cuestión el Juzgado remitente solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie si la Directiva debe interpretarse en el sentido que se opone al procedimiento hipotecario regulado en la LEC, que no prevé motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula del contrato de préstamo hipotecario y no permite, por tanto al Juez que conoce del procedimiento declarativo adoptar medidas cautelares que garanticen la eficacia de su decisión, si aprecia el carácter abusivo de la mencionada cláusula.

La naturaleza de ambas cuestiones es muy distinta. La primera se refiere al proceso judicial en sí mismo considerado, por lo que constituye materia procesal no dispositiva y, por tanto, de orden público (artículos 572, 573 y 574 LEC). Es decir, esta cuestión no tiene la consideración de “pacto” alcanzado en el marco de la autonomía de la voluntad de los contratantes, si no que es consecuencia directa de la aplicación de una norma con rango de ley. Por tanto, no es que exista un acuerdo que resulte abusivo. Es precisamente lo contrario, a saber, que el procedimiento ejecutivo se establece positivamente y sin perjuicio de su posible impugnación por el ejecutado (artículo 695.2 LEC).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en sentencias de 3 de octubre de 1995 y de 10 de febrero de 1992 ha declarado la plena constitucionalidad del procedimiento hipotecario. Lo que significa que, con arreglo al principio constitucional de subordinación de los jueces y tribunales al imperio de la ley, cuando el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona se pronuncie sobre la validez del proceso ejecutivo, predeterminado por una ley y declarado constitucional por nuestro Alto Tribunal, difícilmente podrá considerarle abusivo.

No tendría ningún sentido, en consecuencia, modificar sustancialmente el régimen de causas de oposición previsto actualmente en el artículo 695 LEC. Parece, por tanto, que esta tesis es la más acertada.

Este es el camino que, entendemos, sigue el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo. Así en el Apartado 50 de su sentencia establece que a falta de una armonización de las legislaciones nacionales sobre la 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 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 que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores en ordenamiento jurídico de la Unión. Es decir, corresponde al legislador nacional y no a la jurisdicción determinar la regulación del procedimiento ejecutivo, que deberá cumplir, en todo caso, con el principio de equivalencia y con el ordenamiento de la Unión en materia de derechos de los consumidores (principio de efectividad), condición lógica, ya que no olvidemos que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea tiene primacía sobre los ordenamientos nacionales.(3)

En este sentido la sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2006 (caso Mostaza Claro, C-168/05) señala en su fundamento jurídico 24 que "la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el ordenamiento jurídico europeo genera a favor de los justiciables corresponde al ordenamiento interno de cada Estado miembro en virtud del prin-

(3) Ver las sentencias de 26 de octubre de 2006, MOSTAZA CLARO, c-168/05, rec. p.i-10421, apartado 24, y de 6 de octubre de 2009, ASTURCOM TELECOMUNICACIONES, c-40/08, rec. p.i-9579, apartado 38). la stjeu de 26/10/2006, MOSTAZA CLARO recoge los principios del sistema de protección contenidos en la directiva 93/13/cee, sobre cláusulas abusivas e los contratos celebrados con los consumidores. partiendo de estos principios corresponde al juez nacional examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula e impedir que el consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva (f.j 27,ver además, sentencia de 27 de junio de 2000, OCEANO GRUPO EDITORIAL y SALVAT EDITORES, c-240/98 a c-244/98, rec. i-4941, apartado25)

cipio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que la regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento europeo (principio de efectividad) (véase, en particular, las sentencias de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-392/04, apartado 57).”

Como ya hemos señalado nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del procedimiento ejecutivo, considerando que no existe privación de las garantías procesales esenciales ni indefensión del ejecutado. En concreto y respecto a la limitación de los motivos de oposición a que se refiere la Abogado General en sus conclusiones, el Tribunal Constitucional en la sentencia precitada -10 febrero 1992- manifiesta que “la limitación de los medios de oposición a que se refiere la LEC, que es uno de los rasgos peculiares de este tipo de juicio, no causa indefensión al deudor. El abanico de excepciones y de motivos de nulidad que ofrecen estos preceptos al demandado es lo suficientemente amplio como para que éste se encuentre muy lejos de verse impedido de ejercer medios legales suficientes para su defensa (STC 4/1982, f. j. 5º), siendo superior, por lo demás, al permitido en el proceso de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH, en que se encuadra su artículo 153 y cuya constitucionalidad venimos manteniendo desde la STC 41/1981.” (f. j. 9º).(4)

(4) La citada sentencia del TC confirma en este f.j. 9º la constitucionalidad de los motivos de oposición en el juicio ejecutivo cuando señala “las excepciones y motivos de nulidad que brinda la Ley de Enjuiciamiento Civil en el juicio ejecutivo permiten, en efecto, discutir con toda amplitud la liquidez de la cantidad reclamada, así como la eventual “plus petitio” en que hubiese podido incurrir la entidad crediticia al cantificar su reclamación. es pertinente observar a este propósito que esa controversia cuantitativa no queda limitada a causas de error o falsedad a que se refiere el art. 153 de la LH, y queda igualmente zanjada por resolución del juez, tras oír a las partes. La diferencia es que en el juicio ejecutivo el juez oye a las partes en una vista celebrada después del periodo probatorio, en cuyo transcurso cabe aportar todo tipo de pruebas; mientras que en la comparecencia que introduce el art.153LH en algunos juicios hipotecarios sólo se contempla la presentación de documentos en el acto, régimen sin duda más severo que el que suscitan las presentes cuestiones de inconstitucionalidad.”

Según el Tribunal el procedimiento hipotecario español podría conculcar ambos principios. Respecto del principio de equivalencia, el TJUE afirma con rotundidad que el mismo se ve conculcado toda vez 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 solo 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, si no también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que corresponde verificar al juez nacional. (5). En relación con el principio de efectividad, el Tribunal acoge la tesis de la Abogado General que entiende que se menoscaba la protección que garantiza la Directiva, pues solo permite 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 la cláusula abusiva, en contra de lo prevenido por el artículo 7, apartado 1 de la Directiva. (punto 50 de las Conclusiones).

En consecuencia, el TJUE declara “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 que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos” (Apartado 63 de la sentencia). La tesis del TJUE se contradice con la que de forma constante y continuada ha venido manteniendo nuestro Tribunal Constitucional (recientemente en Auto 113/2011, de 19 de julio) que defiende, como ha quedado dicho, la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, considerando garantía suficiente las previstas en el procedimiento declarativo posterior en el que pueden debatirse las cuestiones con la debida amplitud.

(5) La sentencia Banco Español de Crédito, en su apartado 48 dice que el artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido que se opone a una normativa de un estado miembro que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificándolo el contenido de la cláusula abusiva.

Ante esta circunstancia que de no resolverse produciría una más que evidente inseguridad jurídica, ha sido el Parlamento español el que ha introducido las modificaciones legales oportunas a fin de hacer efectivos en nuestro procedimiento hipotecario los principios de equivalencia y efectividad, reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

V. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA (FUNDAMENTOS 68 A 76 DE LA SENTENCIA)

El Tribunal de Luxemburgo declara que constituye su competencia interpretar los elementos constitutivos del concepto de cláusula abusiva, conforme al artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva y el anexo de la misma y que corresponde al juez nacional aplicar estos elementos interpretativos a la cláusula del contrato de préstamo que juzga para determinar su posible carácter abusivo.⁽⁶⁾ En este sentido, la sentencia recuerda los criterios generales recogidos en su jurisprudencia.

En primer lugar, se refiere al concepto de “desequilibrio importante” entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, conforme a las normas del Derecho nacional, a fin de que por el juez pueda determinarse si se produce una situación menos favorable del consumidor. El concepto de “desequilibrio importante”

(6) Ver sentencia de 26 de abril de 2012, INVITEL, c-472/10, apartado 22 y jurisprudencia citada). en el apartado 22, el Tribunal recuerda que es competencia suya “la interpretación del concepto de cláusula abusiva a la que se refiere el artículo 3, apartado 1 de la Directiva y el anexo de esta y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta dichos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso (véase la sentencia de 9 de noviembre de 2010, vb PÉNZUGYI LIZING c-137/08). en esta misma sentencia en su apartado 27 se dice “el consumidor debe contar con la oportunidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas que forman parte de las condiciones generales y sus consecuencias. por otra parte, el artículo 5 de la directiva establece la obligación de formular las cláusulas de manera clara y comprensible”

en detrimento del consumidor debe apreciarse, según el Tribunal “mediante un análisis del ordenamiento jurídico nacional si no existiera un acuerdo expreso entre las partes, para determinar si -y, en su caso, en que medida- el contrato de préstamo hipotecario deja al consumidor en una situación menos ventajosa que la prevista por el derecho nacional vigente. Así mismo, es necesario hacer un examen de la situación jurídica en que se encuentra el consumidor en relación con los medios que le otorga la legislación nacional para oponerse a las cláusulas abusivas. (Apartado 76)

En consecuencia, es fundamental determinar las circunstancias en que este desequilibrio contractual se produce, para lo cual “el juez debe comprobar si el profesional podía estimar razonable que, tratado de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual”. (apartado 69) refiriéndose a los intereses moratorios. Además, el carácter abusivo de una cláusula contractual –artículo 4, apartado 1 de la Directiva- se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando, en el momento de su celebración, todas las circunstancias que concurren.(7)

En este contexto deben apreciarse también las consecuencias que la cláusula en cuestión puede tener en el marco del derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional.(8) Estos son a juicio del Tribunal los criterios de general aplicación para que por el juez nacional pueda determinarse el carácter abusivo de una cláusula contractual.

De conformidad con los anteriores criterios, el Tribunal de Justicia Europeo entra a examinar las tres cláusulas sobre las que se le solicita criterio.

La primera se refiere al vencimiento anticipado del contrato de préstamo en el caso de incumplimiento en un periodo concreto, o

(7) Ver sentencia INVITEL citada apartado 25 que dice “ dicho anexo-el de la directiva al que se remite el artículo 3, apartado 3 de la directiva, solo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas “

(8) Ver sentencia FREIBURGER KOMMUNALBAUTEN, apartado 21

dicho de otra forma, por falta de pago de alguna de las cuotas periódicas del préstamo. Sobre el posible carácter abusivo del vencimiento anticipado del préstamo ante la falta de pago del hipotecado de cualquiera de sus cuotas, existe una consolidada corriente doctrinal del Tribunal Supremo (SSTS de 17-2-2011 (nº 39/2011), y de 4-6-2008 (nº 506/2008) por ejemplo sentando la doctrina contraria a la conocida y muy criticada de 27-3-1999 (nº 265/1999) que avala su plena legalidad, por lo que no parece lógico que ahora y como consecuencia de la sentencia del Tribunal Europeo se modifique esta interpretación que afecta a la más primordial obligación del deudor cual es el pago de la deuda.

El Tribunal Europeo siguiendo a la Abogado General (puntos 77 y 78 de sus Conclusiones) subraya sobre esta cláusula que para que el juez nacional pueda determinar su carácter abusivo es necesario valorar los siguientes aspectos: (i) si la facultad del profesional- en este caso la entidad bancaria- de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación de carácter esencial del contrato, (ii) si esta facultad está prevista para los supuestos en que el incumplimiento reviste carácter grave en relación con la duración y cuantía del préstamo, (iii) si esta facultad es una excepción respecto de las normas aplicables en la materia y (iv) si el ordenamiento nacional prevé medios eficaces que permitan al consumidor pueda oponerse al vencimiento anticipado del préstamo.

Pero lo verdaderamente trascendente, no es que la ejecución se produzca por el impago de la primera o sucesivas cuotas del préstamo, si no que se pueda cuestionar el procedimiento ejecutivo del crédito hipotecario. Dicho de otro modo, si el préstamo, como título ejecutivo en escritura pública que tiene acceso a la ejecución hipotecaria, es susceptible o no de ejecutarse, puesto que lo esencial del mismo es la restitución del principal (*tantundem*), junto con sus intereses y costas.

Si la Ley otorga al acreedor hipotecario el derecho a la ejecución, lo que es profundamente arbitrario es que este derecho se ponga en peligro por el posible carácter abusivo de tal o cual cláusula del contrato de préstamo. Es “coger el rábano por las hojas”, si se nos permite la expresión. Lo fundamental, es que el artículo 1.258 Código Civil impide que, por la invalidación de alguna de las cláusulas, sea

anulado en su totalidad el contrato de préstamo, como parece propugnar el fallo del Tribunal Europeo. Además, la obligación de amortizar el préstamo no deviene igualmente de la aplicación de tal o de cual cláusula en concreto, sino que constituye la obligación legal por antonomasia del deudor (artículos 1.740, 1753 y 1754 del Código Civil), de lo que mal se podría derivar la privación al deudor hipotecario del procedimiento sumario para hacerlo efectivo con fundamento en alguna o algunas de sus cláusulas controvertidas.

En segundo término, la Sentencia hace referencia, a las cláusulas que regulan a los intereses moratorios. Los intereses de demora constituyen un elemento del negocio jurídico y, por lo tanto, una condición “general” de la contratación susceptible de valoración por el Juez en función de la normativa de consumo al tratarse no de un precio sino de una penalización (cláusula penal) al incumplimiento. Por ello y sin perjuicio de que la cuantía, tasa o porcentaje de un interés “ordinario” constituya un elemento esencial del negocio jurídico y, como tal, al margen del control jurisdiccional salvo en el caso de usura. [Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, de 3 de junio de 2010] así como muchas del Tribunal Supremo [3-12-2010, 4-9-2007 y 23-9-2010].

Dicho lo cual, hay que subrayar, asimismo, en consonancia con una reiterada jurisprudencia, que cuando se trata de limitar el efecto derivado de su convención entre las partes, debe tenerse en cuenta que el artículo 1.154 del Código Civil que lo autoriza, solo permite al juez su moderación equitativa en aquellos casos en los que el incumplimiento sea tan solo parcial, tardío o irregular (sentencias del tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1987, 2 de noviembre de 1994, 12 de diciembre de 1996, 30 de marzo de 1999, 9 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2001, 7 de febrero de 2002, 27 de abril de 2003, 5 de julio de 2006, y de 28 de enero de 2008, entre otras) lo que no es de aplicación a los préstamos en los que su incumplimiento determina de ordinario la obligación de amortizarse en su totalidad.

Pues bien, según el TJUE, para que el juez determine si una cláusula de esta naturaleza tiene carácter abusivo debe valorar, primero, las normas nacionales de aplicación en el supuesto que no se hubiera estipulado nada al respecto y segundo, el tipo de interés de demora fijado en relación al interés legal, con el fin de verificar que es ade-

cuado para garantizar los objetivos que persigue el Estado con una norma de estas características.(9)

Finalmente, el Tribunal Europeo examina la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impaga, vinculada a la opción que le permite también de ejecución hipotecaria, sin que el deudor pueda oponerse, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el cual cuando obtenga sentencia ya habrá concluido la ejecución y, por tanto, habrá perdido el inmueble hipotecado, cuestión que tiene una importancia fundamental en los casos en que el préstamo hipotecario se solicita para adquirir la vivienda familiar y la ejecución produce inevitablemente su desalojo.

Según el TJUE el criterio del que del que deberá servirse el juez nacional para terminar si una cláusula de esta naturaleza tiene la consideración de abusiva, es si la misma “supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa”. Este criterio no puede ser más genérico, por lo que el juez nacional que tiene que trasladarlo al caso concreto que conoce, deberá determinar si el derecho de acceso a la justicia y de defensa se cumple en el contrato de préstamo con cláusulas que otorgan a la entidad financiera el derecho a fijar la liquidación de los intereses variables en el caso de ejecución hipotecaria por impago del deudor, sin que este pueda alegar esta causa como motivo de oposición a dicha ejecución. Hay que señalar que tanto el Tribunal Supremo como el tribunal constitucional en una jurisprudencia constante han reiterado la adecuación de este tipo de cláusulas al ordenamiento jurídico.

VI. LA RESPUESTA DEL LEGISLATIVO ESPAÑOL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO

La sentencia del TJUE ha determinado una modificación muy importante de la normativa que regula la materia de ejecución en de préstamos hipotecarios en nuestro país

(9) Ver puntos 85 a 87 de las Conclusiones de la Abogado General

El Congreso de los Diputados tramitó dos iniciativas legislativas, por un lado, el Proyecto de ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y, por otro, la Proposición de Ley de iniciativa popular, de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social.

Las Ponencias que estudiaron las dos iniciativas legislativas elaboraron primero y aprobaron después un texto conjunto que lo elevaron como Informe a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso que lo aprobó con competencia legislativa plena en su sesión de 18 de abril pasado. Este texto ha dado lugar a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La nueva Ley consta de cuatro Capítulos que vamos a describir sucintamente a continuación.

El **Capítulo Primero** establece la suspensión por un plazo de dos años de los lanzamientos – y no desahucios como los califica en el Preámbulo del texto aprobado- de aquellas personas o familias que se encuentren en una situación de riesgo de exclusión. Esta medida que tiene un carácter extraordinario, afecta a cualquier procedimiento de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el que se adjudique al acreedor la vivienda habitual de familias de especial vulnerabilidad tales como familias numerosas, monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro con discapacidad o dependiente o aquellas familias en que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales y las víctimas de violencia de género.

El **Capítulo Segundo** modifica la legislación hipotecaria con la intención expresa de “mejorar el mercado hipotecario”. En concreto, se modifican el Texto Refundido según Decreto de 8 de Febrero de 1946; la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario; y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las llamadas “hipotecas inversas” y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

Una de las novedades del texto legislativo es la limitación de los intereses de demora para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual que se limita a tres veces el interés legal del dinero. Además, se prohíbe la capitalización de los intereses moratorios y se establece que en caso que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses moratorios, de forma que se permita en mayor medida posible que la deuda principal deje de devengar intereses.

Con la aprobación de esta Ley los notarios van a poder suspender las ventas extrajudiciales en los supuestos que las partes acrediten que se ha solicitado al juez competente que con las formalidades del artículo 129 de la ley Hipotecaria dicte resolución acordando la improcedencia de dicha venta por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario o su continuación sin aplicación de dichas cláusulas. También se faculta a los notarios para que adviertan a las partes de los contratos de préstamo hipotecario de que alguna cláusula puede ser abusiva.

Como dice expresamente el Preámbulo de la Ley, estas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 14 de marzo de 2013. (10)

El **Capítulo Tercero** de la Ley contiene distintas enmiendas a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En concreto, se modifican los artículos siguientes: 552, 557, 561, 575, 579, 647, 654, 668, 670, 671, 682, 691.2, 693, 695. La finalidad de esta reforma procesal es asegurar que la ejecución hipotecaria se realice salvaguardando los derechos e intereses legítimos del deudor hipotecario. La medida más importante que recoge esta reforma procesal es la posibilidad de condonar una parte de la deuda hipotecaria si después de la ejecución de una vivienda habitual quedara una parte por pagar y se

(10) El señor GARCÍA EGEEA, portavoz del grupo parlamentario Popular en la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados en el debate de este proyecto de ley en dicha comisión el 18 de abril de 2013, dijo respecto de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo que “si MOHAMEN AZIZ – parte actora en el procedimiento de la sentencia- hoy desahuciado, no lo sería gracias a la aprobación de esta Ley, porque cumple con los requisitos y no tendría una deuda de 120.000 euros, como entonces, tendría una deuda de 43.000 euros. además, podría haberse beneficiado de la dación en pago, de la reestructuración de la deuda y del alquiler social”

cumplen determinadas obligaciones de pago. Además, la nueva norma de la LEC permite que el deudor hipotecario participe de la posible revalorización futura de la vivienda ejecutada.

Por otro lado, la Ley va a facilitar el acceso de postores en las subastas, rebajándose los requisitos exigidos a los licitadores. También se introducen mejoras en los procedimientos de subastas, estableciéndose que el valor de tasación no podrá ser inferior al 75 % del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. En el caso que la subasta concluyera sin postor, la Ley prevé incrementar los porcentajes de adjudicación del 60 % hasta un máximo del 70%, cuando se trate de vivienda habitual.

Este Capítulo tercero también introduce modificaciones impuestas por la sentencia del Tribunal Europeo en el sentido de dotar de una mayor competencia a los jueces y tribunales para apreciar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario y, en consecuencia, suspender la ejecución.

El **Capítulo Cuarto**, por su parte, modifica el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos o “en el umbral de exclusión”, definiendo este concepto en el artículo 3º del Real decreto-Ley. El Real decreto-Ley introdujo un código de buenas prácticas de carácter voluntario, más teóricas que prácticas, considerando la dependencia regulatoria de los bancos y entidades financieras.

Finalmente, la nueva Ley mandata al Gobierno de la Nación a que emprenda las medidas necesarias para impulsar en el sector financiero, la constitución de un Fondo Social de viviendas para personas desalojadas de sus hogares.

Es todavía prematuro hacer una valoración sobre el efecto y consecuencias que la nueva normativa va a tener en los mercados hipotecarios. Esperamos que en una situación como la presente de gran atomización, el principio de seguridad jurídica que debería ser el punto neurálgico del sistema de ejecución hipotecaria no se vea amenazado con esta Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.