

TJUE – SENTENCIA DE 14.03.2013, *MOHAMED AZIZ*,
C-415/11- <<DIRECTIVA 93/13/CEE – CONTRATOS
CELEBRADOS CON CONSUMIDORES – PRÉSTAMO
HIPOTECARIO- PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN
HIPOTECARIA- FACULTADES DEL JUEZ NACIONAL
- CLÁUSULAS ABUSIVAS>>

INCIDENCIA DEL CARÁCTER ABUSIVO
DE UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL SOBRE
EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

M.^a PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ*

- I. ANTECEDENTES FÁCTICOS.
- II. (IN)COMPATIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA CON LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA PROTECTORA DE LOS CONSUMIDORES.
- III. CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA.
 1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONCEPTO DE «CLÁUSULA ABUSIVA».
 2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE DETERMINADAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.
 - A. *Intereses moratorios.*
 - B. *Condición resolutoria con vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo.*
 - C. *Pacto de liquidez.*
- IV. VALORACIONES DESDE EL DERECHO ESPAÑOL.

* Catedrática de Derecho Civil, Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Cádiz, España.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Este importantísimo pronunciamiento del TJUE tiene su origen en una petición de decisión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011. Los hechos que dieron lugar a semejante petición se circunscriben, esencialmente, a la solitud, en julio del 2007, de un préstamo por el Sr. Aziz a la entidad CatalunyaCaixa, siendo garantizado el referido préstamo con una hipoteca sobre la vivienda familiar del prestatario. La ejecución del contrato comienza a desarrollarse con normalidad, haciéndose frente al pago de los plazos devengados hasta julio del 2008. A partir de entonces, dejan de abonarse las correspondientes mensualidades, por lo que la entidad bancaria prestamista aplicó la cláusula de vencimiento anticipado del crédito y reclamó el importe total del crédito (principal más intereses). Tras requerir infructuosamente el pago de lo debido (en enero de 2009), inicia el procedimiento de ejecución hipotecaria, que sigue su curso (en ausencia del Sr. Aziz), hasta concluir con la adjudicación de la vivienda por el 50 % de su valor. De este modo, el Sr. Aziz no sólo perdió la propiedad de su vivienda, si no que, además, continuaba siendo deudor de la entidad prestamista, dado que el 50% del valor de tasación de la vivienda no alcanzaba a cubrir la totalidad de la deuda.

El juzgado competente —Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell— acordó, asimismo, que la transmisión de la posesión al adjudicatario habría de realizarse el día 20 de enero de 2011, lo que implicaba el correspondiente desalojo del Sr. Aziz y su familia. Pues bien, antes de que ello ocurriera —concretamente, el 11 de enero de 2011—, el Sr. Aziz presentó una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario¹ —por abusiva— y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido.

Semejante solicitud planteó al órgano sentenciador la duda de la conformidad del Derecho español con la normativa de la Unión Europea protectora de los consumidores en sede de cláusulas abusivas, así como la delimitación de los específicos perfiles que habría de concurrir en una cláusula contractual para estimar que, en efecto, presentaba tal carácter.

¹ Dicha cláusula contenía un pacto de liquidez, estableciendo la posibilidad de que la entidad prestamista pudiera presentar directamente, a efectos de ejecución, la liquidación mediante certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida.

Dada la relevancia que actualmente han cobrado los desahucios por ejecución hipotecaria en nuestro país, una decisión como la adoptada por el TJUE en esta sentencia tendrá una indiscutible repercusión práctica, lo que justifica sobradamente el calificativo empleado al principio de este epígrafe².

II. (IN)COMPATIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA CON LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA PROTECTORA DE LOS CONSUMIDORES

La primera cuestión objeto de pronunciamiento por parte del TJUE se centra en las dificultades que, para la plena eficacia de un pronunciamiento sustantivo sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual, supone la actual configuración procesal de la ejecución hipotecaria en nuestro país. En efecto, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)³ regula en sus artículos 681 a 698 las particularidades de la ejecución sobre los bienes hipotecados o pignorados, estableciendo en su artículo 695.1º una relación muy limitada de circunstancias con virtualidad suspensiva del procedimiento de ejecución⁴, no encontrándose entre ellas, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 698.1º, las que versen sobre la nulidad del título o sobre el venci-

² Cuestión ésta que ya fue puesta de relieve por la Abogado General, Sra. Juliane Kokott, en el Punto 4 de sus Conclusiones, al afirmar que el procedimiento en cuestión, entre otros extremos, brindaba al TJUE la posibilidad de desarrollar su jurisprudencia relativa a la garantía efectiva de la protección al consumidor mediante el Derecho procesal nacional.

³ Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE nº 7, de 8 de enero).

⁴ En efecto, de acuerdo con el mencionado precepto, «1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1º Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2º 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 [...]

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

miento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, que han de ventilarse en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer aquel procedimiento de ejecución.

A la vista de tales mandatos normativos, la apreciación del posible carácter abusivo de una cláusula contractual debería sustanciarse en un procedimiento declarativo diverso del seguido para la ejecución de la garantía sobre los bienes afectos y sin eficacia suspensiva sobre éste. De otra parte, teniendo en cuenta el contenido de los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria, en el sistema procesal español, la adjudicación del bien hipotecado al rematante tendría carácter irreversible, y ello, aunque la condición abusiva de la cláusula impugnada determinase la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. Únicamente podría evitarse este efecto mediante la realización de una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca, efectuada con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas⁵, lo que, a juicio del TJUE, debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución, no es frecuente que se produzca en la práctica⁶.

A este respecto, el TJUE parte del principio de autonomía procesal de los Estados miembros en lo que se refiere al sistema de ejecución forzosa, 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 cuales se estableció el título ejecutivo. No obstante, entiende que dicha autonomía queda subordinada al respeto de un doble principio:

⁵ De acuerdo con el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, «Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto». De otro lado, este mismo texto normativo previene en su artículo 133.1º que «El testimonio expedido por el Secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

⁶ El TJUE habla de «supuesto residual» (Apartado 58 de la Sentencia).

- Principio de equivalencia, conforme al cual, la referida regulación no puede ser menos favorable que las que rigen situaciones similares de carácter interno, y
- Principio de efectividad, de tal modo que semejante configuración procesal no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión⁷.

Pues bien, rechaza las alegaciones de inadmisibilidad de la cuestión prejudicial formuladas por Catalunya Caixa y el Gobierno español⁸, el TJUE entró en el fondo del asunto, examinado la normativa española aplicable al supuesto, pero desde el prisma de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁹ y, más concretamente, a partir de la declaración de ineficacia prevista para las mismas en el artículo 6.1º de la referida Directiva¹⁰.

A partir de estas coordenadas, señala el TJUE cómo la configuración del sistema procesal español en sede de ejecución hipotecaria, por las peculiaridades antes aludidas, dificulta de modo inaceptable la protección que la Directiva 93/13/CEE pretende dispensar a los consumidores, ya que, en el mejor de los casos, la declaración de nulidad de la cláusula contractual desencadenante de la nulidad del procedimiento de ejecución, permitirían, tan sólo, la obtención de una compensación pecuniaria, cifrada en la indemnización de los da-

⁷ 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.

⁸ Según el TJUE, «... la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo está justificada cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas... (y) no ocurre así en el presente asunto» (Apartados 35 y 36 de la Sentencia).

⁹ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, *DO L* 95 de 21.04.1993 pp. 29 -34.

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

ños y perjuicios causados, pero no impediría la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda, ya adjudicada al rematante en el proceso de ejecución¹¹.

La conclusión resulta evidente, estimándose que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos¹². Por tal razón, a juicio del TJUE,

«... la Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro... que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final»¹³.

¹¹ Extremo éste ya puesto de relieve por la Abogado General: «... aun cuando se opusiera a la ejecución del inmueble el carácter abusivo de una cláusula del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca, el consumidor no tendría posibilidad, con arreglo al Derecho español, de impedir la subasta y la posterior pérdida de la propiedad. El consumidor sólo está protegido jurídicamente *a posteriori* por la indemnización de daños y perjuicios y debe, como ocurrió en el litigio principal, soportar la pérdida de su vivienda» (punto 50 de sus Conclusiones).

¹² Apartado 63 de la Sentencia. Con carácter previo, en el Apartado 59, se había señalado que «un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva». En el mismo sentido, sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.* p. I-2271, apartado 77.

¹³ Apartado 64 de la Sentencia.

III. CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA

La segunda cuestión prejudicial formulada ante el TJUE hacía referencia al posible carácter abusivo de algunas concretas cláusulas incluidas en el contrato de referencia. Dicha cuestión fue tratada por el órgano europeo desde una doble perspectiva: de una parte, el TJUE se detiene en la precisión de los elementos constitutivos de la noción de cláusula abusiva; y de otra, proporciona criterios específicos a tener en cuenta por el juzgador nacional en orden a la posible apreciación del carácter abusivo de cada una de las tres cláusulas controvertidas.

1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONCEPTO DE «CLÁUSULA ABUSIVA»

El análisis de TJUE parte, como no podía ser de otro modo, de la noción que de este tipo de cláusula se recoge en el artículo 3.1º de la Directiva¹⁴ para, a continuación, establecer una autolimitación en orden a la precisión del

¹⁴ Conforme al cual, «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». La Directiva 93/13/CEE fue incorporada a nuestro Derecho a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones de la contratación (BOE nº 176, de 14 de abril de 1998). Con posterioridad, y con un ámbito de aplicación circunscrito a las relaciones del consumo, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007), estableció una regulación específica de las cláusulas abusivas en los contratos concluidos mediante condiciones generales en sus artículos 82 a 91. De acuerdo con el primero de estos preceptos, «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». La aplicación del referido precepto y de las normas reguladoras de la misma materia que lo han precedido ha dado lugar, en nuestro país, a una copiosa doctrina y jurisprudencia, cuya referencia pormenorizada desbordaría, con mucho, los límites racionales de un trabajo de las características del presente. Por tal razón, limitamos nuestra cita al trabajo de BLANDINO GARRIDO, M. A., «Cláusulas abusivas», en la obra colectiva *Derecho Europeo de Contratos*, Tom. I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 639 y ss., en el que se realiza un completo resumen de las tesis elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema cuyo estudio nos ocupa.

posible carácter abusivo de las cláusulas discutidas. En efecto, con cita de jurisprudencia previa¹⁵, el órgano jurisdiccional comunitario señala que sólo podrá dar al tribunal remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate¹⁶, siendo competencia del juez nacional la calificación de cada cláusula, en función de las concretas circunstancias concurrentes.

Pues bien, a este respecto, dos son los elementos básicos que, según el TJUE, perfilan la noción analizada: uno se refiere al efecto de la cláusula en cuestión, que ha de causar un «desequilibrio importante»; y el otro, a la modalización del referido desequilibrio, que tiene lugar «pese a las exigencias de la buena fe». Y así, debe entenderse que la valoración del posible desequilibrio debe apreciarse teniendo en cuenta las normas aplicables del Derecho nacional cuando no exista un acuerdo en ese sentido; en otras palabras, efectuado el correspondiente análisis comparativo, el juez nacional deberá comprobar si la situación jurídica derivada para el consumidor como consecuencia de la correspondiente cláusula contractual le deja en una posición menos favorable que la prevista en el Derecho nacional vigente¹⁷.

En cuanto a las exigencias de la buena fe, según el TJUE, el juez nacional debería centrar su análisis en la precisión, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, de si cabría estimar de modo razonable que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula como la controvertida en el marco de una negociación individual.

En todo caso, recuerda el TJUE, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el anexo sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas¹⁸.

2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE DETERMINADAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES

Tres son las cláusulas controvertidas del contrato que se encuentra en el origen del pronunciamiento judicial comentado:

— Cláusula nº 6, que preveía unos intereses por demora del 18,75 %, automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento.

— Cláusulas 6 *bis*, que establecía una condición resolutoria expresa, confiriendo a la entidad prestamista la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en caso de impago de alguno de los plazos pactados.

— Cláusula 15, en cuanto preveía la posibilidad de que Catalunyaacaixa recurriera a la ejecución hipotecaria pudiendo presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el oportuno certificado que recogiese la cantidad exigida (pacto de liquidez).

Como ya ha quedado indicado, el TJUE remitió al tribunal nacional petionario la específica calificación de cada una de esas cláusulas, lo que no supuso obstáculo alguno para que el órgano comunitario efectuase algún sustancioso pronunciamiento sobre cada una de ellas.

A. *Intereses moratorios*

Los intereses por retraso en el cumplimiento establecidos en el contrato alcanzaban al 18,75 %, cifra ésta cuya licitud, al juez nacional, le planteaba ciertas dudas, ya que, en su opinión, no coincidía con la que resultaría de aplicar los criterios de determinación previstos en otros contratos de consumo¹⁹, difiriendo, además, con los establecidos en otros ámbitos de la contratación con consumidores. Por tales razones, tal vez, podrían ser considerados abusivos, máxime cuando se aplicarían no sólo a las cuotas vencidas e insatisfechas, sino a la totalidad de las debidas por aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado.

En relación con esta cuestión, el TJUE, amparándose en el número 1, letra e), del Anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1 de la misma²⁰, sugiere al juez nacional el

¹⁵ Sentencia de 26 de abril de 2012, *Intivel*, C-472/10, no publicado aún en la *Recopilación*, apartado 22.

¹⁶ Apartado 66 de la Sentencia.

¹⁷ Siendo también pertinente, a estos efectos, el examen de los medios de que dispone el consumidor, con arreglo a la normativa nacional, para obtener el cese de las cláusulas abusivas: Apartado 68 de la Sentencia.

¹⁸ Apartado 76 de la Sentencia.

¹⁹ Más específicamente, el juez petionario se refería a los establecidos en la normativa sobre créditos al consumo, regulados actualmente mediante Ley de 24 de junio de 2011 (*BOE* n° 151, de 25 de junio de 2011).

²⁰ El párrafo 3° del artículo 3 de la Directiva establece que «El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas». Pues bien, el apartado e) del referido Anexo, considera como cláusulas abusivas, aquellas que impongan «... al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta». Por su parte, el artículo 4.1° de la misma dispone que «Sin perjuicio del art. 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual

examen de la cuestión a la luz de las normas nacionales que hubieran resultado aplicables en caso de inexistencia de acuerdo sobre el particular, así como del interés de demora fijado para el interés legal²¹.

*B. Condición resolutoria con vencimiento anticipado
de la totalidad del préstamo*

Otro de los extremos contractuales cuya licitud —por abusivo— le plantea dudas al juez español es el pacto contenido en la cláusula 6 *bis* del contrato, por cuya virtud, se permitía el vencimiento anticipado de la totalidad del contrato —proyectado a 33 años— en caso de incumplimiento de cualquiera de los plazos. Según la Comisión Europea²², la referida cláusula era evidentemente válida, ya que la falta de pago de una sola cuota supone una infracción de los deberes contractuales esenciales del prestatario y, en tales circunstancias, no cabría exigir al prestamista que siguiera cumpliendo en contrato, tesis con la que la Abogado General, Sra. Kokott, se mostró discrepante²³, siendo el criterio de ésta el que terminó siendo acogido por el TJUE. A partir de aquí, las pautas proporcionadas por el tribunal comunitario se centran en la necesidad de comprobación, por parte del juez de instancia, de los siguientes extremos:

- si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate,

se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».

²¹ En la fecha de celebración del contrato fuente del litigio (año 2007), el interés legal fijado por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, reguladora de los presupuestos generales del Estado para el año 2007 estaba cifrado en el 5 por ciento, ascendiendo al 6,25 por ciento el establecido por demora a los efectos del artículo 26.6º de la Ley General Tributaria. (Disposición Adicional Trigésima). De otra parte, la LEC, en su artículo 576.1º, fija unos intereses por demora procesal «igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley».

²² Que, junto con el Sr. Aziz, Catalunya Caixa y el Gobierno español, también formuló observaciones en el procedimiento seguido ante el TJUE.

²³ Puntos 71 a 74 de sus Conclusiones.

- si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tienen carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo,
- si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia, y
- si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

C. Pacto de liquidez

La tercera de las cláusulas contractuales de legalidad dudosa para el tribunal petionario era la número 15 del contrato de préstamo, en cuanto permitía la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses —tanto ordinarios como moratorios— utilizados de modo unilateral por el prestamista, vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria y que no permitían al deudor ejecutado que articulase su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo.

Sobre este extremo, el TJUE declaró que el juez remitente deberá determinar si —y, en su caso, en qué medida— la cláusula de que se trata 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 defensa²⁴.

IV. VALORACIONES DESDE EL DERECHO ESPAÑOL

Tal como ha quedado puesto de manifiesto en las páginas previas, las dos cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE recibieron respuestas muy diferentes por parte del referido órgano y es, precisamente, la proporcionada a la primera de ellas la que justifica, *per se*, este breve comentario²⁵. En efecto, las consecuencias prácticas de semejante pronunciamiento resultan de vi-

²⁴ Apartado 75 de la Sentencia.

²⁵ Que no es el primero en ser publicado. Véase, por ejemplo, ESTRADA ALONSO, E., FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed Aziz c. Catalunya-caixa)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 735, 2013, pp. 173 a 244.

tal importancia, pues, en definitiva, lo que el órgano jurisdiccional comunitario está poniendo en tela de juicio es un aspecto no marginal del propio procedimiento de ejecución hipotecaria, como es el relativo a las causas de oposición y a la posibilidad de su suspensión cautelar acordada por el juez competente en el proceso sustantivo.

Teniendo en cuenta que semejante decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar, qué duda cabe, puede proporcionar algo de oxígeno a quienes se ven inmersos en un procedimiento del tipo analizado, que, mediante la alegación del carácter abusivo de cláusulas contractuales integradas en el correspondiente contrato con incidencia en el juicio ejecutivo, pueden, en el peor de los casos, obtener un aplazamiento en el proceso conducente al desalojo de su vivienda.

De otra parte, una sentencia favorable a sus pretensiones determinaría una protección de sus legítimos intereses en los términos requeridos por la normativa comunitaria, impidiendo la privación indebida de la propiedad del inmueble y la obtención, como único remedio subsidiario y meramente paliativo, de una compensación pecuniaria. Piénsese que, de acuerdo con el artículo 698, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juez competente en el procedimiento declarativo tan sólo puede asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo reteniendo todo o parte del precio de la subasta que deba entregarse al acreedor.

En la actualidad, los desahucios y las terribles consecuencias personales que de muchos de ellos se derivan constituyen noticia de primera plana. Y aún cuando no todos ellos tienen su origen en un procedimiento de ejecución hipotecaria²⁶, una sentencia como la comentada debería ser objeto de una extensa (y profunda) repercusión mediática²⁷.

Evidentemente, a la situación creada por la decisión del TJUE habría de darse una adecuada respuesta legislativa, bien mediante la ampliación de las causas de oposición a la ejecución; bien mediante la concesión al juez que conozca del procedimiento declarativo de la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución. En ambos casos, pues, habría de reformarse la norma procedimental²⁸.

²⁶ No son infrecuentes los que obedecen a una relación arrendaticia extinta, por ejemplo.

²⁷ Y, de hecho, la ha tenido: basta con comprobar el número de entradas que aparecen en internet y que remiten a comentarios y notas de prensa, no siempre exactos.

²⁸ La primera de las opciones podría implicar una desnaturalización del procedimiento ejecutivo. Como muy bien apreció la Abogada General, «mediante la configuración formalista del procedimiento ejecutivo y la amplia exclusión de los motivos de oposición,

No fue objeto de valoración durante la sustanciación de las cuestiones prejudiciales (ni en el pronunciamiento que les dio respuesta) la actitud del Sr. Aziz, que no compareció ante el Juzgado encargado de la ejecución, no atendió el requerimiento de pago y no formuló oposición; y tan sólo a unos días de producirse la expulsión de su vivienda, presenta su demanda de nulidad de la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario y la consiguiente nulidad del procedimiento de ejecución²⁹. Ciertamente, el Sr. Aziz, en una primera etapa, cumple adecuadamente con las obligaciones pecuniarias resultantes del contrato de préstamo celebrado³⁰ y no se plantea duda alguna acer-

el legislador persigue el objetivo de que puedan ejecutarse rápidamente las pretensiones amparadas por un título. En estas circunstancias, no me parece forzosamente necesario calificar *a priori* de excesiva obstaculización de la protección jurídica del consumidor el hecho de que éste deba generar previamente, mediante la incoación de un procedimiento, las condiciones necesarias para que el tribunal competente examine las cláusulas contractuales» (punto 55 de sus Conclusiones). Por tales razones, parecería una solución más acorde con los principios que rigen nuestro sistema de ejecución otorgar primacía a la segunda opción, permitiendo que sea el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento declarativo quien cuente con la posibilidad de suspender de forma provisional el procedimiento ejecutivo, hasta que se haya comprobado el carácter abusivo de una declaración contractual, de modo que se impida que el procedimiento ejecutivo cree una situación perjudicial para el consumidor que posteriormente sea de muy difícil o imposible reparación. Recuérdese que en la actualidad, se encuentra tramitándose en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (procedente del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre), (121/000031), cuyo texto íntegro puede consultarse en *BOCG*. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 31-1, de 07/12/2012; así como una Proposición no de Ley relativa a la reforma de la legislación hipotecaria, reforzando las garantías de titulares registrales y terceros. (161/000835), que se encuentra en la actualidad en la Comisión de Justicia, y cuyo texto puede consultarse en *BOCG*. Congreso de los Diputados Núm. D-142 de 11/09/2012, p 16. Estando en fase de corrección de pruebas de imprenta el presente comentario, el día 18 de abril de 2013, ha sido aprobado por la Comisión de Economía y Competitividad y enviado al Senado una Proposición de Ley de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social (122/000101).

²⁹ Sólo de forma incidental se aludió a esta cuestión en las alegaciones formuladas por la entidad bancaria demandada en el litigio principal que, como motivo de inadmisibilidad, alega que el procedimiento ejecutivo había ya finalizado y, por consiguiente, la primera cuestión prejudicial formulada resultada irrelevante a efectos del procedimiento tratado ante el órgano jurisdiccional remitente (punto 33 de las Conclusiones de la Abogado General).

³⁰ Más o menos adecuadamente, ya que del relato de los hechos se infiere que previamente se había retrasado en el pago de algunas mensualidades.

ca del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en su contrato —y, singularmente, la número 15— hasta el momento en deben aplicarse que es, justamente, cuando se produce el impago. Tampoco formula oposición en el procedimiento de ejecución: no puede hacerlo, ya que, de acuerdo con la normativa vigente, únicamente cabe oponer la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, el error en el cálculo de la cantidad debida (cuando la deuda sea el saldo de cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado) y la existencia de otra hipoteca inscrita con anterioridad a la ejecutada; y ninguno de esos motivos de oposición podían formularse en el presente caso. De otra parte, su comportamiento resulta coherente con la normativa española sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos con consumidores, que determina que este tipo de pactos contractuales se tengan por no puestos y ordena la integración del contrato de acuerdo con las exigencias de la buena fe objetiva³¹. Es, como decimos, una actitud coherente, pero, indiscutiblemente, arriesgada.

En cuanto a la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas, relativa al posible carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en el contrato origen del pleito, aún cuando el TJUE no entró en el fondo del asunto, más allá de esa remisión a las normas nacionales que pudieran resultar aplicables y a la necesidad de efectuar una comparación de la situación creada para el concreto consumidor en relación con la que se encontraría en el marco de una negociación de carácter individual, realmente, dado el estado de la cuestión en nuestro país, no parece que fuera necesaria (ni pertinente) un mayor compromiso por parte del tribunal europeo. Y así, para el juez nacional que deba calificar la cláusula por la que se estableció la cuantía de los intereses moratorios, qué duda cabe que la Ley de Represión de la Usura³² —que pese a ser de 1908, se encuentra todavía parcialmente vigente—, constituye una buena referencia legal para dictaminar sobre el posible carácter abusivo de la mencionada cláusula. Más concretamente, es su artículo 1.1º el que define qué debe entenderse por préstamo usuario, proclamando la nulidad de pleno derecho del contrato de préstamo en el que así se establezca³³.

³¹ Artículo 83 del Texto Refundido la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

³² Ley de 23 de julio 1908, publicada en la *Gaceta* nº 206, de 24 de julio del mismo año.

³³ En efecto, de acuerdo con el mismo, «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

A mayor abundamiento, la jurisprudencia de nuestro país, enfrentada con la cuestión analizada, ha insistido reiteradamente en la necesidad de atender a las concretas circunstancias concurrentes, proporcionado, eso sí, respuestas muy dispares³⁴.

De otra parte, en cuanto consumidor que ha concluido su contrato mediante el empleo de condiciones generales, el Texto Refundido del 2007 también podría tener aquí aplicación. En este sentido, el apartado 3 del artículo 82 vuelve a insistir en la idea de realizar una interpretación *ad hoc*³⁵, estableciendo el artículo 85, apartado 6, el carácter abusivo de aquellas cláusulas contractuales que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Toda esta normativa enmarca la decisión que, sobre este concreto extremo, deberá ser adoptada por el juez español.

En relación con la cláusula contractual que contenía una condición resolutoria expresa con vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, creemos que puede resultar, si no necesario, sí ilustrativo, la indicación de que la

³⁴ En efecto, la llamada «jurisprudencia menor» más reciente coincide en la imperiosa necesidad de efectuar la calificación de la licitud del interés fijado atendiendo a las concretas circunstancias que, en cada caso, puedan concurrir; pero ahí terminan las coincidencias. A título meramente ejemplificativo, en la SAP Madrid (Sección 25ª) de 28 octubre 2011 (JUR/2012/2202), un interés remuneratorio del 5,82 % mensual fue considerado abusivo por ser notablemente superior al normal del dinero en la época del contrato; en tanto que en la SAP Murcia (Sección 5ª) de 18 septiembre 2012 (JUR/2012/370011), el órgano sentenciador consideró que para determinar si el préstamo era o no usurario, habría de compararse el establecido con el interés normal del mercado y no con el interés legal del dinero. A partir de aquí, consideró que un interés retributivo del 29% y moratorio del 34% no era superior a los aplicados en la época al tipo de contrato de préstamo cuestionado (se trataba de un préstamo otorgado telefónicamente, de disponibilidad inmediata y sin exigencia de garantías). Por su parte, la SAP Alicante (Sección 9ª) de 25 de mayo de 2010 (AC 2010/1050) se pronunció a favor del carácter abusivo de un préstamo en el que se había fijado un interés por demora del 24% anual, entendiéndose que dicho porcentaje excedía notoriamente al previsto en la Legislación de Crédito al Consumo como límite del interés aplicable al descubierto en cuenta corriente.

³⁵ «El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa». Semejante disposición legal se encuentra en consonancia, además, con las tesis jurisprudenciales anteriormente defendidas por el TJUE. Sobre este particular, véanse, entre otras, sentencia de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, *Rec.* p. I-4713, apartado 39; y sentencia de 9 de noviembre de 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, *Rec.* p. I-10847, apartado 42.

cuestión controvertida ya ha sido objeto de planteamiento y discusión ante nuestros propios tribunales. Más concretamente, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 diciembre 2008³⁶, se declaró improcedente la acción de cesación interpuesta contra la cláusula inserta en préstamos hipotecarios de la entidad demandada que acordaba el vencimiento anticipado por impago de una cuota cualquiera de amortización, de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca o de la prima del seguro de incendio³⁷. La exposición de las concretas razones que llevaron al Alto Tribunal español a semejante conclusión puede no estar justificada en un comentario como el que estamos realizando en estos momentos; no obstante, sí cabe señalar que de su lectura y del análisis de legislación y la jurisprudencia previa en esta sentencia citadas podrá extraer el juez de instancia valiosos argumentos para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión debatida. De otra parte, traslado aquí las cautelas que, según el TJUE debe tomar el juez español para pronunciarse sobre el particular, debe tenerse en consideración que el artículo 693.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil brinda al prestatario la posibilidad de evitar los efectos de la resolución o vencimiento total mediante el pago de las cuotas vencidas.

Por último, en relación con el pacto de liquidez, ha de recordarse que semejante posibilidad se encuentra admitida en la legislación hipotecaria³⁸. También aquí, el pronunciamiento del juez español podría cimentarse sobre la interpretación jurisprudencial efectuada sobre el mencionado artículo, a la luz de las disposiciones protectoras del consumo y, esencialmente, de las dictadas en sede de condiciones generales.

³⁶ *RJ* 2009/152.

³⁷ La cláusula impugnada era del siguiente tenor: «El préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto, y podrá procederse al reintegro de las cantidades entregadas, intereses, intereses de demora, por medio del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886), por el procedimiento ejecutivo extrajudicial o por el procedimiento ejecutivo general de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1), en los casos siguientes: a) Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura. Con respecto a la falta de pago, bastará la de una cuota cualquiera de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca...».

³⁸ Conforme al artículo 153 bis, b), apartados 3 y 4 de la Ley Hipotecaria, «podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

TJUE – SENTENCIA DE 14.03.2013, *MOHAMED AZIZ*, C-415/11-
<<DIRECTIVA 93/13/CEE – CONTRATOS CELEBRADOS CON
CONSUMIDORES – PRÉSTAMO HIPOTECARIO- PROCEDIMIENTO
DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA- FACULTADES DEL JUEZ NACIONAL -
CLÁUSULAS ABUSIVAS>>

INCIDENCIA DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA
CONTRACTUAL SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

RESUMEN: La normativa española sobre ejecución hipotecaria, al no permitir en el juicio ejecutivo la formulación de oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento del título, ni permitir que el juez que conozca del proceso declarativo sobre posible nulidad de la cláusula abusiva declare la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, se opone a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

PALABRAS CLAVE: consumo; cláusulas abusivas; ejecución hipotecaria.

ECJ- JUDGMENT OF 14.03.2013 *MOHAMED AZIZ*, C-415/11-
<< DIRECTIVE 93/13/EEC – CONSUMER CONTRACTS –
MORTGAGE LOAN AGREEMENT – MORTGAGE ENFORCEMENT
PROCEDURES – POWERS OF THE COURT – UNFAIR TERMS>>

INCIDENCE OF THE UNFAIRNESS OF A CONTRACTUAL CLAUSE
ON MORTGAGE ENFORCEMENT PROCEDURES

ABSTRACT: The Spanish legislation on mortgage enforcement is opposed to Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, since it does not provide in mortgage enforcement proceedings for grounds of objection based in the unfairness of contractual terms on which the right to seek enforcement is based, and it does not allow the judge in the declaratory proceedings on the possible unfairness of such terms to stay such mortgage enforcement proceedings.

KEY WORDS: Consumption; unfair terms; mortgage enforcement.

CJUE- ARRÊT DE 14.03.2013, *MOHAMED AZIZ*, C-415/11-
<<DIRECTIVE 93/13/CEE – CONTRATS CONCLUS AVEC
LES CONSOMMATEURS – CONTRAT DE PRÊT HYPOTHÉCAIRE –
PROCÉDURE DE SAISIE HYPOTHÉCAIRE – COMPÉTENCES DU JUGE –
CLAUSES ABUSIVES>>

INCIDENCE DU CARACTÈRE ABUSIF D'UNE CLAUSE CONTRACTUELLE
SUR LA PROCÉDURE DE SAISIE HYPOTHÉCAIRE

RÉSUMÉ: La législation espagnole sur la saisie hypothécaire s'oppose à la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 Avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Celle-ci dans la mesure où ladite réglementation ne permet pas dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire des motifs d'opposition tirés du caractère abusif d'une clause contractuelle constituant le fondement du titre exécutoire; ou dans la mesure où ladite réglementation ne permet pas au juge saisi de la procédure au fond compétent pour apprécier le caractère abusif d'une telle clause de déclarer la suspension du procédure de saisie hypothécaire.

MOTS CLÉS: consommation; clauses abusives; saisie hypothécaire.